

AVVERTENZA PER I LETTORI

Il manoscritto da cui risulta il libro è stato ultimato dall'Autore il 31 agosto 2003.
Gli articoli di legge indicati nel testo senza riferimento alla legge cui appartengono sono articoli del Codice civile, quali risultano, se interessati dalla riforma del diritto societario, a seguito del disposto del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6; gli articoli del Codice civile previgente rispetto alla riforma sono evidenziati con l'aggettivo "vecchio" tra virgolette (per esempio, il "vecchio" art. 2475).

Editor: Elena Besozzi Jussi
Redazione: Claudia Deluca
Copertina: mStudio, Milano
Impaginazione: A.gra, Milano
Stampa: GECA, Cesano Boscone (MI)

Copyright © 2003 EGEA S.p.A.
Viale Isonzo, 25 – 20135 Milano
Tel. 02/5836 5751 – Fax 02/5836 5753
www.egeaonline.it
e-mail: egea.edizioni@uni-bocconi.it

1ª edizione: ottobre 2003

Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore.

L'Editore potrà concedere a pagamento l'autorizzazione a riprodurre un numero di pagine non superiore al 15%. Le richieste di questo tipo di riproduzione vanno inoltrate a:

AIDRO – Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'Ingegno
via delle Erbe, 2 – 20121 Milano
tel. e fax 02/809506 – aidro@iol.it

ISBN 88-238-3055-9

Indice

	Prefazione , di Giovanni Iudica	XI
1	La "nuova" società a responsabilità limitata	1
1.1	Introduzione	2
1.2	La società a responsabilità limitata negli ordinamenti europei e nel diritto italiano	3
1.3	La società a responsabilità limitata dopo la riforma del 2003	9
1.4	La società a responsabilità limitata da "tipo" a "modello"	42
	1.4.1 Normativa di <i>default</i> , <i>opt out</i> e <i>opt in</i> . L'impatto della riforma sui "vecchi" statuti 45 • 1.4.2 Il socio "baricentro" del nuovo modello 47 • 1.4.3 La contrattazione endosocietaria come "valvola di sicurezza" del nuovo modello 52 • 1.4.4 Le tutele per i terzi 56	
2	L'atto costitutivo	61
2.1	Il contenuto dell'atto costitutivo	62
	2.1.1 I dati identificativi dei soci 63 • 2.1.2 La denominazione e la sede della società 66 • 2.1.3 L'oggetto sociale 75 • 2.1.3.1 La "specificità" dell'oggetto sociale 77 • 2.1.3.2 L'oggetto "succinto" e l'oggetto "ampio" 80 • 2.1.3.3 L'oggetto "indeterminato" 81 • 2.1.3.4 Le "estensioni" dell'oggetto "principale" 82 • 2.1.3.5 Le attività "autoinibite" 82 • 2.1.3.6 L'assunzione di partecipazioni in altre società 83 • 2.1.3.7 La partecipazione della società a responsabilità limitata a società di persone 85 • 2.1.3.8 Le attività regolamentate o vietate 88 • 2.1.3.9 Il mutamento dell'oggetto sociale 97 • 2.1.4 Il capitale sociale 97 • 2.1.5 La misura dei conferimenti, la quota di partecipazione al capitale sociale e la distribuzione degli utili 100 • 2.1.6 Il "privilegio" dei fondatori nella distribuzione degli utili 101 • 2.1.7 L'amministrazione e la rappresentanza della società 102 • 2.1.8 La durata della società 104 • 2.1.9 Le spese di costituzione della società 106 • 2.1.10 I contrasti nelle decisioni di gestione della società 107 • 2.1.11 Lo statuto della società 108	
2.2	L'atto costitutivo unilaterale	112
	2.2.1 La pubblicità della società unipersonale 113 • 2.2.2 Il capitale della società unipersonale 115 • 2.2.3 Le operazioni compiute prima dell'iscrizione della società unipersonale nel Registro delle Imprese 116 • 2.2.4 I contratti tra	

	società a responsabilità limitata e unico socio 117 • 2.2.5 La responsabilità del socio unico 118 • 2.2.6 L'unico socio che conferisce la propria opera 123	
2.3	Le "condizioni per la costituzione"	133
2.4	L'iscrizione della società nel Registro delle Imprese	138
2.5	Le operazioni compiute prima dell'iscrizione della società nel Registro delle Imprese	143
2.6	La mancata iscrizione della società nel Registro delle Imprese	147
2.7	La cessione delle quote di società a responsabilità limitata prima dell'iscrizione della società nel Registro delle Imprese	148
2.8	La nullità della società	150
	2.8.1 I nuovi casi di nullità 152 • 2.8.2 La nullità da carenze autorizzative 154 • 2.8.3 La procedura per la dichiarazione di nullità 155	
3	Il capitale di rischio e il capitale di debito	157
	Introduzione	159
3.1	I conferimenti	159
	3.1.1 La derogabile proporzionalità tra valore del conferimento e valore della partecipazione del conferente 159 • 3.1.2 È conferibile tutto ciò che è "economicamente valutabile" 163	
3.2	I conferimenti in denaro e il versamento dei decimi	169
3.3	I conferimenti di beni in natura o di crediti	175
	3.3.1 Il conferimento di azienda 177 • 3.3.1.1 La trasmissione alla società conferitaria delle posizioni soggettive del soggetto conferente e acquisite con la gestione dell'azienda poi conferita 184 • 3.3.1.2 La trasmissione alla società conferitaria delle posizioni soggettive fiscalmente rilevanti del soggetto conferente 190	
3.4	La stima dei conferimenti di beni in natura o di crediti	196
3.5	La stima degli acquisti "potenzialmente pericolosi"	203
3.6	I conferimenti d'opera e di servizi	207
3.7	La stima dei conferimenti delle prestazioni d'opera o di servizi	214
3.8	La "quota" di "partecipazione" al capitale sociale	216
	3.8.1 Il valore della quota 218 • 3.8.2 Unitarietà della quota di partecipazione al capitale sociale e sua natura giuridica 220 • 3.8.3 Comproprietà della quota di partecipazione 226 • 3.8.4 Le operazioni sulle proprie partecipazioni 228	
3.9	L'inadempimento della sottoscrizione	231
3.10	Proporzionalità tra valore dei conferimenti ed entità dei diritti di <i>voice</i> dei soci	236
	3.10.1 Proporzionalità tra conferimenti e partecipazioni 238 • 3.10.2 Proporzionalità tra quote e diritti sociali 239 • 3.10.3 La circolazione dei "particolari diritti" 245 • 3.10.4 La modificazione dei "particolari diritti" 247	
3.11	I mutamenti nella composizione della compagine sociale	249
	3.11.1 Il trasferimento <i>inter vivos</i> della quota di partecipazione 250 • 3.11.2 Le	

	<p>garanzie dovute dal cedente 256 • 3.11.3 I limiti statutari alla trasmissione delle quote di partecipazione al capitale sociale e il diritto di recesso 259 • 3.11.4 Le clausole di intransferibilità ("assoluta" e "relativa") 264 • 3.11.5 Intransferibilità delle quote nei "vecchi" statuti e diritto di recesso 268 • 3.11.6 La clausola di gradimento nella società a responsabilità limitata 269 • 3.11.6.1 Il soggetto deputato al gradimento 272 • 3.11.6.2 Il gradimento "mero" 273 • 3.11.6.3 L'introduzione e la soppressione della clausola di gradimento 274 • 3.11.7 La clausola di prelazione 276 • 3.11.7.1 I vari casi di "alienazione" 277 • 3.11.7.2 Il prezzo della quota proposta in vendita 280 • 3.11.7.3 La valutazione della quota ceduta 280 • 3.11.7.4 L'introduzione e la rimozione della clausola di prelazione 281 • 3.11.7.5 Il trasferimento di partecipazioni attuato in dispregio al diritto di (gradimento e di) prelazione 283 • 3.11.8 La clausola di "consolidazione" o di "accrescimento" in caso di morte 285 • 3.11.8.1 Il consolidamento "automatico" o "opzionale" 288 • 3.11.8.2 Il valore da liquidare agli eredi del socio defunto 289 • 3.11.8.3 La tempistica della liquidazione degli eredi 289 • 3.11.9 Il trasferimento della quota del socio d'opera 290 • 3.11.10 La doppia alienazione della quota di società a responsabilità limitata 294 • 3.11.11 L'acquisto <i>a non domino</i> della quota di società a responsabilità limitata? 299 • 3.11.12 L'iscrizione a libro soci dei mutamenti nella compagine sociale 300 • 3.11.12.1 La movimentazione del libro soci nel caso di trasmissione di quote a causa di morte 301 • 3.11.12.2 La movimentazione del libro soci nel caso di trasmissione di quote per atto tra vivi 302 • 3.11.13 Pegno, sequestro e usufrutto di quote di società a responsabilità limitata 308 • 3.11.13.1 Il diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci 309 • 3.11.13.2 Modalità di esercizio del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci 310 • 3.11.13.3 Il diritto d'opzione 312 • 3.11.13.4 Aumento gratuito del capitale sociale 313 • 3.11.13.5 Richiamo dei decimi mancanti 313 • 3.11.13.6 L'esercizio dei "diritti diversi" 314 • 3.11.13.7 L'atto costitutivo dell'usufrutto e del pegno 316 • 3.11.14 L'espropriazione della partecipazione 317</p>	
3.12	<p>Il finanziamento dei soci alla società</p> <p>3.12.1 Finanziamento soci e raccolta del risparmio 320 • 3.12.2 Il finanziamento dei soci dopo la riforma del diritto societario 321 • 3.12.3 La postergazione dei soci ai creditori di pari grado 324 • 3.12.4 Il fallimento della società che rimborsa il finanziamento 325 • 3.12.5 La presunzione di finanziamento 326 • 3.12.6 Finanziamento soci e società per azioni 329 • 3.12.7 Finanziamento soci e gruppi di società 332</p>	319
3.13	<p>I titoli di debito</p> <p>3.13.1 La consegna della disciplina dei titoli di debito a una totale autonomia statutaria 333 • 3.13.2 Dalle cambiali finanziarie ai titoli di debito 334 • 3.13.3 La decisione di emissione dei titoli di debito 337 • 3.13.4 La circolazione dei titoli di debito 338 • 3.13.5 Gli "investitori professionali" 339</p>	333
4	Il recesso e l'esclusione	341
4.1	Il nuovo diritto di recesso	342
4.2	La casistica del recesso	350
	<p>4.2.1 I casi di recesso previsti per statuto 350 • 4.2.2 I casi di recesso <i>ex lege</i> dalla società a responsabilità limitata per il socio "non consenziente" (in generale) 354 • 4.2.3 I casi di recesso <i>ex lege</i> dalla società a responsabilità limitata per qualsiasi socio 356 • 4.2.4 I casi di recesso <i>ex lege</i> escludibili per statuto nella società per azioni 357</p>	

4.3	Alcuni casi di recesso <i>ex lege</i> in particolare	360
	4.3.1 Le modifiche dell'oggetto sociale e dell'attività della società 360 • 4.3.2 La trasformazione della società 363 • 4.3.3 Il trasferimento all'estero della sede sociale 364 • 4.3.4 La revoca dello stato di liquidazione 364 • 4.3.5 La fusione e la scissione 365 • 4.3.6 La decisione di proroga del termine di durata della società 366 • 4.3.7 Introduzione o rimozione di vincoli alla circolazione delle azioni 367 • 4.3.8 L'eliminazione di casi di recesso previsti dallo statuto 368 • 4.3.9 Modifica dei criteri di determinazione del valore dell'azione in caso di recesso 369 • 4.3.10 Modifica dei diritti dei soci 369 • 4.3.11 L'aumento del capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione 371	
4.4	Il recesso dalla società soggetta ad altrui direzione e coordinamento	372
4.5	La procedura di recesso	373
	4.5.1 L'esercizio del diritto di recesso 374 • 4.5.2 Le partecipazioni oggetto di recesso 375	
4.6	La valutazione delle partecipazioni del recedente	377
	4.6.1 La determinazione statutaria dei criteri di valutazione 380	
4.7	Il procedimento di liquidazione del socio che recede	383
4.8	L'esclusione dalla società	386
4.9	I casi di esclusione	388
4.10	La procedura di esclusione	393
	4.10.1 Chi decide l'espulsione del socio 394 • 4.10.2 La procedura per attivare la decisione di esclusione 395 • 4.10.3 La decisione di esclusione 396 • 4.10.4 Il conflitto causato dalla decisione di esclusione 397	
4.11	La liquidazione del socio escluso	398
	4.11.1 L'entità del rimborso del socio escluso 400 • 4.11.2 La disciplina statutaria della valutazione delle quote del socio escluso 402 • 4.11.3 La liquidazione dell'escluso non correlata al valore della società 403	
5	L'amministrazione e i controlli	405
	Introduzione	406
5.1	La "naturale" coincidenza tra amministratori e soci	406
5.2	La nomina e la cessazione degli amministratori	407
	5.2.1 La nomina degli amministratori 407 • 5.2.2 Ineleggibilità, decadenza, onorabilità e professionalità 411 • 5.2.3 Durata in carica e rieleggibilità degli amministratori 412 • 5.2.4 Cessazione e sostituzione degli amministratori 413 • 5.2.5 La revocabilità dell'amministratore 415 • 5.2.6 La clausola <i>simul stabunt simul cadent</i> 418 • 5.2.7 Le formalità per la nomina e per la cessazione 419 • 5.2.8 Variazione di amministratori come variazione statutaria? 420	
5.3	Il compenso degli amministratori	422
5.4	Il divieto di concorrenza per gli amministratori di società a responsabilità limitata	423
5.5	L'assetto dell'organo amministrativo	424
	5.5.1 L'abbandono del principio di collegialità 426 • 5.5.2 Il consiglio di amministrazione 431 • 5.5.2.1 Il funzionamento collegiale del consiglio di ammini-	

	strazione 433 • 5.5.2.2 Le decisioni assunte mediante “consultazione scritta” e “consenso espresso per iscritto” 437 • 5.5.3 L’amministrazione congiuntiva o disgiuntiva 439 • 5.5.4 Amministratori delegati e comitato esecutivo 443	
5.6	La rappresentanza	447
	5.6.1 L’attribuzione della rappresentanza sociale 447 • 5.6.2 L’attribuzione della rappresentanza agli amministratori 450 • 5.6.3 Le limitazioni dei poteri rappresentativi degli amministratori 452 • 5.6.4 L’attribuzione della rappresentanza a soggetti non amministratori 457	
5.7	Poteri, doveri e responsabilità degli amministratori	458
	5.7.1 I compiti degli amministratori 459 • 5.7.2 L’azione di responsabilità verso gli amministratori e i soci che partecipano alla gestione 465 • 5.7.3 L’azione dei creditori sociali 472 • 5.7.4 L’amministratore in conflitto di interessi 474	
5.8	I controlli	479
	5.8.1 I poteri individuali di controllo del socio 479 • 5.8.2 Il controllo contabile e il controllo di legittimità e di corretta amministrazione 483 • 5.8.3 Collegio sindacale e/o revisore contabile? 486 • 5.8.4 Il controllo facoltativo dei conti nella “piccola” società a responsabilità limitata 487 • 5.8.5 Il collegio sindacale 489 • 5.8.5.1 I limiti dimensionali del controllo obbligatorio 489 • 5.8.5.2 La nomina e la cessazione dei sindaci 490 • 5.8.5.3 Il funzionamento del collegio sindacale 493 • 5.8.5.4 Doveri e poteri dei sindaci 493	
6	Le decisioni dei soci	499
	Introduzione	500
6.1	La distribuzione della decisionalità societaria tra i soci e l’organo amministrativo	500
6.2	Le “decisioni” e le “deliberazioni” dei soci	506
6.3	Le modalità di assunzione delle decisioni da parte dei soci	508
	6.3.1 “Consenso” scritto e “consultazione” espressa per iscritto 512 • 6.3.2 L’assemblea dei soci 516 • 6.3.2.1 La convocazione 517 • 6.3.2.2 La convocazione su richiesta della minoranza 522 • 6.3.2.3 La rappresentanza in assemblea 523 • 6.3.2.4 Il luogo di svolgimento dell’assemblea 526 • 6.3.2.5 La presidenza e la segreteria dell’assemblea 527 • 6.3.2.6 L’assemblea “totalitaria” 529 • 6.3.2.7 Il regolamento dei lavori assembleari 531 • 6.3.2.8 La partecipazione alle assemblee e l’espressione del voto 532 • 6.3.2.9 Lo svolgimento delle assemblee mediante audio-videoconferenza 536 • 6.3.2.10 L’assemblea di seconda convocazione 537 • 6.3.2.11 Il rinvio dell’assemblea 540 • 6.3.3 La verbalizzazione delle deliberazioni delle assemblee 541 • 6.3.3.1 La verbalizzazione delle assemblee deserte? 543	
6.4	Il <i>quorum</i> deliberativo	548
	6.4.1 Le decisioni dei soci <i>post</i> riforma e il problema dei <i>quorum</i> disposti nei “vecchi” statuti 555	
6.5	La casistica delle decisioni dei soci	557
	6.5.1 La decisione di modifica dei “diritti dei soci” 557 • 6.5.2 La decisione di modifica dell’atto costitutivo (e dello statuto) 558 • 6.5.3 La decisione di compiere «operazioni che comportano una sostanziale modifica dell’oggetto sociale» 560 • 6.5.4 La decisione di aumento e di riduzione del capitale sociale 562	

6.6	L'invalidità delle decisioni dei soci	562
	6.6.1 Annullabilità, nullità e inesistenza 563 • 6.6.2 La legittimazione all'azione di impugnazione 569 • 6.6.3 I termini per l'impugnazione 571 • 6.6.3.1 In generale 571 • 6.6.3.2 I termini per l'impugnazione delle deliberazioni di aumento o di riduzione del capitale e dell'emissione di obbligazioni 573 • 6.6.3.3 Il termine per l'impugnazione della deliberazione di approvazione del bilancio 573 • 6.6.4 Gli effetti dell'invalidità 573 • 6.6.5 La sostituzione della deliberazione invalida 574 • 6.6.6 Il procedimento di impugnazione 575	
7	L'aumento e la riduzione del capitale sociale	577
	Introduzione	578
7.1	L'aumento di capitale "a pagamento" e l'esercizio del diritto di opzione	578
	7.1.1 L'esclusione o la limitazione del diritto di opzione 581 • 7.1.2 L'esecuzione dell'aumento di capitale a pagamento 585 • 7.1.3 La "inscindibilità" della deliberazione di aumento del capitale sociale 586	
7.2	L'aumento di capitale "delegato" agli amministratori	587
7.3	L'aumento del capitale in forma "gratuita"	589
7.4	La condizione dell'integrale versamento del capitale sociale	589
7.5	La decisione di riduzione "discrezionale" del capitale sociale	590
7.6	La decisione di riduzione del capitale per perdite	594
	7.6.1 Le perdite oltre il terzo del capitale 595 • 7.6.2 Le perdite che riducono il capitale sotto il minimo legale 599	
8	Il bilancio e i libri sociali	601
	La disciplina transitoria	602
8.1	La redazione del bilancio	602
8.2	La riforma del diritto societario e il bilancio delle società di capitali	603
	8.2.1 I principi della legge delega 603 • 8.2.2 L'attuazione dei principi della riforma nella legge delegata 604 • 8.2.2.1 La prevalenza della "sostanza" sulla "forma" 604 • 8.2.2.2 L'eliminazione delle "interferenze" fiscali dal bilancio civilistico 607 • 8.2.2.3 La "fiscalità differita" 609 • 8.2.2.4 Il leasing verso il "metodo finanziario" 611 • 8.2.2.5 <i>Intangible assets, fair value, impairment test</i> 613	
8.3	I nuovi contenuti dello stato patrimoniale e del conto economico	615
	8.3.1 I versamenti dei soci 615 • 8.3.2 Il sovrapprezzo quote 616 • 8.3.3 La capitalizzazione delle spese pluriennali e dell'avviamento 616 • 8.3.4 Le operazioni in valuta 616	
8.4	La nuova nota integrativa	617
8.5	Il bilancio delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento	618
8.6	Il bilancio in forma abbreviata	618
8.7	L'approvazione del bilancio e la distribuzione degli utili	619
	8.7.1 La durata annuale degli esercizi sociali 622	
8.8	I libri sociali	623

Prefazione

di Giovanni Iudica

Direttore del Corso di Laurea in Scienze giuridiche dell'Università Bocconi

Angelo Busani, sia come studioso sia come professionista, da tempo si è distinto quale specialista del diritto societario. Come un capitano di lungo corso può vantare al suo attivo migliaia di miglia di navigazione, così il notaio Busani può documentare la propria esperienza di osservatore e di esperto dei meccanismi giuridici delle società producendo numerosi saggi, note, articoli dedicati a questa fondamentale area del diritto privato. Da ultimo si era impegnato in un'analisi della legge di riforma del diritto societario, basata su un minuto e puntiglioso confronto testuale tra «vecchie» e «nuove» norme. Ora Busani prosegue il suo cammino di esploratore del diritto societario con l'ambizione più alta di entrare nel vivo dei problemi, affrontandoli non più «a caldo», come nel precedente lavoro, bensì in maniera organica e sistematica, concentrando il *focus* del suo obiettivo su uno degli argomenti centrali della riforma: quello della società a responsabilità limitata.

La scelta non è casuale.

In Italia, infatti, l'opzione degli operatori cade sulla società a responsabilità limitata in oltre 93 su 100 società di capitali che vengono costituite. In Germania e in Gran Bretagna la percentuale di società non azionarie passa a oltre il 99 per cento. In Italia la massima parte delle oltre 60.000 s.p.a. è composta da società a ristrettissima base sociale, in cui vi è quasi perfetta coincidenza tra soci e amministratori e in cui vi è assai spesso la concreta partecipazione dei soci all'attività sociale. Insomma, si tratta di società che hanno l'essenza della s.r.l., pur essendo rivestite della (per lo più ridondante) forma esteriore della s.p.a.

Il legislatore della riforma ha posizionato la s.r.l. in un ruolo «centrale» nell'ordinamento societario, proprio al fine di apprestare una struttura societaria finalmente idonea a rappresentare tale realtà economica.

Nell'illustrare la nuova disciplina, l'Autore concentra innanzitutto l'attenzione sull'elevato grado di derogabilità dal quale la riforma è caratterizzata, al fine di dare la necessaria rilevanza alle esigenze delle specifiche realtà imprenditoriali cui essa deve applicarsi. È frequente nelle pagine di Busani

la riflessione su quale sia la disciplina applicabile nei molti casi in cui vi siano vuoti normativi da colmare. Egli invita a mutare in modo radicale la vecchia abitudine di volgere automaticamente lo sguardo alla disciplina della società azionaria. La ristrettezza della compagine sociale e la «naturale» sovrapposizione tra consesso dei soci e organo amministrativo sembrerebbero ora imporre di verificare la compatibilità nella s.r.l. delle norme dettate in tema di società di persone (o di società cooperativa).

Un'attenzione particolare è poi dedicata dall'Autore al nuovo sistema di governance che il legislatore ha immaginato (concedendo, anche qui, un'ampia manovrabilità agli operatori) e alla distribuzione delle decisioni tra i soci e l'organo amministrativo: sotto questo profilo non vi è che l'imbarazzo della scelta, in quanto è adottabile ogni tipo di sistema, da quello più rigidamente e tradizionalmente collegiale a quello più «individualistico» possibile. Tra l'altro, in questo campo, il legislatore spesso si è limitato a enunciazioni di principio, lasciando alla fantasia dei professionisti e degli addetti ai lavori la definizione concreta degli strumenti decisionali utilizzabili e delle modalità procedurali che occorre seguire. Su questo punto l'Autore ha dato un notevole contributo nel segno della certezza delle attività da svolgere e dell'efficienza del modello decisionale volta per volta adottato.

Riflessioni importanti sono dedicate da Busani al tema della circolazione delle quote di partecipazione e del nuovo istituto del recesso. Sotto questo profilo la riforma compie un passaggio assai significativo, perché segna la fine di un sistema nel quale il socio diveniva irrimediabilmente prigioniero del libro soci sostituendolo con un modello che riconosce il diritto di recesso sia in presenza di clausole statutarie che frenano la cessione delle partecipazioni sia in quelle situazioni in cui il socio subisce decisioni che mutano in modo notevole il quadro nel cui ambito egli aveva accettato di aderire a una data compagine sociale. Da un mondo ove in primo piano era l'interesse dei creditori a non vedere diminuita la consistenza del patrimonio sociale si passa ora a un mondo ove in primo piano è la tutela del socio all'*exit* nel momento in cui vi siano quelle situazioni, o accadano quegli eventi, in cui il legislatore ritiene preferibile, rispetto alla continuazione di una data avventura societaria, che si favorisca la liberazione delle risorse investite.

Un contributo di notevole spessore è poi apportato dall'Autore nell'analisi della nuova materia del conferimento d'opera e delle implicazioni che ne discendono. In particolare, merita di essere sottolineata la soluzione che l'Autore offre sul punto della considerabilità del conferimento del socio d'industria come interamente liberato già all'atto della sua sottoscrizione, ciò che riverbera i suoi effetti sia sulla questione della limitazione di responsabilità che ne consegue quando il conferente è anche l'unico socio della s.r.l., sia sulla materia degli aumenti di capitale in costanza di prestazione dell'opera promessa. Le motivazioni che Busani adduce per la solu-

zione proposta appaiono convincenti: sarebbe del resto ben strano che una riforma vocata ad attrarre nel mondo della s.r.l. non solo le «piccole» società per azioni, ma anche le imprese individuali e quelle esercitate sotto le forme delle società di persone, con il dichiarato scopo di favorire e incentivare l'attività d'impresa mediante il «lasciapassare» della concessione ai soci della limitazione della responsabilità, sanzionasse poi con la responsabilità illimitata l'imprenditore individuale che avesse conferito la propria opera, fino al momento della sua completa esecuzione.

L'opera che si presenta è, francamente, di notevole mole. Essa però costituisce una felice eccezione alla tradizione per cui la quantità raramente si accompagna alla qualità. Qui ogni pagina è frutto non solo dell'analisi attenta e penetrante dello studioso acuto, ma soprattutto delle riflessioni a lungo maturate sui campi di battaglia della pratica e dell'esperienza.

SOMMARIO

- 1.1** Introduzione
- 1.2** La società a responsabilità limitata negli ordinamenti europei e nel diritto italiano
- 1.3** La società a responsabilità limitata dopo la riforma del 2003
- 1.4** La società a responsabilità limitata da “tipo” a “modello”
 - 1.4.1** Normativa di *default*, *opt out* e *opt in*. L’impatto della riforma sui “vecchi” statuti
 - 1.4.2** Il socio “baricentro” del nuovo modello
 - 1.4.3** La contrattazione endosocietaria come “valvola di sicurezza” del nuovo modello
 - 1.4.4** Le tutele per i terzi

1.1 Introduzione

A sessant'anni di distanza dall'entrata in vigore della normativa che per la prima volta ha disciplinato la materia della società a responsabilità limitata nella legislazione italiana, la riforma del diritto societario del 2003 (la «più vasta e organica che il Codice civile abbia ricevuto [...] dalla sua entrata in vigore»)¹ ha talmente ridefinito la struttura, le funzioni e le regole della società a responsabilità limitata che, osservando la società a responsabilità limitata fuoriuscita dal D.lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003, si può senza dubbio concludere che si dispone oggi di una formazione giuridica completamente diversa da quella che era stata introdotta nell'ordinamento italiano con il Codice civile del 1942².

La riforma del 2003 è l'esito del dibattito instauratosi all'indomani dell'emanazione del D.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998, recante il testo unico sull'intermediazione finanziaria: il «naturale completamento»³ di quel decreto (che aveva avuto di mira la tutela di quegli azionisti che si disinteressano alla vita societaria e che puntano «solo» al dividendo annuo e al *capital gain* in caso di rivendita) consisteva appunto in una legislazione che, prendendo atto dell'inesistenza – nei tipi societari codificati: la società per azioni, la società in accomandita per azioni, la società a responsabilità limitata – di discipline realmente differenziate, rivedesse la disciplina della struttura di governo delle diverse figure societarie specialmente alla luce della diversa incidenza del ruolo dei soci nella vita dell'impresa sociale.

¹ GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, XIII. Finora il Codice civile era stato modificato «solo» da interventi legislativi seppur importanti, ma «di settore» (si pensi alla riforma delle società quotate, portata dal D.lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998, e alla legge «Mancino» del 1993) oppure dettati in derivazione dell'esigenza di adeguamento della disciplina nazionale della società per azioni alle Direttive comunitarie. Di «riforma «epocale»» si parla nelle *Osservazioni di Borsa Italiana S.p.A.*, presentate il 2 dicembre 2002, in *Riv. soc.*, 2002, 1564.

² Di «una vera rivoluzione» parla PERRINO M., *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1118, citando GAMBINO A., *Brevi note sul progetto di legge delega di riforma delle società di capitali non quotate*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 210.

³ BUONOCORE V., *Premessa*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 2; cfr. pure PORTALE G.B., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003, 261; PRESTI G., *Riforma della S.p.A. e scalini normativi*, in *Società*, 2003, 323; MONTALENTI P., *Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1542. E ancora la *Memoria per le Commissioni Riunite Giustizia e Finanze della Camera dei Deputati*, presentata dalla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, Roma, 28 novembre 2002, in *Riv. soc.*, 2002, 1552; nonché l'*Audizione dell'Associazione Italiana fra le Società per Azioni presso le Commissioni riunite Giustizia e Finanze della Camera dei Deputati*, Roma, 7 novembre 2002, in *Riv. soc.*, 2002, 1592.

Cosicché fu nominata⁴ una Commissione ministeriale, coordinata da uno dei sottosegretari (l'onorevole A. Mirone) del Ministero di Grazia e Giustizia, che bensì propose un disegno di legge delega, ma che dovette poi cessare i propri lavori a causa dell'interruzione della legislatura.

Il successivo Governo dapprima rielaborò (prelevando ampi stralci dalla bozza precedente)⁵ il disegno di legge di quella che sarebbe poi divenuta la legge "delega" 3 ottobre 2001 n. 366 e poi, sempre per mezzo di una Commissione, nuovamente affidata al coordinamento di un sottosegretario (l'onorevole M. Vietti)⁶, si occupò di predisporre l'articolato della legge delegata⁷, il D.lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003 (in vigore, dopo una lunghissima *vacatio legis*⁸, dal 1° gennaio 2004, per effetto del suo art. 10).

1.2 La società a responsabilità limitata negli ordinamenti europei e nel diritto italiano

Specialmente su influenza degli ordinamenti anglosassone⁹, tedesco¹⁰, au-

⁴ Cfr. Miraglia R., *Ai blocchi la commissione per riformare le società*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 luglio 1998.

⁵ Cfr. N.T., *La riforma, società riparte dalla Camera*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 luglio 2001.

⁶ Cfr. Negri G., *Per il nuovo diritto societario una commissione a tutto campo*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 ottobre 2001.

⁷ Si vedano, in *Riv. soc.*, 2002, 1649 e 1657, i pareri parlamentari alla bozza di D.lgs. espressi rispettivamente il 12 dicembre 2002 dalle Commissioni Riunite II (Giustizia) e VI (Finanze) della Camera dei Deputati e il 17 dicembre 2002 dalla II Commissione Permanente (Giustizia) del Senato della Repubblica.

⁸ Talora benvisto, talaltra criticato: cfr., per esempio, l'*Audizione dell'Associazione Italiana fra le Società per Azioni presso le Commissioni riunite Giustizia e Finanze della Camera dei Deputati*, Roma, 7 novembre 2002, in *Riv. soc.*, 2002, 1592; e l'*Audizione di Confindustria presso le Commissioni riunite Giustizia e Finanze della Camera dei Deputati*, Roma, 21 novembre 2002, in *Riv. soc.*, 2002, 1619.

⁹ Con la *private company*: cfr. RIVOLTA G.C.M., *Sulla società a responsabilità limitata: precedenti storici e orientamenti interpretativi*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 480; VANETTI C.B., *Il companies act del 1981 e le nuove modifiche del diritto societario inglese*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 453.

¹⁰ Nonostante l'evoluzione della società a responsabilità limitata abbia avuto origine nei paesi anglosassoni alla metà del diciottesimo secolo (il beneficio della limitazione di responsabilità che, per il *companies act* del 1844, poteva essere attribuito soltanto con provvedimento della pubblica autorità, nel *companies act* del 1856 venne esteso a tutte le società registrate costituite da almeno sette soci; infine, con il *companies act* del 1900 le *private companies* cominciarono ad avere una connotazione simile a quella odierna), un ben maggiore rilievo fu sicuramente dispiegato, nei confronti del nostro ordinamento, dall'approvazione della legge del 20 aprile 1892, che introdusse in Germania la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)*, e dalla legge 6 marzo 1906 che sancì la nascita della *GmbH* austriaca: cfr. GENNARI F., *La società a responsabilità limitata*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1999, 6. Per l'evoluzione della *GmbH* tedesca cfr., per esempio, BRONZINI M., *La nuova società a responsabilità limitata (GmbH) in Germa-*

striaco¹¹, portoghese¹² e francese¹³ (ove, a cavallo tra il XIX e il XX secolo¹⁴, venne per la prima volta delineata una figura di società a responsabilità limitata che non avesse il capitale suddiviso in azioni e che fosse quindi vocata non già a rivolgersi, come la società azionaria – forma societaria ritenuta appropriata per la grande impresa – al mercato del capitale di rischio¹⁵, ma a interpretare le esigenze dell'impresa medio-piccola, fondata sui rapporti personali tra i soci ma comunque “ambiziosa” della limitazione della responsabilità dei soci) “solo” nel 1942 il legislatore del Codice civile¹⁶ mostrò dunque, disciplinando anch'esso per la prima volta una “società a

nia, in *Riv. dott. comm.*, 1982, 75; SPOLIDORO M.S., *La costituzione unipersonale della società a responsabilità limitata in Germania*, in *Riv. soc.*, 1988, 837; e COLOMBO G.E., *La GmbH novelle del 1980*, in *Riv. soc.*, 1981, 673.

¹¹ Sulla GmbH austriaca cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 10-13.

¹² Con legge 11 aprile 1901 venne infatti introdotta la *sociedade por quotas de responsabilidade limitada*: cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 15.

¹³ Peculiari caratteristiche sono poi riscontrabili nella francese *société à responsabilité limitée*, normata con legge del 7 marzo 1925: qui si prevede un capitale minimo per la costituzione, che deve essere sottoscritto e versato contestualmente alla stipulazione, e un numero massimo di soci, che non può superare le cinquanta unità; il capitale deve essere suddiviso in quote uguali, non cedibili a terzi se non con il consenso di almeno tre quarti del capitale; il socio ha un solo voto per ogni quota posseduta; non sono ammessi conferimenti d'opera e non possono essere previste prestazioni accessorie (sulla *société à responsabilité limitée* francese cfr. CAGNASSO O., *Dalla società per azioni alla società a responsabilità limitata: vicende storiche e prospettive di riforma*, in *Riv. soc.*, 1971, 543).

¹⁴ Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 4 ss.; ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., Padova, 1985, vol. VIII, 65; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 251; CAVAZZUTI F., *Società a responsabilità limitata*, in *Nss. dig. it., Appendice*, vol. VII, Torino, 1987, 308; RACUGNO G., *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 1042; DE SEMO G., *Sulle società a “responsabilità limitata”*, in *Studi e questioni di diritto commerciale*, Torino, 1908, 145; CAGNASSO O., *Dalla società per azioni alla società a responsabilità limitata: vicende storiche e prospettive di riforma*, in *Riv. soc.*, 1971, 516; RIVOLTA, G.C.M., *Sulla società a responsabilità limitata: precedenti storici e orientamenti interpretativi*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 477.

¹⁵ Cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 5.

¹⁶ Cfr. SOPRANO, E., *La società a responsabilità limitata nel nuovo Codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, 894; CAVAZZUTI F., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Nss. dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1970, 683.

responsabilità limitata”, di aver colto l’esigenza di «un modello organizzativo più agile della società anonima, basato su una ristretta compagine sociale, direttamente interessata alla gestione della società, e sulla reciproca fiducia personale dei soci»¹⁷ e quindi di disporre di un tipo societario che, in ragione della sua ristretta compagine sociale e del conseguente forte carattere di *intuitus personae* che vi si sviluppava, potesse godere di una più elastica regolamentazione organizzativa e amministrativa rispetto alle società per azioni¹⁸.

Già la *GmbH* tedesca del 1892¹⁹, che indubbiamente derivava le sue caratteristiche di società di capitali dalla società azionaria (*Aktiengesellschaft*), mostrava intense tinte personalistiche tipiche delle società di persone: essa aveva infatti un capitale suddiviso in quote (anche disuguali, liberamente trasferibili salvo limiti statutari) che non poteva essere rappresentato da azioni o da altri titoli destinati alla circolazione; i soci erano responsabili nei limiti del conferimento, salvo che lo statuto non determinasse prestazioni accessorie o supplementari, e, comunque, rispondevano proporzionalmente per i conferimenti dovuti dai soci insolventi; l’organo amministrativo poteva essere composto anche da non soci; mancava l’organo di sorveglianza, se non previsto nell’atto costitutivo o da leggi speciali; e, infine, l’assemblea dei soci poteva essere sostituita, con il consenso unanime, da una votazione scritta espressa anche per corrispondenza²⁰.

A differenza di quella tedesca, la *GmbH* austriaca venne invece a essere caratterizzata dall’unitarietà della quota, anche in caso di acquisto successivo di altra parte del capitale dal medesimo socio, dalla previsione obbligatoria di un organo di controllo oltre un certo limite di capitale e di numero di soci, dalla concessione, a ogni singolo socio, di un diritto di ispezione sui libri contabili e sociali e, infine, dalla predeterminazione, nell’atto costitutivo, di versamenti supplementari cui poteva essere chiamato il socio oltre la propria quota di conferimento²¹.

¹⁷ GENNARI F., *La società a responsabilità limitata*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1999, 9.

¹⁸ Cfr. CAGNASSO O., *Società di capitali*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da BIGIAMI W., Torino, 1973, 97.

¹⁹ Legislazione successivamente modificata negli anni 1922, 1926, 1937 e 1980, in quest’ultimo caso per introdurre la società unipersonale *Einmann-gesellschaft*: cfr. GENNARI F., *La società a responsabilità limitata*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1999, 6.

²⁰ Per l’introduzione del tipo società a responsabilità limitata in altri ordinamenti cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 5, nota 15.

²¹ Cfr. GENNARI F., *La società a responsabilità limitata*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1999, 7.

In Italia, la società a responsabilità limitata invece ebbe luce dunque nel 1942²²: nei codici preunitari²³, infatti, era prevista la tripartizione del mondo societario nei tre sottoinsiemi della società in nome collettivo, della società anonima e della società in accomandita; e nessuna novità sul punto si ebbe con il Codice di Commercio del 1865. Il Codice di Commercio del 1882 mutò poi solo parzialmente questo panorama, con l'introduzione della società anonima per quote la quale peraltro differiva in pratica dall'anonima per azioni solo per una diversa rappresentazione della quota di partecipazione al capitale sociale.

La necessità tuttavia di una struttura societaria più snella, a base sociale ristretta, con intensi rapporti tra i soci, sollecitò un ampio dibattito che, attraverso due diversi "progetti" (il "progetto Vivante"²⁴ e il "progetto D'Amelio", ove apparì la "società a garanzia limitata"²⁵, i quali peraltro non ebbero una traduzione legislativa)²⁶, condusse infine, nel 1940, all'elaborazione del "progetto Asquini" (ove per la prima volta comparve l'e-

²² Tenendo come matrice questi tre modelli (la *private company* inglese, la *GmbH* tedesca e la *société à responsabilité limitée* francese), la società a responsabilità limitata fu introdotta in altri paesi europei (oltre che in Portogallo nel 1901 e in Italia nel 1942, anche in Olanda e in Danimarca nel 1971 e nel 1973): cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 4 ss. per un vasto panorama di paesi europei ed extraeuropei ove la società a responsabilità limitata è stata o meno introdotta.

²³ Cfr. CAGNASSO O., *Dalla società per azioni alla società a responsabilità limitata: vicende storiche e prospettive di riforma*, in *Riv. soc.*, 1971, 522; MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 6; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto, Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 8.

²⁴ Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 29.

²⁵ Cfr. ASCARELLI T., *Le società a responsabilità limitata e la loro introduzione in Italia*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, 419; ASQUINI A., *La società a garanzia limitata nei progetti legislativi del dopoguerra*, in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1939, 231.

²⁶ Nel "progetto Vivante", che vide la luce nel 1922, sulla matrice delle società a responsabilità limitate tedesche e austriache, si era prevista una società a «garanzia limitata», calmierata nel numero massimo dei soci (non superiore a 25), con un capitale sociale minimo di lire 50mila, e caratterizzata da norme di funzionamento proprie talvolta della società a struttura personalistica (prestazioni accessorie dei soci, esclusione e recesso dei soci, diritto di prelazione in caso di cessione di quote) e talvolta tipiche delle società a struttura capitalistica, quali la costituzione per atto pubblico, la sottoposizione a giudizio di omologazione, la pubblicità del bilancio. Nel "progetto D'Amelio" del 1925 si intese invece accentuare gli aspetti personalistici della società a garanzia limitata, per differenziarla ancor più dalle società anonime: si prevede così l'obbligo di menzionare il nome di uno dei soci nella ragione sociale, si semplificarono le forme di costituzione e si dispose l'unanimità dei consensi per le modifiche dello statuto sociale. Cfr. GENNARI F., *La società a responsabilità limitata*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1999, 9.

spressione "società a responsabilità limitata")²⁷, trasfuso poi nel Codice civile, anch'esso fondato sull'idea che la società a responsabilità limitata dovesse soddisfare la necessità degli operatori di potersi avvalere di una forma societaria a responsabilità limitata per i soci ma che fosse fortemente intrisa della personalità dei suoi soci²⁸: si trattava dunque di una società «di pochi soci, legati fra loro da un rapporto di reciproca fiducia personale»²⁹.

La società a responsabilità limitata introdotta nel Codice civile del 1942 mostrava dunque come sua principale caratteristica la limitazione della responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali all'entità dei conferimenti promessi e pertanto palesava, sotto questo aspetto, una completa affinità con la società per azioni, dalla quale si distingueva per non avere il capitale sociale suddiviso in azioni, bensì in "quote di partecipazione".

Anche sotto il profilo della sua disciplina, la società a responsabilità limitata appariva comunque abbastanza appiattita sotto l'impronta della società per azioni³⁰: indubbiamente, peraltro, la società a responsabilità limitata si distingueva dalla società per azioni, collocandosi in una posizione "intermedia"³¹ tra le società di capitali e le società di persone, per la conformabilità del suo assetto, secondo la volontà dei soci, in senso volta a volta più spiccatamente personalistico (allontanandosi quindi dalla matrice della società per azioni) o più spiccatamente capitalistico, sfruttando la facoltà concessa dal legislatore di adattare in tal senso le norme del Codice³².

²⁷ Cfr. *Lavori preparatori al Codice civile (1939-41)*, in *Relazione al progetto preliminare del Codice di Commercio*; e pure *Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale del Codice di Commercio*.

²⁸ Quest'ultimo progetto dunque venne infine sostanzialmente riprodotto nel Progetto Preliminare del Libro del Lavoro del Codice civile del 1941, e, con alcune modifiche, trasposto nel testo definitivo del Codice, approvato con R.D. n. 17 del 30 gennaio 1941. Nel testo introdotto nel Codice civile scomparvero l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese dei trasferimenti di quote, il voto per corrispondenza e la responsabilità sussidiaria dei soci per un multiplo della quota; dal punto di vista sistematico va ricordato che, in luogo del rinvio generico alle norme dettate in tema di società per azioni, in quanto compatibili, venne preferito il richiamo analitico a singole norme della società per azioni.

²⁹ ASQUINI A., *Relazione speciale al progetto preliminare per il nuovo Codice civile*, in VIVANTE C., *Progetto preliminare per il nuovo codice di commercio*, Milano, 1922, 311.

³⁰ Poche erano le norme tipicamente apprestate dal legislatore per la società a responsabilità limitata, alcune norme erano la pedissequa riscrittura di quelle dettate per la società per azioni, in molti casi infine la disciplina della società per azioni era riversata "di peso" nella società per azioni dal richiamo che la normativa della società a responsabilità limitata operava ai numeri degli articoli del Codice civile contenenti le norme regolanti la disciplina della società per azioni.

³¹ Cfr. FERRARA F., CORSI G., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, 858-860; RACUGNO G., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 1042-1043.

³² Secondo GORLA G., *Le società secondo il nuovo codice*, Milano, 1942, 95, «lo scopo del nostro legislatore è stato quello di combinare il vantaggio della responsabilità limitata dei soci (come nella

Questa conformabilità in senso personalistico (del che, in breve, erano significative espressioni, per esempio, la facoltà di prevedere *quorum* assembleari particolarmente elevati per le deliberazioni assembleari, la possibilità di non dotarsi dell'organo di controllo, la previsione di clausole statutarie limitative della trasferibilità della quota)³³ derivava dal fatto che la società a responsabilità limitata non era stata concepita come rivolta al mercato del capitale di rischio, né con riguardo alla possibilità di sollecitazione del pubblico dei risparmiatori a partecipare al suo capitale né con riguardo alla possibilità di raccolta di mezzi finanziari mediante la collocazione di titoli obbligazionari. Da ciò conseguiva che non sussistevano né l'esigenza di adottare rigide forme organizzative su cui il mercato avrebbe potuto contare, né l'esigenza di informativa al mercato delle decisioni adottate circa la struttura prescelta e la gestione della società, né l'esigenza che gli interessi dei soci fossero sempre compressi e inesprimibili in nome della necessità di tutela dei cosiddetti *stakeholders* (i terzi risparmiatori, finanziatori, clienti e fornitori ecc.).

E così, se da un lato la figura del socio non aveva certo quella rilevanza che essa otteneva con l'adozione della forma delle società personali (ove i mutamenti della compagine sociale sono talmente rilevanti – in quanto i terzi creditori evidentemente puntano sulla garanzia derivante dalla capienza patrimoniale dei soci – da essere addirittura considerati come episodi di modifica del contratto sociale e ove l'“attentato” che nel corso della vita societaria sia perpetrato contro l'*intuitus personae* può ricevere a seconda dei casi la “sanzione” del recesso o dell'esclusione, di implausibile introduzione negli statuti di società a responsabilità limitata), essa aveva tuttavia (seppur in primo piano fosse sempre l'interesse della tutela dei terzi a occupare la scena) un ruolo di ben maggior importanza di quanto accadeva nella società per azioni: ne era significativa dimostrazione, per esempio, il rilievo (anche “tipologico”) che la libera trasmissione (di cui al “vecchio” art. 2479, comma 1) della quota di partecipazione al capitale sociale (sia *inter vivos* che *mortis causa*) poteva essere variamente limitata (con la clausola di prelazione), condizionata (con

società per azioni) con il carattere personale della società, ma lasciando liberi i fondatori di accentuare più o meno questo carattere personale, senza stabilire un numero massimo di soci o un ammontare massimo di capitale; in modo che il nuovo tipo di società possa servire ai bisogni anche di una grande impresa con molti soci, ma a carattere personale, e nello stesso tempo in modo che, quando invece il nuovo tipo serva ai bisogni di una piccola impresa, la nuova veste e il funzionamento della società siano abbastanza più semplici di quelli della società per azioni. Dato poi che il nuovo tipo doveva servire anche alle esigenze di una grande impresa, la difesa o garanzia dei terzi, di fronte alla responsabilità limitata dei soci, è stata attuata negli stessi modi che nella società per azioni, anziché con i modi di una società personale».

³³ Cfr. RACUGNO G., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 1044-1046; LICHERI E., *Società a responsabilità limitata*, Torino, 1994, 17.

le clausole di gradimento, mero o non mero) o addirittura impedita (con le clausole di intrasferibilità).

Ancora, l'usuale ristrettezza della compagine sociale, la conseguente maggior propensione dei soci alla partecipazione all'attività assembleare, la mancanza nella legge di *quorum* costitutivi, l'assenza di un'assemblea di seconda convocazione, la concessione di poteri individuali di controllo al singolo socio (in caso di mancanza del collegio sindacale, egli infatti aveva il diritto di ottenere notizie dagli amministratori circa gli affari sociali e di potere consultare i libri sociali, nonché la facoltà, se detentore di almeno un terzo del capitale sociale, di fare eseguire annualmente, a proprie spese, la revisione della gestione), costituivano ulteriori elementi caratterizzanti "in senso personalistico" del tipo società a responsabilità limitata rispetto al tipo società per azioni³⁴.

1.3 La società a responsabilità limitata dopo la riforma del 2003

La società a responsabilità limitata prima della riforma era, dunque, una «sorella minore»³⁵ della società per azioni³⁶, una «piccola società per azio-

³⁴ Cfr. ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. VIII, Padova, 1985, 37-55.

³⁵ Questa espressione è usata da BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 136.

³⁶ L'appiattimento della società a responsabilità limitata sulla società per azioni conduceva anche a legittimare l'opinione che il ricorso a elementi personalistici nella disciplina delle società a responsabilità limitata, l'impossibilità di suddividere il capitale in azioni, la necessità di un capitale minimo di gran lunga inferiore a quello richiesto per la società per azioni, fossero tutti espedienti utilizzati nell'intento di soddisfare il desiderio della limitazione della responsabilità in un ambito di utilizzazioni più ampio di quello che si verificherebbe ove invece si facesse più propriamente ricorso all'utilizzo della società per azioni, rendendo così la s.r.l. un doppione, a scartamento ridotto, della società per azioni (cfr. GALGANO F., *Le società a responsabilità limitata*, in GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, vol. III, t. 2, Milano, 1990, 439; e GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 437). Questo giudizio tuttavia è stato ritenuto eccessivo, tenuto conto, da un lato, dell'avvenuta utilizzazione della società a responsabilità limitata non solo per iniziative imprenditoriali di caratura medio-piccola ma anche per intraprese di dimensioni notevoli (per esempio, quando sono state utilizzate quali società *holding*) e, d'altro lato, del fatto che la società a responsabilità limitata offre la valenza di essere una struttura assai flessibile e quindi adatta alle più varie esigenze, perché capace di avere un piccolo o un grande numero di soci, un piccolo o un grande capitale, amministratori soci o (se l'atto costitutivo lo ammette) non soci, un controllo sindacale o, in mancanza, un controllo diretto dei soci, quote liberamente alienabili o totalmente inalienabili o (per clausole dell'atto costitutivo) più o meno rigidamente vincolate nella loro circolazione (cfr. PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 253).

ni, in sostanza, senza azioni»³⁷, una «società per azioni baby»³⁸; come detto, pochissime erano le sue regole “proprie”³⁹, alcune sue norme erano “fotocopiate” dalla disciplina della società per azioni⁴⁰ mentre molta parte della sua disciplina era mutuata, per specifico richiamo numerico⁴¹, dalle norme della società per azioni⁴², le quali, ove non richiamate, finivano comunque per essere spesso invocate⁴³ in virtù di palese analogia⁴⁴.

³⁷ L'espressione è usata da ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 119. Per DI CATALDO V., *La società a responsabilità limitata nel disegno di legge delega per la riforma del diritto societario. Prime riflessioni sul nuovo regime*, in ROSSI S., ZAMPERETTI G.M. (a cura di), *La corporate governance nelle società non quotate*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 227, Milano, 2001, 31, «la società a responsabilità limitata diviene un modello alla pari con il modello della società per azioni: non più, come nell'assetto attuale, una sorta di satellite privo di autonoma fisionomia, o dotato di essa solo a metà».

³⁸ GAMBINO A., *Brevi note sul progetto di legge delega di riforma delle società di capitali non quotate*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 210.

³⁹ Sull'“autonomia” della società a responsabilità limitata rispetto alla società per azioni cfr. invece ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. VIII, Padova, 1985, 37; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 511.

⁴⁰ Si pensi alla normativa in tema di atto costitutivo di cui al “vecchio” art. 2475, in gran parte identico alla corrispondente disciplina della società per azioni.

⁴¹ I casi più eclatanti erano rappresentati dalla disciplina dell'amministrazione della società a responsabilità limitata (ove il “vecchio” art. 2487, comma 2, richiamava gli «artt. 2381, 2382, 2383, primo, terzo, quarto, sesto e settimo comma, 2384, 2384-bis, 2385, 2386, 2388, 2389, 2390, 2391, 2392, 2393, 2394, 2395, 2396 e 2434»), dell'assemblea dei soci (ove il “vecchio” art. 2486, comma 2, richiamava gli «artt. 2363, 2364, 2365, 2367, 2371, 2372, 2373, 2374, 2375, 2377, 2378 e 2379») e del collegio sindacale ove il “vecchio” art. 2488 richiamava per intero la corrispondente disciplina della società per azioni. Secondo la Relazione di accompagnamento al disegno di legge delega presentato dal Ministro Fassino alla Camera dei Deputati con il n. 1723 nella XIII legislatura «la disciplina della società a responsabilità limitata fu modellata in principio, salvo modifiche non essenziali e veramente marginali, sulla disciplina della società per azioni, così trasferendo all'istituto rigidità e oneri eccessivi rispetto al modello economico di riferimento».

⁴² Questa impostazione è stata da sempre sottoposta a critiche per le difficoltà che essa comportava, stante le evidenti lacune, di individuare la disciplina applicabile in quanto le norme non richiamate potevano ben apparire sia volutamente escluse dal legislatore sia completamente dimenticate: cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto, Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 11; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 42; RACUGNO G., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 1042-1043; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 259; CAVAZZUTI F., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Nss. dig. it., Appendice*, vol. VII, Torino, 1987, 350). In particolare, secondo RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 43-44: «nel nostro Codice civile la società a responsabilità limitata trova una disciplina distinta, ma non completa, nella quale peraltro

manca un richiamo generico alle norme di un qualsiasi altro tipo di società. Quel richiamo generico che, nello stesso sistema del codice, integra – sia pure con formulazioni diverse – la disciplina delle società in nome collettivo (art. 2293), in accomandita semplice (art. 2315), in accomandita per azioni (art. 2464), cooperative (art. 2516) e di mutua assicurazione (art. 2547). E proprio la circostanza che – a parte la società semplice e la società per azioni, la cui particolare collocazione, nel sistema delle società lucrative, impedisce un rinvio analogo – soltanto la società a responsabilità limitata manchi del rinvio integrativo alla disciplina di altra società, conferisce alla mancanza stessa un peso non indifferente. Tanto più che tale mancanza è certamente frutto di una precisa scelta del legislatore, come rilevano il meccanismo del sistema legislativo, fatto di una serie estremamente analitica di richiami specifici, e l'abbandono del sistema del progetto Asquini, che completava una disciplina molto più sintetica con il richiamo generico delle norme sulle società per azioni (art. 341)».

⁴³ Invero, salvo che per le norme "eccezionali" della società per azioni (per tali intendendosi anche quelle frutto della volontà del legislatore di dettare un'elencazione esaustiva, che quindi esclude tutto ciò che non vi sia nell'elenco), palesemente inutilizzabili nella società a responsabilità limitata, il mancato richiamo delle norme della società per azioni era per lo più inteso come la conseguenza di una maggiormente scarsa loro applicabilità alla società a responsabilità limitata o come la conseguenza di una "semplice" dimenticanza del legislatore: cfr. DE GREGORIO A., *Corso di diritto commerciale, imprenditori, società*, Roma-Città di Castello, 1969, 358; FERRARA F., CORSI G., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, 859; GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 449.

Cosicché, secondo l'opinione prevalente (SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto, Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 11; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 259; GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 449; FERRARA F., CORSI G., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, 876), l'affinità strutturale fra società a responsabilità limitata e società per azioni consentiva il ricorso all'applicazione analogica alla società a responsabilità limitata della normativa sulla società per azioni ogni qualvolta vi fosse carenza di disciplina a causa del mancato richiamo numerico. Secondo SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto, Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 11, «l'affinità esistente tra società per azioni e società a responsabilità limitata induce a risolvere [...] il problema relativo alla possibilità d'invocare alla nostra materia regole e principi dettati per la società azionaria anche quando manchi un espresso richiamo legislativo. Eccetto che vi siano ragioni particolari [...] l'interprete è legittimato a ricorrere, dunque, alla disciplina dettata per il prototipo della società di capitali»; per FERRARA F., CORSI G., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, 791, «solo quando le norme non richiamate abbiano carattere eccezionale, o comunque siano legate alle peculiarità dell'istituto affine» la loro applicazione è preclusa, «non invece negli altri casi; l'omissione infatti può essere dovuta semplicemente alla più scarsa applicazione della norma nella società a responsabilità limitata rispetto alla società per azioni».

In senso conforme: CALANDRA BUONAURA V., *Amministrazione disgiunta e società di capitali*, Milano, 1984, 119; CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 511; CAVAZZUTI F., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Nss. dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1970, 686; DE GREGORIO A., *Corso di diritto commerciale, imprenditori, società*, Roma-Città di Castello, 1969, 357; DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995, 674; GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 449; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 259; RACUGNO G., *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 1045; SACCHI R., *Sulla delega agli amministratori di società a responsabilità limitata della facoltà prevista dall'art. 2443 c.c.*, in *Riv. soc.*, 1984, 858.

In posizione diversa RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 47-51, secondo il quale l'adozione del sistema del richiamo numerico specifico da parte del-

la disciplina della società a responsabilità limitata a singole norme della società per azioni, in luogo del rinvio generico alle norme sulle società per azioni “in quanto compatibili”, prefigurato nei progetti di introduzione della società a responsabilità limitata nel nostro ordinamento, avrebbe palesato l'intenzione del legislatore di riferirsi solo alle norme effettivamente richiamate senza potersi legittimare la tesi della “dimenticanza”, di modo che il ricorso all'analogia sarebbe stato possibile solo ove le norme non richiamate fossero state ritenute espressione di principi generali dell'ordinamento: «non si tratta infatti di omissioni qualsiasi, ma di omissioni qualificate dal fatto di cadere nell'ambito di serie continuative di articoli richiamati. Il contesto nel quale cadono queste omissioni – che trovano ragionevole giustificazione in una prospettiva di differenziazione tipologica dalle società azionarie – le qualifica come statuizioni negative, cioè come manifestazioni di volontà legislativa di non estendere i precetti considerati alla società a responsabilità limitata. Di qui l'ovvia ragione tecnica dell'impossibilità di procedere ad applicazione analogica delle norme non richiamate: ragione che consiste, ora, addirittura nell'inesistenza della lacuna normativa, in cui risiede il presupposto di quel procedimento interpretativo, quando il mancato richiamo rende direttamente applicabili altre disposizioni o non introduce deroghe alle stesse; ora invece, se l'omissione del richiamo determina una lacuna, nell'impossibilità di colmarla con l'estensione di disposizioni rispetto alle quali si è manifestata la volizione legislativa di non applicarle. [...] Proclamando, invece, la generale applicabilità delle disposizioni relative alle società azionarie, ancorché non richiamate, l'interprete finisce per riprendersi arbitrariamente quel margine di discrezionalità che il legislatore gli ha tolto, con la scelta normativa che abbiamo visto. E, quel ch'è peggio, finisce per immiserire i tratti differenziali tra i due tipi di società, in spregio alla scelta legislativa di creazione di un nuovo modulo societario tipico. Creazione alla quale è connaturale una differenziazione netta, non una generale uniformità di regimi legali» (RIVOLTA G.C.M., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIX, Roma, 1993, 3-4; cfr. anche FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da VASSALLI F., vol. X, t. 3, Torino, 1985; e MONTAGNANI C., *Diritto d'informazione, controllo individuale e controllo giudiziario nelle società prive di collegio sindacale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 306).

Ancora (ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., Padova, 1985, vol. VIII, 164-178) si è affermato che sussisterebbe la possibilità di utilizzare l'applicazione analogica di altre norme solo quando le norme da richiamare siano ritenute espressione di principi generali oppure siano da considerarsi compatibili con il particolare “tipo” della società a responsabilità limitata, caratterizzato sia da elementi propri delle società azionarie sia da elementi propri delle società personali.

Una particolare derivazione giurisprudenziale del discorso che precede si è per esempio avuta in tema di applicabilità alla società a responsabilità limitata del principio di collegialità sancito (dal vecchio art. 2380) per gli amministratori di società per azioni, non ripetuto dalla disciplina della società a responsabilità limitata né da essa fatto oggetto di specifico richiamo numerico; ebbene Trib. Cosenza 9 febbraio 1994, in *Società*, 1994, 671, ha deciso che «il principio della necessaria collegialità dell'amministrazione affidata a più persone, sancito per le società per azioni dall'art. 2380 del Codice civile, sebbene detta norma non sia espressamente richiamata dall'art. 2487 per le società a responsabilità limitata, deve essere ritenuta un principio di portata generale, come si desume dall'espresso richiamo, contenuto nell'art. 2487 cit., dell'art. 2392, che stabilisce la responsabilità solidale di tutti gli amministratori per i danni derivanti alla società dall'inosservanza dei loro doveri».

Alfine, ancora secondo RIVOLTA G.C.M., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIX, Roma, 1993, 4, «non sussistono ostacoli di principio all'applicazione analogica di norme relative alle società di persone, una volta che ne siano verificati i presupposti. È da ritenere, anzi, che vi sia un settore d'elezione per l'applicazione stessa: quello delle accertate lacune normative, conseguenti a omessi richiami di norme relative alla società per azioni. Riconosciuta, nell'omissione, una statuizione negativa riconducibile a una valutazione legislativa d'inadeguatezza del regime azionario, è lecito cercare nel più “intimo” regime delle società personali la disposizione che regola il caso simile».

Infatti, se si eccettuano le poche centinaia di società per azioni con capitale diffuso tra il pubblico⁴⁵, e ci si concentra, nell'assai più vasto ambito delle società di capitali “chiuse”, sulla distinzione tra le società per azioni a ristretta base azionaria e le società a responsabilità limitata, le “uniche” rilevanti differenze di cui la pratica professionale teneva conto (a parte la divisione del capitale della s.p.a. in azioni e la conseguente possibilità di sollecitare l'investimento del pubblico nel suo capitale, fino all'“estremo” della quotazione) erano “soltanto” ed essenzialmente che la società per azioni aveva un capitale minimo di valore nominale più elevato, poteva emettere obbligazioni⁴⁶, doveva convocare le proprie assemblee mediante la pubblicazione del relativo avviso sulla “Gazzetta Ufficiale”, aveva assemblee con convocazioni successive alla prima e con *quorum* costitutivi differenziati dai *quorum* deliberativi, doveva avere necessariamente il collegio

Per Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, in *Società*, 1997, 391, «l'adozione della tecnica legislativa tesa a disciplinare una determinata materia mediante una serie di coordinati e dettagliati richiami a specifiche norme dettate in un settore contiguo dell'ordinamento non equivale, di per sé, a un divieto assoluto di applicazione analogica, in quella medesima materia, di ulteriori disposizioni non espressamente richiamate. Il mancato richiamo, da solo considerato, naturalmente suggerisce la necessità di interrogarsi sulla ragione che può avere indotto a ciò il legislatore; ma, ove non si accompagni una specifica disposizione volta a chiudere quella particolare materia in un cerchio di norme rigorosamente autosufficienti, non la sottrae ai principi generali: ivi compreso quello dell'analogia *legis* (nonché ovviamente, a maggior ragione, dell'analogia *juris*), se e in quanto sia dato ravvisare un'identità di *ratio* fra la norma non richiamata e la situazione non espressamente disciplinata. Prova ne sia che, proprio in tema di società a responsabilità limitata, comunemente si ritiene che alcune norme dettate dal codice per la società azionaria – quali, per esempio, l'art. 2366, ultimo comma, concernente la così detta assemblea totalitaria, o l'art. 2442, riguardante l'aumento di capitale mediante imputazione di riserve – siano senz'altro applicabili a onta del loro mancato richiamo».

⁴⁴ Secondo GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 449, «l'applicazione alla società a responsabilità limitata di norme dettate in sede di società per azioni e non riprodotte né richiamate specificamente, avviene sulla base di un procedimento analogico, e non di applicazione diretta»; nello stesso senso anche MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, t. 1, Milano, 1954, 529.

⁴⁵ Secondo dati “Infocamere”, “Consob” e “Il Sole 24 Ore” riportati da PRESTI G., *Le nuove ricette del diritto societario*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 30-31, nel 2002 in Italia esistevano 5.800.279 imprese, di cui 3.447.167 individuali, 950.884 società di capitali (di cui 60.421 società per azioni, 187 società in accomandita per azioni e 890.276 società a responsabilità limitata), 1.213.587 società di persone e 188.641 sotto altre forme (cooperative, consortili ecc.); nell'ambito delle società per azioni, solo 294 erano quotate e 130 iscritte nell'elenco degli emittenti titoli diffusi (di cui 58 banche).

⁴⁶ «È noto che nelle più recenti indagini sulle distinzioni tra S.p.A. e s.r.l. proprio l'impossibilità di queste ultime di emettere titoli obbligazionari e di accedere in generale al pubblico risparmio costituiva un sicuro “costo” della formula della s.r.l.» (RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 51).

sindacale, non poteva nominare gli amministratori per più di un triennio; e poco altro⁴⁷.

In questo panorama, ove la società a responsabilità limitata subiva dunque una vera e propria “crisi di identità”⁴⁸, la legge delega ha allora indicato al legislatore delegato una strada lastricata di «buoni propositi»⁴⁹ e cioè la ricerca di un punto di equilibrio, da un lato, fra l’ampliamento della sfera dell’autonomia contrattuale nella disciplina degli assetti societari (e la semplificazione degli adempimenti) e, d’altro lato, il mantenimento di un’adeguata protezione delle esigenze di tutela dell’integrità patrimoniale della società e della certezza dei rapporti a protezione degli interessi sia dei terzi che con la società entrano in contatto sia dei soci che non partecipano al governo della società⁵⁰.

Ebbene (se non fosse che sembra di assistere⁵¹ al *remake* della *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile*, 1943, n. 1004, ove si affermava che «la nuova forma sociale [...] è particolarmente destinata a sostituire le piccole anonime [...] tutte le volte che si voglia contenere la responsabilità dei soci nei limiti dei conferimenti e nello stesso tempo assicurare con legami più stretti l’attività dei soci alla società, consentendo di guardare le loro persone non più in funzione del loro apporto di capitali, ma altresì in funzione della fiducia che ispirano i loro nomi e la loro attività così nei rapporti interni come di fronte ai terzi»), su questa linea tracciata dalla legge delega, il legislatore della riforma ha dunque inteso radicalmente superare innanzitutto⁵² la

⁴⁷ Cfr. ZANARONE G., *S.r.l. contro S.p.A. nella legislazione recente*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 391.

⁴⁸ In vista dell’introduzione della tripartizione della società per azioni in “quotata”, “non quotata aperta” e “chiusa”, si è addirittura parlato dell’abolizione della società a responsabilità limitata: cfr. GAMBINO A., *Le società per azioni non aperte al mercato*, in PORZIO M., RISPOLI FARINA M., ROTONDO G. (a cura di), *La riforma delle società per azioni non quotata*, Milano, 2000, 10, 14.

⁴⁹ RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 38.

⁵⁰ Cfr. GAMBINO A., *Relazione al XVII Convegno su Diritto societario: dai progetti alla riforma*, Forum di Courmayeur, 27-28 settembre 2002, 5; e RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, *ibid.*, 1.

⁵¹ Secondo CAMPOBASSO G.F., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2003, 325, l’obiettivo di fondo della riforma «è quello di accentuare il distacco della s.r.l. dalla S.p.A. e di farne un modello societario particolarmente elastico, che consenta di valorizzare i profili di carattere personale presenti soprattutto nelle piccole e medie imprese. In breve, di realizzare meglio di quanto seppe fare il legislatore del 1942, l’idea della s.r.l. come tipo di società di capitali che si presta meglio della società per azioni per l’organizzazione di imprese di modeste dimensioni, a base familiare e comunque con compagine societaria ristretta e attiva».

⁵² Cfr. MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 1 (del dattiloscritto).

precedente situazione di tendenziale appiattimento della società a responsabilità limitata sulla società per azioni⁵³ e riconoscere alla s.r.l., apprestando per essa un «autonomo e organico complesso di norme»⁵⁴, il ruolo di vero e proprio fulcro organizzativo del sistema economico italiano, pullulante di imprese medio-piccole⁵⁵ nel cui ambito i soci hanno «rilevanza centrale», in modo che alla realtà imprenditoriale che di fatto si esplica sul territorio nazionale corrisponda una finalmente appropriata e idonea struttura giuridica⁵⁶, appunto “autonoma” (cioè non malamente “ricalcata” altrove, ma rita-

Secondo l'art. 2 (“Principi generali in materia di società di capitali”) della legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001, «la riforma del sistema delle società di capitali [...] è ispirata ai seguenti principi generali: [...] f) nel rispetto dei principi di libertà di iniziativa economica e di libera scelta delle forme organizzative dell'impresa, prevedere due modelli societari riferiti l'uno alla società a responsabilità limitata e l'altro alla società per azioni...». Secondo il successivo art. 3 (“Società a responsabilità limitata”) «la riforma della disciplina della società a responsabilità limitata» avrebbe dovuto essere «ispirata ai seguenti principi generali: a) prevedere un autonomo e organico complesso di norme, anche suppletive, modellato sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci». Cfr. anche PERRINO M., *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1123, per il quale il legislatore ha abbandonato «l'imperfetta modalità del rinvio alla disciplina della società azionaria, che tante incertezze interpretative aveva in precedenza suscitato, e segnando così già sul piano della compiutezza regolamentare la guadagnata indipendenza e distanza tipologica rispetto alla S.p.A.».

⁵³ Per RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 36, «[...] il legislatore infatti ha compiuto ben più dell'invocata emancipazione della s.r.l. dal modello azionario: se mal non si vede, infatti, nella riforma si è collocata la società a responsabilità limitata al centro dell'intero sistema societario». Per BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 136, «la riforma della società a responsabilità limitata [...] è il vero punto di partenza e, al contempo, l'osservatorio privilegiato per comprendere senso e portata complessivi della riforma e per cercare di prefigurarne impatto ed esiti». Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «come già avvenuto in altri ordinamenti, la società a responsabilità limitata cessa di presentarsi come una piccola società per azioni e abbandona la tradizione del nostro ordinamento che ne faceva risalire il più immediato antecedente storico all'anonima per quote».

⁵⁴ Articolo 3, comma 1, lett. a), legge n. 366 del 3 ottobre 2001.

⁵⁵ Secondo PERRINO M., *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1123, si tratta di un «investimento di fiducia del legislatore sulle virtù funzionali del rinnovato tipo societario, quale schema elettivo d'organizzazione della piccola e media impresa». Cfr. anche CERA M., *Le imprese e il nuovo diritto societario*, in *Atti del convegno sul tema Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Varese, 20-21 settembre 2002, 2 (del dattiloscritto).

⁵⁶ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «la riforma in materia di società a responsabilità limitata, secondo quanto indicato dall'art. 3 della legge di delega, si muove nella direzione di un'integrale revisione di tale modello societario. Essa,

gliata “su misura”) e “organica” (cioè esaustiva e autosufficiente): la riforma del diritto societario trova infatti le sue radici nella diffusa convinzione che per le caratteristiche del tessuto produttivo italiano incentrato in prevalenza su imprese di piccole e medie dimensioni⁵⁷ fosse necessario un allentamento degli stringenti vincoli normativi e amministrativi previgenti, che rappresentavano un onere elevato in termini di costi e rigidità.

La società a responsabilità limitata affrancandosi dunque rispetto al modello azionario, più “blasonato”⁵⁸, può ora effettivamente contare su di una disciplina del tutto autonoma rispetto a quella della società per azioni, in questo modo ovviandosi a una delle caratteristiche senz’altro più negative del sistema societario previgente, cioè quella del sostanziale scollamento tra tipi legali e utilizzazioni concrete, e consentendo così di riattribuire all’assetto delle regole organizzative una rilevanza effettiva, accanto a motivazioni meramente economiche e fiscali, al momento della scelta del tipo societario da parte degli imprenditori e dei loro consulenti.

La riforma ha inteso quindi, da un lato, differenziare nettamente i tipi della società per azioni e della società a responsabilità limitata⁵⁹, indirizzando

parallelamente a un processo rilevabile sul piano internazionale, sia in Europa sia al di fuori di essa, intende offrire agli operatori economici uno strumento caratterizzato da una significativa e accentuata elasticità e che, imperniato fondamentalmente su una considerazione delle persone dei soci e dei loro rapporti personali, si volge a soddisfare esigenze particolarmente presenti nell’ambito del settore delle piccole e medie imprese».

⁵⁷ Che la “funzione economica” del tipo società a responsabilità limitata scaturente dalla riforma sia quello della piccola e media impresa, lo conferma anche l’art. 2519, il quale, dopo aver sancito al primo comma che alle società cooperative «si applicano in quanto compatibili le disposizioni sulla società per azioni», nel secondo comma invece afferma che «l’atto costitutivo può prevedere che trovino applicazione, in quanto compatibili, le norme sulla società a responsabilità limitata nelle cooperative con un numero di soci operatori inferiore a venti ovvero con un attivo dello stato patrimoniale non superiore a un milione di euro»; e pure il successivo art. 2522, ove, dopo aver sancito al primo comma che «per costituire una società cooperativa è necessario che i soci siano almeno nove», nel secondo comma ammette che «può essere costituita una società cooperativa da almeno tre soci quando i medesimi sono persone fisiche e la società adotta le norme della società a responsabilità limitata».

⁵⁸ Scrive SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 4, che la riforma «costruisce [...] la società a responsabilità limitata come un nuovo tipo di società, con caratteristiche del tutto peculiari rispetto alla sua tradizionale fisionomia di piccola società per azioni, e (persino) di società di capitali».

⁵⁹ Per BUONOCORE V., *Premessa*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 5, «il primo posto nell’ambito delle considerazioni di carattere per così dire panoramico deve essere assegnato all’attribuzione di funzioni differenziate ai tipi tradizionalmente inquadrati nella categoria delle società di capitali e alla conseguente introduzione di una disciplina – ed è questa la novità importante –, ampiamente e realmente differenziata, della società a responsabilità limitata rispetto a quella dettata per la società

ciascuno di essi a interpretare un diverso ruolo nell'attività economica e cioè indicando la società per azioni come la forma giuridica più consona per l'impresa medio-grande⁶⁰ e mandando la società a responsabilità limitata a rappresentare la fascia dell'impresa medio-piccola⁶¹ ove i soci in linea di massima⁶² prestano personalmente la propria opera lavorativa⁶³. D'altro

per azioni e soprattutto non limitata, com'è avvenuto finora, alla sola statuizione di una differente misura minima del capitale sociale».

⁶⁰ Cfr. CAGNASSO O., *Ambiti e limiti dell'autonomia concessa ai soci nella "nuova" società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 368.

⁶¹ Cfr. ROVELLI L., *Sulla riforma delle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 2002, 832; ZANARONE G., *Quale modello legale per la nuova s.r.l.*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 72. Secondo BUONOCORE V., *Premessa*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 5, la riforma fa della società a responsabilità limitata «lo strumento di elezione per la costituzione di società che, pur patrimonialmente importanti, abbiano un capitale sociale diviso fra pochi»; e ancora BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 137, secondo cui «il legislatore è andato ben al di là di ciò che tutti si aspettavano, e cioè di una disciplina che affrancasse la società a responsabilità limitata dalla tutela della sorella maggiore società per azioni, perché ha collocato la società a responsabilità limitata al centro dell'intero sistema societario come il modello base per l'esercizio collettivo e individuale dell'impresa con il beneficio della responsabilità limitata». Al numero ristretto dei soci fanno riferimento anche ABRIANI N., *Appendice di aggiornamento*, in COTTINO G., *Diritto commerciale*, vol. I, t. 2, *Le società*, Padova, 2002, 22; BRANCADORO G., *La riforma del diritto societario: criteri direttivi dei decreti attuativi e modifiche al codice civile in materia di s.r.l.*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di S.p.A.*, Milano, 27-28-29 novembre 2002, 7 (del dattiloscritto); MONTALENTI P., *La riforma delle società di capitali: prospettive e problemi*, in *Società*, 2003, 342; MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 1 (del dattiloscritto); SALANITRO N., *La riforma delle società di capitali*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 2001, I, 568-569; GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2003, 453.

⁶² Osserva GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F, vol. XXIX, Padova, 2003, 474, che seppur la società a responsabilità limitata non possa «fare ricorso al mercato del capitale di rischio» invero «non vi può fare diretto ricorso, potendo però porsi quale holding di società per azioni e indirettamente attingere attraverso questa al mercato del capitale di rischio».

⁶³ Resta fermo che la società a responsabilità limitata ben si presta anche a svolgere (e in taluni casi a svolgerlo meglio che la società per azioni) il ruolo di idonea struttura per le intraprese consortili (cfr. CAVAZZUTI F., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Nss. dig. it., Appendice*, vol. VII, Torino, 1997, 309) e per le *joint ventures* e cioè per adempiere il compito di forma giuridica organizzativa della collaborazione tra imprese consentendo il riconoscimento all'interno dello statuto, in luogo di problematici patti parasociali, delle particolari esigenze delle imprese associate (cfr. CORAPI D., voce *Joint venture, aspetti societari*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. commerciale*, vol. VIII, Torino, 1992, 78); nonché il ruolo di società di gruppo, sia nella posizione di controllante che di controllata, e ciò tanto più ove si pensi al venire meno della responsabilità illimitata dell'unico socio di società a responsabilità limitata che fosse una persona giuridica (cfr. TOMBARI

lato, il legislatore ha appunto inteso, come detto, anche ricucire l'indubbio scollamento che si era verificato tra il regime legale della società a responsabilità limitata e la sua concreta applicazione: per esempio, il sistema del Codice civile prevedeva la distribuzione delle decisioni mediante un'articolazione organica delle strutture societarie, distinguendo nettamente il "ceto" dei soci dall'organo amministrativo, quando invece la realtà pratica insegna che quasi tutti i soci di società a responsabilità limitata rivestono anche il ruolo di amministratori della loro società⁶⁴; ancora, se la legge immagina, come regola, un sistema di libera trasmissione delle partecipazioni al capitale sociale, sia *inter vivos* che *mortis causa*, non vi è statuto di società a responsabilità limitata ove non compaiano i più vari limiti alla circolazione (mediante clausole di prelazione, di gradimento, di consolidazione ecc.)⁶⁵.

Da tutte queste considerazioni, da un lato, è conseguita la predisposizione di un insieme (peraltro incompleto, nonostante le intenzioni circa la creazione di un sistema esaustivo)⁶⁶, di norme "proprie", tipicamente e final-

U., *Il gruppo di società*, Torino, 1997, nota 9; WEIGMANN R., *Società di un solo socio*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. commerciale*, vol. XIV, Torino, 1997, 218; circa l'osservazione che la società a responsabilità limitata possa diventare «un'architettura utilizzata soprattutto dalla grande impresa» cfr. VELLA F., *Audizione dinanzi alle Commissioni riunite Giustizia e Finanze sullo schema di decreto recante "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, svoltasi alla Camera dei Deputati il 26 novembre 2002); e infine il ruolo di assai utile struttura organizzativa per i casi di partecipazioni minoritarie di soci apportatori di *venture capital* in imprese di medie dimensioni con l'obiettivo di favorirne la crescita, e ciò per la flessibilità dei suoi assetti organizzativi, per la modificabilità del principio di proporzionalità tra conferimenti e diritti dei soci, per la prevedibilità di particolari diritti in ordine all'amministrazione della società, per la programmabilità dei casi di recesso, per l'emettibilità di titoli di debito, per il costante monitoraggio consentito al socio circa le scelte gestionali e il rispetto dei programmi prefissati, e così via: cfr. PRESTI G., *Le nuove ricette del diritto societario*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 18-19; RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 39-40 e 56; MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 12 (del dattiloscritto); ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 224.

⁶⁴ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 188, il quale constata che nella società a responsabilità limitata si rende possibile una «perfetta coincidenza tra gestione e proprietà (cioè inerenza del potere amministrativo alla qualità di socio)».

⁶⁵ Cfr. ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 122.

⁶⁶ Secondo PRESTI G., *Le nuove ricette del diritto societario*, in BENAZZO P., PATRIARCA S.,

mente rivolte alla disciplina della società a responsabilità limitata, e cioè senza più attingere a mani basse mediante richiami numerici⁶⁷ alla discipli-

PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 20, «il condivisibile venire meno del rinvio alla disciplina della S.p.A. non è stato accompagnato dall'introduzione di una normativa di base autosufficiente per la s.r.l.». Questa incompletezza (si pensi solo, nella materia dell'amministrazione della società, ai problemi che si sollevano per la mancanza di norme sui compensi degli amministratori, sulla cessazione dall'incarico, sulla loro sostituzione, sul funzionamento del consiglio di amministrazione, sulla delegabilità dei poteri e sulle correlate responsabilità, sul divieto di concorrenza, sulle cause di ineleggibilità) sollecita l'adozione di norme statutarie *ad hoc*, come spesso si ripeterà più oltre nel testo, per evitare situazioni di incertezza e di conflitto. Per RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 58, «l'abbandono pressoché integrale della tecnica del rinvio alla disciplina della S.p.A. non ha trovato il necessario corrispondente di una disciplina di base autosufficiente (in difetto di apposite previsioni statutarie)». Viceversa, per MONTAGNANI C., ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2462*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 4, «il legislatore continua a rinviare alle norme della società per azioni, con ciò palesando, al di là delle dichiarazioni di intenti, che resta quello il modello generale di riferimento. Senza dire che i profili più squisitamente personalistici del nuovo modello non sono disegnati dal legislatore come "naturali" al tipo ma, come nel precedente sistema, richiedono un'espressa opzione dei soci».

⁶⁷ Di richiami numerici alla disciplina della società per azioni ne rimangono peraltro molti (cfr. MONTAGNANI C., ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2462*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 3):

1. l'art. 2463, comma 3, in tema di atto costitutivo, richiama gli artt. 2329, 2330, 2331, 2332 e 2341;
2. l'art. 2465, comma 3, in tema di stima dei conferimenti, richiama gli artt. 2343, comma 2, 2343-bis, commi 4 e 5;
3. l'art. 2468, comma 5, in tema di pegno, usufrutto e sequestro di partecipazioni, richiama l'art. 2352;
4. l'art. 2471-bis, richiamando ancora l'art. 2352, duplica il disposto del predetto art. 2468, comma 5;
5. l'art. 2475, comma 2, in tema di amministrazione della società, richiama l'art. 2383, commi 4 e 5;
6. l'art. 2478-bis, comma 1, in tema di bilancio, richiama gli artt. 2364, 2423, 2423-bis, 2423-ter, 2424, 2424-bis, 2425, 2425-bis, 2426, 2427, 2428, 2429, 2430 e 2431;
7. l'art. 2478-bis, comma 2, ancora in tema di bilancio, richiama l'art. 2435;
8. l'art. 2479-ter, comma 4, in tema di invalidità delle deliberazioni assembleari, richiama gli artt. 2377, commi 4, 6, 7 e 8, 2378, 2379-bis, 2379-ter e 2434-bis;
9. gli artt. 2480 e 2481, in tema di modifica dell'atto costitutivo e di decisione di aumento del capitale sociale, richiamano entrambi l'art. 2436;
10. l'art. 2482-bis, comma 6, in tema di riduzione del capitale per perdite, richiama l'art. 2446, ultimo comma.

Il richiamo numerico, oltre a sollevare problemi sistematici (e cioè a porsi come nota stonata nell'ambito del tentativo di elaborazione di una disciplina organica), lascia sul tappeto altre questioni: il problema del possibile futuro mutamento della disciplina richiamata, il problema del mancato richiamo di intere porzioni di disciplina della società per azioni in mancanza di una specifica norma-

na della società per azioni (anche se in alcuni casi la riforma paga sia il prezzo di alcune imprecisioni⁶⁸, sia di ripetere pedissequamente nella società a responsabilità limitata norme identicamente presenti nella disciplina della società per azioni)⁶⁹; dall'altro lato, da questa nuova impostazione

tiva della società a responsabilità limitata (si è già visto che, nella materia dell'amministrazione della società a responsabilità limitata mancano norme sui compensi degli amministratori, sulla cessazione dall'incarico, sulla loro sostituzione, sul funzionamento del consiglio di amministrazione, sulla delegabilità dei poteri e sulle correlate responsabilità, sul divieto di concorrenza, sulle cause di ineleggibilità: cfr. RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 58), il problema dei richiami probabilmente sbagliati e frutto di disattenzione (il già visto doppio richiamo dell'art. 2352 a opera sia dell'art. 2468, comma 5, sia dell'art. 2471-bis; cfr. MONTAGNANI C., ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2462*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 4). Per non parlare – lasciandolo alla successiva trattazione – del richiamo alle norme della società semplice (artt. 2257 e 2258) a opera dell'art. 2475, comma 3, che pone non pochi problemi interpretativi.

⁶⁸ A una sovrabbondanza tra richiami alle norme della società per azioni e nuove norme della società a responsabilità limitata, per esempio, si assiste in tema di formazione del capitale della società a responsabilità limitata unipersonale: dato che per l'art. 2463, comma 3, alla società a responsabilità limitata si applica il disposto dell'art. 2329, e dato che il n. 2 del comma 1 di detto art. 2329 dispone che per procedere alla costituzione della società è necessario «che siano rispettate le previsioni degli artt. 2342 e 2343 relative ai conferimenti», allora alla società a responsabilità limitata unipersonale si applica la previsione di cui al comma 2 di detto art. 2342 (identicamente ripetuto nell'art. 2464, comma 4) secondo cui «alla sottoscrizione dell'atto costitutivo deve essere versato presso una banca almeno il venticinque per cento dei conferimenti in danaro o, nel caso di costituzione con atto unilaterale, il loro intero ammontare»; inoltre, ai sensi del comma 4 del medesimo art. 2342 (identicamente ripetuto nell'art. 2464, ultimo comma), se nel corso della vita della società «viene meno la pluralità dei soci, i versamenti ancora dovuti devono essere effettuati entro novanta giorni». Un altro esempio si ha nel secondo periodo del quinto comma dell'art. 2468, per il quale «nel caso di pegno, usufrutto o sequestro delle partecipazioni si applica l'art. 2352» quando invece la materia è regolata dal successivo art. 2471-bis, il quale dispone che «la partecipazione può formare oggetto di pegno, usufrutto e sequestro. Salvo quanto disposto dal terzo comma dell'art. che precede, si applicano le disposizioni dell'art. 2352». Cfr. comunque assai più diffusamente DI PACE M., *La riforma del diritto societario: le imprecisioni del testo e le questioni interpretative aperte*, in *Società*, 2003, 512.

⁶⁹ Per evitare il più possibile l'abborrito richiamo numerico alla disciplina della società per azioni, il legislatore infatti ha talora pressoché fotocopiato per la società a responsabilità limitata l'identico testo della corrispondente norma adottata per la società per azioni: si pensi al caso della disciplina della riduzione del capitale per perdite, a quella dell'invalidità delle decisioni dei soci nonché a ogni argomento che rinvenga i suoi presupposti in principi generali, che non possono non trovare identica applicazione qualunque sia il tipo societario prescelto. Con maggior tempo a disposizione (è noto che i lavori della "Commissione Vietti" si sono invece svolti assai celermente, e cioè nell'arco temporale di un anno circa: di «frettolosità dei lavori preparatori» parlano, per esempio, PORTALE G.B., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003, 261; e CORSI F., *Intervento*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e*

è scaturita una considerazione completamente nuova della figura del socio di società a responsabilità limitata e del suo operare nella società.

Prima della riforma, infatti, quando la “persona” del socio sia di società a responsabilità limitata che di società per azioni era considerata un elemento pressoché irrilevante⁷⁰ nella vita societaria⁷¹, e quindi trattata nelle due

attese, Firenze, 16 novembre 2002, par. 5 del dattiloscritto; cfr. pure MONTALENTI P., *La riforma del diritto societario: appunti*, in *Società*, 2002, 1449; DE NICOLA A., *Nel deserto di una riforma frettolosa*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 novembre 2002; VIETTI M., *Una riforma senza forzatura*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 novembre 2002), invero, il legislatore della riforma avrebbe ben potuto isolare alcune tematiche di ordine generale e sistematico (atto costitutivo, sua nullità, invalidità delle decisioni dei soci, modifiche statutarie, bilancio, così com'è invero accaduto per la nuova impostazione data alle materie della direzione e del coordinamento di società e dello scioglimento e per la conferma della tradizionale impostazione mantenuta per le materie della trasformazione, della fusione e della scissione), pressoché identiche per ogni tipo di società, e di farne un “pacchetto” di norme a sé stante, materialmente avulso dalla disciplina specifica della società per azioni e della società a responsabilità limitata, ma valevole per tutti i tipi societari (ovviamente segnalando le differenze di disciplina ove necessario): cfr. sul punto MONTAGNANI C., ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2462*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 3.

⁷⁰ Si pensi, un esempio per tutti, alle conseguenze di “imprigionamento” che in capo al socio derivavano dalle clausole, perfettamente legittime, oggi come allora, che, nello statuto di una società a responsabilità limitata, avessero vietato la trasmissione *inter vivos* delle quote di partecipazione al capitale sociale. Nel sistema previgente, se lo statuto vietava il trasferimento delle partecipazioni, il socio rimaneva, senza rimedio, “prigioniero” della propria società: non poteva pretendere la liquidazione della propria quota né aveva alcun rimedio per fuoriuscire dalla società stessa. Accettando di essere socio di una società caratterizzata da una previsione statutaria di quel tipo, egli doveva subire le conseguenze di questa situazione; in tale sistema, in sostanza, vi era il principio della prevalenza dell'interesse della società a non subire la depatrimonializzazione conseguente alla fuoriuscita del socio (per la necessità di liquidarlo) rispetto all'interesse del socio di monetizzare la propria partecipazione. Questo clima normativo ora subisce invece un mutamento radicale: dispone infatti il comma 2 dell'art. 2469 che qualora l'atto costitutivo preveda l'intrasferibilità delle partecipazioni, il socio può esercitare il diritto di recesso, con l'unico temperamento che l'atto costitutivo (o lo statuto, che dir si voglia) può stabilire un termine, non superiore a due anni dalla costituzione della società o dalla sottoscrizione della partecipazione, prima del quale il recesso non può essere esercitato. Attribuire il diritto di recesso significa dunque invertire radicalmente lo spirito che caratterizzava il diritto previgente: prima, come detto, prevaleva l'interesse della società a preservare le proprie consistenze patrimoniali, senza dover far fronte alla necessità di liquidare il socio, e quindi l'interesse a mantenere in vita la società per il “valore aggiunto” che, nel mondo economico, deriva dalla stessa esistenza di un ente societario rispetto all'interesse del socio a liberarsi dalle “catene” che gli derivano dalla sua iscrizione nel libro dei soci (si sa che è assai spesso difficile liquidare una partecipazione, stanti la scarsa disponibilità di mezzi finanziari utilizzabili a tal fine e la notoria scarsa patrimonializzazione delle società a responsabilità limitata, e che quindi lo scenario, in questi casi, è addirittura quello dello scioglimento della società, appunto incapace di trovare le risorse necessarie a provvedere alla liquidazione). Oggi invece si instaura un clima normativo perfettamente antipodico rispetto a quello previgente: la riforma, come noto, mette al centro della situazione (fatta salva ovviamente la tutela dei terzi creditori) la persona del socio e le sue esigenze e tutte le nuove norme sono indirizzate a tenere sempre in primo piano la figura del socio e a fargli ruotare attorno ogni

situazioni alla stessa maniera⁷² (tranne che per la cessione delle partecipazioni, vincolabile in massima misura nella società a responsabilità limitata e solo in piccola misura nella società per azioni, la disciplina era appunto la medesima)⁷³, l'attenzione del legislatore era nettamente rivolta⁷⁴ alla tutela dei terzi (investitori, finanziatori, clienti e fornitori) che entravano in contatto con la società⁷⁵; la disciplina della società a responsabilità limitata

altro interesse. Il legislatore non punta più, come prima, sull'interesse della società a ogni costo, ma ad adattare su misura per il socio le situazioni in cui egli si viene a trovare, senza più subordinare i suoi interessi a quelli della società della quale egli si trova a far parte. È qui dunque evidente che va in frantumi sotto l'impatto di queste previsioni il principio che aveva caratterizzato il diritto previgente circa la preminenza, sugli interessi personali del socio, dell'interesse della società all'integrità del proprio patrimonio e alla sua stessa esistenza: la società a responsabilità limitata, sotto questo aspetto, diventa nel nuovo diritto una vera e propria società di persone e il socio assume in questa struttura societaria una figura di «rilevanza centrale» (art. 3, comma 1, lett. a), D.lgs. 366/2001), con la conseguenza che tutto può e deve essere piegato ai suoi interessi e che la società non è più un'entità che si sovrappone al socio e che ne comprime gli interessi ma è una forma organizzativa dell'attività imprenditoriale talmente impregnata delle persone dei suoi soci da dover essere il loro personale strumento operativo e da non poter né dover avere una missione diversa da quella del perseguimento degli obiettivi che il socio si propone giorno per giorno di raggiungere.

⁷¹ «Se muoviamo dall'analisi della disciplina, possiamo dire, anticipando i risultati cui perverremo, che il "tipo" avuto presente dal legislatore nel regolare la s.r.l. è bensì quello di una società di capitali, contrassegnato come tale dalla normale irrilevanza della persona dei soci nei rapporti sia interni che esterni nonché dalla tendenziale estraneità dei medesimi alle gestione dell'impresa, ma si discosta sensibilmente, nel contempo, dalla falsariga delle S.p.A. in quanto caratterizzato da una compagine sociale numericamente più ristretta e da una figura di socio più incline a fare sentire la propria voce nelle vicende della società, a livello sia deliberativo che di controllo»: ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., Padova, 1985, vol. VIII, 37.

⁷² Secondo PERRINO M., *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1124, «forte è [...] la discontinuità così introdotta rispetto [...] alla S.p.A. [...] in cui è la relazione "verticale" socio/società l'unica statutariamente rilevante secondo gli assunti tradizionali, mentre le relazioni interindividuali tra soci degradano al piano parasociale».

⁷³ Cfr. MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 14 (del dattiloscritto), secondo cui «nella Società per azioni anche di oggi e nella stessa vecchia Società a responsabilità limitata le persone dei soci, cioè le caratteristiche e le esigenze individuali dei vari soci – caratteristiche ed esigenze che possono richiedere differenziazione di diritti e in generale di posizioni giuridiche – restavano sullo sfondo. [...] Nella Società a responsabilità limitata della riforma la prospettiva si inverte. Il socio, ciascun socio, viene, può venire in primo piano e la disciplina della partecipazione segue e si modella in funzione delle concrete esigenze di questo o quel socio».

⁷⁴ Cfr. ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 125-126.

⁷⁵ «In generale, si nota un cambiamento di prospettiva nell'ispirazione legislativa. Mentre nell'*ancien régime* la preoccupazione fondamentale era di evitare comportamenti opportunistici al riparo del beneficio della responsabilità limitata, e, quindi, la chiave fondamentale della disciplina delle società di capitali era la tutela dei terzi, adesso, invece, il *focus* [...] è sulle esigenze dei soci»: PRESTI G., *Le nuove ricette del diritto societario*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a

era, salvo espressa previsione contraria, informata (vero o falso che fosse)⁷⁶ a un carattere di rigida inderogabilità⁷⁷; dai binari tracciati dal legislatore le deviazioni consentite erano minime⁷⁸; ciò che nell'ordinamento previgente non fosse previsto come possibile era generalmente inteso⁷⁹ come vietato⁸⁰.

cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 6-7.

⁷⁶ ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 127, parla di giurisprudenza ispirata «a un preteso principio di appartenenza all'ordine pubblico dell'intera disciplina organizzativa delle società dotate di personalità giuridica» stabilendosi (nota 12) una «connessione [...] fra la personalità giuridica delle società di capitali e natura imperativa delle norme che le regolano». Esempio emblematico ne è stata la ritenuta illegittimità delle clausole statutarie disponenti l'unanimità dei consensi in assemblea (App. Roma, 27 febbraio 1997, in *Foro it.*, 1997, I, 2, 568), la deroga in diminuzione del *quorum* previsto per le assemblee straordinarie (Trib. Verbania, 18 luglio 1996, in *Società*, 1997, 797; *contra*, App. Torino, 7 febbraio 1997, in *Società*, 1997, 798), la delega agli amministratori di attribuzioni assembleari (App. Trieste, 16 luglio 1994, in *Riv. not.*, 1995, 1072), la delega all'assemblea di competenze degli amministratori (App. Roma, 2 settembre 1999, in *Società*, 2000, 585), l'esercizio dell'attività amministrativa da parte di una pluralità di amministratori in via disgiunta (Trib. Foggia, 27 aprile 1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, 32; *contra* Trib. Lucca, 17 novembre 1989, in *Società*, 1990, 927) ecc.

⁷⁷ ZANARONE G., *Quale modello legale per la nuova s.r.l.*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 72, afferma che la riforma segna un'evidente soluzione di continuità rispetto al previgente regime, «contrassegnato [...] da una notevole rigidità, che investe anche i più minuti aspetti dell'organizzazione societaria».

⁷⁸ Seppur comunque nella società a responsabilità limitata si avessero margini di manovra ben superiori a quelli che si avevano nella società per azioni e si notasse una netta «contrapposizione fra tendenziale elasticità della prima e rigidità tendenziale della seconda»: ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 122-123.

⁷⁹ Di «postulato pullulare di norme inderogabili a tutela dei più evanescenti e fantasiosi interessi generali» parla D'ALESSANDRO F., *Il diritto pretorio delle società a mezzo secolo dal Codice civile*, in BESSONE M. (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 221.

⁸⁰ Si pensi solo, per esempio, alla vicenda del rispetto del termine di 30 giorni tra l'iscrizione al Registro Imprese (o, prima, la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale) del progetto di fusione/scissione e lo svolgimento dell'assemblea straordinaria, vicenda "banalissima" ma emblematica di una situazione in cui la norma non contiene previsioni di una sua possibile derogabilità e in cui è stato difficilissimo argomentarne la disattivabilità ove vi fosse il consenso unanime dei soci delle società partecipanti all'operazione di fusione/scissione: osservando solo alcune delle decisioni edite in materia, per Corte d'Appello Torino, 18 maggio 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 922, «deve ritenersi stabilito nell'esclusivo interesse dei soci e non anche nell'interesse dei creditori e dei terzi il termine di un mese che, ai sensi dell'art. 2501-bis, comma 4, deve intercorrere tra la pubblicazione per estratto del progetto di fusione sulla G.U. e la deliberazione assembleare di fusione, con la conseguenza che i soci, manifestando consenso unanime, possono abbreviarlo o anche rinunziarvi»; per Tribunale Udine, 25 marzo 1999, in *Dir. fall.*, 2000, II, 159, «la deliberazione di fusione per incorporazione di una società a responsabilità limitata in altra società del medesimo tipo è nulla se non è stato rispettato il

Adesso invece che il legislatore confeziona uno specifico vestito⁸¹ per la società a responsabilità limitata, non più fotocopiato da quello della società per azioni ma adatto per essere indossato dall'impresa medio-piccola⁸²,

termine dilatorio di un mese previsto dall'art. 2501-*bis* c.c. dalla pubblicazione del progetto di fusione nella G.U., unitamente al deposito del detto progetto nel registro delle imprese, non essendo all'uopo sufficiente il deposito del progetto e degli allegati nella sede sociale»; per Tribunale Napoli, 2 luglio 1999, in *Foro napoletano*, 1999, 366, «deve ritenersi non derogabile il termine minimo di un mese, di cui all'art. 2501-*bis*, comma 4, fra la data di pubblicazione per estratto nella G.U. del progetto di fusione e la deliberazione, in quanto è previsto non solamente a tutela dei soci ma anche dei terzi. Ne consegue che la delibera di fusione, nel caso in cui il predetto termine non sia rispettato, anche quando l'unico socio abbia dichiarato di rinunciarvi, non è omologabile»; per Tribunale Roma, 18 agosto 1999, in *Giur. romana*, 2000, 285, «i soci non possono abbreviare né rinunciare al termine di trenta giorni che, a norma del combinato disposto di cui agli artt. 2501-*bis* e 2504-*octies* c.c., deve trascorrere tra la pubblicazione nella G.U. del progetto di scissione e l'approvazione della relativa delibera». Identica vicenda di «dissidio» tra norma che non contiene previsioni di derogabilità e sua pretesa derogabilità a opera della volontà unanime dei soci che partecipano a un'operazione di fusione/scissione è la questione dell'omettibilità della relazione degli esperti sul rapporto di cambio, su cui alfine Corte d'Appello Milano, 8 gennaio 2001, in *Giur. comm.*, 2001, II, 421, ha deciso che «può essere derogata dalla volontà unanime dei soci la disciplina dettata dall'art. 2501-*quinquies* con riguardo alla relazione degli esperti sul rapporto di cambio, posto che essa è strumento di valutazione del valore delle partecipazioni che non sottrae ai soci il potere di esprimere il discrezionale giudizio sulla congruità del rapporto di cambio proposto dagli amministratori. I creditori sociali anteriori, alla cui posizione è rivolto il disposto degli artt. 2501-*bis* ss., trova adeguato strumento di tutela nell'esperimento dell'opposizione ex art. 2503 c.c.».

⁸¹ Per la metafora “sartoriale” cfr. per esempio, ROVELLI L., *Sulla riforma delle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 2002, 834; MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 3 (del dattiloscritto); PRESTI G., *Le nuove ricette del diritto societario*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 8.

⁸² SALANITRO N., in *Tavola Rotonda*, in ROSSI S., ZAMPERETTI G.M. (a cura di), *La corporate governance nelle società non quotate*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 227, Milano, 2001, 138, afferma che la riforma prende atto «che il nostro paese opera ormai in un mercato integrato, e che le nostre imprese hanno bisogno, per operare in modo efficiente in questo mercato integrato, di una struttura organizzativa piuttosto agile. Il nostro paese, anche nell'ambito dell'Unione Europea, presenta particolari caratteristiche di ordine economico, in quanto vi operano un numero di piccole e medie imprese superiore al numero delle piccole e medie imprese che operano negli altri paesi dell'Unione. Di qui l'esigenza, fortemente sottolineata in modo autorevole anche all'interno della Commissione, di cercare uno spazio normativo il più agevolativo possibile per lo sviluppo di queste piccole e medie imprese dando loro la possibilità di operare in concorrenza con le imprese degli altri paesi». Per GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 474, l'impossibilità della società a responsabilità limitata di ricorrere al mercato del capitale di rischio e la conseguente necessità di «trarre il capitale di rischio dalle risorse di un ristretto gruppo di soci [...] vale a porre evidenti limiti massimi alle dimensioni delle imprese che possono essere esercitate nelle forme di questo tipo di società». Cfr. pure ANGELICI C., *Soci e minoranze nelle società non quotate*, in PORZIO M., RISPOLI FARINA M., ROTONDO G. (a cura di), *La riforma delle società per azioni non quotate*, Milano, 2000, 36; MARCHETTI P., *L'autonomia statutaria nella società per*

“chiusa” rispetto al mercato e cioè ove il pubblico dei risparmiatori non viene sollecitato a investire nel suo capitale⁸³ e ove normalmente i pochi soci che vi partecipano prendono personalmente e quotidianamente parte al lavoro della società (la quale, anzi, spesso non può prescindere da questo personale lavoro dei soci), tutta la prospettiva del passato cambia in maniera radicale⁸⁴: in primo piano vengono posti (ferme restando ovviamente le cautele per i terzi fornitori e clienti)⁸⁵ gli interessi personali del socio⁸⁶ e tutta la vita societaria viene subordinata⁸⁷ a questi personali interessi⁸⁸.

azioni, in *Riv. soc.*, 2000, 562; STELLA RICHTER M. jr., *Dalla riforma del diritto delle società quotate alla riforma del diritto delle società di capitali e ritorno*, in *Assogestioni, Quaderni di documentazione giuridica*, n. 25, Roma, 2002, 16; ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 225.

⁸³ Per MARCHETTI P., in *Tavola Rotonda*, in ROSSI S., ZAMPERETTI G.M. (a cura di), *La corporate governance nelle società non quotate*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 227, Milano, 2001, 122, «per le società chiuse [...] il dominio della relazione contrattuale o, se si preferisce, la minor rilevanza quantitativa degli interessi coinvolti costituirebbe ciò che giustifica [...] ampi spazi (anzi, maggiori spazi) di autonomia alle società che al mercato non si rivolgono».

⁸⁴ Secondo BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 138, «oggi è concesso ai soci di società a responsabilità limitata di compiere attraverso lo statuto scelte che fino a ieri sembravano impensabili e di incidere in settori, come quello dell'amministrazione della società, da sempre costituenti sacche di inderogabilità».

⁸⁵ Dall'art. 3, comma 2, della legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001, si stabilisce, per esempio, che «in particolare, la riforma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: [...] i) prevedere norme inderogabili in materia di formazione e conservazione del capitale sociale» nel rispetto (lett. d) «del principio di certezza del valore» dei conferimenti.

⁸⁶ Afferma la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, che «la riforma in materia di società a responsabilità limitata [...] intende offrire agli operatori economici uno strumento caratterizzato da una significativa e accentuata elasticità e che, imperniato fondamentalmente su una considerazione delle persone dei soci e dei loro rapporti personali, si volge a soddisfare esigenze particolarmente presenti nell'ambito del settore delle piccole e medie imprese».

⁸⁷ Secondo BUONOCORE V., *Premessa*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 6, «il criterio generale al quale il legislatore sembra essersi ispirato è quello per cui, nei limiti del consentito, di norma l'autonomia privata fa premio sulla disciplina legale quando a essere coinvolti sono solo gli interessi dei soci, mentre i ruoli si invertono quando in primo piano emergono gli interessi dei terzi».

⁸⁸ Secondo PRESTI G., *Le nuove ricette del diritto societario*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 7, «[...] scopo primario del diritto societario [...] è di assicurare a coloro che intendono intraprendere un'attività economica un quadro legale che consenta loro di organizzarla nel modo che essi stessi – anche in termini di equilibrio tra snellezza procedurale e garanzie per i soci estranei alla gestione – giudicano più opportuno per avere successo. La protezione dei terzi non conforma il disegno legislativo ma interviene solo in seconda battuta, come limite esterno alla libertà organizzativa dei soci».

Nella società a responsabilità limitata non vi sono, come nella società per azioni, esigenze efficientistiche da perseguire⁸⁹ né soggetti deboli da tutelare perché bisognosi di eterotutela⁹⁰: se nella società per azioni al centro c'è l'interesse della società, nelle società a responsabilità limitata invece c'è la persona del socio⁹¹, ben capace di autotutela (restando comunque ferme «l'esigenza di una protezione minima delle situazioni giuridiche dei soci»⁹² e quindi l'inderogabilità delle “posizioni fondamentali” del socio nella vita societaria, quali il diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci, il diritto di vigilanza sull'operato degli amministratori, il diritto di recesso)⁹³. Nella società per azioni dunque il socio è spesso un “semplice” “aderente”, nella società a responsabilità limitata egli è invece un “vero e proprio” “contraente”: «trattandosi di società tendenzialmente a ristretta compagine sociale e solitamente costituita da soci imprenditori, si ritiene che competa agli stessi soci predisporre i mezzi di tutela ritenuti più opportuni»⁹⁴.

⁸⁹ Cfr. PELLIZZI L., *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1988, 189; per ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 124, nota 6, la società a responsabilità limitata «è contraddistinta istituzionalmente dalla presenza di pochi soci, per giunta normalmente partecipi e animati spesso da profonda omogeneità d'intenti e strategie, perfettamente in grado, dunque, di raggiungere un accordo unanime».

⁹⁰ Cfr. ROSSI G., *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate*, in *Riv. soc.*, 1991, 1363.

⁹¹ «Trattandosi [la società a responsabilità limitata, n.d.a.] di tipo non vocato alla sollecitazione del pubblico risparmio, non può crearsi la dicotomia, possibile nella S.p.A., tra soci risparmiatori e soci imprenditori ma i membri appartengono tutti a questa seconda categoria e appaiono pertanto tutti sullo stesso piano dal punto di vista dell'esplicazione del potere contrattuale, cui va dunque lasciato per intero il contemperamento e in definitiva la tutela degli interessi in gioco»: ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 124, nota 7.

⁹² ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 162. Cfr. anche AFFERNI V., *La tutela dei soci e dei terzi nella nuova s.r.l.*, in AFFERNI V., DE ANGELIS L. (a cura di), *“Progetto Mirone” e modelli organizzativi per la piccola e media impresa*, Milano, 2001, 163.

⁹³ «L'esigenza di un intervento imperativo del legislatore a tutela degli interessi dei soci non è affatto estranea alla realtà della società a compagine ristretta: ciò in connessione con la circostanza che anche quest'ultima rappresenta un contratto di durata, per giunta spesso di lunga durata, e che le capacità di previsione del socio, persino del più avveduto, sono limitate a un arco temporale relativamente circoscritto, anche perché in una società sovente di tipo familiare, caratterizzata da un clima di partenza armonico e collaborativo, è difficile per i soci prefigurarsi ipotesi di conflitto»: ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 163-164.

⁹⁴ Relazione di accompagnamento al disegno di legge delega presentato dal Ministro Fassino alla Camera dei Deputati con il n. 1723 nella XIII legislatura.

Ne discende che la normativa del Codice civile non è più, come prima, una specie di “camicia di forza”, ma un vestito “di serie”, adatto per chi non se ne voglia confezionare uno “su misura”⁹⁵; chi infatti voglia conformare l’assetto della sua società con regole diverse da quelle del codice⁹⁶, ma ritenute più adatte per interpretare la particolare vicenda imprenditoriale che quella società intende intraprendere⁹⁷, ora può tranquillamente derogare al sistema di *default*⁹⁸ che è proposto dal legislatore⁹⁹ e predisporre l’assetto normativo che ritenga a sé più confacente¹⁰⁰.

⁹⁵ Nella riforma vi è «il riconoscimento amplissimo dell’autonomia statutaria nel modellare quasi tutti gli aspetti della costruzione del sistema organizzativo societario»: RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 36.

⁹⁶ Dell’apprestamento di un «modello snello e informale incentrato sulle relazioni contrattuali tra i soci» si parla nell’*Audizione dell’Associazione Italiana fra le Società per Azioni presso le Commissioni riunite Giustizia e Finanze della Camera dei Deputati*, Roma, 7 novembre 2002, in *Riv. soc.*, 2002, 1592.

⁹⁷ Va invero notato che le aperture “personalistiche” che la riforma consente per la società a responsabilità limitata non sono proprie del tipo società a responsabilità limitata come suoi elementi “naturalisti”, ma in tanto esse si prestano a essere applicate alle società a responsabilità limitata in quanto se ne faccia esplicita opzione statutaria: di modo che, in mancanza, nella società a responsabilità limitata, così come nella società per azioni, le partecipazioni sono liberamente trasferibili (art. 2469, comma 1) ed espropriabili (art. 2471, comma 1), il socio non può essere escluso che in caso di mora (artt. 2466 e 2473-bis), gli amministratori agiscono collegialmente (art. 2475, comma 3), i soci operano nelle “consuete” forme assembleari (art. 2479, comma 3): cfr. MONTAGNANI C., ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2462*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 4-5, ove si afferma quindi che il tipo società a responsabilità limitata è ancora «identificabile in quello di una piccola società per azioni sottratta alle rigidità di disciplina richieste per la società per azioni».

⁹⁸ Sulle *default rules*, e cioè sul diritto dispositivo dell’ordinamento statunitense, si veda MARCHETTI C., *La “Nexus of Contracts” Theory*, Milano, 2000, 37 ss., 141 ss. La riforma del diritto societario peraltro mostra di non condividere le conclusioni della *nexus of contracts theory* in quanto nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge delega presentato dal Ministro Fassino alla Camera dei Deputati con il n. 1723 nella XIII legislatura, par. 4, si legge che «la tutela del singolo risparmiatore non può in generale essere affidata alle sole spontanee forze del mercato e alla sua efficienza, ma richiede interventi normativi in grado di bilanciare sue possibili imperfezioni».

⁹⁹ Il diritto dispositivo, cioè le norme ritenute dal legislatore come appropriate per il caso volta per volta disciplinato, ma non espressive di valori così cogenti da non essere derogabili da una contraria volontà dei privati, «da un lato, si collega alla sua funzione anticipatrice della presumibile volontà delle parti, vale a dire delle soluzioni che queste ultime avrebbero adottato qualora avessero previsto tutte le possibili implicazioni di una certa situazione e la cui adozione a opera del legislatore consente quindi un desiderabile risparmio nei cosiddetti costi di transazione (cioè nelle diseconomie generate dalla necessità di elaborare di volta in volta le suddette soluzioni a livello di clausole contrattuali, come le spese di consulenza, rogito, verbalizzazione, con la connessa dispersione di

In particolare, la deroga può riguardare la stessa organizzazione strutturale della società¹⁰¹ e affievolire ai minimi termini, per attrarre direttamente sui soci le competenze gestorie, la tradizionale struttura corporativa (e cioè l'articolazione organica della decisionalità societaria e la sua distribuzione tra soci e amministratori) che il legislatore ha riproposto come sistema di *default*: finora la struttura capitalistica (e cioè l'organizzazione corporativa) era stata ritenuta come l'imprescindibile presupposto della concessione del beneficio della responsabilità limitata¹⁰², in base al noto principio *keine Herrschaft ohne Haftung*, mentre adesso la riforma permette il superamento anche di questo assetto di interessi consentendo la limitazione di

tempo e di energie); dall'altro lato si riconduce al compito che anche la norma dispositiva assolve, esattamente come ogni altra, di orientare l'azione dei privati alla stregua di valori propri dell'ordinamento giuridico, sia pure di valori ritenuti non tali da dover essere imposti alle parti ma sicuramente tali da richiedere un'azione positiva (e dunque una precisa volontà derogatoria) di queste ultime per essere pretermessi»: ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 170. Cfr. anche GAMBINO A., *Spunti di riflessione sulla riforma: l'autonomia societaria e la risposta legislativa alle esigenze di finanziamento dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 641.

¹⁰⁰ L'osservazione della riforma «consente di vedere come lo statuto legale della nuova s.r.l. sia molto agile, quasi del tutto destrutturato nello scheletro imperativo, modellabile in profondità dall'autonomia dei privati. [...] si consente un'amplissima personalizzazione, tale da potersi adattare alle più diverse conformazioni come un abito di sartoria»: PRESTI G., *Le nuove ricette del diritto societario*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 8. Si esprime nel senso che «la legge delega [è] presa da questo sacro furore di ricondurre alla libertà dei soci le più differenziate scelte organizzative nel modellare la s.r.l.», FORTUNATO S., *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 305. Cfr. anche CERA M., *Le imprese e il nuovo diritto societario*, in *Atti del convegno sul tema Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Varese, 20-21 settembre 2002, 2 (del dattiloscritto).

¹⁰¹ Cfr., per esempio, BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1062. Secondo l'art. 3, comma 1, della legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001, «la riforma della disciplina della società a responsabilità limitata» avrebbe dovuto essere «ispirata ai seguenti principi generali: [...] c) prevedere la libertà di forme organizzative, nel rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi». Nel successivo comma 2 si specifica poi che «in particolare, la riforma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: [...] e) riconoscere ampia autonomia statutaria riguardo alle strutture organizzative, ai procedimenti decisionali della società e agli strumenti di tutela degli interessi dei soci, con particolare riferimento alle azioni di responsabilità...».

¹⁰² Secondo BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 138, la riforma ha «creato un tipo di società che ridimensiona la più classica delle distinzioni dottrinali che sogliono farsi per meglio inquadrare gli esistenti tipi legali di società, e cioè quella tra società di persone e società di capitali; e la ridimensiona in senso effettivo e non nominalistico, riformando, cioè, in maniera radicale il comparto che più di ogni altro ha segnato finora l'appartenenza dei tipi sociali a una di tali categorie e ne ha determinato il conseguente inquadramento, [...] quello dell'organizzazione interna».

responsabilità pur se la struttura capitalistica sia derogata in nome della diretta attribuzione ai soci delle competenze gestorie¹⁰³ e quindi dell'adozione di un modello personalistico¹⁰⁴.

Tra l'altro, il clima che ammantava la riforma della società a responsabilità limitata è di una tale derogabilità e adattabilità al caso concreto¹⁰⁵ che, anche ove il legislatore non preveda un'esplicita possibilità di deroga di una certa norma, alla deroga si è ora comunque sollecitati a procedere (e ciò a ragion veduta) fino al punto in cui non ostino – come invero spesso non ostano – superiori principi, sia quelli codificati che quelli non scritti ma immanenti nel sistema, a presidio di interessi non disponibili dall'autonomia privata¹⁰⁶.

Invero, a un clima ove tutto quel che non era consentito doveva ritenersi vietato, si sostituisce un clima ove può ritenersi tutto permesso ciò che non sia vietato¹⁰⁷, esplicitamente o per derivazione da un principio generale dell'ordinamento¹⁰⁸; un clima, cioè, ove si punta alla soddisfazione dell'interes-

¹⁰³ Sull'attribuzione ai soci delle competenze gestorie cfr. ABBADESSA P., *L'assemblea amministratrice nelle piccole cooperative (prime impressioni)*, in *Riv. soc.*, 1999, 201.

¹⁰⁴ Cfr. ZANARONE G., *Quale modello legale per la nuova s.r.l.*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 73.

¹⁰⁵ Cfr. VIETTI M., *Le linee guida della riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 266. Con riguardo, per esempio, alla struttura organizzativa della società a responsabilità limitata, ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 176, sostiene che la disciplina del «vigente ordinamento, almeno come interpretato dalla giurisprudenza dominante, risulta largamente costituita» sia per società per azioni che per società a responsabilità limitata «da norme inderogabili, mentre nel sistema della legge delega, se rimane ancora fortemente condizionata da norme imperative con riferimento alla s.p.a., viene pressoché interamente rimessa all'autonomia statutaria per quanto riguarda la s.r.l.».

¹⁰⁶ Per esempio, le norme sull'integrità del capitale sociale; di un «sistema dei controlli e delle responsabilità affidato invece a norme generali tendenzialmente imperative e non variabili a seconda dell'assetto organizzativo statutario» prescelto parla RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 36; cfr. pure CAGNASSO O., *Ambiti e limiti dell'autonomia concessa ai soci nella "nuova" società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 371.

¹⁰⁷ Secondo ROSSI G., STABILINI A., *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, 5, «il tradizionale approccio (soprattutto della giurisprudenza) secondo il quale in materia di società per azioni "tutto ciò che non è permesso è proibito" deve probabilmente essere rivisto e forse capovolto». Cfr. anche D'ALESSANDRO F., *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata*. Ovvero: esiste ancora il diritto societario, in *Riv. soc.*, 2003, 34; PERRINO M., *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1124-1125, che richiama il par. 45 GmbHG.

¹⁰⁸ Secondo ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in

se dei terzi e alla loro tutela, oltre che nelle norme direttamente disposte per loro salvaguardia, con la considerazione che la struttura societaria apprestata dai soci in deroga a quella proposta nel Codice deve pur essere di gradimento anche dei terzi, perché altrimenti se ne pregiudica il contatto con quella società.

In questo nuovo panorama, caratterizzato da una disciplina finalmente “propria” della società a responsabilità limitata, dalla riconosciuta centralità del socio¹⁰⁹, da una spiccatissima autonomia statutaria¹¹⁰, altri corollari confermano lo spirito della riforma: prima di tutto quello (finalmente) della “statutarizzabilità”¹¹¹ di tutte quelle pattuizioni che fino a oggi sono vissute nel limbo del parasociale¹¹², con le note difficoltà del caso¹¹³.

Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi, I, Milano, 2002, 130, «l'affermata centralità del contratto dovrebbe essere letta nel senso che la possibilità per le parti di determinare liberamente i propri rapporti vada riconosciuta in linea di principio senza riserve ai soci di s.r.l., salvo che diversamente risulti da un divieto sancito espressamente dal decreto legislativo, o comunque ricavabile da quest'ultimo in via di interpretazione».

¹⁰⁹ Dall'art. 3, comma 2, della legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001, si stabilisce che «in particolare, la riforma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: [...] c.[...] consentire ai soci di regolare l'incidenza delle rispettive partecipazioni sociali sulla base di scelte contrattuali...». Per ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 129, esaltare la natura contrattualistica non «significa misconoscere la duplice identità della società a responsabilità limitata come negozio e come persona giuridica» ma significa «invece solamente stabilire che, nell'economia complessiva di questo tipo societario, l'apporto della fonte negoziale deve essere valorizzato rispetto a quello della fonte legale da un punto di vista sia qualitativo che quantitativo».

¹¹⁰ Secondo l'art. 2 (“Principi generali in materia di società di capitali”) della legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001, «la riforma del sistema delle società di capitali [...] è ispirata ai seguenti principi generali: [...] d. ampliare gli ambiti dell'autonomia statutaria, tenendo conto delle esigenze di tutela dei diversi interessi coinvolti...». Secondo il successivo art. 3 (“Società a responsabilità limitata”) «la riforma della disciplina della società a responsabilità limitata» avrebbe dovuto essere «ispirata ai seguenti principi generali: [...] b. prevedere un'ampia autonomia statutaria; c. prevedere la libertà di forme organizzative, nel rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi». Per GAMBINO A., in *Tavola Rotonda*, in ROSSI S., ZAMPERETTI G.M. (a cura di), *La corporate governance nelle società non quotate*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 227, Milano, 2001, 127, «è questa la vera rivoluzione che si compirà con la nuova società a responsabilità limitata. [...] Nella nuova struttura la responsabilità limitata a tutti i soci è accompagnata da una piena autonomia, come nelle società di persone».

¹¹¹ Bruttissimo e impronunciabile, d'accordo, ma sintomatico neologismo. Si esprime invece (assai meglio) nel senso che «[...] la nuova disciplina consente [...] di socializzare quasi integralmente ciò che prima era confinato nelle penombre del parasociale», PRESTI G., *Le nuove ricette del diritto societario*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 13.

¹¹² SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 188, afferma che «in linea di massima tut-

Dare rilevanza alla figura del singolo socio, ai suoi interessi, alla sua personale volontà, significa poter ora imporre anche statutariamente che, per esempio, senza il concorso della volontà di quel singolo socio, l'operazione non si fa, la quota non si cede, la decisione non si assume ecc.; che, per esempio, l'organo amministrativo si compone in tutto o in parte così come vuole quel socio; e che, per esempio, gli utili non si computano in base al matematico rapporto tra il valore dei singoli conferimenti bensì in base al meno matematico rapporto di forza tra i soci¹¹⁴.

Altro corollario è poi quello del vantaggio competitivo¹¹⁵ che da questo quadro di flessibilità deriva alla società a responsabilità limitata¹¹⁶ rispetto alla società in nome collettivo (e ciò ancor più ove si pensi che nella società a responsabilità limitata il beneficio della limitazione di responsabilità compete anche nel caso di unipersonalità): prima della riforma, d'accordo con il "prezzo" dell'illimitata responsabilità, alla società in nome collettivo bisogna-

ta la materia parasociale potrebbe essere trasfusa nell'atto costitutivo, ed è sintomatico il mancato richiamo alla disciplina dei patti parasociali delle società per azioni».

¹¹³ Di «problematica formulazione e ancor più problematica efficacia» dei patti parasociali parla infatti RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 58.

¹¹⁴ Secondo RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 41, «la s.r.l. diverrà il regno della fantasia dei soci e dei loro professionisti nella creazione di *golden quote*. Facoltà, per vero, assai utile, per esempio, al fine di delineare gli assetti di una *joint venture* paritaria ovvero, in un'impresa a struttura familiare, per assicurare al socio fondatore o al socio finanziatore forte (*venture capitalist*) diritti particolari che ne rafforzino il potere decisionale all'interno della società». Nella società per azioni ora si possono bensì creare categorie di azioni caratterizzate dal più vario contenuto, ma non si può giungere a questa individuale attribuzione di diritti particolari al singolo socio che è invece possibile nella società a responsabilità limitata e che nella società per azioni quindi dovrà continuarsi a confezionare mediante patto parasociale (a meno appunto di abbandonare la forma della società per azioni e prescegliere, per perseguire queste finalità, la forma della società a responsabilità limitata); se poi si rivolge il pensiero al fatto che i "particolari diritti" del socio di società a responsabilità limitata sono di regola modificabili solo con il consenso di tutti gli altri soci, l'equiparazione con le società di persone è totale.

¹¹⁵ Non va dimenticato che, sintomaticamente, secondo l'art. 7 ("Trasformazione, fusione, scissione") della legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001, «la riforma della disciplina della trasformazione, fusione e scissione è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: [...] e. introdurre disposizioni dirette a semplificare e favorire la trasformazione delle società di persone in società di capitali».

¹¹⁶ Di «incentivazione del mercato alla scelta delle società capitalistiche» parla SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 2; cfr. pure MONTALENTI P., *La riforma delle società di capitali: prospettive e problemi*, in *Società*, 2003, 342.

va necessariamente rivolgersi ove si fosse voluto apprestare un assetto di regole “proprie”, diverse da quelle che il legislatore inderogabilmente imponeva per le società di capitali¹¹⁷, in tema di conferimenti¹¹⁸, struttura organizzativa¹¹⁹, procedimenti decisionali¹²⁰, ipotesi di *exit*¹²¹; ora invece a questo assetto normativo si può giungere anche se si adotta la forma della società a responsabilità limitata¹²², ma con il beneficio della responsabilità limitata (e quindi “in concorrenza” pure con la società per azioni)¹²³ e pure con l’opportunità di potersi finanziare non più solo sul mercato bancario ma anche ricor-

¹¹⁷ Per RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 52, «la personalizzazione degli assetti societari, specie a mezzo dell’autonomia statutaria, ha sostanzialmente eliminato il costo dell’accesso al beneficio della responsabilità limitata costituito dalla tendenziale necessità di rispettare i principi di una rigorosa organizzazione di tipo corporativo».

¹¹⁸ Essendo vietato il conferimento d’opera.

¹¹⁹ Si vedano ora, invece, le nuove norme in tema di distribuzione della decisionalità tra soci e amministratori e di metodi di assunzione delle decisioni da parte dei soci e degli amministratori: e si pensi in particolare alla decisionalità extracollegiale, tipica delle società personali, quando i soci e gli amministratori siano statutariamente abilitati a decidere mediante “consenso scritto” o “consultazione espressa per iscritto”.

¹²⁰ Nella materia delle decisioni degli amministratori, l’assimilazione alle società di persone è consacrata addirittura normativamente, mediante l’esplicito richiamo degli artt. 2257 e 2258 in tema di società semplice a opera dell’art. 2475, comma 3, ove i soci prescelgano una forma amministrativa pluripersonale non collegiale: questa previsione mette dunque a tacere ogni discussione sull’ammissibilità (prevalentemente negata in giurisprudenza: Trib. Verona, 27 febbraio 1992, in *Foro it.*, 1992, I, 1568; e Trib. Cosenza, 9 febbraio 1994, in *Giur. comm.*, 1995, II, 230, con nota di CALANDRA BONAURA V., *Ancora sull’amministrazione disgiuntiva nella società a responsabilità limitata*) dell’amministrazione pluripersonale disgiuntiva, affermata invece dalla dottrina: cfr. ZANARONE G., *La clausola di amministrazione disgiuntiva nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1979, 90; CALANDRA BONAURA V., *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, Milano, 1984, 141.

¹²¹ La “personalizzazione” della società a responsabilità limitata consente ora all’autonomia statutaria la massima libertà di movimento (forse anche maggiore rispetto a quanto accade nelle società di persone) nel determinare i casi di recesso, le ipotesi di esclusione, la disciplina della trasmissione ereditaria della quota del socio del defunto, e quindi di equiparare perfettamente sotto questi aspetti la società a responsabilità limitata alle società di persone: cfr. RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 43.

¹²² Peraltro, “pagando il pegno” della pubblicità del bilancio, del controllo legale dei conti ove si superino certi limiti dimensionali, dei vincoli circa l’integrità del capitale sociale e di diverse altre regole che comunque continuano a differenziare nettamente la società a responsabilità limitata dalle società di persone (per esempio, la disciplina della rappresentanza, che impedisce a tutela dei terzi, l’opponibilità ai terzi stessi della carenza di poteri amministrativi).

¹²³ Cfr. PERRINO M., *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1137.

rendo ai titoli di debito¹²⁴; insomma, un quadro dal quale può probabilmente derivarsi come la società in nome collettivo sia destinata¹²⁵ a un ruolo assai marginale e «residuale¹²⁶ nel nuovo sistema societario post riforma¹²⁷» e

¹²⁴ Tutte caratteristiche, queste, dalle quali (unitamente alla possibilità dei conferimenti d'opera, alle regole meno vincolanti sui conferimenti in natura, alla possibilità di attribuire al socio “particolari diritti” simili a quelli che derivano dal possesso di azioni diverse da quelle “ordinarie”) emerge quindi un probabile vantaggio competitivo della società a responsabilità limitata anche nei confronti della società per azioni; a meno che, ovviamente, la società per azioni sia una necessità poiché si tratti di svolgere attività per legge riservate solo alle società per azioni, si intenda accedere al mercato del capitale di rischio, effettuare sollecitazioni all'investimento, compiere operazioni sulle proprie azioni, oppure si ambisca ad avere un biglietto da visita che, ostentando una società per azioni, sia ritenuto di maggior spessore rispetto a quello che si riferisca a una “semplice” società a responsabilità limitata non solo e non tanto sotto il (seppur importante) profilo dell’“immagine”, quanto sotto quello «del rigore dei controlli e di una procedimentalizzazione dei processi operativi e decisionali che possono allontanare il rischio o il sospetto di confusione tra la tasca dell'imprenditore e quella dell'impresa»: MARCHETTI P., in *Tavola Rotonda*, in ROSSI S., ZAMPERETTI G.M. (a cura di), *La corporate governance nelle società non quotate*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 227, Milano, 2001, 123-124. Per il raffronto tra i vantaggi della disciplina della società per azioni rispetto a quella della società a responsabilità limitata, e viceversa, cfr. PRESTI G., *Le nuove ricette del diritto societario*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 15-16, il quale sottolinea (pag. 18) come la disciplina della società a responsabilità limitata sia minata da «pillole avvelenate che possono sconsigliare in concreto l'uso della s.r.l.» quali la legittimazione individuale all'azione di responsabilità contro gli amministratori, l'estensione della responsabilità degli amministratori al socio che abbia intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di operazioni dannose, il diritto di informazione del socio esteso alla documentazione amministrativa della società, le norme sul finanziamento dei soci, la più estesa possibilità dei soci di impugnare deliberazioni invalide ecc.

¹²⁵ Fermo restando peraltro che non viene certo meno, anche dopo la riforma, l'interesse di una fascia di operatori economici a continuare ad avvalersi delle società personali «laddove l'aggravio rappresentato dalla limitatezza della responsabilità appaia, a una analisi di costi e benefici, compensato dai vantaggi connessi all'assenza di un capitale minimo e di controlli interni o esterni, alle minori spese di costituzione, conferimento e pubblicità, alla più favorevole disciplina fiscale esprimendosi, per esempio, nel cosiddetto principio di trasparenza»: ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 180.

¹²⁶ PRESTI G., *Le nuove ricette del diritto societario*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 11. Questa possibile erosione del numero di imprese individuali e di società di persone a favore dell'incremento della scelta della forma organizzativa della società a responsabilità limitata resta peraltro parecchio condizionato alle scelte del legislatore fiscale e al permanere del carattere di trasparenza della società di persone rispetto ai redditi dei suoi soci: cfr. RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 55.

¹²⁷ La società in nome collettivo segna invece un punto a suo favore ove si pensi al regime della trasferibilità delle partecipazioni: nella società a responsabilità limitata la clausola di intrasferibilità o

come la società a responsabilità limitata, invece, decisamente assuma un «ruolo centrale» [...] in quanto destinata a collocarsi «al confine tra società di persone e società per azioni non quotate»¹²⁸.

Ultimo corollario è infine quello dell'individuazione del recipiente cui attingere¹²⁹ ove vi siano lacune di disciplina positiva¹³⁰: l'indubbia «personalizzazione»¹³¹ della società a responsabilità limitata cui sopra si è accennato (e impregiudicato ogni giudizio in ordine all'avvenuta o meno trasmigrazio-

di mero gradimento (per il mero gradimento questo discorso è estensibile anche alla società per azioni) paga il prezzo del diritto di recesso del socio «prigioniero», mentre nella società in nome collettivo la trasferibilità se non con il consenso di tutti gli altri soci non sconta alcun costo: cfr. RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 43.

¹²⁸ Cfr. ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 177.

¹²⁹ La metafora dell'attingimento è usata, per esempio, da BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1073.

¹³⁰ Secondo RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 37, «il distacco del cordone ombelicale fra s.r.l. e S.p.A. potrebbe autorizzare a ritenere che sussista una sorta di impermeabilità istituzionale tra le due discipline e così un ostacolo alla possibilità di applicazioni analogiche delle rispettive normative: tentazione che mi sembra non sempre meritevole di essere assecondata, specie in relazione a talune interessanti previsioni in materia di responsabilità previste solo nella s.r.l. e ad alcune lacune nel modello normativo di *default* delle s.r.l.». Per BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1073, «la disciplina del modello azionario non costituisce più il bacino cui attingere, né in via esclusiva né tanto meno in via primaria. Non avrei dubbi che al modello azionario si debba far riferimento in tema di regole sul capitale [...] ovvero per colmare le lacune nella disciplina dell'assetto organizzativo di tipo capitalistico [...]. Al contempo, però, mi pare egualmente plausibile ritenere che, per altri profili, la scelta debba rivolgersi, in via preferenziale, alla disciplina della società di persone».

¹³¹ O, meglio, «personalizzabilità» della società a responsabilità limitata: RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 36, parla della possibilità di «modellare in chiave anche marcatamente personalistica gli assetti organizzativi interni congiunta alla persistente libertà di non fruire di questa possibilità e di mantenere o rafforzare una «struttura corporativa», così che nella nuova società a responsabilità limitata si è liberi di oscillare dall'archetipo personalistico a quello capitalistico». Secondo BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 139, la locuzione «personalizzazione» dovrebbe «intendersi in un duplice senso, e cioè come valorizzazione del ruolo che la persona del socio ha nella vita della società e come introduzione di regole finora riservate alle cosiddette società di persone».

ne della società a responsabilità limitata nell'elenco delle società di persone)¹³² induce invero alla tentazione di volgere l'attenzione alla disciplina

¹³² RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 37, afferma che «di fronte alla creazione di uno strumento societario – l'attuale s.r.l. – caratterizzato da una flessibilità davvero estrema fra i due modelli organizzativi personali e corporativi sarà probabilmente destinato a essere riconsiderato il significato oggi consueto della ricostruzione tipologica delle società». Nella *Relazione* al “disegno di legge Mirone”, in *Riv. soc.*, 2000, 41, si parlava di una società a responsabilità limitata collocata «al confine tra società di persone e S.p.A. non quotate»; identica l'osservazione di GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 473, per il quale il tipo società a responsabilità limitata «si presta a essere piuttosto considerato come un tipo intermedio fra le società di persone e la società per azioni. Di questa c'è, fondatamente, la disciplina dei rapporti esterni, mentre i rapporti interni fra i soci si possono modellare secondo lo schema delle società di persone». Per MARCHETTI P., in *Tavola Rotonda*, in ROSSI S., ZAMPERETTI G.M. (a cura di), *La corporate governance nelle società non quotate*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 227, Milano, 2001, 123, «la s.r.l. è dominata dalla centralità del contratto e dall'autonomia contrattuale: diventa una società di persone a responsabilità limitata. Si assiste così, rispetto alla situazione attuale, a una sorta di innalzamento di livello dei vari tipi societari. La società in nome collettivo può approdare alla responsabilità limitata (la s.r.l. della riforma) senza, in sostanza, quasi nulla concedere della sua flessibilità organizzativa» (e, per il medesimo concetto, MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 3, del dattiloscritto). Secondo ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 223, «la nuova s.r.l.[...] è un istituto originale che si colloca in una zona di confine tra le società personali (alle quali è molto vicina quanto a flessibilità della struttura organizzativa) e la società per azioni (di cui mantiene la responsabilità limitata dei soci)». Per MONTAGNANI C., ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2462*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 4 «la s.r.l. è e resta “società di capitali”»; nello stesso senso COTTINO G., *La società a responsabilità limitata tra norma e realtà: riflessioni su un progetto di riforma*, in *Impresa e mercato. Scritti in onore di Gustavo Minervini*, Napoli, 1996, 214; e PORTALE G.B., *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal Governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 711, per il quale la «la società a responsabilità limitata [...] continua ad appartenere alla categoria delle società di capitali» e tale sua natura di società di capitali va intuita in relazione «all'acquisto della personalità giuridica, alla responsabilità limitata, alla disciplina della pubblicità, allo scioglimento e alla liquidazione»; il quale poi parla anche di «società di capitali di carattere personale»: PORTALE G.B., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003, 262. Se per SALVATORE L., *La nuova s.r.l.: la disciplina dei conferimenti e delle partecipazioni sociali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 231, la nuova società a responsabilità limitata è «una sorta di “giano bifronte”», per SANTOSUOSSO D.U., *Parte la nuova società a responsabilità limitata dalle due anime*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 gennaio 2003, la nuova società a responsabilità limitata sarebbe un «tipo a metà strada tra le società di persone e le società di capitali», ciò che dovrebbe indurre gli interpreti a «individuare di volta in volta la componente rilevante e, conseguentemente, il profilo normativo cui essa fa capo»; il medesimo SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 9, parla di «un tipo societario con una doppia

delle società di persone¹³³ ove nello statuto di una data società a responsabilità limitata si sia appunto spinto l'acceleratore sull'accentuazione del-

anima: da un lato società personale, con la persona del socio e la sua partecipazione latamente contrattuale e amplissima autonomia statutaria soprattutto per i profili organizzativi, dall'altro lato di società di capitali per quanto attiene alla responsabilità per le obbligazioni sociali, e quindi all'esigenza di corretta formazione e conservazione del capitale sociale e di tutela dei terzi (e dei creditori in particolare) nella certezza dei rapporti»; ancora (a p. 188): «la nuova società è invero personale per ciò che riguarda la rilevanza centrale della persona del socio, rilevanza che si riflette soprattutto sui profili organizzativi e dei rapporti tra i soci; ciò che rende possibile una forbice di concrete fattispecie, dalla perfetta coincidenza tra gestione e proprietà (cioè inerenza del potere amministrativo alla qualità di socio) in sostanziale assenza di organizzazione corporativa (e in particolare di forme gestorie e di riparto di competenze simili a quelle tradizionali alle società di capitali), all'opposta creazione di una veste organizzativa simile a quella della stessa società per azioni». Per DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 471, «il tipo della s.r.l. potrà dunque, in estrema ipotesi, pervenire a individuare e descrivere una sorta di "società in nome collettivo con responsabilità limitata dei soci" [...]». Secondo GAMBINO A., in *Tavola Rotonda*, in ROSSI S., ZAMPERETTI G.M. (a cura di), *La corporate governance nelle società non quotate*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 227, Milano, 2001, 127, la riforma «realizza una struttura giuridica di società in nome collettivo (o, se vi è l'esercizio di attività agricola, società semplice) a responsabilità limitata»; parla di «società di persone a responsabilità limitata» MONTALENTI P., *La riforma delle società di capitali: prospettive e problemi*, in *Società*, 2003, 342; cfr. anche CAGNASSO O., *Ambiti e limiti dell'autonomia concessa ai soci nella "nuova" società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 368. Nella *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, si legge che la società a responsabilità limitata «si caratterizza invece come una società personale la quale perciò, pur godendo del beneficio della responsabilità limitata (che del resto, dopo la generale ammissibilità della società unipersonale a responsabilità limitata, non può più ritenersi necessariamente presupporre una rigida struttura organizzativa di tipo corporativo), può essere sottratta alle rigidità di disciplina richieste per la società per azioni». Secondo PERRINO M., *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1118, «la s.r.l. prende ora le distanze dall'emisfero a organizzazione capitalistica delle società lucrative (cui si riteneva appartenesse integralmente) e s'avvicina a quello delle società personali». Cfr. anche DI SABATO F., *La società a responsabilità limitata come tipo intermedio fra società di persone e società di capitali*, in AFFERNI V., DE ANGELIS L. (a cura di), *"Progetto Mirone" modelli organizzativi per la piccola e media impresa*, Milano, 2001, 9.

¹³³ Per DI CATALDO V., *La società a responsabilità limitata nel disegno di legge delega per la riforma del diritto societario. Prime riflessioni sul nuovo regime*, in ROSSI S., ZAMPERETTI G.M. (a cura di), *La corporate governance nelle società non quotate*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 227, Milano, 2001, 33, «l'idea di una società a responsabilità limitata che sta in mezzo tra società di persone e società di capitali non vale solo a dare una collocazione geografica al modello in questione, ma opera come fattore di integrazione e di evoluzione della disciplina del tipo. In questi termini, la disciplina della società a responsabilità limitata dovrebbe poter trovare integrazione [...] ora nelle regole dell'altro modello capitalistico (appunto, la società per azioni), ora nelle regole dei modelli personalistici». Per SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 190, «la configurazione della nuova società a responsabilità limitata come tipo a metà strada tra le società di persone e le società di capitali solleva il problema di fondo della possibilità di colmare le lacune applicando analogicamente norme e principi ora dell'uno (società di persone) ora dell'altro

l'assetto personalistico¹³⁴, pur se è probabilmente assorbente il rilievo che l'attribuzione della personalità giuridica¹³⁵, la responsabilità limitata dei

ordinamento (società di capitali): problema che va risolto positivamente, e che richiederà a livello interpretativo la (quanto più possibile chiara) individuazione dei profili normativi che fanno capo all'una o all'altra componente». Per PARRELLA F., *Sub Articolo 2475*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 100, vi è «la necessità di procedere caso per caso, con gli strumenti dell'*analogia legis* e dell'*analogia juris*, ogni qualvolta ci si trovi in presenza di una lacuna legislativa non colmata dai soci in sede contrattuale, accertando di volta in volta se ricorra la *ratio* sottesa ai principi e alle norme sulle società di persone (e in particolare sulla società in nome collettivo), come invero i principi sanciti dalla legge delega inducono a ritenere possibile (v. art. 1), ovvero quella sottesa ai principi e alle norme sulla S.p.A., come invero potrebbe giustificare la permanente attribuzione alla s.r.l. della personalità giuridica, di cui costituisce effetto tipico la limitazione della responsabilità dei soci». Nel medesimo senso cfr. pure CAGNASSO O., *Ambiti e limiti dell'autonomia concessa ai soci nella "nuova" società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 370, il quale invita peraltro allo sforzo di rinvenire nella stessa normativa della società a responsabilità limitata le regole, a questo punto "autointerpretative", per le materie non disciplinate dal legislatore: per esempio, nella disciplina dell'esclusione del socio moroso, le regole per l'esclusione del socio in generale; nella disciplina dell'azione del socio per la revoca degli amministratori, le regole per la revoca (non giudiziale) dell'amministratore.

¹³⁴ «L'attuale proteiformità concessa alla s.r.l. rende comunque il ricorso all'analogia ben più problematico, potendo addirittura essere influenzato dall'assetto dato dalle parti alla società e dettando comunque la disciplina legislativa segnali, pur se non univoci, di "personalizzazione" anche normativa della s.r.l.»: RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 37. Si vedano anche SACCHI R., *Sulla delega agli amministratori di società a responsabilità limitata della facoltà prevista dall'art. 2443 c.c.*, in *Riv. soc.*, 1984, 852; e MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 4 (del dattiloscritto), per il quale «occorrerà andare assai cauti nell'applicare, ove occorra far ricorso all'analogia e ai principi generali che reggono la materia, alla disciplina della Società per azioni, piuttosto che a quella delle società di persone. Alla materia "analogica" della Società per azioni si farà tendenzialmente ricorso quando si tratta di problematiche che sotto qualche aspetto coinvolgono la tutela dei creditori e dei terzi; alla disciplina delle società di persone, viceversa, si guarderà quando si tratti di materia funzionale al carattere personalistico della nuova Società a responsabilità limitata. Così, per esempio, soprattutto se in concreto la Società a responsabilità limitata sia "plasmata", in modo da accentuarne le caratteristiche personalistiche, alla disciplina della società di persone penso ci si potrà ispirare per interpretare l'avara disciplina della morte del socio nella Società a responsabilità limitata».

¹³⁵ Per il vero, a seguito della riforma si ottiene il definitivo superamento dell'idea che la personalità giuridica è un requisito che può venire a essere disconnesso dalla sua "tradizionale" necessaria relazione con la struttura corporativa della società e quindi da un'inderogabile articolazione organizzativa di competenze: secondo GAMBINO A., in *Tavola Rotonda*, in ROSSI S., ZAMPERETTI G.M. (a cura di), *La corporate governance nelle società non quotate*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 227, Milano, 2001, 127, «si torna quindi a un concetto di personalità giuridica che si identifica con il concetto di soggettività proprio del codice civile del 1865 e del codice di com-

soci, l'organizzazione corporativa della società (almeno così è il modello di *default* proposto dal legislatore), la variabilità della compagine sociale che non comporta modifica del contratto sociale¹³⁶, siano tutte caratteristiche che orientano la ricerca della normativa applicabile verso la disciplina della società per azioni¹³⁷ oppure, ancor meglio (se possibile, e cioè ove vi si rinvenga una normativa disciplinante il caso di cui si ricerca la regolamentazione), verso quella della nuova società cooperativa¹³⁸, essendo indici assai probanti in tal senso (e cioè indici dell'intima connessione tra il tipo società a responsabilità limitata e l'attività dell'impresa medio-piccola, esercitata da una ristretta compagine di soci):

- sia, per esempio, l'art. 2519 (il quale, dopo aver sancito nel suo comma 1, che alle società cooperative, «per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano in quanto compatibili le disposizioni sulla società per azioni», nel comma 2 ammette come l'atto costitutivo della cooperativa possa pure prevedere «che trovino applicazione, in quanto compatibili, le norme sulla società a responsabilità limitata nelle cooperative con un *numero di soci* cooperatori inferiore a venti ovvero con un *attivo dello stato patrimoniale non superiore a un milione di euro*»);
- sia l'art. 111-*septies* delle norme transitorie del Codice civile introdotte dalla legge di riforma per il quale «le *piccole società cooperative* costituite ai sensi della legge n. 266 del 7 agosto 1997, nel termine previsto all'art. 223-*duodecies*

mercio del 1882 e che è coerente con la piena libertà dei contraenti di organizzare la struttura e la gestione societaria come meglio ritengono».

¹³⁶ Cfr. SPADA P., *Schegge di riforma della società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 347.

¹³⁷ Circa l'inapplicabilità alle società a responsabilità limitata della disciplina dei "patrimoni destinati", cfr. RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 50-51.

¹³⁸ Cfr., per esempio, PAOLUCCI L.F., *Le norme sulla s.r.l. applicate alle cooperative: una scelta o un rimedio*, in *Società*, 2003, 1085. Cfr. pure l'opinione di MASTURZI S., *Sub Articolo 2473-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 96-97, per la quale, al fine di ricercare le norme sul procedimento di esclusione applicabili alla società a responsabilità limitata per analogia (in mancanza di una specifica disciplina) ci si potrebbe rivolgere sia alla disciplina delle società personali (art. 2287) sia a quella delle società cooperative (art. 2533, commi 2 e 3) a seconda di quale tra dette discipline sia ritenuta più confacente al tipo della società a responsabilità limitata, e cioè se detto tipo sia meglio qualificabile in termini "personalistici" o se sia pur sempre un tipo a struttura capitalistica seppur caratterizzato da forti connotazioni "personalistiche"; nel caso specifico peraltro il problema è stemperato dal rilievo che le due discipline differiscono solo per i più ampi limiti temporali concessi, al socio di cooperativa, per opporsi all'esclusione.

del codice devono trasformarsi nella società cooperativa disciplinata dall'art. 2522 del codice» (il cui comma 2 prevede invero che «può essere costituita una società cooperativa *da almeno tre soci* quando i medesimi sono persone fisiche e la società *adotta le norme della società a responsabilità limitata*»).

Vi è poi anche il problema contrario, e cioè quello del possibile “prelievo” di norme dall'alveo della società a responsabilità limitata per trasporlo altrove¹³⁹.

Una considerazione finale merita, alla luce di tutto quanto precede, l'osservazione che le potenzialità esprimibili dalla nuova società a responsabilità limitata e le “mille” opzioni praticabili se, da un lato, esaltano il ruolo dei professionisti e dei consulenti¹⁴⁰ (d'accordo, con i conseguenti

¹³⁹ Si pensi solo al problema dell'estensibilità a una società per azioni con ristretta compagine sociale, dedita a un continuo finanziamento della società, della normativa disposta per il finanziamento soci nella società a responsabilità limitata. Sul punto si veda RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 54, per il quale «non è improbabile» che le regole sui finanziamenti dei soci di società a responsabilità limitata «finiranno per non rappresentare una caratteristica propria della s.r.l. ma saranno viste con l'emersione sistematica di principi [...] che diventerebbe illogico non applicare analogicamente anche alla società per azioni». Non esclude l'applicazione delle norme in commento alla società per azioni PORTALE G.B., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003, 263; parla di «tutt'altro che improbabile estensibilità analogica della norma alla Società per azioni» MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 6 (del dattiloscritto). Nel medesimo senso ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 232. Nega invece l'applicazione analogica delle norme in commento TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in *Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 19 (del dattiloscritto). Nel diritto previgente, secondo RIVOLTA G.C.M., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIX, Roma, 1993, 4, sul «problema dell'applicazione analogica di disposizioni relative alle società a responsabilità limitata ad altri tipi di società [...] non sussistono ostacoli di principio».

Si pensi anche all'estensione alla società per azioni della norma (art. 2476, comma 5) che sancisce la responsabilità del socio di società a responsabilità limitata per le operazioni che il medesimo abbia deciso o autorizzato; su questo tema cfr. anche RESCIGNO M., *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 332.

¹⁴⁰ Cfr. DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 489, secondo cui «azzeccare la formula, individuare i giusti ingredienti degli atti costitutivi e calibrarne le dosi, può non essere facile; e in questo si misureranno le capacità e lo spirito di concretezza degli addetti ai lavori»; e ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 228, ove ci si lamenta peraltro degli inevitabili “costi di transazione” (che sono tuttavia l'inevitabile prezzo della concessa autonomia). Anche per MONTAGNANI C., *Sub Articolo 2463*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La*

costi – che sono però il “prezzo” inevitabile di un sistema ad alta autonomia)¹⁴¹, ne impongono, d’altro lato, una preparazione sicuramente superiore a quella fin qui avuta: la «consapevole fruibilità» delle *chances* che la riforma offre «rende oggi l’adozione della s.r.l. una scelta maggiormente “sostanziosa” in merito all’organizzazione di impresa: ciò implica che – se davvero si intendono sfruttare appieno le potenzialità del modello s.r.l. – non sarà certo possibile limitarsi, come spesso oggi accade, a utilizzare lo schema elementare solitamente tenuto nel cassetto del commercialista o del notaio»¹⁴².

Insomma, se l’esperienza pratica confermerà che il legislatore è riuscito a raggiungere il delicato equilibrio tra l’interesse imprenditoriale a una snella gestione dell’impresa sociale¹⁴³, nella quale tuttavia vi possa essere una forte impronta delle persone dei singoli soci, e l’interesse dei terzi (e, in specie, dei finanziatori) che entrino in contatto con la società, la nuova società a responsabilità limitata potrà assumere¹⁴⁴ un ruolo rilevante nell’economia nazionale poiché potrà divenire il modello societario tipico dell’impresa piccola e media, idoneo ad attrarre a sé (oltre che numerose compagnie attualmente rivestite della forma della società azionaria) le società di persone, dotandole della responsabilità limitata, e a usufruire di nuovi canali di finanziamento.

L’ambizione alla responsabilità limitata è sicuramente un punto d’approdo strategico per chi svolga attività di impresa individuale o in forma di

riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, vol. 3, Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione, Torino, 2003, 19, il legislatore della riforma, non avendo creato «una solida e coerente disciplina suppletiva» ha finito per imporre «altissimi costi di transazione».

¹⁴¹ Paventa che i costi di transazione scoraggino le imprese, per esempio, D’AMBROSIO C., *La nuova società a responsabilità limitata tra società di persone e società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2003 I, 412.

¹⁴² RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 57-58.

¹⁴³ Per BUONOCORE V., *Premessa*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 11, «il tratto caratterizzante della riforma sta nella concessione alle imprese di un’autonomia statutaria senza precedenti per ampiezza e qualità, così come hanno sempre chiesto gli imprenditori. Se questo risponde a verità, il successo della riforma dipende in massima parte dal modo in cui gli imprenditori sapranno approfittare dell’occasione e tradurre in regole statutarie chiare ed efficienti le scelte che la legge loro commette».

¹⁴⁴ In tal senso GAMBINO A., in *Tavola Rotonda*, in ROSSI S., ZAMPERETTI G.M. (a cura di), *La corporate governance nelle società non quotate*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 227, Milano, 2001, 128.

società personale e quindi l'appagamento per costoro dell'intento "egoistico" di non lasciare sul campo il proprio patrimonio personale e, in particolare, i beni più cari, quali la casa di abitazione; ma è anche un elemento "virtuoso" dal quale pure il sistema nel suo complesso trae indubbio vantaggio, in quanto la limitazione di responsabilità evidentemente "costringe", da un lato, i terzi a puntare non più sul patrimonio personale dell'imprenditore quanto sulla sua capacità e sulla sua efficienza e, d'altro lato, sollecita per ciò le imprese a misurarsi tra loro sul campo della bontà e della proficuità della loro iniziativa economica.

Ciò è quanto il legislatore ha inteso dire quando ha orientato la riforma del diritto societario nel senso di doversi «perseguire l'obiettivo prioritario di favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese» (art. 2, comma 1, lett. *a*), D.lgs. 366/2001) valorizzando «il carattere imprenditoriale delle società» (art. 2, comma 1, lett. *b*): valorizzare l'imprenditorialità significa infatti stimolare l'innovazione, favorire la crescita significa tendere alla massima efficienza possibile, con la più ampia libertà di azione e di organizzazione¹⁴⁵.

Sostituendo quindi al previgente panorama legislativo, contraddistinto da una fitta serie di norme imperative e inderogabili, un ambiente normativo in cui campeggia assai spesso (stanti la naturale limitatezza della compagine sociale e quindi la centralità dei singoli soci) il primato dell'autonomia statutaria, e cioè l'amplissima facoltà degli operatori di creare da sé le regole che disciplinano le proprie procedure societarie, ne esce un sistema di norme che, per un verso, richiede una maggiore consapevolezza dei soci al momento della costituzione della società nel definire l'assetto dei rapporti interni e, per altro verso, consente una maggior certezza poiché permette di introdurre direttamente nello statuto regole di funzionamento o impegni dei soci che fino a ora potevano trovare espressione soltanto in scritture *a latere*¹⁴⁶, sulla cui validità ed efficacia hanno sempre pesato non pochi dubbi interpretativi. L'intento della riforma è dunque quello di appre-

¹⁴⁵ Cfr. ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 132.

¹⁴⁶ Cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 223. I margini di "manovra statutaria" della vecchia società a responsabilità limitata erano stati qualche volta comunque ritenuti abbastanza ampi: cfr., per esempio, Trib. Udine, 7 luglio 1989, in *Società*, 1989, 1317, secondo cui «è legittimo e può ordinarsene l'iscrizione nel registro delle imprese l'atto costitutivo di una società a responsabilità limitata, il cui statuto disponga che le quote sociali possono appartenere soltanto a enti ecclesiastici civilmente riconosciuti; che l'assemblea ordinaria delibera sulla composizione dell'organo amministrativo e provvede all'elezione dell'amministratore unico o dei componenti il consiglio di amministrazione, sentito il parere dell'ordinario diocesano; che il presidente del collegio sindacale è nominato dall'assemblea ordinaria, sentito il parere dell'ordinario diocesano; che l'organo amministrativo deve essere autorizzato dal-

stare una disciplina fortemente innovativa che stimoli l'imprenditorialità, restringa l'ambito delle norme imperative, valorizzi l'autonomia statutaria, e che favorisca la nascita, la crescita e la competitività delle imprese anche attraverso un loro più facilitato accesso ai mercati interni e internazionali dei capitali.

Nel panorama del diritto societario previgente l'obiettivo dell'efficienza veniva invero perseguito attraverso la definizione di protocolli organizzativi caratterizzati da forte rigidità in funzione della protezione dei terzi e della tutela della correttezza gestionale; rigidità che, alla luce del successivo processo di maturazione dei mercati, si è tuttavia rivelata elemento frenante rispetto alle esigenze di favorire (o comunque non ostacolare) le scelte di investimento, di innovazione, di finanziamento. La flessibilità delle regole organizzative consente dunque ora una liberazione di capacità imprenditoriali, aumentando la possibilità di sfruttare a pieno le opportunità che tale processo offre.

Questi, dunque, in sintesi, gli scopi che la riforma ha inteso perseguire.

1.4

La società a responsabilità limitata da "tipo" a "modello"

È dunque proprio vero che, con la riforma, la società a responsabilità limitata passa dall'essere un "tipo" (e cioè, in linea di massima, una "fattispecie tassativamente determinata")¹⁴⁷ all'essere un "modello" (e cioè un "codice

l'ordinario diocesano per il conferimento degli atti che oltrepassano i limiti e le modalità dell'amministrazione ordinaria, salva l'inopponibilità ai terzi ai sensi dell'art. 2384, 2° comma, c.c.».

I patti parasociali nella società a responsabilità limitata continueranno a essere pienamente stipulabili e non soggetti alle nuove norme sui patti sociali introdotte per la società per azioni dagli artt. 2341-bis e 2341-ter: tale disciplina, secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 2, «non intende escludere la possibilità che analoghi patti riguardino altre forme di società, per le quali ovviamente resterà applicabile la disciplina generale dell'autonomia privata e dei contratti, così per esempio per le società a responsabilità limitata, come anche per le società di persone». Sui patti parasociali nella società a responsabilità limitata cfr. RESCIO G.A., *La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2002, 860; MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 15 (del dattiloscritto); e *Audizione di Confindustria presso le Commissioni riunite Giustizia e Finanze della Camera dei Deputati*, Roma, 21 novembre 2002, in *Riv. soc.*, 2002, 1633, ove si solleva il dubbio dell'applicabilità analogica alla società a responsabilità limitata della disciplina dei patti parasociali della società per azioni.

¹⁴⁷ Secondo l'art. 2, comma 1, lett. f), legge n. 366 del 3 ottobre 2001 uno dei compiti della legge di riforma avrebbe dovuto essere «quello di prevedere due modelli societari riferiti l'uno alla società a responsabilità limitata e l'altro alla società per azioni». Su "tipo" e "modello" societario cfr. OPPO G., *Sulla tipicità delle società quotate*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 483; SPADA P., *Tipologia delle*

organizzativo destrutturato”, un’“etichetta”¹⁴⁸: da un insieme di norme in massima parte inderogabili¹⁴⁹ e che comunque non erano derogabili sulla fondamentale questione (anche “tipologica”) dell’organizzazione corporativa della società, della distribuzione di competenze decisionali tra soci e amministratori e della collegialità del sistema decisionale¹⁵⁰, si passa infatti a un sistema di norme che ora si presentano nei termini di una “proposta”¹⁵¹ che il legislatore offre come *default* all’impresa medio-piccola¹⁵² per sot-

società e società per azioni quotata, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 211; LA PORTA U., *Dal “tipo contrattuale” al “modello di società”: autonomia contrattuale e norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, in *Società*, 2002, 12. Sulla «società a responsabilità limitata come “tipo” normativo», cfr. ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* diretto da GALGANO F., Padova, 1985, vol. VIII, 20; e pure ZANARONE G., *Quale modello legale per la nuova s.r.l.*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 72. Secondo CAMPOBASSO G.F., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2003, 325, l’obiettivo di fondo della riforma «è quello di accentuare il distacco della s.r.l. dalla S.p.A. e di farne un modello societario particolarmente elastico, che consenta di valorizzare i profili di carattere personale presenti soprattutto nelle piccole e medie imprese. In breve, di realizzare meglio di quanto seppe fare il legislatore del 1942, l’idea della s.r.l. come tipo di società di capitali che si presta meglio della società per azioni per l’organizzazione di imprese di modeste dimensioni, a base familiare e comunque con compagine societaria ristretta e attiva». Cfr. anche GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2003, 453, che intitola il suo par. 22.1 (d’esordio della materia della società a responsabilità limitata) come «Il tipo della società a responsabilità limitata». Dell’apprestamento di un «modello snello e informale incentrato sulle relazioni contrattuali tra i soci» si parla nell’*Audizione dell’Associazione Italiana fra le Società per Azioni presso le Commissioni riunite Giustizia e Finanze della Camera dei Deputati*, Roma, 7 novembre 2002, in *Riv. soc.*, 2002, 1592.

¹⁴⁸ E quindi una fattispecie «la cui definizione verrebbe rimessa, di fatto, alle singole scelte operate dalle parti in sede di statuto», cfr. BENAZZO P., *L’organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1062, 1063, 1068, secondo cui inoltre «l’interrogativo di fondo rimane pur sempre quello se la s.r.l. corrisponda a una fattispecie legalmente tipizzata, ovvero sia da considerarsi un codice organizzativo assolutamente flessibile».

¹⁴⁹ Anche se importanti invero erano le previsioni di derogabilità per esempio disposte nei “vecchi” artt. 2479, sulla trasferibilità delle quote, 2484 e 2486, sulla convocazione e i *quorum* dell’assemblea, e 2487 sull’assetto dell’organo amministrativo.

¹⁵⁰ Salva l’apertura, d’altronde concessa anche per la società per azioni dal “vecchio” art. 2364, comma 1, n. 4).

¹⁵¹ È quella «ampia autonomia statutaria» di cui all’art. 3, comma 1, lett. b), legge n. 366 del 3 ottobre 2001, che costituisce un principio cardine della riforma della società a responsabilità limitata. Cfr. DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 471, secondo cui la società a responsabilità limitata può assumere «tante possibili posizioni intermedie [...] così da rendere la s.r.l. un tipo sociale polimorfo – o caratterizzato da una struttura organizzativa “a geometria variabile” [...] disancorato dalla collocazione sistematica nella quale era stato finora costretto dalla normativa codicistica previgente e capace di porsi effettivamente in posizione mediana fra l’insieme delle società personali e quello delle società di capitali a base azionaria».

¹⁵² Sia pur non dimenticando che la società a responsabilità limitata si presta a essere utilizzata

trarla, da un lato, dall'illimitata responsabilità (che consegue sia all'esercizio individuale dell'impresa che dal suo atteggiarsi sotto le forme della società personale) e, d'altro lato, dalle troppo onerose conseguenze (in termini di strutture, procedure, costi ecc.) che discenderebbero dall'adozione delle sembianze della società per azioni, tipo societario predisposto dal legislatore per essere un *player* plausibile e affidabile (come dotazioni, come strutture, come procedure ecc.) nel mercato del capitale di rischio, e quindi più rigido e meno disponibile a subire "adattamenti" caso per caso, a seconda delle peculiarità che nella fattispecie concreta si presentano e che reclamano regolamentazione.

E ciò, in breve, al fine di dotare gli imprenditori che della società a responsabilità limitata si avvalgano, di una struttura che, offrendo, al pari della società per azioni, il medesimo grado di sicurezza per i patrimoni personali dei soci e quindi stimolandone la propensione al rischio e all'investimento, a differenza della società per azioni è però assai meno costosa e assai più snella e flessibile (con quel che ne consegue in termini di possibile maggior efficienza dell'intrapresa imprenditoriale e di risultati economici che da essa possono derivare) e conformabile alle concrete, mutevoli e peculiari esigenze della *specifica* attività imprenditoriale che si intende praticare e della *specifica* compagine sociale che vuole svolgere quell'attività; insomma, lo stimolo a lasciare in porto le golette, senza però dover poi varare una portaerei (la società per azioni) quando si può disporre di un incrociatore (la società a responsabilità limitata) i cui strumenti offensivi e difensivi (lo spessore della corazza, la strumentazione di bordo, le armi, i sistemi di salvataggio) siano i medesimi (e cioè l'organizzazione delle decisioni e la responsabilità dei soci limitata ai conferimenti promessi o effettuati).

In sintesi, il "modello" che il legislatore della riforma offre all'imprenditoria italiana non è invero molto dissimile, sotto il profilo organizzativo (fatto ovviamente salvo l'alto grado di derogabilità che lo contraddistingue) da quello che è stato appena "mandato in pensione"¹⁵³: la struttura della società è, di regola, sempre di tipo corporativo (articolata com'è sull'assemblea

anche per intraprese di enormi dimensioni e che essa è una struttura giuridica di cui ci si è sempre avvalsi e sempre ci si avvarrà nell'organizzazione dei gruppi societari, sia come *holding* che come elemento della "catena" o della "raggiera" in cui il gruppo si articola: di ciò il legislatore della riforma ha ben tenuto conto, per esempio, quando ha abolito l'illimitata responsabilità dell'unico socio di società a responsabilità limitata che fosse un soggetto diverso dalla persona fisica ("vecchio" art. 2479, comma 2, lett. a) e così rendendo la società a responsabilità limitata una struttura "perfetta" (per costi, flessibilità, efficienza) anche per rivestire il ruolo di capogruppo oppure quello di satellite della capogruppo.

¹⁵³ Cfr. DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 470.

dei soci, sull'organo amministrativo e, talora, sul collegio sindacale), all'organo amministrativo (che, di regola, deve decidere in forma collegiale) continuano a spettare, di regola, le decisioni sulla gestione, ai soci (che pure, di regola, decidono in forma collegiale) continuano a spettare le decisioni diverse da quelle gestionali, e cioè quelle sulla conformazione della struttura “oggettiva” e “soggettiva” della società, vale a dire quelle che comportano modifiche statutarie, l'approvazione del bilancio, la nomina delle “cariche sociali”.

1.4.1 Normativa di *default*, *opt out* e *opt in*. L'impatto della riforma sui “vecchi” statuti

Sotto l'aspetto da ultimo accennato va, tra l'altro, osservato per inciso che le “vecchie” società non subiranno praticamente alcun impatto a causa della riforma della legge societaria: i “vecchi” statuti (fatta eccezione per qualche “particolare”)¹⁵⁴ sono perfettamente compatibili infatti con il nuovo “modello” che il riformatore ha proposto, poiché questo nuovo modello, di dissimile dal “tipo” previgente, sotto il profilo dell'assetto statutario della società a responsabilità limitata, evidenzia quasi “solamente” la sua capacità di sopportare “deroghe” a opera della normativa statutaria che, caso per caso, le singole società a responsabilità limitata vogliano adottare in difformità dal “modello” stesso; ma se appunto di nessuna di queste opportunità di deroga si voglia approfittare (in effetti ben si può fare a meno di esse, a meno che la concreta situazione imprenditoriale ne reclami assolutamente – o ne renda anche solamente opportuno – l'utilizzo), il “vecchio” statuto (come un vecchio ma affidabile motore) può tranquillamente reggere, dopo moltissime miglia percorse in acque mille volte attraversate, anche il viag-

¹⁵⁴ Il caso più rilevante (e forse l'unico) di seria incompatibilità tra i “vecchi” statuti e il nuovo sistema è senz'altro quello inerente la decisione di approvare il bilancio oltre i centoventi giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale; infatti, nel “vecchio” ordinamento (“vecchio” art. 2464, comma 2, richiamato nella società a responsabilità limitata dal “vecchio” art. 2486, comma 2), per scavalcare il quarto mese e per approvare il bilancio entro il sesto mese dalla chiusura dell'esercizio, “bastava” (seppur qualche minoritaria giurisprudenza a ciò si opponesse, richiedendo invero la specificazione statutaria delle “particolari” esigenze) che lo statuto abilitasse detto “scavalco” ove nel caso concreto ricorressero «particolari esigenze» (che quindi non andavano specificate nello statuto, ma in esso solo genericamente enunciate, salvo poi, nel caso concreto, effettivamente ricorrere per consentire appunto l'approvazione del bilancio oltre il quarto mese). Ora invece occorre, per oltrepassare i centoventi giorni e poter approvare quindi il bilancio entro centottanta giorni, che lo statuto non faccia più riferimento, come prima, a generiche «particolari esigenze», ma che (nuovo art. 2364, comma 2, richiamato nella società a responsabilità limitata dall'art. 2478-bis, comma 1) esso faccia riferimento a «particolari esigenze relative alla struttura e all'oggetto della società» (nel caso concreto, poi, gli amministratori devono segnalare nella relazione sulla gestione le ragioni della dilazione).

gio della società nelle acque del nuovo mondo in cui essa è stata traghettata per effetto del riformato diritto societario.

Il legislatore della riforma ha insomma offerto al mondo delle società a responsabilità limitata un modello assai simile al precedente (seppur concedendone vastissime possibilità di adattamento), evidentemente ritenendo che, in mancanza di un'espressa diversa volontà degli interessati, fosse quello il modello più adatto, quello che per lo più sarebbe stato scelto ove una scelta espressa fosse in effetti stata effettuata: e ciò, come detto (e sempre nel presupposto che, chi lo voglia, possa radicalmente abbandonare il sentiero così tracciato dal legislatore), sia per un'evidente volontà di continuità con il sistema previgente (a vantaggio di chi non voglia subire sconvolgimenti nelle proprie abitudini e quindi non occuparsi della nuova materia, preferendo i "vecchi" percorsi, sin qui sperimentati e anche apprezzati), sia per offrire alle imprese una sorta di «consulenza gratuita [...] allo scopo di ridurre i cosiddetti costi di negoziazione, cioè di rendere superfluo pagare un avvocato perché "inventi" di volta in volta *ex novo* il contratto»¹⁵⁵, nella considerazione comunque che, chi voglia cogliere il vento di derogabilità che ora spira dalle nuove norme (a differenza del previgente rigido sistema caratterizzato da norme per lo più inderogabili), ora possa (sopportandone evidentemente i "costi di transazione": ma ciò è inevitabile e lamentarsene non frutta alcun risultato e quindi è inutile esercizio) effettivamente rivolgere le proprie vele nella direzione di quel vento e assai proficuamente (stanti gli amplissimi margini di manovra che sono concessi) approfittarne.

In altri termini, il legislatore ha cercato di operare un opportuno bilanciamento tra la tecnica dell'*opt out* (normativa proposta come base per chi non voglia sfruttare le sue capacità di deroga, ma che si presta a esser tolta di mezzo ove si preferisca invece confezionare norme più "sensibili" al contesto concreto) e quella dell'*opt in* (e cioè quella normativa che il legislatore mette a disposizione, ma non come indiscriminato *default* per tutti, ma solo a favore di chi intenda esplicitamente chiamarla a sé, abolendo i conseguenti "costi di transazione" per chi voglia avvalersene). Cosicché, il quadro di riferimento che la riforma offre agli operatori è il seguente:

- c'è un modello di base (sistema di *default*), assai simile a quello previgente, cui fare riferimento ove non ci si voglia avventurare in alcuna deroga;

¹⁵⁵ D'ALESSANDRO F., "La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata". *Ovvero: esiste ancora il diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, 37: «là dove è il contratto a far legge alle parti, la legge si ritrae dietro le quinte [...], essa si spinge a suggerire, per il comodo dei paciscenti, qualche sperimentato e opportuno modello di contenuti, a mo' di formulario nel quale possano essere trovati, volendo e occorrendo, testi prefabbricati di possibili clausole».

- è concessa un’amplicissima facoltà di deroga (cosiddetta *opt out*) al sistema di *default* e quindi vi è un invito per la capacità degli operatori a ritagliarsi regole su misura per disciplinare la fattispecie concreta che abbisogna di regolamentazione;
- vi è una serie di discipline preconfezionate dal legislatore e di cui nel caso concreto si può approfittare, senza doversele creare da soli, a patto però di introdurle nello statuto (cosiddetto *opt in*) (e sarà questo, verosimilmente, il lavoro statutario da compiere sui “vecchi” statuti, più che doverli adeguare alle nuove norme inderogabili¹⁵⁶: i “vecchi” statuti ben difficilmente infatti contengono norme configgenti con le norme imperative introdotte dalla legge di riforma¹⁵⁷, mentre evidentemente non contengono – *recte*: non possono contenere – il riferimento a tutte quelle facoltà di deroga del sistema di *default* che la nuova legge oggi offre): si pensi solo, in ordine sparso e con elenco nient’affatto esaustivo, e quindi solo a mo’ di esempio, all’abilitazione che nello statuto può essere data alle decisioni non collegiali di assemblea e consiglio di amministrazione (altrimenti necessariamente collegiali: artt. 2479, comma 3, e 2475, comma 4), alla conferibilità nel capitale sociale di beni diversi dal denaro (altrimenti i conferimenti si fanno solo in denaro: art. 2464, comma 3), alla nominabilità di amministratori non soci (altrimenti solo i soci possono svolgere il ruolo di amministratori: art. 2475, comma 1), alla semplificazione della procedura per gli acquisti “pericolosi” (altrimenti occorre passare attraverso una decisione dei soci: art. 2465, comma 2), alla soppressione della facoltà per la società di transigere o rinunciare all’azione di responsabilità promossa verso gli amministratori (art. 2476, comma 5), e così via.

1.4.2 Il socio “baricentro” del nuovo modello

Senonché, bisogna ora che questa metafora della navigazione, cui sopra ci si è riferiti, la si immagini non nel suo effettivo svolgersi “dal vivo”, ma come se fosse raffigurata in un *puzzle* composto di tantissimi pezzi o come se la nave in questione fosse il frutto dell’opera di un appassionato di mo-

¹⁵⁶ Il riferimento è all’art. 223-*bis*, comma 2, delle norme transitorie del Codice civile introdotte dalla legge di riforma, secondo cui, come noto, «le deliberazioni necessarie all’adeguamento dell’atto costitutivo e dello statuto alle nuove disposizioni, anche non inderogabili, possono essere assunte dall’assemblea straordinaria a maggioranza semplice, qualunque sia la parte di capitale rappresentata dai soci partecipanti».

¹⁵⁷ La quale, più che chiudere le strade fin qui percorse, ne apre invero tante altre (accanto alle precedenti, che restano pur sempre percorribili), in modo che, insomma, si possa compiere l’itinerario che si ritenga più comodo e più confacente nel caso concreto: è come quando si programma il navigatore satellitare, a seconda che si voglia fare la strada più breve, ma eventualmente meno veloce, al posto di imboccare quella più veloce, ma eventualmente più lunga.

dellismo che, con pazienza, abbia finalmente conseguito il risultato del suo meticoloso lavoro di incollatura e incastro di un'innumerabile serie di piccoli componenti.

Infatti, quel "modello" che il legislatore oggi propone e cui si è fin qui fatto riferimento è, come detto, invero suscettibile di una totale "scomponibilità"¹⁵⁸:

- a. la collegialità degli amministratori, in caso di nomina di un organo amministrativo pluripersonale, può essere quasi completamente derogata, con la nomina di tanti amministratori "congiunti" o "disgiunti" tra loro (art. 2475, comma 3);
- b. anche quando la gestione sia affidata al consiglio di amministrazione, e quindi la collegialità non sia abolita *ab origine* mediante la nomina di amministratori congiunti o disgiunti, può farsi in modo che quel consiglio di amministrazione comunque operi quasi sempre in un modo non collegiale (art. 2475, comma 4);
- c. anche per le decisioni dei soci il metodo collegiale può essere abbandonato (art. 2479, comma 3);
- d. la stessa organizzazione corporativa può essere completamente smantellata, abolendo l'organo amministrativo e concentrando sui soci ogni tipo di decisione, e quindi anche quelle di natura tipicamente gestoria (art. 2475, comma 1).

Insomma, il "modello" che il legislatore propone con lo sguardo rivolto ai parametri classici delle società di capitali e tradizionalmente intesi come la giustificazione dell'attribuzione della personalità giuridica (la struttura corporativa; la distribuzione dei compiti tra i vari organi; la connessione tra gestione e responsabilità ecc.) può essere talmente "scombinato", utilizzando quell'autonomia statutaria che il legislatore stesso ha concesso, da potersi determinare la configurazione di una società a responsabilità limitata che abbia le tipiche caratteristiche della società in nome collettivo¹⁵⁹: e dunque, coincidenza biunivoca tra soci e amministratori, assenza di struttura corporativa, assenza di metodo collegiale!

Perché dunque tutto questo?

Il punto di partenza del ragionamento è che la società a responsabilità

¹⁵⁸ In base al principio della «libertà di forme organizzative» che pure costituisce un cardine della riforma ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. c), legge n. 366 del 3 ottobre 2001; principio specificato nella lett. e) del successivo comma 2, nel senso che la legge deve «riconoscere ampia autonomia statutaria riguardo alle strutture organizzative» e «ai procedimenti decisionali della società».

¹⁵⁹ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *Parte la nuova società a responsabilità limitata dalle due anime*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 gennaio 2003.

limitata – lo insegna l'esperienza di tutti i giorni – è una società a ristretta base sociale, nella quale spesso i soci prestano personalmente la propria opera¹⁶⁰; e che questa personale presenza dei soci nell'attività svolta dalla società a responsabilità limitata ha un valore assai maggiore, sia quantitativamente che qualitativamente, del valore che hanno le prestazioni di cui la società a responsabilità limitata si avvalga e che non siano effettuate dai suoi soci; è insomma la situazione che nella legge delega viene in sostanza fotografata con l'espressione «rilevanza centrale del socio» (art. 3, comma 1, lett. a), legge n. 366 del 3 ottobre 2001).

Così identificato e rappresentato il fenomeno, in effetti la struttura corporativa e il metodo decisionale collegiale non hanno in quell'ambito alcun senso: il "ceto" dei soci si confonde in ogni momento con il "ceto" degli amministratori e, anzi, è infrequente che tutti i soci non siano anche amministratori (non fosse altro che per "distribuire" fiscalmente i compensi su un maggior numero di soggetti); spesso si tratta quindi di un nucleo ristretto di persone, che lavorano fianco a fianco, che sono in continuo contatto, che hanno un continuo scambio di impressioni, opinioni, strategie, idee e che assumono un continuo flusso di decisioni.

Non ha quindi alcuna importanza che l'insieme di queste persone si chiami "assemblea dei soci" o "consiglio di amministrazione", "tanto" i membri di tali consessi sono gli stessi e la loro "statura" nella società, il loro "peso" nelle decisioni, il loro contributo e il loro ruolo nella vita societaria non muta a seconda che sulla porta della stanza ove essi si trovano vi sia un foglio con scritto "non disturbare" perché in corso c'è una riunione o "di assemblea" o "di consiglio".

Quante volte si è infatti assistito alla scena in cui il commercialista di turno (la categoria non ne tragga diminuzioni, ma la vicenda è sintomatica) ha ritenuto "più giusto" far attribuire dall'assemblea e non dal consiglio di amministrazione il potere di stipula di un contratto a un dato membro del consiglio stesso (se non addirittura i poteri dell'amministratore delegato), nella considerazione che il potere dato dall'assemblea "valesse di più" (essendo "i soci" a darlo) rispetto al potere attribuito dall'organo amministrativo. Come dargli torto? Come contraddire questo comportamento tentando di imporre "vuoti" ragionamenti giuridici a una ben più consistente realtà effettuale? Quante volte ci si è sentiti (e, pure, considerati) se non stupidi, almeno poco "pratici", poiché ripieni delle "solite" accademiche teorie prive di alcun "senso concreto", a tentare di spiegare che il concetto di delega presuppone che essa provenga dall'organo attributario del potere da dele-

¹⁶⁰ Si parla ovviamente della società a responsabilità limitata-piccola impresa, non della società a responsabilità limitata-holding o della società a responsabilità limitata "di gruppo", di cui sopra.

gare, perché indubbiamente molto più “forte” dell’argomento giuridico era l’argomento “pratico” che «la società è dei soci e che “è più giusto” che siano loro a dare i poteri».

Insomma, se siamo in pochi a decidere, se siamo tutti sempre gomito a gomito (ognuno al suo tornio oppure ognuno nella sua stanza dello stesso ufficio) e se quindi delle decisioni da prendere parliamo tutto il giorno e tutti i giorni e magari non solo mentre lavoriamo ma anche al di fuori del lavoro (perché, in ipotesi, siamo tutti familiari o tutti amici con consimili abitudini di vita e identiche frequentazioni: ... dovendo/volendo lavorare noi tutti insieme, tutti i giorni, tutto il giorno, non possono non esservi tra di noi legami ulteriori rispetto a quelli “semplicemente” lavorativi, poiché altrimenti non lavoreremmo insieme), allora che bisogno c’è di convocarci formalmente, di fare un’assemblea o un consiglio di amministrazione, di votare?

Non ce n’è invero alcun bisogno: il metodo collegiale, come metodo “virtuoso” di adozione delle decisioni in un consesso plurisoggettivo, ha infatti senso ove i componenti di quel consesso non siano così fianco a fianco, ove essi non si frequentino e quindi non abbiamo modo di confrontarsi o addirittura non si conoscano. Lì sì che il metodo collegiale ha un “valore aggiunto”, in quanto esso presuppone che tutti gli aventi diritto a concorrere a quella decisione vengano per tempo preavvisati che vi sarà da adottare una data determinazione, in modo che, chi voglia, possa prepararsi; gli interessati potranno in tal modo convergere in un’identica unità di tempo e di luogo, ove la materia verrà illustrata da chi ha interesse all’adozione di una data decisione; ognuno potrà poi addurre le proprie osservazioni e da questo scambio di opinioni ognuno dei partecipi ritrarrà le migliori motivazioni per esprimere il proprio voto a ragion veduta.

Ma in un contesto come quello della “normale” società a responsabilità limitata che sopra si è cercato di illustrare, “costringere” i soci a riunirsi collegialmente significa, da un lato, non ottenere alcuna conseguenza “virtuosa”, e, anzi, dall’altro, assistere alla stessa scena che quasi sempre si verifica nella pratica, a dimostrazione di quanto la collegialità in quell’ambito sia un concetto, bello sì, ma vuoto di qualsiasi contenuto: e cioè assistere a riunioni esistenti solo nella fantasia del commercialista “costretto” a verbalizzare ciò che mai è accaduto nei fatti o a scene di personaggi sbeffanti ragioni di noia e di inutilità, ben espressive della (poca) “sopportazione” verso la (ritenuta) vuota formalità rappresentata da quelle assemblee (come le “straordinarie” del vecchio sistema) delle quali proprio non si può fare a meno, non potendole *bypassare* mediante la stesura, sull’apposito libro, di un verbale “creato” dal commercialista stesso, avvertito per telefono (ma non era una riunione per audioconferenza!) della necessità di formalizzare (inventandola “di sana pianta”) una data decisione assunta da un dato organo.

Questa sovrapposizione tra soci e società (e, anzi, addirittura questa “identificazione” stessa della società nei suoi soci: altro che persona giuridica!)¹⁶¹ non solo, peraltro, è causa del crollo della struttura corporativa e del metodo collegiale. Occorre riflettere a questo punto anche di rapporti tra soci e di rapporti tra soci e terzi.

La descritta “ingombrante” rilevanza della figura del socio ha infatti impatti di vario tipo nello sviluppo della vita societaria: per esempio, se un socio non amministra formalmente la società (con il malcelato fine di approfittare, come socio, del beneficio della limitazione della sua responsabilità individuale, e pure – tenendo chiusa la finestra per non subire la beffa del maldestro e surrettizio rientro di ciò che era ufficialmente uscito dalla porta – con il fine di non correre il rischio di incappare, per *mala gestio*, nella responsabilità propria di chi riveste cariche di componente dell’organo amministrativo), ma incide comunque “pesantemente” sulla gestione della società stessa, non c’è ragione di non assimilarlo a un amministratore, senza scomodare la figura dell’amministratore “di fatto”, la quale, tra l’altro, evidentemente non ricorrerebbe se l’attività svolta non fosse seriale e continuativa, ma fosse episodica e circoscritta.

Ecco allora che il legislatore della riforma, per bilanciare “l’invadenza” del socio non amministratore nella gestione societaria con il contrappeso di un suo possibile coinvolgimento nella stessa responsabilità che assume chi formalmente opera come “vero e proprio” amministratore, inaugura, a cautela dei terzi che con la società entrano in contatto, due nuove importanti fattispecie di responsabilità del socio come tale:

- a. quella per atti compiuti nell’epoca anteriore all’iscrizione della società nel Registro delle Imprese, in quanto alla “tradizionale” chiamata in causa di coloro «che hanno agito» per la società (“vecchio” art. 2331, comma 2, richiamato nella società a responsabilità limitata dal “vecchio” art. 2475, comma 2), ora si cumula (“nuovo” art. 2331, comma 2, richiamato nella società a responsabilità limitata dal “nuovo” art. 2463, comma 3) la (prima sconosciuta) “illimitata” e “solidale” responsabilità del socio che abbia «deciso, autorizzato o consentito il compimento dell’operazione» (cioè sia in essa in *qualsiasi maniera* coinvolto, “moralmente” o “materialmente”);
- b. quella per «atti dannosi per la società, i soci o i terzi» che rende «solidamente responsabili con gli amministratori [...] i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento» di detti atti (art. 2476, comma 7); ove va

¹⁶¹ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *Parte la nuova società a responsabilità limitata dalle due anime*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 gennaio 2003, secondo cui «il nuovo modello organizzativo rende ancor più evanescente la nozione di persona giuridica, rompendo la tradizionale corrispondenza tra questa e l’organizzazione “corporativa”».

appunto notato che non si tratta di una responsabilità che discende solo da una “gestione continuativa” ma pure da singoli episodi.

1.4.3 La contrattazione endosocietaria come “valvola di sicurezza” del nuovo modello

Questa “ingombranza” dei soci, finora osservata nel loro impatto sulla struttura organica della società e sui terzi, va poi osservata anche per le conseguenze che essa provoca all’interno della società e cioè nei rapporti tra gli stessi soci.

Nella vita della società a responsabilità limitata, infatti, normalmente si va tutti d’accordo, e pure normalmente, non vi è ragione di distinguere tra soci “di maggioranza” e soci “di minoranza”: la società a responsabilità limitata è invero talmente compenetrata nei suoi soci (e viceversa), che l’ordinario andamento delle decisioni che vengono assunte è, come noto, caratterizzato dall’unanimità delle presenze di coloro che sono chiamati a decidere e anche dall’unanimità del loro volere: non solo quindi tutti sono sempre presenti, ma tutti pure sono sempre consenzienti.

Quando invece l’unanimità non vi sia (più), non si discute allora tanto in termini di rapporti tra maggioranza e minoranza, ma in termini di vero e proprio dissidio: e un dissidio per di più spesso distruttivo, e cioè che porta non solo alla dissoluzione dei rapporti personali ma anche alla dissoluzione della società stessa, poiché tanto più quei rapporti – quando “le cose vanno bene” – sono idilliaci, quanto più (lo si sa, spesso per futili ragioni “di principio”) le liti sono rovinose, perché appunto condizionate dalla fiduciarità dei rapporti che precedentemente caratterizzava la vita sociale, dall’intimo carattere di quei rapporti, dall’affinità (che spesso addirittura si traduce in termini di familiarità o parentela) sia lavorativa che extralavorativa che spesso, come detto, contraddistingue il legame tra i soci della società a responsabilità limitata: è noto che le liti tra coniugi, tra parenti, tra “semplici” amici sono spesso ben più violente di quelle tra estranei, perché rese più animose dal tradimento della reciproca fiducia e dei comuni principi, dal tradimento insomma delle interne regole “d’onore” di quella piccola collettività.

Ora, il legislatore della riforma si è evidentemente posto il problema di controbilanciare gli interessi del socio di minoranza (*recte*: di colui che è “diventato” tale) con quelli dei soci di maggioranza, in situazioni di asperissime situazioni conflittuali, fortemente intrise di livore e di volontà più di nuocere e di ostacolare che di avere la riparazione del proprio preteso danno, in una struttura societaria dove l’*exit* è assai problematico sia per la totale assenza di un qualsiasi mercato delle partecipazioni della società a responsabilità limitata (esse, infatti, hanno un valore non tanto pari al *patrimonio* che “rappresentano”, spesso peraltro assai esiguo, ma soprattutto

in quanto permettono di prendere parte a una data attività imprenditoriale che si svolge per mezzo di *quel patrimonio*) sia, specialmente e di conseguenza, per l'inesorabile assenza di possibili acquirenti “estranei” di quelle partecipazioni, stante la fiduciarità dei rapporti che necessariamente intercorrono tra i soci di una società a ristretta base sociale e stante la materiale e naturale impossibilità per un estraneo di penetrare dall'esterno, acquistando le partecipazioni, nel cuore di quei rapporti.

E la risposta che a tale interrogativo ha inteso dare il legislatore della riforma è stata quella di puntare sulla creazione di un quadro di regole che “costringano” (cioè sollecitino, agevolino)¹⁶² i soci a ricercare, nonostante la sussistenza di un'aspra contesa (in atto o potenziale), una composizione “interna”¹⁶³ (“endosocietaria”, si dice con termine più forbito) del proprio dissidio, nella certezza che ogni altra strada (quella giudiziaria oppure quella della permanenza di un dissidio nel tempo) sarebbe produttiva di effetti peggiori per tutti i soggetti coinvolti rispetto a quelli (per così dire, migliori) che da una composizione della questione in effetti derivano.

Per esempio, si osservi, innanzitutto, la predetta condizione di “imprigionamento” che a un soggetto “tradizionalmente” derivava per la sua condizione di essere socio di una società a responsabilità limitata: già s'è detto dell'estrema difficoltà del socio di cedere all'esterno della compagine sociale le proprie partecipazioni al capitale di una data società a responsabilità limitata; ma questa estrema difficoltà diveniva addirittura materiale impossibilità ove si pensi alla possibile presenza nello statuto sociale di clausole che addirittura impediscano radicalmente ai soci la cessione delle proprie partecipazioni; insomma, altra speranza nell'assoluta maggioranza dei casi non v'era, che quella di collocare le proprie partecipazioni presso chi fosse già socio, ove questi lo volesse ed evidentemente alle “condizioni” economiche imposte dall'acquirente.

Ebbene, questo stato di assoluto e inscindibile impaludamento nel libro soci ora con la riforma assume una prospettiva radicalmente diversa dal passato per effetto della concessione del diritto di recesso¹⁶⁴, fattispecie eccezionale nel sistema previgente, poiché dal recesso consegue (a meno che non vi facciano fronte gli altri soci, mettendo mano al loro personale portafoglio) un inevitabile depauperamento della società (o addirittura la

¹⁶² Cfr. ANGELICI C., *Soci e minoranze nelle società non quotate*, in PORZIO M., RISPOLI FARINA M., ROTONDO G. (a cura di), *La riforma delle società per azioni non quotate*, Milano, 2000, 57.

¹⁶³ Del principio ispiratore della legge delega circa «la contrattazione come meccanismo preferenziale di creazione delle regole» parlano diffusamente ROSSI G., STABILINI A., *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, 5.

¹⁶⁴ Cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 238-239.

sua dissoluzione, ove non vi siano sostanze per soddisfare il recedente), con ciò che da questo “impoverimento” potrebbe quindi derivare sulle ragioni di credito vantate da terzi nei confronti della società; ora invece il legislatore dispone che diritto di recesso può sorgere in capo al socio:

- non solo per la fissazione statutaria di una durata indeterminata (o lunghissima, ciò che è lo stesso) della società (oppure per la mancata fissazione di un termine di durata);
- non solo per la presenza nello statuto sociale di clausole di intrasferibilità delle partecipazioni al capitale sociale;
- ma anche in occasione dell'adozione di determinate decisioni che siano individuate dalla legge, in via generale, o dallo statuto, in particolare, come cause di recesso e che quindi “costringono” i soci di maggioranza a dover inserire, nella somma algebrica dei costi/benefici causati dall'adozione di dette decisioni, anche il costo della possibile liquidazione che sia richiesta dal socio che a quelle decisioni non concorra con il proprio consenso (con ciò dunque che da questo deriva in ordine allo stimolo a una preventiva contrattazione tra chi intende adottare una data decisione e chi non intende “subirla”)¹⁶⁵.

Non solo.

Questo stimolo alla composizione endosocietaria delle divergenze di opinioni o dei veri e propri conflitti, anche potenziali, discende pure da altre previsioni della riforma, la quale, in tal modo, cerca pertanto di controbilanciare gli interessi in campo tentando di allestire un contesto di equilibri che si renda il più fisiologico possibile a quella composizione: sto pensando agli inediti e incisivissimi nuovi poteri di controllo e di ispezione, che prima erano variamente compressi e limitati, e che invece ora sono illimitatamente concessi al singolo socio¹⁶⁶, il quale, a differenza del passato, adesso può in *qualsiasi* momento pretendere *qualsiasi* notizia e (di consultare o di disporre di) *qualsiasi* documento su *qualsiasi* aspetto della vita societaria (art. 2476, comma

¹⁶⁵ Cfr. PERRINO M., *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1136, per il quale «il recesso finirebbe per esercitare, già con la sua semplice minaccia, un effetto deterrente rispetto a comportamenti illegittimi dei soci che ne possano costituire fondamento; risolvendosi in uno stimolo all'efficienza e alla correttezza nei rapporti interni, e in particolare in un incentivo alla comune ricerca di soluzione dei conflitti interni, tali da scongiurare l'esercizio stesso del rimedio e per questa via a schivarne il temuto impatto patrimoniale. Cfr. pure GAMBINO A., *Spunti di riflessione sulla riforma: l'autonomia societaria e la risposta legislativa alle esigenze di finanziamento dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 653.

¹⁶⁶ Si preoccupa dell'esperibilità dell'azione di responsabilità anche da parte del «socio infinitesimale» CORSI F., *Intervento*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, par. 5 (del dattiloscritto).

2); come sto pensando pure all’altrettanto inedita legittimazione individuale del socio a promuovere l’azione sociale di responsabilità (art. 2476, comma 2)¹⁶⁷, fino a ieri compresa dalla necessità, per il suo esperimento, di una deliberazione assembleare nella quale (salvo il caso del ricorrere di un conflitto di interessi, che ne impedisse la partecipazione al voto) il socio di maggioranza aveva evidentemente la meglio; azione nel cui ambito (ma forse una tale istanza è possibile anche al di fuori di detto ambito) il socio può altresì domandare la rimozione giudiziale dell’amministratore adducendone «gravi irregolarità» gestionali (art. 2476, comma 3).

D’altro canto, il legislatore non dimentica le ragioni della “maggioranza” (nel senso di cui sopra) del capitale sociale, in nome, da un lato, della possibile pretestuosità delle altrui pretese, e, d’altro lato, dell’efficienza e del valore dell’attività imprenditoriale che comunque la società a responsabilità limitata svolge e che pure necessita di tutela. Cosicché:

- nel caso dell’azione di responsabilità promossa contro un amministratore, la maggioranza del capitale (e cioè quei soci che esprimono l’amministratore convenuto da quell’azione), di regola, ha (se disponga di un particolare elevato *quorum* e se alla decisione non si opponga un numero di soci tale da coagulare in sé un dato quoziente “impeditivo”), la possibilità di rinunciare o di transigere quell’azione (“residuando” all’attore il diritto al risarcimento del danno e al rimborso delle spese sopportate) (art. 2476, comma 5);
- nel caso di decisioni dei soci che, per qualsiasi ragione, non abbiano tutti i crismi della legittimità, i ragionamenti nel senso della possibile “inesistenza” di quelle decisioni vengono ora impediti, “degradando” quei vizi in cause di annullabilità (con il risultato quindi che quelle decisioni sono efficaci fino a invalidazione, la quale soffre ristretti termini di prescrizione), e le cause di nullità rimangono assai circoscritte e comunque anche qui di regola¹⁶⁸ l’azione si prescrive in brevissimo tempo, con ciò che ne consegue in ordine alla stabilità che può conseguire una decisione non invalidata.

¹⁶⁷ Nel senso che l’azione individuale del socio e i poteri ispettivi del socio siano «pillole avvelenate» da cui deriverebbe un disincentivo alla scelta del tipo società a responsabilità limitata, cfr. PRESTI G., *Le nuove ricette del diritto societario*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 40. Identica preoccupazione esprime COLOMBO G.E., *Relazione al Consiglio notarile di Milano sul tema Amministrazione e controllo*, cap. V, par. 5, che si legge alla pagina www.federnotizie.org/riforma/colombo.htm.

¹⁶⁸ La decisione di adozione di un oggetto impossibile o illecito, l’unica affetta da una nullità imprevedibile (art. 2479-ter, comma 3), è infatti fattispecie che difficilmente si può realizzare nella realtà concreta ed è quindi probabilmente destinata a rappresentare il classico “caso di scuola”.

Ciò che da questo panorama normativo emerge è dunque che il legislatore della riforma ha evidentemente inteso mirare alla stabilità della società e delle sue decisioni, nonostante la responsabilità che a un amministratore sia imputabile e l'invalidità delle decisioni che siano assunte: quando infatti la legge sposta il baricentro delle sanzioni di un'attività illegittima dal *posse* al *licere*, significa la volontà di conservazione di quell'attività, seppur illecita, e la ricerca di tutela di colui che da quell'attività ritrae ragioni di lesione non mediante l'inibizione di quell'attività (*non posse*) ma mediante la risarcibilità dei danni che quell'attività provochi¹⁶⁹.

In altri termini, se la legge considera riprovevole un certo comportamento, lo può vietare assolutamente: è questo il ragionamento su cui si fonda la nullità di diritto comune che discende dalla violazione di una norma imperativa (art. 1418, comma 1).

Ma se quel comportamento, nonostante la sua riprovevolezza, ha comunque un suo qual valore (qui è in gioco, invero, la continuità della vita societaria, la stabilità delle decisioni, l'affidamento dei terzi su quelle decisioni, la necessità di non invalidarle a distanza di tempo quando si sono compiuti ormai processi imprenditoriali di fatto e di diritto non reversibili)¹⁷⁰, allora la legge preferisce non vietarlo ma sanzionarlo, in modo che chi quel comportamento intende praticare deve computare, nel calcolo dei costi/benefici che da quel comportamento derivano, anche il costo di risarcire (o, ciò che è lo stesso, tacitare, liquidare) coloro che da quel comportamento possono ritrarre ragioni di contestazione.

1.4.4 Le tutele per i terzi

Fin qui si è parlato di organizzazione dell'impresa societaria e di rapporti interni tra i suoi partecipi; ma la società non è un contratto che esaurisce i propri effetti solo o quasi solo tra i soggetti che il contratto stesso coinvolge (art. 1372), ma è come una scintilla che provoca nel suo intorno un grande fuoco o una grande esplosione nel cui ambito essa si stempera,

¹⁶⁹ Cfr. D'ALESSANDRO F., "La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata". Ovvero: esiste ancora il diritto societario, in *Riv. soc.*, 2003, 44, secondo cui «ove l'utilità dell'atto per il destinatario del divieto fosse maggiore del costo derivante dagli obblighi risarcitori, la scelta ricadrebbe sulla seconda strada, e ciò comporterebbe un guadagno in termini di benessere generale, ossia appunto di efficienza. Invero, una volta compiuto l'atto, la posizione del soggetto il cui interesse era protetto dal divieto resterebbe neutra (questo soggetto soffre un danno, che viene peraltro riparato), mentre la posizione del soggetto destinatario del divieto migliora (egli si appropria di utilità maggiori dei costi derivanti dall'obbligo risarcitorio)».

¹⁷⁰ In fin dei conti, anche questo va inteso nell'ambito di una più complessiva strategia volta a perseguire «l'obiettivo prioritario di favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese» (art. 2, comma 1, lett. a), legge n. 366 del 3 ottobre 2001).

una scintilla cioè da cui bensì promanano l'esistenza dell'ente cui essa dà vita e le sue regole, ma che è destinata ad avere una luce sempre più lontana e sempre più fioca rispetto all'attività che la società svolge nel mondo esterno¹⁷¹ e a quella che nella società si svolge al suo interno¹⁷², attività che confina dunque l'atto istitutivo (e la sua rilevanza) in un passato sempre più remoto.

Nel novero dunque dei terzi con i quali la vita societaria impatta (clienti, fornitori, consulenti, lavoratori, banche, istituzioni pubbliche e private ecc.) un ruolo rilevante lo occupano ovviamente coloro che hanno ragioni di credito verso la società, dei quali la legge non può non avere grande considerazione: va bene la flessibilità, va bene la conformabilità statutaria al caso concreto, va bene il ragionamento che la rigidità delle strutture e dei comportamenti deve essere caratteristica delle società "aperte" (o che possono essere aperte) al mercato del capitale di rischio ma non anche di quelle "chiuse" sui loro soci, ma tutto ciò pur sempre nella considerazione della centralità della questione della salvaguardia di coloro che puntano sull'affidabilità del proprio partner commerciale e sulla sua capacità di tenere fede agli impegni assunti. E allora (leggendo, per esempio, i dettami del legislatore delegante al legislatore delegato):

- a. occorre bensì «ampliare gli ambiti dell'autonomia statutaria» tuttavia «tenendo conto delle esigenze di tutela dei diversi interessi coinvolti» (art. 2, comma 1, lett. d), legge n. 366 del 3 ottobre 2001);
- b. «la libertà di forme organizzative» non può andare a discapito del «rispetto

¹⁷¹ Cfr. D'ALESSANDRO F., "La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata". Ovvero: esiste ancora il diritto societario, in *Riv. soc.*, 2003, 37, per il quale «quel particolare contratto che è il contratto di società [è un] accordo non inteso allo scambio, ma a organizzare e disciplinare una attività comune delle parti, e soprattutto capace così, in deroga ai principi fondamentali dell'autonomia privata, di spiegare effetti metaindividuali, di valore "reale", ossia *ultra partes*».

¹⁷² Cfr. ROSSI G., STABILINI A., *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, 25, secondo cui «un sistema di norme basato sull'autonomia contrattuale e sulla contrattazione privata [...] deve avere come «presupposti fondamentali [...] i seguenti:

i. l'assenza di ostacoli rilevanti alla contrattazione tra le parti coinvolte, e

ii. l'assenza di esternalità negative, cioè di conseguenze negative degli accordi tra le parti sui terzi che non partecipano alla contrattazione. Ora, condizioni abbastanza simili a quelle richieste si possono ritenere esistenti in un contesto societario "chiuso", nel quale cioè i soggetti che a vario titolo partecipano alla società sono in numero limitato e fanno nella stessa un rilevante investimento in capitale finanziario e umano. In particolare, in un contesto del genere, si può ritenere ragionevole affidare alla contrattazione privata la sistemazione e la composizione degli interessi, e anche la predisposizione delle tutele, per tutto quanto riguarda i rapporti interni all'organizzazione societaria: il socio, al momento della costituzione della società o del suo ingresso in una società esistente, potrà negoziare [...] le regole che meglio possono tutelare i suoi interessi [...].».

- del principio di certezza nei rapporti con i terzi» (art. 1, comma 1, lett. *c*), legge n. 366 del 3 ottobre 2001);
- c.* l'intento di «semplificare il procedimento di costituzione» deve avvenire comunque «nel rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi e di tutela dei creditori sociali» (art. 3, comma 2, lett. *a*), legge n. 366 del 3 ottobre 2001);
 - d.* può essere adottata «una disciplina dei conferimenti tale da consentire l'acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'impresa sociale» ma «a condizione che sia garantita l'effettiva formazione del capitale sociale» (art. 3, comma 2, lett. *c*), legge n. 366 del 3 ottobre 2001);
 - e.* occorre bensì «semplificare le procedure di valutazione dei conferimenti in natura» ma, anche qui, «nel rispetto del principio di certezza del valore a tutela dei terzi» (art. 3, comma 2, lett. *d*), legge n. 366 del 3 ottobre 2001);
 - f.* la possibilità di «ampliare l'autonomia statutaria con riferimento alla disciplina [...] del recesso» va perseguita «salvaguardando in ogni caso il principio di tutela dell'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali» (art. 3, comma 2, lett. *f*), legge n. 366 del 3 ottobre 2001).

E comunque, infine, in via generale, occorre «prevedere norme inderogabili in materia di formazione e conservazione del capitale sociale [...] che siano idonee a tutelare i creditori sociali» seppur «consentendo [...] una semplificazione delle procedure».

Allora, com'è stato tradotto in pratica questo imponente quadro di cautele? Le espressioni sono invero molteplici; per esempio (e non in via certamente esaustiva):

1. quando il socio sia unico in sede di costituzione della società, occorre che l'intero capitale sia sottoscritto e versato (art. 2464, comma 4);
2. quando la società da pluripersonale diventi monopersonale e il capitale non sia per intero versato, occorre in breve tempo procedere alla sua completa liberazione (art. 2464, comma 7);
3. quando la società sia monopersonale, il socio conserva la limitazione della responsabilità solo quando effettui determinati adempimenti (art. 2462, comma 2);
4. per gli atti compiuti nell'epoca anteriore all'iscrizione della società nel Registro delle Imprese risponde, oltre a chi ha agito, il socio che abbia «deciso, autorizzato o consentito il compimento dell'operazione» (art. 2331, comma 2, richiamato nella società a responsabilità limitata dall'art. 2463, comma 3);
5. i conferimenti diversi dal denaro vanno in ogni caso liberati al momento della sottoscrizione e in quel momento va pure versato l'intero soprapprezzo dei conferimenti in denaro (art. 2464, commi 4 e 5);

6. i conferimenti d'opera e di servizi vanno assistiti da una garanzia fideiussoria o assicurativa (art. 2464, comma 6);
7. i finanziamenti dei soci sono postergati, in sede di loro rimborso, alle ragioni dei creditori chirografari (art. 2467);
8. il livello minimo del capitale sociale è cautelato dalla disciplina in tema di perdite eccedenti certi limiti (artt. 2482-*bis* e ss.);
9. la quota del socio è soggetta a espropriazione a opera dei suoi creditori (art. 2471);
10. la dichiarazione di nullità della società non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della società dopo l'iscrizione nel Registro delle Imprese (art. 2332, comma 2, richiamato nella società a responsabilità limitata dall'art. 2463, comma 3);
11. la dichiarazione di invalidità delle decisioni dei soci non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della società dopo l'iscrizione di dette decisioni nel Registro delle Imprese (art. 2377, comma 6, richiamato nella società a responsabilità limitata dall'art. 2379-*ter*, comma 4);
12. sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione di decisioni adottate dal consiglio di amministrazione con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi con la società (art. 2475-*ter*, comma 2);
13. le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dall'atto costitutivo o dall'atto di nomina, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società (art. 2475-*bis*, comma 2).

Peraltro, perplessità potrebbero scaturire, in ragione di una possibile diminuita tutela dei creditori, ove invece si ponga attenzione alle seguenti problematiche:

- la mancata riproposizione della procedura di controllo dei conferimenti in natura a opera di amministratori e sindaci ("vecchio" art. 2343, comma 3, richiamato nella società a responsabilità limitata dal "vecchio" art. 2476, comma 1);
- l'estensione praticamente illimitata dei casi di recesso, con ciò che ne può conseguire in termini di depatrimonializzazione della società (artt. 2469, comma 2, e 2473);
- l'introducibilità nello statuto di cause di esclusione, che possono provocare sulla società gli stessi effetti patrimoniali del recesso (art. 2473-*bis*);
- la mancata riproposizione nella società a responsabilità limitata dell'azione di cui all'art. 2409 ("vecchio" art. 2488, comma 4);
- la possibilità di ridurre il capitale in ogni momento, senza dover più trovare la giustificazione della riduzione in ragioni di esuberanza del capitale stesso (art. 2482).

Ma, in breve, salvo poi affrontare compiutamente queste tematiche più avanti, nel momento opportuno:

- quanto al controllo dei conferimenti (e a parte l'opinione circa l'applicabilità analogica alla società a responsabilità limitata della normativa sul punto dettata in tema di società per azioni), è tutto da dimostrare che le norme dell'ordinamento previgente (confermate, come detto, nella società per azioni anche nel nuovo ordinamento) avessero un'effettiva valenza, in quanto gli amministratori/controllori sono espressione di coloro che effettuano il conferimento (quando non coincidano addirittura con essi), con la conseguenza che questo controllo finiva probabilmente per lasciare il tempo che trovava; che non sia quindi meglio, probabilmente, puntare sulla responsabilità del perito estimatore e sul "conflitto di interessi" che sorge tra i soci in sede di conferimento (la valutazione maggiore o minore dell'altrui conferimento si ripercuote, di regola, sull'entità dell'altrui partecipazione al capitale sociale, ciò che agli altri soci non è quindi affatto indifferente) e, comunque, più in generale, nella correttezza delle valutazioni che del patrimonio sociale occorre fare in sede di bilancio;
- quanto alla depatrimonializzazione che può conseguire da recesso, esclusione o riduzione del capitale sociale, è sicuramente vera l'osservazione che il rimedio dato ai creditori (quello di opporsi all'operazione: artt. 2473, comma 4, e 2482) è un rimedio spuntato (e che, tra l'altro, presuppone che i creditori stiano continuamente a far visure camerali, per non farsi "scappare" il termine per opporsi), ma è anche vero che se il legislatore sceglie oggi (come ha finora sempre scelto) di consentire l'esercizio della società a responsabilità limitata con un capitale così basso e comunque nient'affatto proporzionato all'attività svolta, allora è pure vero che le ragioni di tutela dei creditori non vanno ricercate nel livello del capitale sociale: la vita pratica insegna che da sempre i creditori forti pretendono garanzie reali e personali e che i creditori deboli mettono sulla bilancia, da un lato, la scelta di non contrattare, e, sull'altro piatto, il rischio di contrattare contando sulla capacità imprenditoriale del proprio contraente e quindi sul suo impegno di tenere fede agli impegni assunti;
- quanto infine al venire meno della possibilità di agire ai sensi dell'art. 2409, se ne può intravedere un opportuno controbilanciamento nella concessione al singolo socio, come sopra visto, di incisivi poteri ispettivi e della legittimazione individuale all'esperienza dell'azione di responsabilità verso gli amministratori e pure verso quei soci che, pur non rivestendo la formale qualifica di amministratore, comunque «hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento» (art. 2476, comma 7) degli atti dai quali la responsabilità promana.

SOMMARIO

- 2.1 Il contenuto dell'atto costitutivo**
- 2.1.1 I dati identificativi dei soci
- 2.1.2 La denominazione e la sede della società
- 2.1.3 L'oggetto sociale
 - 2.1.3.1 *La "specificità" dell'oggetto sociale*
 - 2.1.3.2 *L'oggetto "succinto" e l'oggetto "ampio"*
 - 2.1.3.3 *L'oggetto "indeterminato"*
 - 2.1.3.4 *Le "estensioni" dell'oggetto "principale"*
 - 2.1.3.5 *Le attività "autoinibite"*
 - 2.1.3.6 *L'assunzione di partecipazioni in altre società*
 - 2.1.3.7 *La partecipazione della società a responsabilità limitata a società di persone*
 - 2.1.3.8 *Le attività regolamentate o vietate*
 - 2.1.3.9 *Il mutamento dell'oggetto sociale*
- 2.1.4 Il capitale sociale
- 2.1.5 La misura dei conferimenti, la quota di partecipazione al capitale sociale e la distribuzione degli utili
- 2.1.6 Il "privilegio" dei fondatori nella distribuzione degli utili
- 2.1.7 L'amministrazione e la rappresentanza della società
- 2.1.8 La durata della società
- 2.1.9 Le spese di costituzione della società
- 2.1.10 I contrasti nelle decisioni di gestione della società
- 2.1.11 Lo statuto della società
- 2.2 L'atto costitutivo unilaterale**
- 2.2.1 La pubblicità della società unipersonale
- 2.2.2 Il capitale della società unipersonale
- 2.2.3 Le operazioni compiute prima dell'iscrizione della società unipersonale nel Registro delle Imprese
- 2.2.4 I contratti tra società a responsabilità limitata e unico socio
- 2.2.5 La responsabilità del socio unico
- 2.2.6 L'unico socio che conferisce la propria opera
- 2.3 Le "condizioni per la costituzione"**
- 2.4 L'iscrizione della società nel Registro delle Imprese**
- 2.5 Le operazioni compiute prima dell'iscrizione della società nel Registro delle Imprese**
- 2.6 La mancata iscrizione della società nel Registro delle Imprese**
- 2.7 La cessione delle quote di società a responsabilità limitata prima dell'iscrizione della società nel Registro delle Imprese**
- 2.8 La nullità della società**
- 2.8.1 I nuovi casi di nullità
- 2.8.2 La nullità da carenze autorizzative
- 2.8.3 La procedura per la dichiarazione di nullità

2.1 Il contenuto dell'atto costitutivo

Nell'atto costitutivo della nuova società a responsabilità limitata¹ la riforma introduce alcune significative novità accanto alla (ovvia) conferma, su molti punti, della normativa previgente.

Passiamo dunque qui di seguito in rassegna il contenuto dell'atto costitutivo seguendo il percorso tracciato dal nuovo art. 2463, comma 2.

¹ La riforma conferma (all'art. 2463, comma 2) per l'atto costitutivo della società a responsabilità limitata la necessità della forma pubblica *a substantiam*: il successivo art. 2332, comma 1, n. 1) dispone sul punto che «avvenuta l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la nullità della società può essere pronunciata soltanto nei seguenti casi:

1. mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico [...]».

Nella forma pubblica va perciò stipulata anche la procura a costituire una società a responsabilità limitata.

Quanto alla forma del contratto preliminare di società, Cass., 18 gennaio 1988, n. 321, in *Giur. comm.*, 1988, II, 321, ha stabilito che «nel caso di società di capitali, la lettera della legge (art. 2332 c.c., in materia di società per azioni; art. 2475 c.c. nel caso di società a responsabilità limitata) non consente dubbi, poiché è espressamente sancito che la società deve costituirsi per atto pubblico. E conseguentemente può ritenersi valida – ai sensi dell'art. 1351 c.c. – la stipulazione di un contratto preliminare di siffatto tipo di società solo se effettuata nella stessa forma dell'atto pubblico prevista per il contratto definitivo».

Nello stesso senso anche Cass., 23 giugno 1997, n. 5578, in *Società*, 1997, 1271, secondo cui «ai sensi degli art. 2332 e 2475 comma 1 c.c. la società a responsabilità limitata deve essere costituita per atto pubblico a pena di nullità e, quindi, ai sensi dell'art. 1351 c.c., va stipulato nella stessa forma, a pena di nullità, anche il contratto preliminare che sia inteso alla futura costituzione della società».

Per l'opinione secondo cui invece sarebbe sufficiente la scrittura privata per la valida stipulazione del preliminare di società a responsabilità limitata (in quanto la forma pubblica sarebbe un requisito essenziale dell'organizzazione societaria, non del contratto di società in sé e per sé) cfr. BORGIOLI A., *La forma del contratto preliminare di società di capitali*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, vol. I, *La fase costitutiva dell'impresa*, Milano, 1990, 197; ANGELICI C., *Sulla forma del contratto preliminare di società: vent'anni dopo*, in *Giur. comm.*, 1988, II, 321. Circa la dubbia eseguibilità in forma specifica *ex art. 2932* di detto preliminare di società cfr., da un lato, l'opinione negativa di SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 45, e, d'altro lato, la positiva decisione di Cass., 3 gennaio 1970, n. 8, in *Riv. dir. comm.*, 1970, II, 258.

Non vi sono novità nemmeno sull'impossibilità di una costituzione «per pubblica sottoscrizione» e quindi l'imprescindibilità di una costituzione «simultanea»: nel previgente sistema sul punto non solo si notava il mancato richiamo nella materia della società a responsabilità limitata della disciplina di cui ai «vecchi» articoli 2330-2340, ma anche si rimarcava come nella *Relazione al Re*, n. 1008, espressamente si sottolineasse «l'impossibilità del procedimento di costituzione successiva e, conseguentemente, l'inesistenza della figura dei promotori»; cfr. in tema SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 41, e PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 260.

2.1.1 I dati identificativi dei soci

Il “vecchio” testo dell’art. 2475, comma 1, n. 1 (secondo cui l’atto costitutivo doveva indicare «il cognome e il nome, la data e il luogo di nascita, il domicilio, la cittadinanza di ciascun socio») viene ora rimpiazzato dal corrispondente n. 1 del comma 2 dell’art. 2463, per il quale occorre invece indicare «il cognome e il nome o la denominazione, la data e il luogo di nascita o di costituzione, il domicilio o la sede, la cittadinanza di ciascun socio».

La “vecchia” disciplina era dunque riferita solo alle persone fisiche², nel senso che non vi si prevedeva l’eventualità che i soci di società a responsabilità limitata fossero anche enti diversi dalle persone fisiche (pur se la partecipazione di soggetti diversi dalle persone fisiche non era in discussione)³: si trattava forse di un’evidente derivazione dalla natura tipica delle società a responsabilità limitata, società che, seppur “di capitali”, era (ed è) fortemente incardinata sulla specifica personalità dei propri soci.

² Sulla partecipazione alla società a responsabilità limitata di minori e incapaci, cfr. CAPOZZI G., *Incapaci e impresa*, Milano, 1992, 105; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 65. La questione verteva (si parla al passato perché la questione oggi più non si pone, a seguito dell’introduzione normativa in tema di responsabilità limitata dell’unico socio di società a responsabilità limitata) sulla possibilità di applicazione analogica alla società a responsabilità limitata dell’art. 2294, dettato per la società in nome collettivo, che subordina la partecipazione di minori e incapaci all’osservanza delle disposizioni degli articoli 320, 371, 397, 424 e 425; in caso di responsabilità illimitata del socio di società a responsabilità limitata, si avrebbe infatti in sostanza una situazione equivalente a quella dell’esercizio individuale di attività commerciale. Generalmente, dunque, se si concludeva per l’impossibilità di un’applicazione analogica dell’art. 2294 alle società a responsabilità limitata, si rimarcava peraltro che in talune ipotesi (subentro del minore o dell’incapace nell’intera quota dell’unico socio, con conseguente assunzione di responsabilità illimitata) l’art. 2294 avrebbe potuto trovare applicazione.

La costituzione di società da parte di stranieri è ammessa ove si tratti di stranieri regolarmente soggiornanti in Italia (art. 2, D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) oppure, in mancanza di visto di soggiorno, ove sussista la condizione di reciprocità, ossia se analogo diritto sia consentito ai cittadini italiani, senza discriminazioni, nello Stato estero di provenienza di colui che intenda costituire la società in Italia; cfr. Trib. Napoli 12 gennaio 1995 e Trib. Verona 11 aprile 1995, in *Società*, 1995, 953; Trib. Firenze 18 gennaio 1989, in *Foro it.*, 1989, I, 2302.

³ Secondo RIVOLTA G.C.M., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIX, 5, «parti del contratto di società a responsabilità limitata possono essere tanto persone fisiche, quanto giuridiche. E possono esserlo (se si ritiene positivamente fondata la distinzione) anche enti collettivi soggettivati, ma non dotati di personalità giuridica, come le società personali e le associazioni non riconosciute». In particolare è «scontato che società di qualunque tipo possano partecipare alle società a responsabilità limitata, come alle società per azioni. Per vero qualche dubbio, in ordine alla legittimità della partecipazione di altre società alla società a responsabilità limitata, poteva essere giustificato. Anzitutto l’art. 2475, n. 1, prescrive che l’atto costitutivo deve indicare: “il cognome e il nome, la data e il luogo di nascita, il domicilio, la cittadinanza di ciascun socio” [...]. D’altronde, se si ritiene che soltanto persone fisiche possano essere amministratori di società, un’altra norma sembrerebbe concorrere ad alimentare il dubbio: quella che riserva ai soci, salvo

diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della nostra società (art. 2487). [...] Il quesito va però risolto, come ho anticipato, nel senso di escludere, sotto il profilo in esame, ogni differenza tra società azionarie e società a responsabilità limitata, ammettendo che anche a queste ultime possano partecipare soggetti diversi dalle persone fisiche. La questione non è da porre in termini di "soggettività", né in termini di "capacità" del soggetto collettivo partecipante. È bensì da porre [...] in termini di compatibilità di normative diverse». Si vedano anche SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, art. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 40; OPPO G., *Diritto delle società. Scritti giuridici*, II, Padova, 1992, 461; RACUGNO G., *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 1053; e ancora RACUGNO G., *Società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 578. Se oggi più non si dubita sulla possibilità per gli enti "non riconosciuti" di partecipare al capitale di società a responsabilità limitata, in passato, a causa di una ritenuta "non sufficiente" soggettività dell'ente non riconosciuto, contrastanti decisioni onorarie si sono registrate sulla legittimità della partecipazione di enti non personificati alla costituzione di società a responsabilità limitata: per esempio Trib. Trieste, 12 febbraio 1982, in *Vita not.*, 1983, 646, ha ritenuto che «non può essere omologato l'atto costitutivo di una società di capitali costituita da due soli soci, uno dei quali sia una società di capitali non ancora iscritta nel Registro delle Imprese»; per Trib. Udine, 20 settembre 1984, in *Dir. fall.*, 1985, II, 208, «un'associazione non riconosciuta può far parte di una società di capitali, partecipando alla costituzione di essa»; per Trib. Roma, 4 luglio 1984, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, 613, «è ammissibile che più associazioni non riconosciute siano uniche socie fondatrici di una società di capitali, in quanto l'associazione non riconosciuta costituisce un centro autonomo di imputazione giuridica, dotato di una sua soggettività»; per Trib. Bologna, 29 novembre 1984, in *Giur. comm.*, 1985, II, 352, «non è ammissibile, per mancanza di capacità dell'associazione non riconosciuta di essere socia di una società di capitali, l'omologazione del relativo atto costitutivo»; App. Bologna, 6 febbraio 1987, in *Vita not.*, 1987, 808, ha ritenuto che «è illegittimo il rifiuto di omologare l'atto costitutivo di una società di capitali cui partecipano associazioni non riconosciute nella qualità di soci fondatori»; per Trib. Lucca, 2 febbraio 1994, in *Riv. not.*, 1994, 1446, «le associazioni non riconosciute costituiscono un centro autonomo di imputazione giuridica dotato di una sua soggettività che consente loro di rivestire la qualità di soci fondatori di una società di capitali e, segnatamente, di una società a responsabilità limitata». In dottrina cfr. GALGANO F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Primo – Delle persone e della famiglia, artt. 36-42, Bologna-Roma, 1976, 203; MARICONDA G., *Società di capitali costituite da associazioni non riconosciute*, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, 613; KUSTERMAN F., *Capacità dell'associazione non riconosciuta a partecipare alla costituzione di società di capitali*, in *Società*, 1985, 741; DANOVÌ R., *Costituzione di società di capitali con la partecipazione di associazione non riconosciuta*, in *Foro pad.*, 1985, I, 430.

Sulla partecipazione di società semplici a società di capitali, secondo App. Venezia, 15 maggio 1989, in *Società*, 1990, 351, «deve escludersi la sussistenza di valide ragioni normative che inibiscano alle società semplici di dare vita, nelle forme di legge, a società di capitali o di parteciparvi. Com'è noto, il tratto caratteristico della società di capitali, e in particolare della società per azioni, e di quella a responsabilità limitata, è precisamente quello di dare luogo, con la creazione di un nuovo distinto soggetto di diritti, a un centro a sé stante di imputazione di effetti giuridici che si esauriscono entro quest'ambito soggettivo. Cosicché deve ammettersi l'assoluta e perfetta autonomia patrimoniale della società, nonché la piena separazione esistente fra essa e le persone fisiche o giuridiche che nel tempo la compongono, le cui obbligazioni, poi, non vanno né possono andare oltre il conferimento delle rispettive quote di partecipazione, essendo il patrimonio sociale l'unica garanzia dei creditori della società».

Sulla partecipazione di fiduciarie al capitale della società a responsabilità limitata cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 213; Trib. Milano, 1° febbraio 2001, in *Società*, 2001, 973; in *Giur. it.*, 2001, 1440; e in *Arch. civ.*, 2001, 1263.

Ora comunque si prende atto che quei tempi sono passati⁴ e che, se mai si tratti di una questione di *intuitus personae* (ciò che in alcuni casi invero può ricorrere, ma in altri certamente no), detta caratteristica comunque vi può ben essere anche se i soci di società a responsabilità limitata siano soggetti diversi dalle persone fisiche; e così, la nuova norma (il predetto art. 2463, comma 2, n. 1 innova dunque la previgente disciplina imponendo la menzione nell'atto costitutivo, accanto ai dati anagrafici delle persone fisiche, anche dei dati inerenti la "denominazione" e la "sede" delle persone giuridiche socie.

Piuttosto, la nuova norma impone anche la menzione, accanto alla "sede" attuale, anche del «luogo di costituzione»⁵ dell'ente socio di società a responsabilità limitata, ciò che, finalizzato all'individuazione⁶ della disciplina internazionalprivatistica applicabile⁷, può essere in taluni casi pratici anche di difficilissimo (se non materialmente impossibile) accertamento: si pensi a una società di vecchia costituzione che abbia operato vari "traslochi", domestici addirittura transnazionali, per non pensare al caso di società o enti stranieri che abbiano variamente migrato⁸.

⁴ Dubbi più non vi sono nemmeno sulla partecipazione di enti pubblici a società a responsabilità limitata: in passato invero i "vecchi" articoli 2458-2460 erano stati ritenuti di natura "eccezionale" e quindi non applicabili al di là della società per azioni (cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 63); oggi invece dispone, per esempio, l'art. 113-bis (intitolato "Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale"), comma 1, del "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali" (D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) inserito dall'art. 35, comma 15, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, che «ferme restando le disposizioni previste per i singoli settori, i servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale sono gestiti mediante affidamento diretto a:

a. istituzioni;

b. aziende speciali, anche consortili;

c. società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali, regolate dal Codice civile».

⁵ AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 63, si chiede se luogo di costituzione sia il luogo dove è stato firmato l'atto costitutivo, il luogo di prima iscrizione, il luogo ove è stata stabilita la sede originaria ecc.

⁶ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 28.

⁷ Ma vale ancora il riferimento al luogo di costituzione se una società, costituita in Albania, oggi abbia la sede in Egitto? Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 1, «vi è da segnalare, in particolare, la richiesta del luogo di costituzione nell'ipotesi che all'atto costitutivo partecipi una persona giuridica, che risulta necessaria al fine di individuare la legge applicabile ai sensi dell'art. 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218 recante la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (ciò per esempio al fine di individuare i poteri del legale rappresentante o per l'applicazione, se del caso, del principio di reciprocità)».

⁸ Per Trib. Genova, 24 marzo 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, 759, «deve ritenersi omologabile l'atto

Infine occorre notare che quando la nuova norma parla di indicare nell'atto costitutivo «la *data* e il *luogo di nascita* o di *costituzione*» non è chiaro sul punto se al concetto di “costituzione” vada riferito solo il “luogo” o anche la “data”; in altri termini non è chiaro se l’“o”:

- crei un'alternativa tra “nascita” e “costituzione” con riferimento al “luogo”;
- crei un'alternativa tra “nascita” e “costituzione” anche con riferimento alla “data”.

L'opinione preferibile appare la prima⁹, perché non si saprebbe altrimenti a che cosa servirebbe¹⁰ indicare la data di costituzione di un ente socio di società a responsabilità limitata (e, inoltre, si incrementerebbe la riferita difficoltà di reperimento di questi dati quando si tratti di costituire una nuova società a responsabilità limitata).

2.1.2 La denominazione e la sede della società

Il “vecchio” testo dell'art. 2475, comma 1, n. 2 (secondo il quale l'atto costitutivo deve indicare «la denominazione¹¹, la sede della società e le eventuali sedi secondarie») viene ora sostituito dalla norma (art. 2463, comma 2, n. 2) per la quale occorre indicare invece «la denominazione¹², contenente¹³ l'indicazione di società a responsabilità limitata^{14 15}, e il *comune* ove sono poste la sede della società¹⁶ e le eventuali sedi secondarie¹⁷ [...]»¹⁸.

costitutivo di una società a responsabilità limitata unipersonale costituita da un “trustee” di un “trust” maltese in cui il “settlor” e i beneficiari sono cittadini italiani».

⁹ *Contra* AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 64, che parla di «data e luogo di costituzione».

¹⁰ Di «incomprensibile riferimento alla data di costituzione delle società e degli enti soci fondatori» parlano le *Osservazioni dell'Istituto di diritto Angelo Sraffa dell'Università Bocconi di Milano* a cura di BIANCHI L.A., GHEZZI F., MARCHETTI P., NOTARI M., in *Riv. soc.*, 2002, 1527.

¹¹ Nel precedente art. 2473 si diceva inoltre che «la denominazione sociale, in qualunque modo formata, deve contenere l'indicazione di società a responsabilità limitata».

¹² Va ricordato che per l'art. 2332, comma 1, n. 3 (richiamato nella società a responsabilità limitata dall'art. 2463, comma 3), avvenuta l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la nullità della società può essere pronunciata soltanto nei seguenti casi: [...] 3. mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante la denominazione della società [...].

¹³ Sulla necessità dell'indicazione cfr. Cass., 6 luglio 1966, n. 1747, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, 318; e ciò in quanto i terzi possono in tal modo essere avvertiti che, pur se leggano nella denominazione il nome di uno dei soci, essi hanno come garanzia il patrimonio della società, e non quello dei singoli soci.

¹⁴ Non è dubbio che possa ricorrersi anche all'abbreviazione “s.r.l. “o “s. a r.l.” (cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 74; *contra* GORLA G., *Le società secondo il nuovo codice*, Milano, 1942, 168) così come non è dubbia la liceità del comporta-

Con riferimento alla *denominazione sociale*¹⁹ (che è il nome della società di capitali, in contrapposto alla *ragione sociale*, che è il nome della società di persone)²⁰:

- da un lato, ovviamente, non si possono violare esigenze di rispetto dell'ordine pubblico, del buon costume e dei diritti di terzi²¹, né utilizzare (cosiddet-

mento di abbinare negli statuti una denominazione “abbreviata” a una denominazione “estesa” (per esempio: «Alfa società a responsabilità limitata” o, in forma abbreviata “Alfa s.r.l.”»).

¹⁵ Ai sensi dell'art. 2487-*bis*, comma 2, «alla denominazione sociale deve essere aggiunta l'indicazione trattarsi di società in liquidazione».

¹⁶ Occorre rammentare che, ai sensi dell'art. 2250, comma 1, «negli atti e nella corrispondenza delle società soggette all'obbligo dell'iscrizione nel Registro delle Imprese devono essere indicati la sede della società e l'ufficio del Registro delle Imprese presso il quale questa è iscritta e il numero di iscrizione».

¹⁷ Nell'art. 2330, comma 4 (richiamato nella società a responsabilità limitata dall'art. 2463, comma 3) si dispone che se la società istituisce sedi secondarie, si applica l'art. 2299; in quest'ultimo articolo, a sua volta, viene sancito che un estratto dell'atto costitutivo deve essere depositato per l'iscrizione presso l'ufficio del Registro delle Imprese del luogo in cui la società istituisce sedi secondarie con una rappresentanza stabile, entro trenta giorni dall'istituzione delle medesime (comma 1); e che l'estratto deve indicare l'ufficio del Registro presso il quale è iscritta la società e la data dell'iscrizione (comma 2).

¹⁸ Va anche ricordato che ai sensi dell'art. 2497-*bis*, comma 1, «la società deve indicare la propria soggezione all'altrui attività di direzione e coordinamento negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione del Registro delle Imprese» (per il comma 3, gli amministratori che omettono l'indicazione di cui al comma primo ovvero l'iscrizione nel Registro delle Imprese, o le mantengono quando la soggezione è cessata, sono responsabili dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia recato ai soci o ai terzi).

¹⁹ Quanto al problema della “trasferibilità” della denominazione sociale, vi è contrasto tra chi ritiene la denominazione soggetta alla regola di intrasferibilità propria del nome civile (cfr. SANTINI G., *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, 149) oppure alla regola di trasferibilità propria della ditta commerciale (cfr. FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da VASSALLI F., vol. X, t. 3, Torino, 1985, 363) e chi si pone invece in una posizione intermedia (cfr. ANGELICI C., *Le disposizioni generali sulla società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVI, Torino, 1985, 238), particolarmente rilevante nel caso di fusione per incorporazione ove la società incorporante assuma la denominazione della società incorporata; per Trib. Milano, 23 febbraio 1995, in *Dir. ind.*, 1996, 363, «l'uso della denominazione della società incorporata da parte della società incorporante deve considerarsi come continuazione dell'uso in precedenza fatto dalla società incorporata: sicché quest'ultimo uso giova alla società incorporante al fine di giudicare dell'antiorità della denominazione rispetto ad altra in conflitto».

²⁰ Alla denominazione e alla ragione sociale compete la tutela di cui all'art. 7 c.c.: secondo Trib. Milano, 27 settembre 1976, in *Arch. civ.*, 1977, 337, «la tutela del diritto al nome, di cui all'art. 7, c.c., dal cui ambito non può escludersi, in via generale, l'uso indebito della denominazione sociale altrui da parte di chi non ne abbia diritto, non trova però applicazione nel caso in cui la denominazione sociale sia stata imitata a fine di concorrenza sleale, operando la disposizione dell'art. 2564, c.c.».

²¹ Secondo Trib. Genova, 11 luglio 1987, in *Società*, 1987, 1076, «la scelta della denominazione

to “principio di novità”) una denominazione uguale o simile a quella già utilizzata da altri (e sia che si tratti di una “ditta” individuale, di una “ragione sociale” oppure di un’altra “denominazione sociale”) e che sia tale (per esempio, per ragioni geografiche o per l’oggetto dell’impresa)²² da ingenerare confusione nei terzi²³;

- d’altro lato, salvo espliciti divieti di legge²⁴, non vi sono vincoli espressi-

sociale è dalla legge rimessa ai soci stipulanti e all’assemblea, per quanto concerne la sua modificazione, senza alcun limite diverso da quello che l’ordine pubblico e il buon costume pongono».

²² Per App. Firenze, 13 luglio 1973, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1973, 954, «in caso di confondibilità fra ditte, la differente sede delle due imprese non è elemento sufficiente a escludere la concorrenza quando entrambe siano destinate a operare sul territorio nazionale».

²³ Cfr. AUTERI P., voce *Ditta*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XI, Roma, 1989, 9. Secondo Cass., 15 dicembre 1994, n. 10728, in *Riv. dir. ind.*, 1996, II, 11, «ai fini della tutela della ditta di società di capitali è sufficiente la virtuale confondibilità, per valutare la cui possibilità non è necessario prendere in considerazione le attività effettivamente esercitate dalle imprese, essendo sufficiente il raffronto tra i rispettivi oggetti sociali, risultanti dagli atti costitutivi sottoposti a pubblicità, perché l’oggetto sociale costituisce l’esteriorizzazione dell’attività d’impresa in tutto il suo ambito e in tutta la sua potenzialità espansiva»; di contro, si ritiene che il pericolo di confusione vada accertato alla luce delle attività effettivamente esercitate dalle rispettive imprese, e non da quelle astrattamente enunciate come oggetto sociale nei loro atti costitutivi: cfr. sul punto RICOLFI M., *I segni distintivi*, Torino, 1998, 212. Per Cass., 27 luglio 1989, n. 3514, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 416, «la tutela della ditta, o della denominazione della società, quale segno distintivo dell’impresa da essa esercitata, con il diritto di insorgere contro chi successivamente usi o registri segno identico o simile, al fine d’imporre la modificazione o integrazione (art. 2564 c.c.), postula una situazione di confondibilità fra attività imprenditoriali; detta tutela, pertanto, non è invocabile da una società, qualora essa, pur senza estinguersi, abbia interrotto l’attività prevista come oggetto sociale nel suo statuto (come deve presumersi dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, in difetto di prova contraria), e sia poi rimasta inoperosa per un lasso di tempo tale da privare quella denominazione di ogni funzione distintiva dell’attività, oggetto dell’esercizio d’impresa (nella specie, circa undici anni)»; ancora, secondo Cass., 7 dicembre 1994, n. 10521, in *Riv. dir. ind.*, 1996, II, 11, «la tutela della ditta o della denominazione della società, quale segno distintivo dell’impresa da essa esercitata, postulando una situazione di confondibilità tra attività imprenditoriali, non è invocabile da una società, qualora essa, pur senza estinguersi, abbia interrotto l’attività prevista come oggetto sociale dal suo statuto e sia, poi, rimasta inoperosa per un periodo di tempo tale da privare quella denominazione di ogni funzione distintiva dell’attività, oggetto dell’esercizio di impresa. È ragionevole ritenere che l’inattività di una società nell’arco di cinque anni determini la presunzione che la denominazione sociale abbia perso la funzione distintiva che le era propria»; cospicché per Trib. Venezia, 5 marzo 1990, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1991, 219, «quando un’impresa abbia implicitamente dismesso e rinunciato alla propria denominazione, la facoltà per altri imprenditori del settore di avvalersi della denominazione sociale abdicata trova l’unico limite nel divieto, di cui all’art. 2564 c.c., di adottare una ditta confondibile con altra preesistente, operante nel medesimo ramo di attività e nello stesso ambito territoriale».

²⁴ Si pensi alle parole “banca”, “banco”, “credito” o “risparmio”, il cui utilizzo è vietato a soggetti diversi dalle banche: *ex art.* 133, D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 «l’uso, nella denominazione o in qualsivoglia segno distintivo o comunicazione rivolta al pubblico, delle parole “banca”, “banco”, “credito”, “risparmio” ovvero di altre parole o locuzioni, anche in lingua straniera, idonee a trarre in inganno sulla legittimazione allo svolgimento dell’attività bancaria è vietato a soggetti diversi dalle banche».

vi²⁵ per la formazione della denominazione sociale, e così si può ricorrere a nomi di fantasia, di cose, luoghi²⁶ e persone²⁷ e, ancora, a numeri o lettere.

²⁵ Invero, la nuova norma più non riproduce la previsione, di cui al “vecchio” art. 2473, comma 1, secondo cui «la denominazione sociale, *in qualunque modo formata*, deve contenere l’indicazione di società a responsabilità limitata», ma si deve ritenere che tale principio di libera formazione sia comunque immanente ogni qualvolta non vi siano esplicite previsioni contrarie e restrittive. Invece, secondo MONTAGNANI C., ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2462*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 14, «resta aperto il problema della “verità” nel senso del rapporto tra denominazione e oggetto sociale»: infatti, secondo importante dottrina la denominazione sociale sarebbe soggetta al cosiddetto “principio di verità” (per App. L’Aquila, 14 dicembre 1983, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, 296, «il cosiddetto principio di verità della denominazione sociale, in base al quale l’autorità giudiziaria potrebbe rifiutare l’omologazione degli atti sociali che ne comportino la violazione, impone che la denominazione non possa apparire ingannevole per il pubblico»), in base al quale sarebbe illegittimo (perché ingannevole per i terzi e fuorviante rispetto all’enunciazione dell’oggetto sociale) comprendere nella denominazione sociale il riferimento a un genere di attività diverso da quello indicato come oggetto sociale ed effettivamente esplicato dall’impresa societaria: cfr. GRECO P., *I diritti sui beni immateriali*, Torino, 1948, 37; ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, 419; contrario è SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 23, il quale obietta che il principio di verità in ipotesi di mutamento dell’oggetto sociale determinerebbe l’obbligo per la società di mutare la denominazione originariamente adottata. Secondo Trib. Milano, 6 maggio 1976, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1976, 830, «il “principio di verità” deve ritenersi immanente nell’intero ordinamento dei segni distintivi, e va inteso, con riferimento sia al nome degli enti collettivi sia alle relative ditte, nel senso che essi non debbono contenere indicazioni non veritiere che possano trarre in errore su qualche caratteristica dell’ente, e in particolare sull’oggetto della sua attività. La necessità che i terzi non siano sviati nel tentativo di conoscere la realtà dell’ente, e quindi l’illiceità della denominazione decettiva, va affermata con particolare riguardo all’indicazione dell’oggetto, dell’impresa esercitata dall’ente stesso, non soltanto con riferimento al momento della sua costituzione ma anche al periodo successivo, fino alla cessazione di ogni sua attività con l’estinzione. Ciò comporta che in caso di mutamento radicale di qualche elemento della realtà dell’ente risultante dalla denominazione originaria, è necessario apportare adeguate modifiche alla denominazione stessa al fine di evitare ogni effetto ingannevole per i terzi. [...] L’uso nei confronti del pubblico di una denominazione sociale, contenente il nome di un prodotto di cui la società non dispone più da tempo, costituisce atto di sleale concorrenza ai danni dell’imprenditore che di quel prodotto invece disponga».

²⁶ Cfr. Trib. Bologna, 2 aprile 1965, in *Giur. it.*, 1965, I, 2, 611.

²⁷ Ovviamente, con il loro consenso: SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 31; cfr. anche App. Brescia, 26 gennaio 1961, in *Giur. it.*, 1962, I, 2, 373, secondo cui se vi è il consenso dell’interessato «la denominazione sociale può essere legittimamente composta anche con il nome di una persona che non sia né socio né fondatore o promotore della società»; nonché Trib. Cremona, 11 giugno 1959, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 366, secondo cui «quando l’assunzione da parte di una società di un nome patronimico costituisce violazione del nome a danno di quella persona o di quelle persone che legittimamente ne sono insignite, gli unici aventi diritto a far valere in giudizio quella violazione sono le persone fisiche titolari di quel nome, e non altre società commerciali aventi una denominazione corrispondente a quel nome patronimico»;

Vi sono poi alcune fattispecie particolari; per esempio:

- non è consentito fare riferimento nella denominazione sociale ad altri tipi sociali o a enti di tipologia diversa²⁸;
- in caso di morte del socio il cui nome sia stato ricompreso nella denominazione sociale, non è applicabile l'art. 2292 e quindi non è necessario il consenso degli eredi del defunto per conservare il nome di questi nella denominazione sociale²⁹;
- è sempre stato controverso se nella denominazione si possa (come pare, stante l'assenza di qualsiasi disposizione legislativa in materia)³⁰ o meno (e qui puntando evidentemente sulla "verità" e sulla "correttezza" dell'informazione che la denominazione sociale dovrebbe proiettare all'esterno)³¹ far riferimento a un'attività diversa da quella effettivamente esercitata (o contemplata nell'oggetto sociale).

Con riferimento invece alla *sede*, che è il luogo "di riferimento" dell'attività

e App. Trento, 23 febbraio 1979, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1979, 403, secondo cui «il consenso che il socio dà alla società di capitali, che egli concorre a costituire, di usare il proprio nome quale denominazione sociale, è definitivo e irrevocabile, a meno che all'atto della costituzione della società vengano aggiunte dalle parti contraenti particolari clausole derogatorie». Cfr. però Cass., 17 ottobre 1960, n. 2272, in *Foro it.*, 1961, I, 67, secondo cui «l'uso di un cognome nella denominazione di una società per azioni, senza l'indicazione del rapporto sociale e della natura della società, è illegittimo ove, per le speciali condizioni di tempo, di luogo e di persone, i terzi siano indotti a ritenere erroneamente che si tratti di impresa individuale, nella quale il titolare del cognome sia l'imprenditore, ovvero che si tratti di una società in nome collettivo o in accomandita, della quale il medesimo sia socio illimitatamente responsabile». Cfr. anche GRECO P., *Apporto in società del nome commerciale e di beni immateriali in genere*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, 342; SANTINI G., *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, 159; COSTI R., *Il nome della società*, Padova, 1964, 286; MINERVINI G., *Denominazione sociale e usurpazione di nome patronimico*, in *Dir. e giur.*, 1949, 345.

²⁸ Per esempio: introducendo nella denominazione sociale espressioni del tipo "consorzio", "fondazione", "cooperativa" (ex art. 2515, comma 2, «l'indicazione di cooperativa non può essere usata da società che non hanno scopo mutualistico») ecc.: cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 48; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 74; FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile* a cura di GALGANI F., Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 5. Sull'utilizzabilità dell'espressione "società anonima" cfr. App. Bologna, 4 agosto 1955, in *Mon. trib.*, 1955, 2391.

²⁹ Cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 49.

³⁰ Cfr. Trib. Roma, 27 giugno 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 652.

³¹ Cfr. Trib. Padova, 30 ottobre 1984, in *Foro it.*, 1985, I, 953.

sociale (e dal quale dipendono l'applicazione delle norme sul foro competente, sulla disciplina fallimentare, sull'iscrizione nel Registro delle Imprese), essa può essere stabilita in qualsiasi località all'interno dei confini nazionali; e se normalmente presso la sede "legale" (quella che risulta dall'atto costitutivo o da sue successive modifiche) sono ubicati sia la "direzione" che "l'attiva produttiva" della società, questa coincidenza può anche non sussistere (per esempio, nel caso che la sede "legale" sia puramente "formale", perché ubicata, in ipotesi, presso un professionista, mentre la sede "operativa", e cioè la "direzione" e gli "stabilimenti" siano altrove; oppure nel caso che la "direzione" sia ubicata in un luogo, mentre la sede "legale" sia collocata presso un'unità produttiva, e così via)³²; non esiste infine una "sede della liquidazione"³³ diversa dalla "sede legale", cui invece spesso "per le vie brevi" si assiste nella pratica professionale, a meno che non si tratti di una mera domiciliazione dell'attività di liquidazione.

Va poi notato che la legge di riforma introduce nelle disposizioni di attuazione del Codice civile il nuovo art. 111-ter³⁴ secondo il quale «chi richiede l'iscrizione presso il Registro delle Imprese dell'atto costitutivo di una società deve indicarne nella domanda l'indirizzo, comprensivo della via e del numero civico, ove è posta la sua sede. In caso di successiva modificazione di tale indirizzo gli amministratori ne depositano apposita dichiarazione presso il Registro delle Imprese».

La nuova disciplina specifica dunque che l'atto costitutivo ora deve recare solo la menzione del "comune" ove è posta la sede sociale; non è invece prescritto alcunché in ordine all'indirizzo, il cui cambiamento all'interno dello stesso comune non comporta più la necessità di una deliberazione di modifica statutaria.

Su questo punto vi è quindi una notevole svolta³⁵. Infatti, non tanto per

³² Fermo restando che, a beneficio dei terzi (si pensi al foro fallimentare), possa considerarsi quale sede "effettiva" dell'impresa il luogo ove è la "direzione" e non il luogo della formale sede "legale" (cfr. LICHERI E., *Società a responsabilità limitata*, Torino, 1994, 40) in quanto si ritiene che i terzi possano fare affidamento tanto sulla sede dichiarata nell'atto costitutivo quanto sulla sede dove effettivamente si è svolta l'attività sociale (art. 46, comma 2): cfr. COTTINO G., *Diritto commerciale*, vol. I, t. 2, *Le società*, Padova, 1999, 217, per il quale «la società non potrà mai opporre che quella dichiarata non è la sua sede; il terzo potrà sempre valersi a ogni effetto – come quello, rilevantissimo, della competenza – della duplicazione tra sede legale e sede reale e utilizzarle, indifferentemente, entrambe».

³³ Cfr. Trib. Cassino, 8 aprile 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 1688; in *Vita not.*, 1992, 1235; in *Riv. not.*, 1992, 1278, secondo cui «non è omologabile la delibera assembleare di una società di capitali che, nel disporre lo scioglimento e la messa in liquidazione, fissi una sede della liquidazione in aggiunta a quella sociale».

³⁴ Che, quindi, non è di certo una disposizione "di attuazione" (e che pertanto è mal collocata) ma perfettamente "a regime".

³⁵ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *La costituzione della società per azioni*, in *Società*, 2003, 286.

un'imposizione della "vecchia" legge (nella quale non compariva affatto alcun riferimento all'indirizzo della sede sociale)³⁶ quanto perché, a causa di un'interpretazione giurisprudenziale³⁷ ripetuta nel tempo con assoluta costanza (nel senso della non omologabilità degli atti costitutivi che non recassero menzione del *locus loci* all'interno di un dato territorio comunale)³⁸, era prassi che negli atti costitutivi si dovesse indicare, oltre che il comune, anche l'indirizzo (via e numero civico) della sede sociale. Ciò che comportava la necessità – sempre per stabile giurisprudenza – di dover attivare una fastidiosissima assemblea straordinaria ogni qual volta vi fosse da effettuare un cambiamento, trattandosi di modificazione statutaria, anche all'interno dello stesso comune³⁹.

³⁶ Da RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 76, si riteneva sufficiente infatti l'indicazione del solo comune e non necessaria l'indicazione dell'indirizzo.

³⁷ Cfr., per esempio, Trib. Cassino, 9 dicembre 1988, in *Nuovo dir.*, 1989, 1125, secondo cui «la sede sociale di società a responsabilità limitata si identifica con il comune, la via e il numero civico; il suo cambiamento, anche nello stesso comune, è modificazione dell'atto costitutivo». Per BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 146, la nuova norma «implicitamente consente [...] le riunioni assembleari anche fuori della sede – i.e. indirizzo –, ma non del comune, della società».

Il riferito atteggiamento giurisprudenziale era non solo motivato dal fatto che la conoscenza della sede condiziona, oltre che l'individuazione del foro generale della società, anche un problema di materiale reperibilità della sede stessa (si pensi al socio che vuole procurarsi una bozza del bilancio da approvare o del progetto di fusione/scissione, oppure partecipare a un'assemblea convocata appunto "presso la sede sociale", oppure procedere ad atti "ispettivi"), ma era anche evidentemente "sollecitato" dalla scarsissima trasparenza della pubblicità societaria, non affidata come oggi ad archivi elettronici facilmente consultabili anche in via remota, ma spesso consegnata a polverosi, maltenuti, difficilmente accessibili registri tenuti dalle Cancellerie Commerciali dei Tribunali: in quel nebbioso clima era inevitabile ritenere l'opportunità che l'indirizzo della sede sociale risultasse direttamente dall'atto costitutivo e/o dallo statuto e non fosse di difficoltosissimo reperimento mediante problematiche ispezioni e "visure" presso ciascun singolo Tribunale.

³⁸ Cfr. Trib. Milano, 8 febbraio 1982, in *Società*, 1982, 536; App. Brescia, 7 ottobre 1988, in *Società*, 1989, 74.

³⁹ Cfr. Trib. Perugia, 14 dicembre 1984, in *Riv. not.*, 1985, 458, secondo cui «anche la variazione dell'indirizzo della sede sociale nell'ambito dello stesso comune, costituisce modificazione statutaria e come tale non è omologabile la clausola statutaria che facoltizza l'organo amministrativo a tale variazione»; Trib. Lecce, 22 maggio 1985, in *Società*, 1986, 83, secondo cui «il mutamento della sede sociale, in quanto comporta modificazione di uno degli elementi costitutivi, può essere deliberato esclusivamente dall'assemblea straordinaria dei soci; altrettanto alla competenza suddetta dev'essere attribuita l'istituzione di filiali e dipendenze in altri comuni»; Trib. Torino, 10 agosto 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 221, secondo cui «qualora si ritenga l'esclusiva competenza dell'assemblea straordinaria per il trasferimento della sede di società di capitali nell'ambito del medesimo comune, è illegittima la deliberazione dell'assemblea stessa che deleghi tale competenza all'organo amministrativo»; Trib. Torino, 11 settembre 1990, in *Società*, 1991, 73, secondo cui «è ille-

Ora, come detto, il testo normativo nulla innova sul punto sotto l'aspetto formale: sia prima che dopo la riforma del diritto societario esso continua infatti a far riferimento solo al "comune".

Le novità vengono invero dalla surrichiamata normativa "di attuazione", la quale, introducendo nelle disposizioni di attuazione del Codice civile il predetto nuovo art. 111-ter, sancisce che d'ora in poi l'indirizzo della sede sociale non andrà più indicato nell'atto costitutivo, bensì "solo" nella modulistica di corredo della pratica da presentare per l'iscrizione della società al Registro delle Imprese⁴⁰; con la conseguenza dunque che, nel caso di variazione di sede all'interno dello stesso comune, non trattandosi di una modificazione statutaria, non occorre più una deliberazione dei soci modificativa dell'atto costitutivo per effettuare cambiamenti, ma è sufficiente una mera variazione nei dati camerali (insomma similmente a quanto già accadeva nel diritto previgente⁴¹ per l'istituzione o un cambiamento di "unità locale").

Se dunque alla decisione dei soci ovviamente si deve far ricorso quando vi sia da cambiare la sede al di fuori del precedente comune, poiché qui si

gittima la clausola statutaria che attribuisce all'assemblea ordinaria la competenza a deliberare il cambiamento di indirizzo della società nell'ambito del medesimo comune».

⁴⁰ Sul problema di come far risultare l'indicazione dei soci, al notaio che stipula l'atto costitutivo, di quale sia l'indirizzo, in modo che il notaio possa procedere alla compilazione della modulistica camerale, cfr. NOTARI M., *La costituzione della s.p.a. e il contenuto dell'atto costitutivo*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 4 (del dattiloscritto).

Resta comunque fermo che, anche ove l'indirizzo fosse indicato nell'atto costitutivo, i suoi cambiamenti (all'interno dello stesso comune) non sono ovviamente da trattare come modifiche dell'atto costitutivo stesso (così come anche deve ritenersi per i cambiamenti di indirizzo all'interno dello stesso comune rispetto all'indirizzo indicato nei "vecchi" statuti: in tal senso cfr. TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in *Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 3 (del dattiloscritto); e SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 30; si dichiara invece "sistematicamente" contrario ma "sostanzialmente" favorevole, e quindi con un risultato di dubbiosità, NOTARI M., *La costituzione della s.p.a. e il contenuto dell'atto costitutivo*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 4 (del dattiloscritto). Appare infatti eccessivamente formalistico, e non rispettoso dello spirito della riforma, il ragionamento secondo cui il cambiamento (all'interno dello stesso comune) dell'indirizzo della sede legale integrerebbe una modificazione statutaria ove detto indirizzo fosse stato scritto nell'atto costitutivo.

Altro problema ancora sarebbe poi quello che sia adottata una (improbabile ma non implausibile) norma statutaria secondo cui qualsiasi variazione di indirizzo (e quindi anche all'interno del medesimo comune) sia da "trattare" come modifica statutaria e quindi necessitante dell'attivazione delle conseguenti procedure.

⁴¹ Cfr. Trib. Milano, 26 aprile 1984, in *Società*, 1984, 1296.

continua a trattare effettivamente di mutamento statutario⁴², resta però il problema di stabilire quale sia l'organo competente a decidere lo spostamento della sede all'interno dello stesso comune: i soci o gli amministratori? La questione non è esplicitamente disciplinata, e visto che nell'art. 2479, comma 2, il quale dispone le competenze inderogabili dei soci, non si rinvencono appigli per decidere diversamente, non resterebbe che concludere che si debba trattare di una decisione degli amministratori⁴³; "indizi" in tal senso, tra l'altro, sono pure offerti:

- a. dal suddetto art. 111-ter delle disposizioni di attuazione, il quale, dopo aver disposto che «chi richiede l'iscrizione presso il Registro delle Imprese dell'atto costitutivo di una società deve indicarne nella domanda l'indirizzo, comprensivo della via e del numero civico, ove è posta la sua sede», sancisce poi che «in caso di successiva modificazione di tale indirizzo *gli amministratori* ne depositano apposita dichiarazione presso il Registro delle Imprese» (si potrebbe peraltro osservare che questa norma invero non dispone in ordine a *chi decide*, ma dispone in ordine *all'esecuzione* di una *già adottata* decisione);

⁴² Il medesimo discorso va ripetuto per le "sedi secondarie" che, secondo BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 146, sono caratterizzate dalla sussistenza di «a) un rapporto di dipendenza economica e organizzativa con la sede principale; b) uno stabile apprestamento di mezzi destinati allo svolgimento dell'attività sociale e un rappresentante stabile della società; c) un autonomo ambito di affari, sulla base del quale viene determinata la legittimazione sostanziale e processuale di colui che a essa è preposto»: nell'atto costitutivo occorre indicarne il comune, di modo che, anche qui, le variazioni della sede secondaria all'interno dello stesso comune potranno essere fatte mediante la mera predisposizione dell'apposita modulistica camerale, mentre la variazione da un comune a un altro comune comporterà la necessità di attivare le procedure di modifica statutaria (in tal senso anche SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 30, il quale argomenta anche in base all'indicazione che in tal senso fuoriesce dall'art. 2365, comma 2, in tema di s.p.a.). Nel previgente ordinamento, si è ritenuto costantemente che la variazione della sede secondaria fosse materia di competenza dell'assemblea straordinaria e non dell'organo amministrativo: App. Salerno, 5 luglio 1988, in *Società*, 1989, 59; Trib. Ascoli Piceno, 9 gennaio 1990, in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, 395; Trib. Milano, 18 gennaio 1985, in *Società*, 1985, 741; per Trib. Lecce, 24 ottobre 1987, in *Società*, 1988, 188, «considerato che l'istituzione delle sedi secondarie appartiene alla competenza esclusiva dell'assemblea straordinaria, l'attribuzione del relativo potere agli amministratori comporta una deroga alla competenza dell'assemblea e l'invalidità dell'atto costitutivo della società».

⁴³ Cfr. in tal senso AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 64. *Contra* mi pare (in quanto sta parlando di società per azioni) SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 30, per il quale «sembra [...] che [...] il cambiamento di sede all'interno dello stesso comune non sia atto strettamente amministrativo-gestionale, ma possa essere senz'altro delegato agli amministratori dall'assemblea ordinaria, in via di principio competente, essendo materia che coinvolge direttamente i soci nelle loro vicende partecipative».

b. dall'art. 2365, comma 2, ove, per quanto possa contare, è disposto che lo statuto di società per azioni «può attribuire alla competenza dell'organo amministrativo [...] le deliberazioni concernenti [...] l'istituzione o la soppressione di sedi secondarie [...] [e, *n.d.a.*] il trasferimento della sede sociale nel territorio nazionale».

Se dunque si voglia che anche la competenza circa la decisione di spostamento della sede nell'ambito dello stesso comune spetti ai soci, occorre precisarlo nello statuto e quindi "sfruttare" la capacità di "attrazione" sui soci delle decisioni societarie che deriva dall'art. 2479, comma 1, secondo cui, come noto, «i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo».

Occorre poi ricordare che ove addirittura vi sia uno spostamento della sede all'estero, al socio «che non ha consentito» a tale decisione (cioè non vi abbia partecipato o abbia espresso il suo contrario avviso) spetta «in ogni caso» (cioè inderogabilmente) il diritto di recesso (art. 2473).

Va infine precisato che nel sistema previgente è stata più volte ritenuta illegittima⁴⁴ la previsione secondo cui presso la sede sociale si intende eletto il domicilio dei soci, in quanto, in tal modo, si violerebbe il diritto del socio di ottenere dalla società una completa, corretta e tempestiva comunicazione delle informazioni che gli sono dovute; pertanto il domicilio del socio deve essere quello che risulta dal libro dei soci (cfr. *infra* il par. 8.8) e la società legittimamente si rivolge a detto indirizzo, per le comunicazioni dirette ai suoi soci, fino a che non le sia comunicato (nei modi eventualmente indicati nello statuto) un diverso indirizzo cui fare riferimento.

2.1.3 L'oggetto sociale

Il testo del "vecchio" art. 2475, comma 1, n. 3 (secondo il quale l'atto costitutivo doveva indicare «l'oggetto sociale» viene ora rimpiazzato dall'espressione (art. 2463, comma 2, n. 3) secondo la quale nell'atto costitutivo occorre⁴⁵ indicare «l'attività che costituisce l'oggetto sociale» e cioè l'attività economica che la società intende svolgere⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. Trib. Udine, 15 febbraio 1994, in *Società*, 1994, 1073, secondo cui è illegittima la clausola statutaria che elegge come domicilio dei soci, per i loro rapporti con la società, la sede sociale, in quanto non idoneo a garantire l'effettiva e concreta conoscibilità della convocazione dell'assemblea da parte di tutti i soci.

⁴⁵ Va ricordato che per l'art. 2332, comma 1, n. 3) (richiamato nella società a responsabilità limitata dall'art. 2463, comma 3), avvenuta l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la nullità della società può essere pronunciata soltanto nei seguenti casi: [...] 3) mancanza nell'atto costitutivo di ogni indica-

In altri termini l'*attività* (per esempio: la "trasformazione" di prodotti agricoli) sarebbe lo *specifico* "ramo merceologico" nel più vasto ambito del "comparto economico" ove la società intende operare (il che sarebbe "l'oggetto sociale": nell'esempio il comparto economico dell'"agricoltura") e nel quale quindi la società medesima vuole posizionarsi⁴⁷; può trattarsi di un'attività commerciale o agricola, ma deve comunque essere un'attività "economica", quindi non meramente "ideale" (cioè, per esempio, assistenziale o culturale) o di mero godimento⁴⁸ (per le quali occorre adottare le regole delle associazioni o della comunione)⁴⁹.

Resta comunque fermo che la società ha, al pari della persona fisica, una capacità giuridica "generale"⁵⁰ e quindi non limitata a ciò che è esplicitato nell'oggetto sociale, il quale invero serve "solo" (anche tacendo della facoltà di recesso – *ex* articoli 2473, comma 1, e 2497-*quater* – che deriva dalle modificazioni dell'oggetto sociale e dello scioglimento della società che si

zione riguardante [...] l'oggetto sociale». Nel n. 2 del medesimo comma 1 è invece sancita la nullità per «illiceità dell'oggetto sociale».

⁴⁶ Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 77; in ciò differenziando l'oggetto dallo "scopo", che sarebbe quello lucrativo (cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-*bis*, Bologna-Roma, 1992, 48). Cfr. pure FERRI G. jr., *Riflessioni in tema di oggetto statutario di società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 495.

⁴⁷ Cfr. BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 146.

⁴⁸ In tema di attività di gestione di beni immobili cfr. Trib. Milano, 4 novembre 1993, in *Giur. comm.*, 1994, II, 870, ove si sancisce che «la società si caratterizza per lo svolgimento in comune di un'attività economica non necessariamente di carattere commerciale; sicché, ove l'elemento aggregante sia costituito da un'attività economica collettiva, rispetto alla quale i beni hanno valore strumentale, non può escludersi la causa societaria e il suo carattere imprenditoriale. [...] l'attività di gestione dei propri beni, mirata, com'è espressamente precisato, alla valorizzazione del cospicuo complesso immobiliare posseduto, allo scopo di incrementare il reddito da dividere tra i soci [...] è una... *n.d.a.*] attività svolta in forma imprenditoriale, avendo essa lo scopo di imprimere maggiore dinamicità e redditività alla gestione dei beni posseduti. Tale scopo, nella specie, è spiegabile con la particolare natura dei beni gestiti, costituiti da un complesso immobiliare di notevole valore storico e artistico, suscettibile, mediante una dinamica gestione, di maggiore sviluppo economico e reddituale, non estranea alla concezione moderna di sfruttare imprenditorialmente antiche dimore ai fini economici».

⁴⁹ Cfr. COTTINO G., *Diritto commerciale*, vol. I, t. 2, *Le società*, Padova, 1999, 222; e pure Trib. Milano, 29 gennaio 1987, in *Società*, 1987, 15.

⁵⁰ Cfr. per esempio, GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 215; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 269; AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 65.

provoca per il conseguimento dell'oggetto o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo) a:

- a. indicare agli amministratori l'attività che essi debbono compiere in adempimento del loro incarico (come afferma, per esempio, l'art. 2380-*bis*, comma 1, secondo cui «[...] gli amministratori [...] compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale»);
- b. circoscrivere dunque l'operato degli stessi amministratori, i quali eccedendo l'oggetto sociale, si rendono responsabili per i danni che la società subisca in conseguenza del loro operato eccessivo rispetto all'oggetto sociale e si rendono revocabili dal loro incarico per giusta causa (articoli 2476 e 2383)⁵¹;
- c. invalidare gli atti che siano compiuti in eccedenza dell'oggetto sociale ove la società dimostri che il terzo, con cui gli amministratori hanno contratto, «ha intenzionalmente agito a danno della società» (art. 2475-*bis*, comma 2); con ciò confermandosi quindi che gli atti compiuti dagli amministratori al di fuori dell'oggetto sociale non sono nulli per incapacità giuridica di uno dei contraenti ma appunto, ove ricorra il dolo del terzo, “solamente” annullabili.

Per regola generale (art. 1346) l'oggetto sociale deve essere possibile, lecito e determinato⁵² (e non anche determinabile, in quanto necessariamente l'atto costitutivo deve recare menzione dell'attività specifica che la società si propone di svolgere)⁵³.

2.1.3.1 La “specificità” dell'oggetto sociale

Il diverso tenore del nuovo testo legislativo rispetto a quello previgente invero rappresenta (anche se indubbiamente di non facile comprensione)⁵⁴ una modificazione non, come appare a prima vista, di mero *maquillage*, ma di notevole momento, in quanto esso vale come un'ammonizione⁵⁵ affinché,

⁵¹ Cfr. DACCÒ A., *Alcune osservazioni in tema di estraneità all'oggetto sociale nei gruppi di società*, in *Banca, borsa tit. di cred.*, 2002, II, 80.

⁵² Cfr., per esempio, ZANELLI E., *L'oggetto sociale*, Milano, 1962, 11.

⁵³ Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 78, nota 51.

⁵⁴ Cfr. MONTALENTI P., *Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1545; ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 227.

⁵⁵ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *La costituzione della società per azioni*, in *Società*, 2003, 285. Peraltro

in sede di redazione dell'atto costitutivo della società, siano opportunamente precisate in modo abbastanza analitico le concrete e specifiche attività economiche che la società si propone di svolgere nel comparto economico prescelto⁵⁶.

Insomma, si tratta di un chiaro "invito" alla determinatezza dell'oggetto sociale (così com'è necessario che sia "determinato" l'oggetto di qualsiasi contratto: art. 1346 c.c.), a fronte dell'indeterminatezza in cui spesso gli statuti sono "scaduti" in passato (e in molti casi per ciò cassati dalla giurisprudenza onoraria)⁵⁷; e ciò anche in quanto, come si ripete, l'oggetto sociale rappresenta un limite sia per l'operato degli amministratori nei confronti della società che per la maggioranza dei soci rispetto a quelli non consen-

il medesimo CAMPOBASSO G.F., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1455, paventava che dall'espressione legislativa non derivassero sufficienti stimoli di analiticità, essa quindi «avallando il perpetuarsi della diffusa prassi di indicare oggetti sociali estremamente generici o omnicomprensivi»; nel medesimo senso cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 31.

⁵⁶ Cfr. Trib. Cassino, 23 marzo 1990, in *Vita not.*, 1991, 634, secondo cui «l'omessa indicazione degli specifici settori produttivi, nell'ambito dei quali si vorrebbero svolgere le attività solo genericamente contemplate nell'atto costitutivo, lascia indeterminato l'oggetto sociale, in violazione delle prescrizioni degli art. 1346 e 2475, 1° comma, n. 3, c.c.»; Trib. Torino, 9 novembre 1984, in *Foro it.*, 1986, I, 303, secondo cui «deve negarsi l'omologazione di una delibera modificativa dell'oggetto sociale, quando tale oggetto risulti indicato in modo del tutto generico, senza alcuna indicazione dei settori produttivi o merceologici in cui la società intende operare».

⁵⁷ Secondo un "orientamento" del Tribunale di Milano, che si legge alla pagina www.federnotizie.org/massime.htm, espresso fin dal 1976, «nella costituzione della società va indicato l'oggetto in modo specifico e non generico. In particolare, è necessario che risulti individuato il settore economico (scambio o produzione) e, nell'ambito di tale settore, è necessario che risultino specificati il settore o i settori merceologici prescelti». Cfr. anche, per esempio, Trib. Bologna, 14 novembre 1990, in *Giur. comm.*, 1990, II, 111, secondo cui «appare [...] violato il principio generale di determinatezza o, almeno, determinabilità dell'oggetto contrattuale (sanzionato di nullità dall'art. 1418 c.c., dettato in materia di contratti in generale in relazione al disposto di cui all'art. 1346 c.c.) particolarmente significativo in ambito societario laddove la determinazione dell'oggetto delimita i poteri degli organi sociali e in particolare dell'organo amministrativo il quale, per l'appunto, può compiere soltanto "gli atti che rientrano nell'oggetto sociale" (art. 2384 c.c.). Al contrario l'omnicomprensività di detto oggetto e, dunque, la sua sostanziale indeterminatezza si tradurrebbe in una delega agli amministratori in ordine alla concreta determinazione e delimitazione dello stesso». Secondo App. Salerno, 30 maggio 2000, in *Giur. it.*, 2001, 781, «la nullità per indeterminatezza trova applicazione sia nel caso di genericità immediatamente rilevabile dell'oggetto sociale, sia nel caso in cui, attraverso strumentali, successive o apparenti mere specificazioni dell'attività, vengono richiesti un'organizzazione imprenditoriale e investimenti talmente diversificati da risultare nel concreto indeterminati e, quindi, tali da vanificare l'esigenza di tutela dell'azionista». Cfr. pure Trib. Roma, 13 dicembre 1977, in *Foro it.*, 1977, I, 2817; Trib. Udine, 26 marzo 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, 722; Trib. Torino, 9 novembre 1984, in *Foro it.*, 1986, I, 303; Trib. Venezia, 13 febbraio 1987, in *Società*, 1987, 839.

zienti, ai quali ultimi spetta, in caso di deliberazioni di modifica dell'oggetto sociale, il diritto di recesso.

La necessaria specificità dell'oggetto sociale non rappresenta, quindi, una "vera e propria" novità portata dalla riforma, poiché la determinatezza dell'oggetto (dei contratti in generale, e dell'atto costitutivo di società in particolare) è un indefettibile caposaldo dell'ordinamento; quindi, la riforma va evidentemente letta su questo punto quasi come uno "stimolo" a che l'atto costitutivo della "nuova" società a responsabilità limitata (così come d'altronde è identicamente disposto pure per la società per azioni) debba molto più specificamente che in passato indicare l'attività che la società si propone di svolgere. Prima della riforma dunque espressioni del tipo di quella secondo cui «la società potrà compiere ogni altra attività commerciale...», quando non erano state fulminate di illegittimità, erano state tutto sommato "tollerate" o "sopportate"; mentre ora (complice pure l'accresciuta responsabilità notarile circa il vaglio di liceità delle disposizioni contenute nell'atto costitutivo) occorre prestare molta più attenzione anche sotto questo particolare profilo.

Insomma, espressioni del tipo sopra riportato si rivelerebbero oggi talmente ampie da risultare di fatto generiche e indeterminate⁵⁸; dopo la riforma, esse sono valutabili dunque in termini di liceità solo se vengano finalmente calate più nel concreto, per esempio, contenendo menzione degli specifici settori commerciali nei quali la società intenda, anche solo potenzialmente, impegnarsi (e senza quindi eludere il divieto di genericità con elencazioni infinite, prolisse e riferite a ogni tipo di attività umana, dalla gestione del night club, ai viaggi sulla luna, alle ricerche sul menoma, come spesso invero in passato si è visto).

Normalmente, la specificazione dell'oggetto viene fatta indicando congiuntamente il genere di attività (produzione e/o commercio o prestazione di servizi) e il settore o i settori merceologici nei quali tali attività andranno svolte. Peraltro⁵⁹, l'evoluzione dell'attività economica e le mutate esigenze e valutazioni del mondo economico hanno fatto emergere attività la cui

⁵⁸ Per Trib. Cosenza, 21 giugno 1990, in *Società*, 1990, 1386, «il requisito della specificità dell'oggetto sociale si desume dal coordinamento dell'art. 2328 con l'art. 1346 c.c., in tema di contratto e non consiste affatto nella modestia delle dimensioni ma nella chiarezza dei confini oltre i quali l'attività economica fuoriesce dalla volontà dei soci; la pluralità degli oggetti è quindi compatibile con il requisito della loro determinatezza, a condizione che detta pluralità non assuma carattere di tale vastità da far apparire gli oggetti sociali come pure denominazioni affastellate e sovrapposte senza il minimo legame tra loro e senza la possibilità di individuare il fulcro intorno al quale l'attività della società deve svolgersi».

⁵⁹ Secondo il pensiero della Commissione istituita presso il Consiglio Notarile di Milano per l'elaborazione di orientamenti in materia di diritto societario all'indomani della soppressione dell'omologazione degli atti societari, che si legge alla pagina www.federnotizie.org/masscnm.htm.

specificità risiede nel modo particolare in cui l'attività è posta in essere indipendentemente dal settore merceologico, che verrà scelto *ex post* in base alle convenienze che si presenteranno; in tali ipotesi infatti la corrente valutazione del mondo economico ha riconosciuto una specificità e una determinatezza ad attività che, pur non rivolgendosi al momento della costituzione della società a un predeterminato settore merceologico, si caratterizzano per le particolari modalità con le quali l'attività è destinata a svolgersi. È il caso per esempio:

1. dell'attività commerciale svolta attraverso particolari strutture qualificate dalla dimensione (supermercati e ipermercati) o con particolari modalità (vendita per corrispondenza), caso nel quale è naturale rivolgersi a estesissimi settori merceologici di regola non identificabili in via esaustiva al momento della stipulazione dell'atto costitutivo: si ritiene quindi inutile e ultronea per queste attività una sterminata elencazione di settori merceologici che nulla aggiunge alla determinatezza dell'oggetto;
2. delle attività commerciali affermatesi in epoca recente quali l'*e-commerce* in cui la specificità dell'oggetto è determinata dalla capacità di applicare nuovi strumenti informatici all'attività commerciale divenendo secondaria la predeterminazione dei settori merceologici di riferimento;
3. dell'attività di *import-export* che può qualificarsi in maniera diversa dall'elencazione di settori merceologici (per esempio, a mezzo specificazione dei paesi di riferimento o in altri modi simili), rinviandosi a un momento successivo rispetto all'atto costitutivo la scelta dei prodotti da importare o da esportare a seconda delle opportunità che si potranno presentare alla società;
4. delle società che hanno per oggetto la commercializzazione di prodotti ricevuti da gruppi di cui fanno parte, o a cui sono contigue, in pagamento di particolari prestazioni (per esempio, pubblicità).

2.1.3.2 *L'oggetto "succinto" e l'oggetto "ampio"*

Se è ovvio rilevare che è sufficiente un'indicazione succinta dell'attività economica prescelta, senza che sia necessario precisare, analiticamente, la specie degli atti che la società si propone di compiere⁶⁰, a chiunque è noto che la normale "sovraabbondanza" (la quale non è però "genericità") di espressioni che caratterizza gli oggetti sociali deriva da una pluralità di "esigenze" (o "amenità" varie): non dover tornare dal notaio a ogni piè

⁶⁰ Cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 52.

sospinto, non subire riprese fiscali per la deduzione di spese “non inerenti”, non sentirsi negare il mutuo dalla banca perché nell’oggetto è indicata l’attività di pescivendolo ma non quella di contrarre finanziamenti per supportare quell’attività ecc.

2.1.3.3 *L’oggetto “indeterminato”*

Ora, se un oggetto ampio è perciò utile (e senz’altro consentito), da ciò non può però derivare la liceità di oggetti talmente ampi da divenire in pratica indeterminati. Alcuni esempi:

1. se si prevede una serie di attività materialmente incompatibili e irrealizzabili tutte contemporaneamente (dai viaggi interplanetari alla costruzione di gallerie, dalla gestione di centri commerciali alla produzione di imbarcazioni) si è sicuramente nel caso di un oggetto indeterminato⁶¹;
2. non vi è invece indeterminatezza se la lunga serie delle attività previste (per esempio: opere fluviali, lavori di terra, pulizia di acque, costruzione di impianti, attività di monitoraggio, opere di bonifica e di depurazione ecc.) costituisce nient’altro che una specificazione dell’attività principale (nell’esempio: l’escavazione di sabbia e i trasporti fluviali);
3. non vi è certo indeterminatezza se si prevede una pluralità di attività tra loro “estrane” ma materialmente non incompatibili (per esempio, un’attività immobiliare accanto all’attività principale di smaltimento di rifiuti tossici)⁶²;
4. pure non vi è indeterminatezza se una data attività (specie se commerciale) può svolgersi per sua natura con riguardo a una pluralità indeterminata di “generi” (si pensi all’attività di *import-export* di beni di qualunque specie);

⁶¹ Per Trib. Bologna, 15 gennaio 1991, in *Società*, 1991, 824, «è indeterminato l’oggetto sociale nel quale diverse attività sono prospettate in via paritaria, tale da tradursi in una sostanziale illimitatezza del campo economico nel quale la costituenda società potrà operare, e ciò in palese contrasto con l’art. 2328, n. 3, c.c.»; per Trib. Trani, 25 maggio 1993, in *Riv. not.*, 1993, 934, «l’indicazione di attività del tutto eterogenee tra loro, senza la previsione di alcun ordine prioritario, è inidonea a delimitare con sufficiente determinatezza o determinabilità l’oggetto sociale della costituenda società e, ponendosi in palese contrasto con l’art. 2475, n. 3, c.c., impone il rigetto dell’istanza di omologa»; per Trib. Spoleto, 10 febbraio 1993, in *Rass. giur. umbra*, 1993, 335, «non è omologabile l’atto costitutivo di una società a responsabilità limitata il cui oggetto sia tanto vasto da risultare indeterminato o indeterminabile e di impossibile realizzazione in rapporto all’esiguità del capitale».

⁶² Per App. Milano, 13 luglio 1996, in *Riv. not.*, 1996, 1524, «la pluralità di oggetti sociali è compatibile con il requisito della determinatezza, purché tale pluralità non assuma caratteristiche di tale vastità e onerosità da farli apparire mere denominazioni eterogenee prive di qualsivoglia legame ideale e della possibilità di individuare il fulcro dell’attività sociale».

5. infine, non vi è indeterminazione se accanto all'attività principale vengano previste anche attività "accessorie" e strumentali: si pensi alla classica attività di "elaborazione dati" che spesso accede a tutte le società che agiscono nel campo dei servizi aziendali o professionali.

2.1.3.4 Le "estensioni" dell'oggetto "principale"

Non costituiscono cause di indeterminazione neanche tutte quelle usuali espressioni "estensive" che si è soliti apporre⁶³ a *latere* dell'oggetto principale⁶⁴; per esempio:

- la previsione che la società «può assumere e concedere agenzie, commissioni, rappresentanze e mandati, nonché compiere tutte le operazioni commerciali (anche di *import-export*), finanziarie, mobiliari e immobiliari, necessarie o utili per il raggiungimento degli scopi sociali»⁶⁵;
- la previsione che la società «può altresì assumere interessenze e partecipazioni in altre società o imprese di qualunque natura aventi oggetto analogo, affine o connesso al proprio, rilasciare fideiussioni e altre garanzie in genere, anche reali».

2.1.3.5 Le attività "autoinibite"

Una prassi che appare francamente un po' "ridicola" è invece quella di infarcire gli statuti di autoinibizioni allo svolgimento di determinate attività, il cui svolgimento sarebbe illecito (o soggetto a particolari prescrizioni): si pensi alla previsione che la società non può sconfinare nei campi riservati ai professionisti "protetti" oppure a quella circa i limiti ("non in via prevalente né nei confronti del pubblico") dello svolgimento di attività finanziarie a *latere* dell'oggetto principale. Ma, andando all'estremo, se la mia attività è il commercio, allora perché anche non dire che mi è vietato commerciare in stupefacenti o in esseri umani?

⁶³ AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federmotizie*, 2003, 65, taccia di inutilità queste clausole e ne invoca, una buona volta, l'eliminazione.

⁶⁴ Ancora, secondo App. Milano, 13 luglio 1996, in *Riv. not.*, 1996, 1524, «la clausola statutaria ove si prevede che la società possa compiere altresì ogni operazione commerciale e immobiliare ritenuta utile agli amministratori per il conseguimento degli scopi sociali non comporta indeterminazione dell'oggetto, tali operazioni essendo solo mezzi per la realizzazione dell'oggetto medesimo».

⁶⁵ Cfr. però Trib. Firenze, 26 novembre 1994, in *Giur. comm.*, 1996, II, 101, secondo cui «l'indicazione che l'oggetto sociale consente il compimento di "tutte le operazioni economiche [...] che l'organo amministrativo ritenga necessarie e/o utili per il conseguimento dell'oggetto sociale" rende nullo l'atto costitutivo per indeterminazione dello stesso».

Allora, dato che queste espressioni sono il derivato di implausibili pretese di qualche Tribunale omologante⁶⁶ (invero, ciò che è illecito non è fattibile senza che ce lo si debba scrivere da soli), e visto che ora le forche caudine dell'omologazione più non ci sono, a questa prassi si può una volta per tutte porre fine⁶⁷ in coincidenza con il vento nuovo portato dalla riforma del diritto societario.

2.1.3.6 *L'assunzione di partecipazioni in altre società*

Nella nuova disciplina delle società a responsabilità limitata:

1. non è ripetuta la norma di cui all'art. 2361, comma 1, in tema di società per azioni, per la quale «l'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nello statuto, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dallo statuto»;
2. non è ripetuta nemmeno la norma (di cui all'art. 2361, comma 2) secondo cui «l'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall'assemblea; gli amministratori ne danno specifica informazione nella nota integrativa del bilancio».

Sotto il primo profilo, potrebbe essere revocato in dubbio⁶⁸ che, seppur manchi, nella disciplina della società a responsabilità limitata, un divieto espresso, il medesimo principio viga anche nell'ambito della società a responsabilità limitata⁶⁹: infatti, potrebbe ritenersi che la dedizione di detta norma alla sola società per azioni non sarebbe un'espressione del nuovo spirito che anima la riforma sotto il profilo della distinzione tra società per azioni e società a responsabilità limitata.

Potrebbe infatti trattarsi – se così si ragiona – di una norma non riportata in forma esplicita anche nella materia della società a responsabilità

⁶⁶ Cfr. Trib. Torino, 10 agosto 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 484, secondo cui invero «l'assunzione che è superfluo escludere dall'oggetto sociale ciò che è già vietato per specifica disposizione di legge, è esatta in linea generale» purtuttavia «può non essere pertinente nel caso di specie».

⁶⁷ Lo sollecita anche AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Feder-notizie*, 2003, 65.

⁶⁸ Nel senso invece che il divieto di cui all'art. 2361, comma 1, viga anche per la società a responsabilità limitata cfr. RACUGNO G., *Operazioni sulle proprie partecipazioni nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 374.

⁶⁹ Così come nel previgente regime venne sancito da App. Milano, 15 febbraio 1983, in *Riv. not.*, 1983, 790; e Cass., 4 ottobre 1984, n. 4916, in *Giur. comm.*, 1986, II, 203.

limitata a causa forse della mancanza di coordinamento tra i redattori delle due discipline, ma senza che ciò quindi corrisponda a una reale volontà del legislatore nel senso di ritenere detta norma di esclusiva pertinenza della società azionaria in quanto espressiva di un principio incompatibile con lo spirito che la riforma ha impresso sulla nuova società a responsabilità limitata.

Peraltro, un'argomentazione idonea a dare soluzione alla questione in esame potrebbe essere quella che si ritrae dalle disposizioni che la legge di riforma detta in materia di recesso. Infatti, se si confrontano gli articoli 2437 (sul recesso dalla società per azioni) e 2473 (sul recesso dalla società a responsabilità limitata), si nota che, mentre in quest'ultima il diritto di recesso è dato per il caso in cui sia posta in essere un'operazione che comporta «una *sostanziale* modificazione dell'oggetto della società determinato nell'atto costitutivo» (art. 2473, comma 1), nel caso della società per azioni non è ripetuta un'analogia previsione (quando invece sia nell'art. 2437 che nell'art. 2473 si prevede il caso del recesso per il socio che non sia consenziente in ordine alla decisione di adottare *formalmente* nello statuto della società un oggetto sociale diverso dal precedente).

Da questa analisi potrebbe dunque trarsi l'idea che, essendovi nella società a responsabilità limitata un'intensa compenetrazione tra i soci e l'organo amministrativo, allora lì è più facile che siano dall'organo amministrativo poste in essere operazioni che comportano un *sostanziale* svuotamento dell'oggetto sociale senza che si faccia luogo a un preventivo suo mutamento *formale* (e che quindi in tal caso – quello del mutamento *sostanziale* dell'oggetto – al socio non consenziente sia riservata la “valvola di sfogo” del recesso, tanto quanto gli compete per il caso del mutamento *formale*).

Nella società per azioni, invece, per la considerazione che, dovendo gli amministratori rigorosamente compiere «le operazioni *necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*» (art. 2380-*bis*), a essi sarebbe dunque in particolare vietato, nell'ambito di questo più generale divieto di non allontanarsi dall'alveo dell'oggetto sociale, effettuare operazioni su partecipazioni in altre società, che sono il modo più classico per determinare un cambiamento implicito dell'oggetto sociale quale indicato nello statuto.

Allora, mentre nella società a responsabilità limitata la tutela del socio (rispetto a mutamenti dell'oggetto sia formali che sostanziali) starebbe nell'attribuzione del diritto di recesso, nella società per azioni quella stessa tutela potrebbe bensì essere intravista nel medesimo diritto di recesso (ove vi sia un mutamento *formale* dell'oggetto), ma pure individuata nella responsabilità dell'amministratore che devii la società rispetto al suo oggetto compiendo operazioni dalle quali l'oggetto stesso esca appunto alterato (e nella giusta causa di revoca che da questo comportamento indubbiamente potrebbe discendere).

2.1.3.7 *La partecipazione della società a responsabilità limitata a società di persone*

Sotto il profilo della partecipazione della società a responsabilità limitata a una società di persone, non vi è invece alcuna ragione per non ritenere la disciplina della società per azioni estensibile alle società a responsabilità limitata⁷⁰: anche se non vi sia alcuna simile previsione specifica per le società a responsabilità limitata, si deve ritenere che se la società per azioni può partecipare a una società di persone, a maggior ragione, stante il suo carattere assai più “personalistico”, lo possa una società a responsabilità limitata⁷¹.

L'applicabilità anche alla società a responsabilità limitata della norma di cui all'art. 2361, comma 2, comporta dunque che dall'assunzione di detta partecipazione derivano pure per la società a responsabilità limitata le seguenti due prescrizioni:

1. l'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime, se nella società per azioni deve essere deliberata dall'assemblea, nella società a responsabilità limitata dovrà essere decisa dai soci;

questa decisione *potrebbe* essere una di quelle che *debbono* essere necessariamente assunte in assemblea, e ciò qualora essa comporti «una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo» (infatti, l'art. 2479, comma 4, sancisce che «in ogni caso», e cioè inderogabilmente, «con riferimento alle materie indicate nei numeri 4) e 5) del secondo comma del presente articolo» «le decisioni dei soci debbono essere adottate mediante deliberazione assembleare»: il n. 4 riguarda le modificazioni dell'atto costitutivo; il n. 5 contempla appunto la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo);

⁷⁰ Lo danno per scontato, per esempio, WEIGMANN R., *Luci e ombre del nuovo diritto azionario*, in *Società*, 2003, 270; e ABRIANI N., *Conflitto di interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 422. Lo ammette pure PRESTI G., *Le nuove ricette del diritto societario*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G., *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 9.

⁷¹ Si veda a palese conferma anche il disposto dell'art. 111-*duodecies* delle disposizioni di attuazione del Codice civile, introdotto dalla legge di riforma, secondo cui: «qualora tutti i loro soci illimitatamente responsabili, di cui all'art. 2361, comma secondo, del codice, siano società per azioni, in accomandita per azioni o società a responsabilità limitata, le società in nome collettivo o in accomandita semplice devono redigere il bilancio secondo le norme previste per le società per azioni; esse devono inoltre redigere e pubblicare il bilancio consolidato come disciplinato dall'art. 26 del decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127, e in presenza dei presupposti ivi previsti».

2. gli amministratori devono dare specifica informazione circa l'assunzione di detta partecipazione nella società di persone nella nota integrativa del bilancio.

La materia della partecipazione nelle società di persone delle società di capitali così come quella della partecipazione delle società di persone ad altre società di persone sono un "classico" del diritto societario⁷², dove da sempre (si riporta comunemente che il problema risale addirittura a un famoso saggio del 1921 scritto da A. Sraffa e P. Bonfante, in cui venne sostenuta la tesi negativa)⁷³ si agitano contrapposte tesi, con la "curiosità" che:

- la partecipazione di società di capitali a società di persone è stata prevalentemente esclusa dai giudici⁷⁴ (talora invece ammettendosi che una società di capitali assumesse il ruolo di accomandante in una s.a.s.)⁷⁵ e prevalentemente avallata invece in dottrina⁷⁶;

⁷² Cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 19-39.

⁷³ SRAFFA A., BONFANTE P., *Società in nome collettivo tra società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, 609.

⁷⁴ Cfr., per esempio, Trib. Milano, 10 ottobre 1988, in *Società*, 1989, 18, per il quale «non sembra dubitabile che la partecipazione della società di capitali in una società di persone finirebbe per ripercuotersi inaccettabilmente anche sulla struttura e sulla disciplina tipiche della prima. La gestione del patrimonio sociale della società partecipante verrebbe infatti a essere dirottata, in tutto o in parte, nel diverso alveo societario della società di persone, e finirebbe per essere sottratta a quelle regole e a quei controlli che la legge impone all'amministrazione della società di capitali, in particolare al controllo dell'autorità giudiziaria previsto dall'art. 2409 Codice civile. Se al principio di tipicità delle società commerciali, alle norme che ne disciplinano la struttura e gli organi sociali, e a quelle che ne regolano il sistema di controlli, deve riconoscersi, com'è pacifico, carattere inderogabile, l'inaccettabilità delle accennate conseguenze non può non far concludere, pur in mancanza di un esplicito divieto legislativo, per l'inaffidabilità della partecipazione della società di capitali in società di persone, senza che occorra addentrarsi nell'esame di altri e più discutibili argomenti come quello, per esempio, fondato sulla tesi dell'*intuitus personae* e dell'*affectio societatis*»; App. Torino, 20 luglio 1998, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 135, secondo cui «è inammissibile la presenza di una società di capitali come socio in una società di persone, in quanto situazione contrastante con disposizioni inderogabili in tema di pubblicità dei bilanci e di competenza degli amministratori nelle società di capitali». Cfr. pure la precedente costante giurisprudenza della Suprema Corte, da Cass., 14 giugno 1958, n. 2024, in *Dir. fall.*, 1958, II, 44, a Cass., 28 gennaio 1985, n. 464, in *Foro pad.*, 1895, I, 320.

⁷⁵ Cfr., per esempio, Trib. Udine, 25 novembre 1996, in *Società*, 1997, 323, secondo cui «dottrina e giurisprudenza ampiamente prevalenti ritengono ammissibile la partecipazione di una società di capitali a una società di persone e, in particolare, come accomandante di una accomandita semplice, non esistendo alcuna norma imperativa che vieti una tale partecipazione».

⁷⁶ Cfr., per esempio: ASCARELLI T., *Società di persone fra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956, I, 405; SATTA S., *Società di persone tra società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, 1; SPADA P., *In tema di partecipazione di una*

- la partecipazione di società di persone ad altra società di persone è stata consentita in giurisprudenza⁷⁷ ma prevalentemente rifiutata dagli studiosi.

Il problema si è posto specialmente nel caso venga nella pratica (specie fallimentare) invocata la sussistenza di una società di fatto (occulta o apparente) fra una società di capitali (soggetto “dominante”) e una o più persone fisiche (soggetti da essa “dominati”).

La tesi proibizionista si fondava innanzitutto sul presunto *intuitus personae* che caratterizzerebbe le compagini sociali delle società di persone; affermazione cui usualmente si è replicato che un rapporto fiduciario è concepibile anche al di là delle sole persone fisiche e quindi anche tra una persona fisica e una persona giuridica.

Nemmeno è stata ritenuta di eccessivo pregio la considerazione per cui molte delle norme dettate per le società di persone sarebbero in effetti riferite a persone fisiche, perché si è ribattuto che resterebbe comunque applicabile la restante normativa mentre quella specificamente riferita alle persone fisiche sarebbe ritenuta adattabile alle persone giuridiche *mutatis mutandis*.

Altro argomento era quello che con la partecipazione di una società di capitali a una società di persone si sarebbe violato il principio dell'illimitata responsabilità dei soci delle società di persone (cui consegue il loro diretto coinvolgimento nell'amministrazione della società), cui era però facile replicare che anche la società di capitali risponde illimitatamente con tutto il suo patrimonio (e cioè tanto quanto una persona fisica).

Invero, qui era il punto di maggior crisi: perché se è vero che la società di capitali, la quale partecipi a una società personale, risponde illimitatamente delle obbligazioni di quest'ultima, è pur vero che i soci della società di capitali, indirettamente, di dette obbligazioni rispondono limitatamente al conferimento dai medesimi effettuato nella società di capitali. E, nel nostro ordinamento, il sistema è invece delineato nel senso che le più agili modalità organizzative con cui viene esercitata l'attività delle società personali in tanto sono utilizzabili in quanto vi sia un diretto coinvolgimento del patri-

società di capitali a una società di persone, in *Foro pad.*, 1971, I, 280; MONTALENTI P., *La partecipazione di una società di capitali a una società in accomandita semplice in qualità di accomandante*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 640; SCOTTI CAMUZZI S., *Società per azioni accomandante di società in accomandita semplice*, in *Contr. e impr.*, 1989, 97; STOLFI G., *Trasformazione di società e partecipazione di una persona giuridica, quale socio accomandante*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, 295. *Contra*, oltre all'indicato saggio di Sraffa-Bonfante, OPPO G., *Sulla partecipazione di società a società personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 1; RAGUSA MAGGIORE G., *Considerazioni in tema di società di capitali socie di società di persone*, in *Dir. fall.*, 1958, II, 362.

⁷⁷ Cfr. Tribunale Napoli, 8 gennaio 1993, in *Società*, 1993, 818.

monio personale del socio nelle sorti economiche dell'impresa cui egli partecipa. Quindi, la partecipazione di una società di capitali a una società di persone cumulerebbe indebitamente, perché appunto in contrarietà al sistema, i vantaggi delle due tipologie di società (responsabilità limitata dei soci, da un lato, potere diretto di amministrazione dall'altro).

Certo che, fondate o infondate che fossero le opposte tesi in campo, una "imbarazzante" sentenza a "sezioni unite" della Suprema Corte⁷⁸, paventando rischi di nullità degli atti ove una società di capitali partecipasse a una società personale, ha radicalmente spiazzato la pratica professionale, impedendo di fatto la stipulazione di pratiche di questo tipo; la quale dunque ritorna possibile alla luce delle novità introdotte dalla riforma del diritto societario.

Evidentemente, infatti, ravvisando la bontà delle tesi permissive e anche fondandosi sulla Direttiva CEE 8 novembre 1990 (secondo cui la disciplina del bilancio delle società di capitali si estende alle società di persone quando tutti i soci a responsabilità illimitata delle stesse siano società di capitali) ora dunque la nuova norma sdogana il presunto divieto cui si è fin qui accennato e, in un'ottica di un'acquisita maggiore autonomia statutaria e operativa, non ravvisa quella pericolosità di queste operazioni e quell'attentato ai principi che fino a oggi hanno impedito di realizzarle praticamente.

2.1.3.8 Le attività regolamentate o vietate

Con la società a responsabilità limitata non qualsiasi tipo di attività può essere esercitata, poiché per talune attività è invero necessitata *ex lege* l'adozione del tipo della società per azioni.

Le assicurazioni – Iniziando questa rassegna dal Codice civile, nell'art. 1883 ("Esercizio delle assicurazioni") si legge innanzitutto che «l'impresa di assicurazione non può essere esercitata che da un istituto di diritto pubblico o da una *società per azioni* e con l'osservanza delle norme stabilite dalle leggi speciali»⁷⁹.

⁷⁸ Cass., sez. un., 17 ottobre 1988, n. 5636, in *Giur. comm.*, 1989, II, 708.

⁷⁹ Il concetto è ribadito nel D.P.R. 13 febbraio 1959, n. 449 ("Testo unico delle leggi sull'esercizio delle assicurazioni private"): dopo che l'art. 1 ("Imprese ed enti soggetti alle disposizioni del testo unico") ha sancito che «sono soggette al presente testo unico tutte le imprese nazionali ed estere, comunque costituite, che esercitano: a) l'industria delle assicurazioni in qualsiasi ramo e in qualsiasi forma; b) l'industria delle riassicurazioni; c) le operazioni di capitalizzazione [...]», l'art. 3 ("Soggetti ai quali è vietato l'esercizio delle assicurazioni") recita che «alle società in nome collettivo, in accomandita e a responsabilità limitata, e alle persone singole è vietato l'esercizio delle attività di cui all'art. 1, salva la stipulazione di contratti di rendita vitalizia ai sensi degli articoli 1872 e seguenti

La società a responsabilità limitata può invece svolgere attività di mediazione assicurativa e riassicurativa, ma, ai sensi dell'art. 5 della legge 28 novembre 1984, n. 792, è necessario un capitale minimo di 200 milioni di lire (103.291,38 euro) e che l'oggetto sociale sia limitato all'attività di mediazione assicurativa o riassicurativa, con esclusione di qualsiasi altra attività che non persegua direttamente o indirettamente il raggiungimento di tale oggetto sociale⁸⁰.

L'attività bancaria – Un “classico” di questo capitolo è poi il riferimento all'attività bancaria⁸¹, definita dall'art. 10, comma 1, del D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (“Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia”) come «la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito».

Ebbene, dato che «l'esercizio dell'attività bancaria è riservato alle banche» (art. 10, comma 2), nell'art. 14 (“Autorizzazione all'attività bancaria”) si dice che «la Banca d'Italia autorizza l'attività bancaria quando ricorrano le seguenti condizioni: a) sia adottata la forma di *società per azioni* o di *società cooperativa per azioni* a responsabilità limitata; [...]».

L'esercizio dell'attività bancaria era invece consentito alla società a responsabilità limitata dall'art. 1, comma 2, lett. a), D.P.R. 27 giugno 1985, n. 350.

I servizi di investimento – Quanto ai “servizi di investimento” (sono così definite dall'art. 1 del D.lgs. 23 luglio 1996, n. 415⁸², le seguenti attività «quando hanno per oggetto strumenti finanziari:

- a. negoziazione per conto proprio;
- b. negoziazione per conto terzi;

del Codice civile». Cfr. VOLPE PUTZOLU G., *L'assicurazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. 13, Torino, 1985, 101; LA TORRE A., *Diritto delle assicurazioni*, vol. I, *La disciplina giuridica dell'attività assicurativa*, Milano, 1987, 87 e 134; CARRARO G., *In tema di società di mediazione riassicurativa*, in *Giur. comm.*, 1988, II, 298.

⁸⁰ Per Trib. Padova, 15 novembre 1985, in *Giur. comm.*, 1988, II, 298, «non può essere omologato l'atto costitutivo di una società a responsabilità limitata che abbia a oggetto l'esercizio della mediazione riassicurativa e non disponga di un capitale sociale pari ad almeno duecento milioni di lire».

⁸¹ Cfr. Trib. Cassino, 2 aprile 1993, in *Società*, 1993, 1215, secondo cui «non è legittima e non può ordinarsene l'iscrizione nel Registro delle Imprese la deliberazione assunta dall'assemblea straordinaria di una società a responsabilità limitata, con la quale è stato ampliato l'oggetto sociale comprendendovi qualsiasi operazione finanziaria o creditizia [...]».

⁸² Intitolato: “Recepimento della Direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento del settore dei valori mobiliari e della Direttiva 93/6/CEE del 15 marzo 1993 relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi”.

- c. collocamento, con o senza preventiva sottoscrizione o acquisto a fermo, ovvero assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente;
- d. gestione su base individuale di portafogli di investimento per conto terzi;
- e. ricezione e trasmissione di ordini nonché mediazione»);

essi sono esercitati dalle "SIM"⁸³ su autorizzazione della Consob, sentita la Banca d'Italia, «quando ricorrano le seguenti condizioni: a) sia adottata la forma di *società per azioni* [...]»⁸⁴.

La sollecitazione all'investimento – Per quel che concerne poi l'attività di sollecitazione all'investimento⁸⁵, essa, come noto (art. 2468), non può avere a oggetto le quote di partecipazione al capitale sociale di una società a responsabilità limitata⁸⁶.

In altri termini, coloro che volessero, per esempio, costituire un circolo sportivo/ricreativo e volessero "collocare sul mercato" le quote di detto circolo per ricercarne i soci (e i relativi capitali di rischio), con questa norma si troverebbero oggi necessitati all'utilizzo della forma societaria della società per azioni; così come il circolo che già oggi fosse organizzato sotto forma di società a responsabilità limitata e volesse effettuare un aumento di capitale al fine appunto di far affluire risorse "fresche" nelle casse sociali, dovrebbe probabilmente trasformarsi prima in società per azioni.

L'unico caso di "apertura al mercato" per le società a responsabilità limitata è infatti rappresentato dalla previsione secondo cui (art. 2483) «se l'atto costitutivo lo prevede, la società può emettere titoli di debito», i quali possono essere sottoscritti soltanto da «investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali» (in caso di successiva

⁸³ Per l'art. 1 ("Definizioni"), comma 5, del medesimo D.lgs. 415/1996, si intendono per «c) "società di intermediazione mobiliare" (SIM), l'impresa, diversa dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 del T.U. bancario, autorizzata a svolgere servizi di investimento, avente sede legale e direzione generale in Italia». Per l'art. 2 ("Soggetti abilitati"), comma 1, «l'esercizio professionale nei confronti del pubblico dei servizi di investimento è riservato alle imprese di investimento e alle banche, ai sensi delle disposizioni del presente decreto».

⁸⁴ Per Trib. Cassino, 18 maggio 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 3464, «non è omologabile l'atto costitutivo di società a responsabilità limitata il cui oggetto sociale preveda, tra l'altro, il compimento di qualsiasi operazione finanziaria e mobiliare, attività rientranti in quelle di intermediazione mobiliare».

⁸⁵ Definita al comma 1, lett. *t*), del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 ("Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria") come «ogni offerta, invito a offrire o messaggio promozionale, in qualsiasi forma rivolti al pubblico, finalizzati alla vendita o alla sottoscrizione di prodotti finanziari; non costituisce sollecitazione all'investimento la raccolta di depositi bancari o postali realizzata senza emissione di strumenti finanziari».

⁸⁶ Cfr. Cass., 17 febbraio 1995, n. 1738, in *Foro it.*, 1996, I, 1403; in *Riv. not.*, 1996, 283, secondo cui l'emissione di titoli "similari alle obbligazioni" realizzata da una società a responsabilità limitata configura la fattispecie di raccolta di risparmio tra il pubblico.

circolazione dei titoli di debito, chi li trasferisce risponde della solvenza della società nei confronti degli acquirenti che non siano investitori professionali ovvero soci della società medesima).

La gestione collettiva del risparmio – Per quanto invece riguarda l'attività di “gestione collettiva del risparmio”, definita al comma 1, lett. *n*), dell'art. 1 (“Definizioni”) del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (“Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria”) come «il servizio che si realizza attraverso:

1. la promozione, istituzione e organizzazione di fondi comuni di investimento e l'amministrazione dei rapporti con i partecipanti;
2. la gestione del patrimonio di OICR, di propria o altrui istituzione, mediante l'investimento avente a oggetto strumenti finanziari, crediti, o altri beni mobili o immobili».

Il successivo art. 33, comma 1, dispone che «la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio è riservata alle società di gestione del risparmio e alle SICAV».

Ebbene:

- l'art. 34 (“Autorizzazione della società di gestione del risparmio”), comma 1, dispone che «la Banca d'Italia, sentita la Consob, autorizza l'esercizio del servizio di gestione collettiva del risparmio e del servizio di gestione su base individuale di portafogli di investimento da parte delle società di gestione del risparmio quando ricorrono le seguenti condizioni: a) sia adottata la forma di *società per azioni* [...]»⁸⁷;
- identicamente, l'art. 43 (“Costituzione e attività esercitabili”), comma 1, dispone che «la Banca d'Italia, sentita la Consob, autorizza la costituzione delle SICAV quando ricorrono le seguenti condizioni: sia adottata la forma di *società per azioni* [...]».

L'attività finanziaria – Per l'adozione del tipo della società a responsabilità limitata non vi sono problemi invece con riguardo all'«esercizio nei confronti del pubblico delle attività di assunzione di partecipazioni, di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, di prestazione di servizi di

⁸⁷ Per il comma 1, lett. *i*), dell'art. 1 (“Definizioni”) del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (“Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria”) si dice «“società di investimento a capitale variabile” (SICAV): la società per azioni a capitale variabile con sede legale e direzione generale in Italia avente per oggetto esclusivo l'investimento collettivo del patrimonio raccolto mediante l'offerta al pubblico di proprie azioni».

pagamento e di intermediazione in cambi» (art. 106, comma 1, D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, “Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia”) in quanto se è vero che tali attività sono riservate «a intermediari finanziari iscritti in un apposito elenco tenuto dall’UIC» (art. 106, comma 1), è pure vero che (comma 3) «l’iscrizione nell’elenco è subordinata al ricorrere delle seguenti condizioni: a) forma di società per azioni, di società in accomandita per azioni, di società a responsabilità limitata o di società cooperativa [...]».

Occorre peraltro che questi soggetti abbiano un capitale sociale pari almeno a cinque volte quello richiesto come minimo per costituire una società per azioni (art. 106, comma 3, lett. c), e che l’oggetto di queste società sia “esclusivo” (il comma 2 dell’art. 106 si esprime infatti nel senso che «gli intermediari finanziari indicati nel comma 1 possono svolgere esclusivamente attività finanziarie, fatte salve le riserve di attività previste dalla legge».

L’attività fiduciaria e di revisione – Sulle società fiduciarie e di revisione la pratica insegna come non sia oggi più in dubbio che esse si possano costituire nella forma della società a responsabilità limitata con il capitale minimo di 10mila euro e come quindi sia oggi sopita ogni questione che in passato si era agitata sia in ordine alla questione del tipo sociale utilizzabile sia, in caso di scelta del tipo società a responsabilità limitata, in ordine alla necessità di un capitale più elevato del minimo di legge⁸⁸.

⁸⁸ Cfr. per esempio, Trib. Genova, 5 giugno 1987, in *Giur. comm.*, 1989, II, 167, secondo cui «trattasi di attività riservata alle società fiduciarie e di revisione di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1966, il cui esercizio è consentito alle società per azioni e anche alle società a responsabilità limitata, a condizione che il capitale di queste ultime non sia inferiore a duecento milioni (arg. ex art. 3 della legge 23 novembre 1939, n. 1966 e tenuto conto dei successivi aumenti del capitale minimo previsti dalla legge)»; e Trib. Venezia, 23 giugno 1983, in *Società*, 1984, 51, secondo cui «le società aventi per oggetto l’esercizio di funzioni fiduciarie nel senso più ampio (nella specie: l’amministrazione di beni e la rappresentanza di azionisti e obbligazionisti) devono possedere un capitale sociale minimo pari a quello previsto per le società per azioni; tale capitale inoltre deve risultare interamente versato e deve essere investito per la metà in titoli di Stato o garantiti dallo Stato per tutta la durata della società». Cfr. invece Trib. Vicenza, 4 giugno 1988, in *Società*, 1988, 866, secondo cui «la società a responsabilità limitata, avente per oggetto l’assunzione dell’amministrazione di beni per conto terzi, l’organizzazione e la revisione contabile di aziende, la rappresentanza di azionisti e obbligazionisti, secondo quanto previsto dall’art. 1, legge 23 novembre 1939, n. 1966, può essere costituita con un capitale corrispondente alla misura determinata in generale per le società a responsabilità limitata dall’art. 2474 c.c.»; e Trib. Udine, 19 dicembre 1984, in *Società*, 1985, 309, secondo cui «la società a responsabilità limitata, avente per oggetto l’assunzione dell’amministrazione dei beni per conto terzi, l’organizzazione e la revisione contabile di aziende, la rappresentanza di azionisti e di obbligazionisti, secondo quanto previsto dall’art. 1, legge 23 novembre 1939, n. 1966, può essere costituito con un capitale corrispondente alla misura determinata in generale per le società a responsabilità limitata dall’art. 2474 c.c.». In dottrina cfr. BRAMBILLA M., *Società fiduciaria a responsabilità limita-*

L'artigianato – Anche l'attività artigiana non presenta più preclusioni per la società a responsabilità limitata: dopo le modifiche intervenute per effetto della legge 20 maggio 1997, n. 133, ora l'art. 3 ("Definizione di impresa artigiana") della legge 8 agosto 1985, n. 443 ("Legge-quadro per l'artigianato") dispone:

1. al comma 2, che «è artigiana l'impresa che, nei limiti dimensionali di cui alla presente legge e con gli scopi di cui al precedente comma⁸⁹, è costituita ed esercitata in forma di società, anche cooperativa, *escluse le società per azioni e in accomandita per azioni* a condizione che la maggioranza dei soci, ovvero uno nel caso di due soci, svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo e che nell'impresa il lavoro abbia funzione preminente sul capitale»;
2. al comma 3, che «è altresì artigiana l'impresa che, nei limiti dimensionali di cui alla presente legge e con gli scopi di cui al primo comma:
 - è costituita ed esercitata in forma di *società a responsabilità limitata* con unico socio sempreché il socio unico sia in possesso dei requisiti indicati dall'art. 2⁹⁰ e non sia unico socio di altra società a responsabilità limitata o socio di una società in accomandita semplice;
 - è costituita ed esercitata in forma di società in accomandita semplice, sempreché ciascun socio accomandatario sia in possesso dei requisiti indicati dall'art. 2 e non sia unico socio di una società a responsabilità limitata o socio di altra società in accomandita semplice».

Lo sport professionistico – Sia nella forma della società per azioni che in quella della *società a responsabilità limitata* (ma con il collegio sindacale

ta. Capitale sociale minimo e obbligatorietà del collegio sindacale, in *Giur. comm.*, 1979, II, 621; CORSI F., *Società fiduciarie: risvolti civilistici e societari*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 313; DE ANGELIS L., *Ancora sul capitale minimo delle società fiduciarie e responsabilità limitata: la guerra continua*, in *Giur. comm.*, 1989, II, 164; DI CHIO G., voce *Società fiduciarie*, in *Nss. dig. it., App.*, vol. VII, Torino, 1987, 331; VISENTINI G., *Capitale minimo e collegio sindacale nelle società fiduciarie costituite in forma di società a responsabilità limitata*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1979, II, 115.

⁸⁹ Il comma 1 recita: «È artigiana l'impresa che, esercitata dall'imprenditore artigiano nei limiti dimensionali di cui alla presente legge, abbia per scopo prevalente lo svolgimento di un'attività di produzione di beni, anche semilavorati, o di prestazioni di servizi, escluse le attività agricole e le attività di prestazione di servizi commerciali, di intermediazione nella circolazione dei beni o ausiliarie di queste ultime, di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, salvo il caso che siano solamente strumentali e accessorie all'esercizio dell'impresa».

⁹⁰ L'art. 2 ("Imprenditore artigiano"), comma 1, afferma che: «È imprenditore artigiano colui che esercita personalmente, professionalmente e in qualità di titolare, l'impresa artigiana, assumendone la piena responsabilità con tutti gli oneri e i rischi inerenti alla sua direzione e gestione e svolgendo in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale, nel processo produttivo».

obbligatorio «in ogni caso») possono inoltre essere esercitate le attività sportive che prevedono la stipula di contratti con atleti professionisti (art. 10, legge 23 marzo 1981, n. 91).

L'attività editoriale – Dalla legge 5 agosto 1981, n. 416 non derivano limiti in quanto al tipo societario utilizzato: ai sensi dell'art. 1, comma 1, «l'esercizio dell'impresa editrice di giornali quotidiani è riservato alle persone fisiche, nonché alle società costituite nella forma della società in nome collettivo, in accomandita semplice, a responsabilità limitata, per azioni, in accomandita per azioni o cooperativa, il cui oggetto comprenda l'attività editoriale, esercitata attraverso qualunque mezzo e con qualunque supporto [...]».

L'attività di intermediazione – Anche l'attività di intermediazione, ai sensi della legge 3 febbraio 1989, n. 39, non soffre limiti in ordine al tipo societario utilizzato.

Le professioni "liberali" – Con la legge 7 agosto 1997, n. 266 (cosiddetta legge Bersani) è stato abrogato l'art. 2 della legge 23 novembre 1939, n. 1815 (il quale disponeva il divieto di «costituire, esercire o dirigere, sotto qualsiasi forma diversa da quella [...] [dello studio associato, n.d.a.] società, istituti, uffici, agenzie o enti, i quali abbiano lo scopo di dare, anche gratuitamente, ai propri consociati o ai terzi, prestazioni di assistenza o consulenza in materia tecnica, legale, commerciale, amministrativa, contabile o tributaria»). L'art. 24 di detta "legge Bersani", dopo aver disposto tale abrogazione ha altresì sancito che «ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Ministro di Grazia e giustizia, di concerto con il Ministro dell'Industria, del commercio e dell'artigianato e, per quanto di competenza, con il Ministro della Sanità, fissa con proprio decreto, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, i requisiti per l'esercizio delle attività di cui all'art. 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1815.

L'abrogazione del divieto di società professionali a opera della "legge Bersani" comporta dunque tuttora un problema di "diritto transitorio", e cioè: ci si domanda se, tra l'entrata in vigore dell'abrogazione (11 agosto 1997, data di pubblicazione sulla "Gazzetta Ufficiale" della legge 266/1997) e quella del regolamento che disciplinerà la materia, sia consentito o meno stipulare atti costitutivi di società professionali. Il problema è assai delicato, in quanto da un lato è vero che la norma imperativa di divieto (con conseguente inevitabile nullità degli atti stipulati in dispregio al divieto stesso) non esiste più, ma d'altro lato è anche vero che la stessa norma abrogatrice demanda la disciplina della materia a un regolamento attuativo interministeriale: e non si può non tener conto della sua mancata emanazione a oggi.

Sulla materia ha interloquuto il Consiglio di Stato (il cui intervento è stato

attivato in sede di esame bozza di regolamento che poi non ha mai visto la luce), che ha reso due pareri: il n. 35/98 del 9 marzo 1998 e il n. 72/98 dell'11 maggio 1998. Secondo dunque il Consiglio di Stato il divieto ora abrogato riguardava non tutte le "libere" professioni ma solo le cosiddette professioni "protette" e cioè le «professioni legali e ingegneristiche (avvocati, notai, commercialisti, ingegneri, architetti)» (e almeno, forse, bisognerebbe aggiungere i geometri). Ne consegue che, secondo il Consiglio di Stato, ogni altra professione "non protetta", seppur incardinata in Ordini o Collegi, è (sempre stata) libera (anche se forse nessuno lo sapeva), di costituire società: «l'interpretazione consolidata degli articoli 1 e 2 della legge del 1939 era quella di restringere l'area di applicazione del divieto alle professioni intellettuali indicate dall'art. 2229 del Codice civile».

In sostanza, tutte le volte che si abbia a che fare con una professione "non protetta", la libertà è (sempre stata) massima: e quindi non sussiste alcun limite alla libera costituibilità di società professionali in questi settori (si pensi al caso delle professioni sanitarie, per le quali il Consiglio di Stato ha ritenuto che «trattasi di professioni non ricomprese tra quelle di cui all'art. 1 della legge 1815/1939»).

Alla stessa conclusione giunse invero anche parte della giurisprudenza⁹¹, ma altre decisioni furono categoriche nell'escludere invece la possibilità di esercizio societario dell'attività professionale⁹².

Le farmacie – L'art. 7 della legge 8 novembre 1991, n. 362 vieta l'esercizio della farmacia in forma societaria se non nella forma della società di persone.

Altre attività – Vi sono infine diverse attività⁹³, per il cui esercizio (e quindi per la redazione del cui oggetto sociale) occorre seguire particolari prescrizioni.

⁹¹ Cfr. App. Napoli, 13 dicembre 1994, in *Dir. e giur.*, 1995, 484.

⁹² Cfr. Cass., 7 gennaio 1993, n. 79. in *Giur. it.*, 1993, I, 1927. Cfr. pure, per l'attività del commercialista, Trib. Udine, 2 dicembre 1983, in *Società*, 1984, 1018; Trib. Roma, 2 febbraio 1983, in *Società*, 1985, 49; Trib. Udine, 22 novembre 1983, in *Giur. comm.*, 1984, II, 35; per l'attività di geometri, architetti, ingegneri, periti agrari, Trib. Roma, 30 ottobre 1980, in *Vita not.*, 1982, 314; Trib. Genova, 28 gennaio 1988, in *Società*, 1988, 638; App. Napoli, 28 ottobre 1981, in *Riv. not.*, 1981, 1181; per le attività mediche, App. Bari, 18 febbraio 1982, in *Foro it.*, 1983, I, 2547; Trib. Roma, 24 giugno 1981, in *Foro it.*, 1981, I, 2283.

⁹³ Senza pretese di esaustività, si abbia per esempio a riguardo le seguenti attività, disposte in ordine alfabetico (per la cui elencazione si è attinto dalla " rassegna " a cura di MORICHELLI V., *L'oggetto sociale nella legislazione speciale*, consultabile (solamente per utenti registrati, essendo un sito "riservato") nell'intranet www.notartel.it alla pagina: bdn.notartel.it/bdn/Rassegne/Lav_Mor/oggetto_sociale/html):

- *Agente o rappresentante di commercio*: art. 6, legge 3 maggio 1985, n. 204; *Agente o rappresen-*

tante di società assicurativa: artt. 3 e 6, legge 7 febbraio 1979, n. 48; *Artigiano*: art. 3, legge 8 agosto 1985, n. 443; *Assicurazione*: D.P.R. 13 febbraio 1959, n. 449; *Attività finanziaria e bancaria*: D.lgs. 1° agosto 1993, n. 385; *Autoscuola*: art. 123, D.lgs. 30 aprile 1992, n. 285; art. 335, D.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495; art. 2, D.M. 17 maggio 1995, n. 317; *Autotrasporto per conto terzi*: legge 6 giugno 1974, n. 298; legge 23 dicembre 1997, n. 454;

- *Banca*: D.lgs. 1° agosto 1993, n. 385; *Bingo*: art. 2, D.M. 31 gennaio 2000, n. 20;
- *Cartolarizzazione crediti*: artt. 1 e 3, legge 30 aprile 1999, n. 130; *Case di cura*: artt. 1 e 51, legge 12 febbraio 1968, n. 132; art. 2, D.P.C.M. 27 giugno 1986; *Centro assistenza agricola*: D.lgs. 27 maggio 1999, n. 165; D.M. 27 marzo 2001; *Centro assistenza doganale*: art. 7, legge 6 febbraio 1992, n. 66; D.M. 11 dicembre 1992, n. 549; *Centro autorizzato assistenza fiscale*: art. 78, legge 30 dicembre 1991, n. 413; D.M. 25 febbraio 1992; D.lgs. 9 luglio 1997, n. 241; *Commercio ambulante*: artt. 4 e 5, D.lgs. 31 marzo 1998, n. 114; *Commercio medicinali*: art. 7, legge 8 novembre 1991, n. 362; art. 9 legge 2 aprile 1968, n. 475; art. 113, D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; *Concessionari per la riscossione mediante ruolo*: art. 2, D.lgs. 13 aprile 1999, n. 112; *Concessionaria pubblicità*: art. 12, legge 5 agosto 1981, n. 416; *Consorzio agrario*: legge 28 ottobre 1999, n. 410; *Corsi professionali*: art. 3, D.M. 21 agosto 1985;
- *Edicola rivendita fissa giornali quotidiani*: art. 14, legge 5 agosto 1981, n. 416; *Edizione quotidiani e periodici*: legge 5 agosto 1981, n. 416; art. 153, legge 23 dicembre 2000, n. 388; *Energia elettrica*: art. 4, legge 6 dicembre 1962, n. 1643; D.lgs. 16 marzo 1999, n. 79;
- *Farmacia privata*: artt. 7 e 8, legge 8 novembre 1991, n. 362; *Farmacia pubblica*: art. 9, legge 2 aprile 1968, n. 475; artt. 113 e 116, D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; *Forestale*: art. 7, legge 27 dicembre 1977, n. 984; *Fornitura lavoro temporaneo*: artt. 1 e 2, legge 24 giugno 1997, n. 196;
- *Gestione immobili*: art. 3, D.lgs. 16 febbraio 1996, n. 104; *Gioco*: art. 88, R.D. 18 giugno 1931, n. 773; R.D. 6 maggio 1940, n. 635; D.lgs. 14 aprile 1948, n. 496; art. 37, D.P.R. 18 aprile 1951, n. 581;
- *Mediatore assicurativo*: artt. 5 e 8, legge 28 novembre 1984, n. 792; *Mediazione*: art. 71, legge 4 maggio 1983, n. 184; legge 3 febbraio 1989, n. 39; *Mediazione creditizia*: artt. 4 e 5, legge 7 marzo 1996, n. 108; *Mediazione servizi turistici*: artt. 5 e 9, legge 17 maggio 1983, n. 217; *Mediazione tra domanda e offerta di lavoro*: art. 10, D.lgs. 23 dicembre 1997, n. 469; *Monopolio tabacchi*: artt. 28 e 31, legge 22 dicembre 1957, n. 1293;
- *Paghe e contributi*: art. 2, legge 11 gennaio 1979, n. 12; *Prestazione di servizi a pagamento*: art. 4, D.M. 6 giugno 1994;
- *Radio televisione*: artt. 12 e ss., legge 6 agosto 1990, n. 223; art. 3, legge 31 luglio 1997, n. 249;
- *Scommesse corse cavalli*: art. 2, D.P.R. 8 aprile 1998, n. 169; *Sicurezza impianti*: art. 2, legge 5 marzo 1990, n. 46; *Società consortili miste*: art. 17, legge 21 maggio 1981, n. 240; *Società di gestione accentrata strumenti finanziari*: artt. 1 e 80, D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; *Società di gestione del risparmio*: artt. 1 e 34, D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; *Società di ingegneria*: art. 5, D.L. 3 aprile 1995, n. 101; art. 17, legge 11 febbraio 1994, n. 109; artt. 53, 93, 94 e 95, D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554; *Società d'investimento a capitale variabile*: artt. 1 e 43, D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; *Società d'investimento mobiliare*: artt. 1 e 19, D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; *Società di attestazione (S.O.A.)*: art. 8, legge 11 febbraio 1994, n. 109; artt. 7 e ss., D.P.R. 24 gennaio 2000, n. 34; *Società di revisione*: artt. 28, 199 e 214, D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; artt. 1 e ss., legge 23 novembre 1939, n. 1966; artt. 7 e 8, D.lgs. 27 gennaio 1992, n. 88; D.M. 2 ottobre 1995, n. 536; artt. 155 e 165, D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; *Società fiduciarie*: artt. 28 e 199, D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; artt. 1 e 3, legge 23 novembre 1939, n. 1966; legge 19 marzo 1990, n. 55; D.M. 2 ottobre 1998, n. 536; *Società industriali*: art. 2, legge 17 maggio 1985, n. 210; *Società miste per attività non relative a servizi pubblici*: artt. 11 e 2458 del Codice civile; *Società miste per attività non relative a servizi pubblici locali*: art. 42, D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; *Società miste per la gestione di servizi pubblici locali*: artt. 113 e 116, D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; *Società sportive*: artt. 10 e 11, legge 23 marzo 1981, n. 91; *Società tra avvocati*: artt. 16 e ss., legge 21 dicembre 1999, n. 526; artt. 19 e ss., D.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96; *Società tra professio-*

2.1.3.9 Il mutamento dell'oggetto sociale

Secondo il nuovo testo dell'art. 2479:

1. «in ogni caso» (e cioè inderogabilmente) «sono riservate alla competenza dei soci» (cioè non sono statutariamente “delegabili” all'organo amministrativo):
 - le decisioni di modifica dell'atto costitutivo (nel cui ambito rientrano ovviamente anche quelle di modifica dell'oggetto sociale) (comma 2, n. 4);
 - la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo (comma 2, n. 5);
2. «in ogni caso» (e cioè inderogabilmente) «con riferimento alle materie indicate nei numeri 4 e 5 del secondo comma del presente articolo» (che, come detto, concernono sia le modifiche “esplicite” dell'oggetto sociale che le modifiche “implicite”, derivanti cioè dal compimento di operazioni che si traducono in un sostanziale svuotamento o in un radicale mutamento dell'oggetto sociale stesso), «le decisioni dei soci debbono essere adottate mediante deliberazione assembleare» (e quindi non sono adottabili con il metodo del “consenso scritto” o della “consultazione espressa per iscritto”).

Inoltre va di nuovo sottolineato come ai sensi dell'art. 2473, comma 1, «in ogni caso il diritto di recesso compete ai soci che non hanno consentito al cambiamento dell'oggetto [...] e al compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto della società determinato nell'atto costitutivo».

Sulla decisione dei soci di modifica dell'oggetto sociale si veda comunque *infra*, più ampiamente, il par. 6.5.3.

2.1.4 Il capitale sociale

Sotto il profilo delle indicazioni inerenti il capitale sociale nell'atto costitutivo nulla cambia rispetto al diritto previgente ove il “vecchio” art. 2475, comma 1, n. 4 richiedeva che nell'atto stesso fosse indicato «l'ammontare del capitale sottoscritto e versato» (nel precedente art. 2474 era poi statuito che la società a responsabilità limitata «deve costituirsi con un capitale non inferiore a diecimila euro»).

Oggi il nuovo n. 4 del comma 2 dell'art. 2463 sancisce infatti che l'atto

nisti: legge 7 agosto 1997, n. 266; art. 4, legge 30 dicembre 1991, n. 412; art. 43, legge 28 dicembre 1978, n. 833;

• *Turismo*: art. 5, legge 17 maggio 1983, n. 217; art. 7, legge 29 marzo 2001, n. 135.

costitutivo deve indicare⁹⁴ «l'ammontare del capitale, non inferiore a diecimila euro⁹⁵, sottoscritto e di quello versato»⁹⁶ (va poi ricordato che il com-

⁹⁴ Va ricordato che per l'art. 2332, comma 1, n. 3 (richiamato nella società a responsabilità limitata dall'art. 2463, comma 3), avvenuta l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la nullità della società può essere pronunciata soltanto nei seguenti casi: [...] 3. mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante [...] l'ammontare del capitale sociale [...].

⁹⁵ Non è previsto invece alcun limite massimo. Sul noto problema della presunta necessaria congruità tra capitale sociale e attività che la società si propone di svolgere, una autorevole ma minoritaria parte della dottrina si è espressa nel senso della sussistenza di un principio (di cui sarebbe stato espressione, per esempio, il "vecchio" art. 2448, n. 2, secondo cui l'impossibilità di raggiungere l'oggetto sociale è causa di scioglimento della società) in base al quale il capitale sociale dovrebbe essere anche adeguato all'attività che la società si propone di compiere (cfr. PORTALE G.B., *Capitale sociale e s.p.a. sottocapitalizzata*, in *Riv. Soc.*, 1991, 27) mentre la dottrina prevalente rileva che non sussistono nell'ordinamento indici in tal senso, ma solo la prescrizione di un capitale minimo (cfr. ANGELICI G., *Le disposizioni generali sulla società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. 16, Torino, 1985, 201; NICCOLINI G., *Il capitale sociale minimo*, Milano, 1981, 18), e ciò anche perché non sarebbe francamente possibile prevedere, a fronte delle formali enunciazioni di un atto costitutivo, quali sviluppi in concreto avrà in effetti l'attività sociale (cfr. COTTINO G., *Diritto commerciale*, vol. I, t. 2, *Le società*, Padova, 1999, 222); tra l'altro, non sarebbe esauriente il riferimento alla causa di scioglimento della società provocata dalla sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, in quanto (a parte che detta impossibilità potrebbe prescindere da una situazione di insufficienza di mezzi patrimoniali), quando detta impossibilità di proseguire dipenda in effetti da carenza di mezzi patrimoniali, la carenza invero va riferita all'intero apparato patrimoniale e finanziario della società, e non al mero valore nominale del capitale sociale. Secondo SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 27, «un principio generale di "quasi-capitalizzazione" potrebbe trarsi dalla norma sul finanziamento dei soci di società a responsabilità limitata».

In giurisprudenza, secondo App. Milano, 13 luglio 1996, in *Riv. not.*, 1996, 1524, «esula dal controllo di legalità "estrinseca" demandato al giudice dell'omologazione il sindacato, che sarebbe di merito, circa l'adeguatezza o meno del capitale rispetto all'oggetto sociale»; per Trib. Trieste, 18 dicembre 1985, in *Giur. comm.*, 1987, II, 331, «in sede di omologa non è sindacabile la congruità del capitale rispetto all'oggetto sociale, in quanto, con riferimento al momento della costituzione della società, il legislatore si è preoccupato soltanto di fissare un minimo di capitale sociale, lasciando alla libera determinazione dei soci qualsiasi valutazione in ordine all'apprezzamento, per mezzo del capitale di rischio o altrimenti, dei mezzi finanziari necessari o, comunque, opportuni per il conseguimento dell'oggetto sociale»; per Trib. Cosenza, 21 giugno 1990, in *Società*, 1990, 1386, «in sede di omologazione il giudice deve limitarsi a verificare la conformità dell'atto alle leggi, senza alcuna valutazione di merito attinente la sufficienza del capitale sociale rispetto al progetto produttivo»; e anche le pronunce che sembrano essersi schierate per la necessità di un rapporto di congruità tra capitale e oggetto (cfr., per esempio, Trib. Roma, 14 dicembre 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, 738, secondo cui «ha oggetto impossibile, e se ne nega l'omologazione, l'atto costitutivo che preveda, accanto a un capitale irrisorio, un elenco pressoché illimitato di altre attività, totalmente eterogenee tra loro») invero hanno mirato a cassare più che detta congruità il carattere indeterminato dell'oggetto sociale adottato dalla società. Cfr. pure Trib. Udine, 12 giugno 1982, in *Foro it.*, 1982, I, 2619, per il quale «ha oggetto impossibile, e non può dunque esserne omologato l'atto costitutivo, la società di capitali nella quale il capitale sociale sia assolutamente incongruo rispetto all'oggetto sociale»; e Trib. Roma, 14 dicembre 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, 738, secondo cui «ha oggetto

ma 2 dell'art. 2250 impone che «il capitale delle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata deve essere negli atti e nella corrispondenza indicato secondo la somma effettivamente versata e quale risulta esistente dall'ultimo bilancio»).

Quanto all'entità minima del capitale sociale, visto che per l'art. 3, comma 2, lett. b), della legge 3 ottobre 2001, n. 366, la legge di riforma avrebbe dovuto avere il compito di «determinare la misura minima del capitale in coerenza con la funzione economica del modello», evidentemente il legislatore, non disponendo alcun innalzamento, ha ritenuto che per la “funzione economica” della società a responsabilità limitata fosse appropriata la preminente misura minima del capitale sociale.

Se nulla quindi cambia sotto questo aspetto, molto invece la riforma innova sul tema dei conferimenti, sul che vedasi *infra* cap. 3.

impossibile, e se ne nega l'omologazione, l'atto costitutivo che preveda, accanto a un capitale irrisorio, un elenco pressoché illimitato di altre attività, totalmente eterogenee tra loro».

⁹⁶ La “sottoscrizione” è la “promessa” del conferimento (ricordandosi che, *ex art.* 2464, commi 4 e 5, all'atto della sottoscrizione di un conferimento in denaro occorre versare in banca, oltre all'intero eventuale sovrapprezzo, almeno i 2,5/10 in denaro del valore della sottoscrizione, oppure i 10/10 se si tratti di società unipersonale; che se si tratti di conferimento in natura esso va per intero “liberato” al momento della sottoscrizione; e che, *ex art.* 2464, ultimo comma, se viene meno la pluralità dei soci, i versamenti ancora dovuti devono essere effettuati nei novanta giorni); il “versamento” (o “liberazione”) è l'esecuzione di quella promessa.

Ora, in caso di mancata esecuzione dei versamenti promessi nel termine prescritto (oppure nel caso del venir meno dell'efficacia della polizza assicurativa o della fideiussione bancaria prestata a garanzia dei decimi o del conferimento d'opera), gli amministratori diffidano (previa deliberazione dell'organo amministrativo, a meno che il potere di diffidare competa *ex se* a taluno dei componenti di quell'organo) il socio moroso (il quale intanto, a causa della sua morosità, non può partecipare alle decisioni dei soci: comma 4) a eseguirlo nel termine di trenta giorni (art. 2466, comma 1); detto termine è inderogabile quanto a sue riduzioni, poiché disposto a cautela del socio, ma è statutariamente ampliabile. Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 96) (la diffida è atto recettizio, che non ha particolari oneri di forma: Trib. Roma, 6 novembre 1975, in *Giur. comm.*, 1977, II, 421); decorso inutilmente questo termine gli amministratori, qualora non ritengano utile promuovere azione per l'esecuzione dei conferimenti dovuti (e fatta comunque salva l'azione per l'eventuale risarcimento danni), possono vendere agli altri soci in proporzione della loro partecipazione la quota del socio moroso (a differenza della società per azioni, ove la vendita è diretta al pubblico, qui si privilegia l'interesse dei soci a mantenere inalterata la composizione della compagine sociale: cfr. PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 264); la vendita è effettuata a rischio e pericolo del medesimo per il valore risultante dall'ultimo bilancio approvato; in mancanza di offerte per l'acquisto, se l'atto costitutivo lo consente (ecco qui un'altra prova dell'impronta “personalistica” della nuova società a responsabilità limitata), la quota è venduta all'incanto (comma 2). Se la vendita non può aver luogo per mancanza di compratori (o anche perché la vendita della quota non sia consentita dallo statuto: cfr. FERRARA F., CORSI G., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, 872), gli amministratori escludono il socio, trattenendo le somme riscosse e il capitale deve essere ridotto in misura corrispondente (comma 3).

2.1.5 La misura dei conferimenti, la quota di partecipazione al capitale sociale e la distribuzione degli utili

Nella normativa previgente, il “vecchio” art. 2475, comma 1, richiedeva che nell’atto costitutivo fossero indicati:

1. «la quota di conferimento di ciascun socio e il valore dei beni e dei crediti conferiti» (n. 5);
2. «le norme secondo le quali gli utili devono essere ripartiti» (n. 6) (inoltre, secondo il “vecchio” art. 2492, salvo diversa disposizione dell’atto costitutivo, la ripartizione degli utili doveva avvenire in proporzione alle rispettive quote di conferimento)⁹⁷.

Dopo la riforma, nel comma 2 dell’art. 2463 si legge invece che nell’atto costitutivo occorre indicare:

1. «i conferimenti di ciascun socio⁹⁸ e il valore attribuito ai crediti e ai beni conferiti in natura» (n. 5)⁹⁹;
2. «la quota di partecipazione di ciascun socio» (n. 6).

Quindi qui vi è, da un lato, un miglior lessico rispetto al passato (il “valore dei beni e dei crediti conferiti” meglio è espresso come il “valore attribui-

⁹⁷ Trib. Monza, 15 gennaio 1997, in *Società*, 1997, 588, aveva ammesso la creazione di quote “privilegiate” nella società a responsabilità limitata.

⁹⁸ Lamenta ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 32, come «singolare» che dalla norma in questione non emergerebbe, in caso di conferimento d’opera, l’obbligo di indicare le prestazioni cui il socio si obbliga né il valore delle stesse; più semplicemente, va forse ritenuto che il legislatore sia stato particolarmente “breve” nel suo esprimersi (invero ritenendo evidentemente che nell’espressione “crediti e beni conferiti in natura” rientrasse pure il conferimento dell’opera) e che dunque dalla norma in esame ben si possa evincere (e come d’altronde potrebbe essere altrimenti?) che nell’atto costitutivo della società a responsabilità limitata vada ben esplicitato il contenuto delle prestazioni di servizio cui il socio si obbliga e la loro valorizzazione; tra l’altro, a conferma di quanto precede, basti rilevare che, in caso di prestazione d’opera, occorre allegare all’atto costitutivo la relativa perizia di stima (sulla quale vedasi *infra* il par. 3.4) ove dunque l’opera promessa non può non essere descritta e non può non essere valutata (e ciò anche al fine di determinare l’importo della fideiussione/polizza che deve essere depositata in società a garanzia del conferimento d’opera e di verificare che il capitale non sia formato, a seguito del conferimento d’opera, di un valore nominale superiore al valore peritato).

⁹⁹ Va ricordato che per l’art. 2332, comma 1, n. 3) (richiamato nella società a responsabilità limitata dall’art. 2463, comma 3), avvenuta l’iscrizione nel Registro delle Imprese, la nullità della società può essere pronunciata soltanto nei seguenti casi: [...] 3) mancanza nell’atto costitutivo di ogni indicazione riguardante [...] i conferimenti [...].

to ai crediti e ai debiti conferiti”; “la quota di conferimento” diventa “la quota di partecipazione”) e, d’altro lato, la presa d’atto che la “quota di partecipazione” non necessariamente coincide con l’“entità del conferimento” (con l’abbandono quindi dell’espressione “quota di conferimento”) in quanto non solo vi è da rilevare, come prima, che una parte del valore del conferimento può essere mandata a sovrapprezzo, ma anche che, pur appostandosi a capitale “nominale” l’intero valore “effettivo” del conferimento, la “quota di partecipazione” alla vita societaria che il socio consegue può appunto non essere proporzionale all’entità del conferimento (art. 2468, comma 2).

Quanto alle previsioni dell’atto costitutivo/statuto¹⁰⁰ in tema di distribuzione degli utili (e a parte le norme recate dall’art. 2478-*bis*), esse sono meramente eventuali, in quanto, se ci si sposta sulle previsioni di cui all’art. 2468, si rinvengono sanciti i seguenti principi (per il cui approfondimento vedasi *infra* il par. 3.10.2), e cioè che:

1. i “diritti sociali” spettano *di regola* ai soci in misura proporzionale rispetto alle rispettive loro “partecipazioni” al capitale sociale;
2. le “partecipazioni” al capitale sociale sono *di regola* proporzionali all’entità del “conferimento” effettuato da ciascun socio;
3. entrambi detti rapporti proporzionali possono dunque essere derogati;
4. nell’atto costitutivo (o nello statuto) possono essere previsti per uno o più soci “particolari diritti” inerenti la distribuzione degli utili.

2.1.6 Il “privilegio” dei fondatori nella distribuzione degli utili

Nell’atto costitutivo della società a responsabilità limitata può essere prevista per i “soci fondatori” (cioè coloro che stipulano l’atto costitutivo stesso) «una partecipazione non superiore complessivamente a un decimo degli utili netti risultanti dal bilancio e per un periodo massimo di cinque anni» (art. 2340, comma 1).

Questo “privilegio” deriva dall’art. 2341¹⁰¹, richiamato nell’ambito della disciplina della società a responsabilità limitata dall’art. 2463, comma 3.

¹⁰⁰ Nel previgente regime era discussa la liceità della clausola che prescriveva l’integrale destinazione dell’utile (distribuibile) a dividendo: cfr. ABRIANI N., *Problemi in tema di clausole sulla distribuzione degli utili e sul pegno di azioni*, in AA.VV., *Il diritto delle società tra controllo giurisdizionale e autonomia privata*, Milano, 1998, 123.

¹⁰¹ L’art. 2341 sancisce che: «La disposizione del primo comma dell’art. 2340 si applica anche ai soci che nella costituzione simultanea o in quella per pubblica sottoscrizione stipulano l’atto costitutivo».

2.1.7 L'amministrazione e la rappresentanza della società

Rispetto al sistema previgente, in questa materia la disciplina della riforma offre uno dei suoi spunti di innovazione più significativi, sul quale quindi occorre condurre una trattazione specifica, cui *infra* (al par. 6.1) si rimanda, dovendosi qui limitare il discorso solo a pochi accenni.

Nel sistema del Codice civile del 1942 la struttura corporativa della società a responsabilità limitata rappresentava un dato inderogabile, la ripartizione di competenze tra assemblea e organo amministrativo era abbastanza¹⁰² rigida, le facoltà di “manovra” per l'autonomia privata erano dunque assai circoscritte.

Nel sistema della riforma invece l'autonomia statutaria in tema di struttura organizzativa della società e di ripartizione di competenze tra i vari organi raggiunge gli apici più significativi (l'art. 3 della legge 3 ottobre 2001, n. 366, afferma, al comma 1, che la riforma avrebbe dovuto ispirarsi al “principio generale” della «libertà di forme organizzative» seppur «nel rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi» e, al comma 2, che essa avrebbe pure dovuto «riconoscere ampia autonomia statutaria riguardo alle strutture organizzative [e] ai procedimenti decisionali della società») in quanto nell'atto costitutivo devono essere riportate (art. 2463, comma 2, n. 7) «le norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti l'amministrazione e la rappresentanza»¹⁰³, ricordandosi qui, in breve, solo che:

1. per l'art. 2475, comma 1, «salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci»¹⁰⁴;
2. per l'art. 2475, comma 3, «quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione. L'atto costitutivo

¹⁰² Vi era “solo” l'apertura di cui all'art. 2364, comma 1, n. 4 (richiamato nella società a responsabilità limitata dall'art. 2486, comma 2), secondo cui l'assemblea ordinaria poteva deliberare «sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori, nonché sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci».

¹⁰³ Occorre qui rimarcare che per l'art. 2479, comma 2, «in ogni caso» sono riservate alla competenza dei soci: «[...] 2) la nomina, se prevista nell'atto costitutivo, degli amministratori; 3) la nomina nei casi previsti dall'art. 2477 dei sindaci e del presidente del collegio sindacale o del revisore».

¹⁰⁴ Va ricordato che, dalla normativa in materia di società per azioni sono prelevabili per analogia le norme di cui all'art. 2389, comma 1 (per il quale «i compensi spettanti ai membri del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo sono stabiliti all'atto della nomina o dall'assemblea») e di cui all'art. 2402, comma 1 (per il quale «la retribuzione annuale dei sindaci, se non è stabilita nello statuto, deve essere determinata dall'assemblea all'atto della nomina per l'intero periodo di durata del loro ufficio»).

- può tuttavia prevedere [...] che l'amministrazione sia a esse affidata disgiuntamente oppure congiuntamente»;
3. per l'art. 2479, comma 1, «i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo», fermo restando che (comma 2) «in ogni caso sono riservate alla competenza dei soci:
 - l'approvazione del bilancio e la distribuzione degli utili;
 - la nomina, se prevista nell'atto costitutivo, degli amministratori;
 - la nomina [...] dei sindaci e del presidente del collegio sindacale o del revisore;
 - le modificazioni dell'atto costitutivo;
 - 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;
 4. per l'art. 2475-*bis*, comma 1, «gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società»;
 5. per l'art. 2381, comma 1, in tema di società per azioni, evidentemente applicabile per analogia alla società a responsabilità limitata, «lo statuto determina i poteri e i compiti del presidente del consiglio di amministrazione».

In altri termini, e salvo quanto si approfondirà al par. 6.1, del nuovo carattere assai spiccatamente “personalistico” è perfetta espressione proprio la normativa della riforma che consente all'atto costitutivo (oltre che la radicale scelta di abolire del tutto l'organo amministrativo, passandone per intero le competenze ai soci), di distribuire “a piacimento” competenze gestorie tra i “semplici” soci e l'organo amministrativo; in sostanza, si prende atto che, nella realtà concreta delle società a responsabilità limitata, è talmente intensa la commistione tra il ruolo di socio e il ruolo di amministratore (le due figure spessissimo coincidono), da legittimarsi pertanto una previsione statutaria con lo scopo di disattivare la norma di *default* che altrimenti si applicherebbe (e cioè l'art. 2475, comma 1, per effetto del quale la gestione della società spetta all'organo amministrativo) e di prevedere così un diretto coinvolgimento dei soci nelle decisioni amministrative.

Si apre quindi la strada, per esempio, per previsioni dell'atto costitutivo come:

- quella che riserva ai soci le decisioni su questioni eccedenti un certo valore (per esempio, gli atti superiori a 100mila euro);
- quella che riserva ai soci le decisioni su certe materie (per esempio, gli atti aventi a oggetto la proprietà immobiliare o diritti reali immobiliari); e così via.

Ove dunque si scelga di far luogo alla nomina di un organo amministrativo distinto dalla collettività dei soci, per le opzioni possibili in detta nomina

vanno osservate le previsioni dell'art. 2463, comma 2, n. 8 (per il quale l'atto costitutivo deve indicare «le persone cui è affidata l'amministrazione»), dell'art. 2468, comma 3 (per il quale «resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società»), dell'art. 2475, comma 1 (per il quale l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci «nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479», a meno che ricorra una «diversa disposizione dell'atto costitutivo»), dell'art. 2479, comma 1 (ove si afferma che «i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo [...]»), ancora dell'art. 2479 (il cui comma 2, n. 2 asserisce che «in ogni caso» è riservata «alla competenza dei soci [...] la nomina, se prevista nell'atto costitutivo, degli amministratori») e pure occorre notare che il legislatore nella società a responsabilità limitata non riproduce la normativa che, nella società per azioni, sancisce all'art. 2328, comma 2, n. 11, che l'atto costitutivo deve indicare «la nomina dei primi amministratori» (in tema di società a responsabilità limitata, invece, per il n. 7 del comma 1 del «vecchio» art. 2475, nell'atto costitutivo occorre indicare «il numero, il cognome e il nome, la data e il luogo di nascita degli amministratori e i loro poteri, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società») e all'art. 2383, comma 1, che «la nomina degli amministratori spetta all'assemblea, fatta eccezione per i primi amministratori, che sono nominati nell'atto costitutivo».

In sostanza, da questo quadro normativo, si evince che l'atto costitutivo di regola reca la nomina di coloro cui è affidata l'amministrazione della società e che ove si tratti di effettuare la nomina di amministratori posteriormente all'atto costitutivo (sia in quanto l'atto costitutivo non provveda, sia in quanto si siano verificate cessazioni di amministratori precedentemente nominati), questa è una competenza dei soci; e che, inoltre, la decisione di nomina degli amministratori può non spettare a tutti i soci ma può essere attribuita a singoli soci o a gruppi di soci.

2.1.8 La durata della società

La disciplina della riforma non riproduce più la disciplina recata dal «vecchio» art. 2475, comma 1, n. 9, che imponeva di indicare nell'atto costitutivo della società a responsabilità limitata «la durata della società»¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Cfr. per il previgente ordinamento SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 56; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 110.

Quindi il requisito della durata non va più annoverato tra quelli di indispensabile indicazione nell'atto costitutivo¹⁰⁶; cosicché si potranno stipulare atti costitutivi sia dotati del requisito della durata¹⁰⁷ che non recanti alcuna indicazione sul termine di scadenza della società.

Nel caso di mancata indicazione di un termine di durata (o, ciò che appare essere lo stesso – ne si veda la “prova” nell'art. 2285 sulla durata correlata alla vita di uno dei soci – nel caso dell'indicazione di un termine di durata talmente lungo da divenire “indeterminato”¹⁰⁸ oppure di un termine soggetto a “tacita proroga”)¹⁰⁹ l'art. 2473, comma 2, concede a qualsiasi socio (e

¹⁰⁶ Sotto il vigore della “vecchia” normativa veniva addirittura ritenuto «contrastare con la disposizione del primo comma n. 11 dell'art. 2328 c.c., risolvendosi nell'indeterminatezza del termine, la previsione di durata della società oltre l'anno 2100» (orientamento del Tribunale di Milano del 2000, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/massime.htm>). La Suprema Corte aveva ritenuto (Cass. 4 giugno 1998, n. 5472, in *Le Società*, 1998, 1296) che «la clausola statutaria di una società di capitali che preveda la proroga tacita della società se, entro un determinato termine prima della scadenza stabilita, un socio non abbia dato disdetta agli altri soci, deve ritenersi *contra legem*, perché, a differenza delle società personali, per quelle di capitali la durata è un elemento essenziale e deve essere certa, potendo subire variazioni, in linea generale, mediante una modifica dell'atto costitutivo adottata con delibera dell'assemblea straordinaria. La nullità di una tale clausola – tuttavia – non travolge automaticamente la previsione statutaria della disdetta, che rappresenta attribuzione al singolo socio, nei confronti della società, di un diritto personale, di natura potestativa, a veder cessare il contratto sociale alla scadenza originaria prevista e che si traduce in un correttivo della nullità della clausola di proroga tacita». Per App. Napoli, 7 giugno 1996, in *Società*, 1997, 183, «nonostante “la ratio” della disposizione contenuta nell'art. 2328, comma 2, n. 11, sia quella di garantire la certezza di un termine al quale commisurare gli affari e le scelte sociali, detta norma, però, non include alcun limite nella fissazione del termine di durata della società».

¹⁰⁷ Si potrà fare il “classico” riferimento diretto a un termine di scadenza; così come pure si potrà far riferimento “indiretto” (cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 48) a un dato evento *certus an incertus quando* (per esempio: la morte di un dato socio).

¹⁰⁸ Sull'equiparazione dell'eccessiva lunghezza del termine alla sua indeterminatezza, e quindi sulla *riqualificazione* come indeterminatezza dell'eccessiva lunghezza cfr. NOTARI M., *La costituzione della S.p.A. e il contenuto dell'atto costitutivo*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 6 (del dattiloscritto); e pure PORTALE G.B., *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal Governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 709-710. Cfr. poi D'AMBROSIO C., *La nuova società a responsabilità limitata tra società di persone e società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2003 I, 405, che parifica l'indeterminatezza al caso della durata «per un tempo superiore alla vita dei soci».

¹⁰⁹ In tema di “proroga tacita” nel previgente ordinamento cfr. Cass., 4 giugno 1998, n. 5472, in *Giur. it.*, 1999, 102, la quale decise che «è da ritenersi “*contra legem*” la clausola statutaria di una società di capitali che preveda la proroga tacita della società se, entro un determinato termine prima della scadenza stabilita, un socio non abbia dato disdetta agli altri soci, in quanto nelle società di capitali, a differenza delle società personali, la durata è un elemento essenziale e deve essere certa, potendo subire variazioni soltanto mediante modifica dell'atto costitutivo adottata con delibera dell'assem-

quindi anche al socio di maggioranza)¹¹⁰, il diritto di recesso (con ciò che ne può conseguire per l'assetto della società, dovendosi liquidare la partecipazione del recedente o addirittura giungere allo scioglimento della società)¹¹¹ con l'unico temperamento che:

- a. seppur il diritto di recesso possa essere esercitato in qualsiasi momento¹¹², occorre comunque un preavviso di almeno centottanta giorni;
- b. l'atto costitutivo può prevedere un periodo di preavviso di durata maggiore purché non superiore a un anno.

La scelta se apporre o meno una durata al contratto sociale non è quindi di poco momento¹¹³.

2.1.9 Le spese di costituzione della società

Nulla di nuovo vi è in questa materia in quanto il n. 9 del comma 2 dell'art. 2463, riproducendo l'identico testo del "vecchio" art. 2475, comma 1, n. 10,

blea straordinaria. Tuttavia la nullità di una siffatta clausola non travolge automaticamente la previsione statutaria del diritto di disdetta del singolo socio, poiché tale diritto è compreso nella categoria delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo al singolo socio, le quali, trovando la loro fonte nell'atto costitutivo o in norme imperative, costituiscono un limite all'operatività del principio maggioritario (e, quindi, al potere dispositivo della società) a tutela dell'interesse individuale, e come tali non sono modificabili se non con l'unanimità dei consensi». Per Trib. Cassino, 4 ottobre 1991, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 668, «lo statuto di società di capitali che preveda una clausola di proroga tacita della durata della società stessa è affetto da nullità parziale e, conseguentemente, non può essere omologato».

¹¹⁰ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *La costituzione della società per azioni*, in *Società*, 2003, 286.

¹¹¹ Sul diritto di recesso, anche a causa della durata indeterminata, vedasi *infra* il par. 4.2.3. Per CAMPOBASSO G.F., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1455, «evidenti appaiono [...] i pericoli per la tutela dell'integrità del capitale sociale».

¹¹² Va notato che nella corrispondente disciplina della società per azioni (art. 2328, comma 2, n. 13), si dispone che, ove la società sia costituita a tempo indeterminato, l'atto costitutivo deve indicare «il periodo di tempo, comunque non superiore a un anno, decorso il quale il socio potrà recedere». Si può fondatamente ritenere che nell'atto costitutivo di società a responsabilità limitata, oltre alla previsione del preavviso di cui all'art. 2473, comma 2, possa apporsi anche una disciplina analoga a quella appena richiamata in tema di società per azioni e quindi la previsione di un periodo durante il quale, nonostante l'illimitatezza della durata della società, il diritto di recesso possa non essere esercitato.

¹¹³ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *La costituzione della società per azioni*, in *Società*, 2003, 283, il quale afferma che la nuova norma «solleva problemi delicati sul piano della tutela dell'integrità del patrimonio e del capitale sociale» stante il diritto di recesso attribuito nel caso di durata indeterminata. Identico ragionamento in MONTALENTI P., *Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1545.

dispone tuttora¹¹⁴ che l'atto costitutivo deve indicare «l'importo globale, almeno approssimativo, delle spese per la costituzione poste a carico della società», e ciò – si ritiene, in mancanza di altra plausibile spiegazione – al fine di porre con evidenza i soci di fronte ai costi che debbono sopportare per far luogo alla costituzione di una società.

Va sul punto ricordato solo che qualche giurisprudenza onoraria ha escluso l'omologa se il capitale previsto non sia in grado di far fronte alle spese notarili di costituzione, sul riflesso che una società non potrebbe nascere senza capitale¹¹⁵.

Ma si tratta di decisioni sicuramente insensate¹¹⁶, che non considerano come la fonte per finanziare le spese di costituzione di una società possa non essere necessariamente rappresentata dal capitale sociale (sarebbe infatti come dire che una società con un capitale di 10mila euro non potrebbe appena dopo la costituzione rendersi acquirente di un immobile del costo di 1 milione di euro: evidentemente i mezzi di pagamento in tal caso sarebbero forniti direttamente dai soci, mediante un finanziamento della società, o dal credito bancario).

2.1.10 I contrasti nelle decisioni di gestione della società

Ai sensi dell'art. 37, D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, l'atto costitutivo della società a responsabilità limitata può «contenere clausole con le quali si deferiscono a uno o più terzi i contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società» e che il soggetto o il collegio chiamati a dirimere i contrasti sulla gestione «può dare indicazioni vincolanti¹¹⁷ anche sulle questioni collegate con quelle espressamente deferitegli».

¹¹⁴ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *Le spese per la costituzione delle società di capitali: considerazioni intorno all'art. 2328, n. 12 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 874.

¹¹⁵ Cfr. Trib. Udine, 15 gennaio 1992, in *Società*, 1992, 695, secondo cui «la richiesta di omologazione di società cooperativa, nel cui atto costitutivo vengono indicate spese di costituzione superiori all'ammontare del capitale sociale, va respinta, non potendo detta società sorgere priva di capitale, posto che quello iniziale non è neppure sufficiente a sostenere le spese di costituzione»; App. Napoli, 29 ottobre 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 1916, secondo cui «non è omologabile la società cooperativa nel cui atto costitutivo vengono indicate spese di costituzione il cui ammontare assorbe interamente il capitale sociale».

¹¹⁶ Come conferma App. Trieste, 4 aprile 1990, in *Vita not.*, 1990, 588, secondo cui «è omologabile l'atto costitutivo di società cooperativa che indica un capitale sociale di ammontare tale da venire completamente assorbito dalle spese per la costituzione della società».

¹¹⁷ Si pone poi un problema di coordinamento tra la vincolatività della decisione e la responsabilità degli organi sociali: cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 259.

La decisione resa in questo procedimento è impugnabile solo in caso di mala fede del decidente (art. 1349, comma 2).

2.1.11 Lo statuto della società

Lo statuto della società a responsabilità limitata è scomparso?

Nella nuova normativa in tema di società a responsabilità limitata infatti non si menziona mai la parola “statuto” e ogni qualvolta si fa riferimento alle regole di funzionamento della società nel suo complesso il legislatore si riferisce “solo” all’atto costitutivo. Svista o precisa volontà?

Nella previgente normativa, il secondo comma dell’art. 2328 del Codice civile recitava: «Lo statuto contenente le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato, si considera parte integrante¹¹⁸ dell’atto costitutivo e deve essere a questo allegato». Questa regola era poi richiamata (con richiamo numerico) dal successivo art. 2475, che appunto riportava nella società a responsabilità limitata la suddetta norma recata dal secondo comma dell’art. 2328.

Dopo la riforma la normativa previgente rimane intatta nel campo delle società per azioni¹¹⁹. Il disposto del nuovo art. 2328, al terzo comma, riproduce infatti il “vecchio” secondo comma dell’articolo recante il medesimo numero.

Invece, nella disciplina della società a responsabilità limitata, non solo non esiste più il previgente richiamo, ma non una sola volta il legislatore si riferisce allo “statuto”: in ogni caso in cui il legislatore fa riferimento alle norme di funzionamento della società nel loro complesso (tradizionalmente contenute appunto nello “statuto” della società, il quale è invero vocato a ospitare gli “elementi non caduchi”¹²⁰ delle pattuizioni che i soci stipulano in sede di atto costitutivo)¹²¹, questo riferimento infatti è oggi non più allo

¹¹⁸ Cfr. PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 264.

¹¹⁹ Ove peraltro sorge (quasi) lo stesso problema, in quanto l’art. 2328 non prevede più l’allegazione dello statuto (che pure è un “atto separato”) all’atto costitutivo: cfr. sul tema NOTARI M., *La costituzione della s.p.a. e il contenuto dell’atto costitutivo*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 2 (del dattiloscritto).

¹²⁰ Cfr. NOTARI M., *La costituzione della S.p.a. e il contenuto dell’atto costitutivo*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di S.p.A.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 2 (del dattiloscritto); cfr. pure SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 33, il quale afferma che l’atto costitutivo contiene gli «elementi transeunti e variabili» mentre lo statuto contiene quelli «funzionali e stabili all’assetto societario».

¹²¹ L’atto costitutivo è «la base negoziale su cui si fonda la società» e la società non si costituisce se esso manca; lo statuto è invece «l’ordinamento interno della società», destinato a enunciare le sue

“statuto” ma appunto a quel documento chiamato “atto costitutivo” (il quale, tradizionalmente, non contiene – se non in minima parte – le norme “di funzionamento”, bensì quelle proprie del contratto che dà vita al nuovo ente, pur se, essendo lo statuto un documento “facoltativo”¹²², ben sarebbe possibile racchiudere nel solo atto costitutivo tutte le norme, sia “di costituzione” sia “di funzionamento” di una data società)¹²³.

Nella società per azioni, invece, ogni qualvolta il legislatore fa riferimento alle norme di funzionamento della società, il testo della riforma continua a menzionare lo “statuto” (“relegando” l’atto costitutivo solamente al suo ruolo proprio di “scintilla” iniziale della società, in linea di massima quindi contenente essenzialmente gli “elementi caduchi” della fattispecie costitutiva).

Secondo una prima ipotesi, la ragione del diverso trattamento tra società

norme di funzionamento: COTTINO G., *Diritto commerciale*, vol. I, t. 2, *Le società*, Padova, 1999, 228.

¹²² Cfr. CORAPI D., *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971, 141.

¹²³ Sull’annoso problema della fungibilità o meno tra atto costitutivo e statuto in ordine alla capacità di contenere le clausole “fondanti” della società, e sulla conseguente tematica della necessità o meno della lettura obbligatoria anche dello statuto da parte del notaio rogante, cfr. Trib. Tolmezzo, 30 gennaio 1991, in *Vita not.*, 1992, 1236, secondo cui «non è omologabile l’atto costitutivo di una società a responsabilità limitata qualora nell’atto costitutivo non siano indicati, ai sensi dell’art. 2475, n. 6, i criteri di ripartizione degli utili, neppure se essi siano desumibili dallo statuto, del quale, in sede di redazione dell’atto pubblico, non è stata data lettura»; per Trib. Roma, 17 settembre 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 3464, «è omologabile l’atto costitutivo di società di capitali anche nell’ipotesi in cui i soci non abbiano redatto uno statuto sociale»; per Trib. Roma, 13 aprile 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 20, «qualora l’indicazione dell’oggetto sociale di una società di capitali non sia contenuta nell’atto costitutivo in senso stretto, ma nell’allegato statuto, la lettura di quest’ultimo non può essere omessa, pena, in difetto, il diniego dell’omologazione per mancanza della forma di atto pubblico richiesta dalla legge *a substantiam*»; per Trib. Roma, 13 aprile 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 20, «qualora l’indicazione dell’oggetto sociale di una società di capitali non sia contenuta nell’atto costitutivo in senso stretto, ma nell’allegato statuto, la lettura di quest’ultimo non può essere omessa, pena, in difetto, il diniego dell’omologazione per mancanza della forma di atto pubblico richiesto della legge *a substantiam*»; per App. Roma, 11 febbraio 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 494, «lo statuto deve considerarsi, per espressa disposizione di legge (art. 2328 c.c.), come parte integrante dell’atto costitutivo e deve essere a questo allegato; pertanto le indicazioni dell’art. 2328 c.c. possono essere rilevate dal complesso dei due atti e non dal solo atto costitutivo in senso stretto. Ne deriva che l’allegazione dello statuto all’atto costitutivo, e la conseguente lettura alle parti, consente al notaio rogante di indagare la volontà di esse a dirigere personalmente la compilazione integrale dell’atto, nonché di controllare la legittimità delle clausole statutarie che, con l’atto costitutivo, concorrono alla determinazione del regolamento contrattuale della società»; per App. Roma, 18 maggio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 572, «è omologabile l’atto costitutivo di una società a responsabilità limitata quando la clausola sulla ripartizione degli utili sia contenuta nel solo statuto allegato, a condizione che tale clausola non contenga deroghe, alla disciplina legale. In tal caso si renderebbe infatti necessario il suo inserimento nell’atto costitutivo oppure la redazione anche dello statuto nella forma solenne dell’atto pubblico».

a responsabilità limitata e società per azioni potrebbe risiedere nella banale considerazione che la riforma sarebbe stata scritta a più mani, senza che la destra vedesse ciò che faceva la sinistra, e che quindi si sia trattato del frutto di un “semplice” mancato coordinamento.

Appare invece più plausibile l'opinione che il legislatore abbia voluto, in ossequio allo sforzo di imprimere alla società a responsabilità limitata un maggior carattere “contrattuale”¹²⁴ in ragione della natura più spiccatamente “personale” delineata dalla riforma per la società a responsabilità limitata stessa¹²⁵, che tutta la normativa della società a responsabilità limitata vada contenuta nell'atto costitutivo, e quindi sia quella più propriamente afferente il momento costitutivo della società, sia quella relativa al funzionamento della società stessa dopo l'atto costitutivo¹²⁶: insomma, la stessa

¹²⁴ Cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 228.

¹²⁵ Cfr. MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 14 (del dattiloscritto), secondo cui «il carattere personalistico, estremamente flessibile della Società a responsabilità limitata rende conto di come le posizioni dei soci e l'organizzazione stessa della società sia affidata al contratto sociale e come sia allora naturale che il legislatore della Società a responsabilità limitata non parli di uno statuto come corpo di norme destinato a disciplinare in modo astratto, depersonalizzato, svincolato dal contingente, la società. Le regole di funzionamento, di funzionamento di quella concreta realtà societaria, di quell'insieme di soci con nome e cognome, diventa parte (art. 2463 n. 7) del contratto che disciplina la singola società»; e SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 189, secondo cui l'atteggiamento del legislatore «si inquadra nella sistematica [per cui nella società per azioni, n.d.a.] prevalgono norme e principi speciali dell'ordinamento azionario [mentre, nella società a responsabilità limitata, n.d.a.] la normativa è permeata anche da principi contrattualistici». Per TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in *Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 5 (del dattiloscritto), «tale scelta deriva, più che da precise ragioni giuridiche (anche le s.r.l. prevederanno clausole relative al funzionamento della società, potendo anzi, come si è visto, strutturare più liberamente le competenze al proprio interno e le proprie regole organizzative), dall'intenzione del legislatore di creare tra gli operatori, anche in sede di elaborazione delle nuove tecniche contrattuali di redazione degli atti costitutivi, una mentalità favorevole all'assimilazione della nuova s.r.l. più a una società di persone che all'attuale tipo di cui agli artt. 2472 ss. c.c.».

¹²⁶ Pur affermando che «l'eliminazione dello statuto non è giustificata», e quindi ammettendo che l'utilizzo dello statuto per la società a responsabilità limitata è ancor oggi ammissibile dopo la riforma, MONTAGNANI C., *Sub Articolo 2463*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 17, taccia, con ingiustificato e quasi scandalizzato livore, come «inutile spreco di slogans» la considerazione che la mancata riproposizione dello statuto da parte della legge di riforma corrisponderebbe allo sforzo del legislatore di imprimere alla società a responsabilità limitata un maggior carattere contrattuale: «lo statuto non è meno contratto dell'atto costitutivo, né si “personalizza” un tipo prevedendo che “tutta la normativa patrizia sia contenuta nell'atto costitutivo”».

situazione della legislazione tedesca, ove si differenzia tra *Satzung* (statuto della società per azioni) e *Gesellschaftsvertrag* (contratto di società per la società a responsabilità limitata).

Quanto precede peraltro non pare impedire che si possa procedere, dopo la riforma, ancora con il “vecchio stile” e cioè confezionando comunque uno statuto della società a responsabilità limitata recante le norme di funzionamento della società, e lasciando all’atto costitutivo le sole regole relative alla nascita della società stessa¹²⁷.

Nulla parrebbe opporsi a questo tipo di atteggiamento: non solo non esiste infatti alcuno specifico divieto sul punto in questione (e quindi in base al principio generale che è consentito tutto ciò che non è vietato) ma anche perché quasi tutta la normativa della nuova società a responsabilità limitata è improntata a un grado massimo di derogabilità e di adattabilità alle esigenze del caso concreto. Cosicché non pare affatto implausibile (perché appunto ciò non sembra contrastare né con una specifica norma né con qualche preteso principio generale) l’atteggiamento di limitare l’atto costitutivo alle vere e proprie regole di *start-up*, delegando allo statuto il compito di contenere invece l’insieme delle regole che disciplinano la vita sociale, dal momento della costituzione fino all’estinzione dell’ente.

Tra l’altro, nel senso dell’ammissibilità dell’utilizzo dello statuto per la società a responsabilità limitata anche nel vigore del diritto riformato depone la considerazione che, negando tale ammissibilità, si avrebbe una specie di implausibile “doppio binario”: il primo per le nuove società, prive di statuto, il secondo per le “vecchie” società, che di uno statuto sono inevitabilmente ben dotate (e non possono certo farne a meno).

Ove dunque si faccia ricorso allo statuto anche nel vigore della disciplina societaria riformata, non appare possibile non ritenere applicabile¹²⁸ alla società a responsabilità limitata anche la norma (art. 2328, comma 3), che il legislatore ha opportunamente dettato (chi lavora nel vivo della vita societaria sa perfettamente quanto siano ingestibili – perché spesso non si sa come comportarsi – questi casi di disallineamento tra un documento e l’altro) per la società per azioni, circa l’ipotesi del possibile caso del

¹²⁷ Cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 228; Cfr. AVAGLIANO M., *Lo statuto, ovvero le norme sul funzionamento dell’ente*, in *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni*, in *Studi e materiali* a cura dell’Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 2003, supplemento al fascicolo 1/2003, 305.

¹²⁸ Per SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 189, la norma circa la prevalenza dello statuto «sembra applicabile anche alle s.r.l.» e si giustifica (pag. 33) con la considerazione che lo statuto contiene gli elementi “stabili” dell’assetto societario, mentre l’atto costitutivo contiene elementi “transeunti” e “variabili”.

contrasto tra la disciplina recata dall'atto costitutivo e quella recata dallo statuto, risolvendo tale contrasto a favore della normativa contenuta nello statuto¹²⁹.

Invero, essendo quella norma l'unica dettata in modo espresso nell'intero ordinamento per risolvere¹³⁰ questa particolare ipotesi di contrasto tra risultanze documentali, è appunto da ritenere che essa divenga di inevitabile applicazione in tutte le fattispecie in cui a un "atto costitutivo" di una qualsiasi entità giuridica si accompagni un contrastante "statuto" recante la regolamentazione della vita di quella "entità".

2.2 L'atto costitutivo unilaterale

L'art. 2463, comma 1 (confermando il previgente disposto del "vecchio" art. 2475, comma 3, introdotto dal D.lgs. 3 marzo 1993, n. 88 in attuazione della direttiva 89/667/CEE, la "XII Direttiva")¹³¹ continua ad ammettere¹³² che la

¹²⁹ Per MONTAGNANI C., *Sub Articolo 2463*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 17, invece, «nell'inevitabile provvisorietà del primo commento, escluderei che, ove si ritenga tuttora possibile redigere anche uno statuto, questo possa poi prevalere, in caso di contrasto, sull'atto costitutivo».

¹³⁰ Circa l'interpretazione dello statuto societario cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 60; ANGELICI C., *Appunti sull'interpretazione degli statuti di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 797; IBBA C., *L'interpretazione degli statuti societari fra criteri oggettivi e criteri soggettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 525. Per Cass., 10 dicembre 1996, n. 10970, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1519, «il sistema di pubblicità legale istituito dal legislatore in materia di società comporta che il dichiarante il quale non può opporre al terzo la volontà non iscritta nel registro (art. 2193 c.c.), non può nemmeno pretendere di dare alla propria dichiarazione un significato diverso da quello che essa ha obiettivamente; ne consegue che per interpretare tale dichiarazione appare più consono ricorrere a criteri di interpretazione obiettivi piuttosto che a quelli fondati sulla comune intenzione dei contraenti (art. 1362 c.c.)»; invece App. Milano, 28 novembre 1997, in *Giur. it.*, 1998, 1201, ritiene che «nell'interpretazione dello statuto di una società occorre fare riferimento ai criteri dettati in materia contrattuale: pertanto la comune intenzione delle parti può ben essere resa esplicita dalla successiva condotta dei contraenti. (Nel caso di specie lo statuto di una s.r.l. imponeva all'assemblea di determinare la durata della carica degli amministratori all'atto della loro nomina. La Corte d'appello ha ritenuto legittima la nomina da parte dell'assemblea di nuovi amministratori in carica "fino a dimissioni o revoca", questo perché in precedenza altri amministratori – compreso l'appellante – erano stati nominati a tempo indefinito)».

¹³¹ Cfr. IUDICA G., *La direttiva CEE sulla società a responsabilità limitata con socio unico*, in *Riv. soc.*, 1989, 1256; CHIEFFI I., *La nuova società a responsabilità limitata unipersonale*, in *Riv. soc.*, 1994, 525.

¹³² Cfr. AVAGLIANO M., *La società a responsabilità limitata unipersonale*, in *Il nuovo diritto*

società a responsabilità limitata possa essere costituita¹³³ anche da un solo socio (può trattarsi sia di una persona fisica che di un soggetto diverso dalla persona fisica)¹³⁴, come modello legale alternativo alla società a responsabilità limitata che si fonda su un contratto pluripersonale (con comunione di scopo)¹³⁵.

La normativa sulla società unipersonale, dopo l'enunciazione di principio di cui all'art. 2463, comma 1, è poi "sparsa" in numerosi articoli del Codice (2250, comma 4, 2331, comma 2, 2342, commi 2 e 4, 2462, comma 2, 2464, commi 4 e 7, 2470, commi 4, 5, 6 e 7, 2478, comma 4, 2481-*bis*, comma 5), quando invece una trattazione un po' più "organica" sarebbe stata forse maggiormente soddisfacente¹³⁶. Vediamola in sintesi¹³⁷.

2.2.1 La pubblicità della società unipersonale

Ai sensi dell'art. 2250, comma 4, negli "atti" e nella "corrispondenza" delle società a responsabilità limitata deve essere indicato se queste hanno un unico socio¹³⁸: l'organo amministrativo della società a responsabilità limita-

societario. Prime riflessioni, in *Studi e materiali* a cura dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 2003, supplemento al fascicolo 1/2003, 305.

¹³³ Sul tema della costituibilità per testamento cfr. FERRARA F., CORSI G., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, 882; e IBBA C., *La società a responsabilità limitata con unico socio*, in *Quaderni di diritto commerciale europeo*, n. 7, Torino, 40. Sulla costituibilità di società a responsabilità limitata unipersonale per scissione cfr. TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata con unico socio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 717.

¹³⁴ Sul delicato problema se sia a unico socio la società a responsabilità limitata partecipata da una sola fiduciaria, la quale abbia ricevuto mandato da una pluralità di fiducianti, cfr. App. Milano, 9 maggio 2000, in *Società*, 2001, 195, secondo cui «il carattere unipersonale di una società a responsabilità limitata permane allorché il socio costituente sia una società fiduciaria che agisca in esecuzione di specifico mandato di una pluralità di fiducianti; da ciò consegue l'obbligo del rispetto dell'art. 2476, comma 2 c.c. relativo all'integrale versamento del capitale sociale all'atto della costituzione».

¹³⁵ Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-*bis*, Bologna-Roma, 1992, 39; PAOLUCCIL.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 260.

¹³⁶ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *La costituzione di società per azioni*, in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1453.

¹³⁷ Cfr. CABRAS G., *Le società unipersonali*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 284; SORCI E., STAGNO D'ALCONTRES A., voce *Società unipersonale*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. VI, Milano, 2002, 1064.

¹³⁸ L'unipersonalità è caratteristica da esplicitare negli "atti" e nella "corrispondenza" ma non occorre a comporre la denominazione sociale: prova ne sia che, altrimenti, ogni qualvolta si passi da società pluripersonale a società unipersonale, o viceversa, occorrerebbe far luogo a procedure di modificazione statutaria: cfr. Trib. Napoli, 27 ottobre 1998, in *Società*, 1999, 612, secondo cui «è il-

ta unipersonale deve pertanto provvedere (ma senza che la violazione di tale obbligo sia configurabile come sanzionata con la perdita da parte dell'unico socio del beneficio della responsabilità limitata)¹³⁹ affinché, in qualsiasi documentazione scritta diretta all'esterno della società ("corrispondenza") e, comunque, in qualsiasi documento societario ("atti") sia segnalata la composizione unipersonale del capitale sociale della società stessa, senza peraltro dover esplicitare chi sia tale unico socio oppure il regime di responsabilità cui lo stesso sia soggetto (l'individuazione dell'unico socio e del suo eventuale regime di illimitata responsabilità sono invero un onere di chi abbia interesse a tale accertamento).

È inoltre prescritto (art. 2470, comma 4) che quando le partecipazioni appartengono a un solo socio o muta la persona dell'unico socio, gli amministratori della società per azioni devono entro trenta giorni dall'iscrizione della situazione di unipersonalità nel libro dei soci¹⁴⁰ depositare per l'iscrizione nel Registro delle Imprese una dichiarazione contenente l'indicazione del cognome e nome o della denominazione, della data e del luogo di nascita o di costituzione, del domicilio o della sede e cittadinanza dell'unico socio; identico adempimento è da effettuare (art. 2470, comma 5) quando si costituisce o ricostituisce la pluralità dei soci¹⁴¹.

Si tratta di una pubblicità che, negli adempimenti da svolgere presso il Registro delle Imprese, è stata configurata come pubblicità "specificata", e cioè una pubblicità *ulteriore* rispetto a quella *ordinariamente* da effettuarsi per l'atto da cui l'unipersonalità "deriva"¹⁴² (anche se un'interpretazione

gittimo l'inserimento, nella denominazione sociale di una società unipersonale a responsabilità limitata, dell'espressione "unipersonale", perché essa è modificabile soltanto con una deliberazione dell'assemblea straordinaria ed è idonea a ingenerare il falso convincimento che alla società non possono partecipare altri soci».

¹³⁹ Si tratterà semmai di una responsabilità degli amministratori per omissione dei loro doveri e per i danni che essi abbiano eventualmente cagionato a terzi con questo loro comportamento omissivo. Non sembra plausibile invece l'applicazione della sanzione di cui all'art. 2630 (secondo cui «chiunque, essendovi tenuto per legge a causa delle funzioni rivestite in una società o in un consorzio, omette di eseguire, nei termini prescritti, denunce, comunicazioni o depositi presso il Registro delle Imprese, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 206 a 2.065 euro»), sostenuta in BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C. (a cura di), *Codice civile ipertestuale*, sub art. 2475-bis, aggiornamento 2003, in quanto appunto detta norma appare dedicata esclusivamente alle formalità da espletarsi presso il Registro delle Imprese.

¹⁴⁰ Nell'ultimo comma dell'art. 2470 è prescritto infatti che «le dichiarazioni degli amministratori previste dai precedenti quarto e quinto comma devono essere depositate entro trenta giorni dall'iscrizione nel libro dei soci e devono indicare la data di tale iscrizione».

¹⁴¹ Cfr. IBBA C., *Pubblicità e responsabilità nella società a responsabilità limitata unipersonale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 266; CAMPOBASSO G.F., *La responsabilità del socio nella società a responsabilità limitata unipersonale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 229.

¹⁴² Su questa tematica cfr. in vario senso ROSAPEPE R., *La società a responsabilità limitata uni-*

nel segno della semplificazione non guasterebbe, specie osservandosi che nell'art. 3, comma 2, della legge 3 ottobre 2001, n. 366 si leggono, alla lett. *a*), i principi di “semplificazione del procedimento di costituzione” e di “eliminazione degli adempimenti non necessari” e, alla lett. *h*), il principio di “semplificazione delle procedure”); e quindi:

- non basta iscrivere l'atto costitutivo unilaterale¹⁴³, ma occorre separatamente e specificamente pubblicizzare l'unipersonalità di quell'atto¹⁴⁴;
- non basta iscrivere l'atto di cessione delle quote¹⁴⁵ da cui risulta il “rastrelamento” dell'intero capitale sociale a opera di un solo socio, ma, anche qui, occorre separatamente e specificamente pubblicizzare, come sopra, la raggiunta unipersonalità.

A detta pubblicità può direttamente provvedere (art. 2470, comma 6) anche colui che diventa (o che cessa di essere) unico socio: egli ha dunque un onere di controllo, poiché dalla mancata effettuazione della pubblicità predetta deriva la sua illimitata responsabilità in caso di insolvenza. Certo è che se detta responsabilità illimitata discenda da un comportamento omissivo degli amministratori, essi debbono rispondere verso l'unico socio per i danni che egli patisca a causa dell'assunzione dell'illimitata responsabilità da parte sua.

2.2.2 Il capitale della società unipersonale

Dato che per l'art. 2463, comma 3, alla società a responsabilità limitata si applica il disposto dell'art. 2329, e dato che il n. 2 del comma 1 di detto art. 2329 dispone che per procedere alla costituzione della società è necessario «che siano rispettate le previsioni degli articoli 2342 e 2343 relative ai conferimenti», allora alla società a responsabilità limitata unipersonale si applica la previsione di cui al comma 2 di detto art. 2342 (ripetuta peraltro nell'art. 2464, comma 4) secondo cui «alla sottoscrizione dell'atto costitutivo deve essere versato presso una banca almeno il venticinque per cento dei

personale, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 174, Milano, 1996, 46; SCHIANO DI PEPE G., *Commento alla legge 310/93*, in *Corr. Giur.*, 1993, 1260; CAMPOBASSO G.F., *La responsabilità del socio nella s.r.l. unipersonale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 234; IBBA C., *La società a responsabilità limitata con unico socio*, Torino, 1995, 80; ROZZI D., *Integrazione della nuova disciplina del trasferimento di quote di s.r.l. con alcune disposizioni comunitarie dettate in materia di società unipersonale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 767.

¹⁴³ Al cui fine si usa il cosiddetto “modello S1”.

¹⁴⁴ Al cui fine occorre utilizzare il cosiddetto modello “S2”, ovviamente diverso dal precedente.

¹⁴⁵ Al cui fine si usa il cosiddetto modello “S6”.

conferimenti in danaro o, nel caso di costituzione con atto unilaterale, il loro intero ammontare»¹⁴⁶.

Va anche ricordato che, ai sensi del comma 4 del medesimo art. 2342 (norma invero ripetuta nell'art. 2464, ultimo comma), se nel corso della vita della società «viene meno la pluralità dei soci, i versamenti ancora dovuti devono essere effettuati entro novanta giorni»¹⁴⁷; la pluralità dei soci può venire meno, per esempio, per acquisto di tutte le quote di partecipazioni da parte di un solo soggetto o per ricapitalizzazione, sempre a opera di un solo soggetto, di una società il cui capitale si sia azzerato a causa di perdite.

In base al medesimo principio, l'art. 2481-*bis*, comma 5, prescrive che se l'aumento di capitale è sottoscritto dall'unico socio, il conferimento in danaro deve essere integralmente versato all'atto della sottoscrizione.

2.2.3 Le operazioni compiute prima dell'iscrizione della società unipersonale nel Registro delle Imprese

Qualora vengano compiute operazioni in nome della società prima dell'iscrizione nel Registro delle Imprese, sono illimitatamente e solidalmente responsabili verso i terzi coloro che hanno agito; in caso di società unipersonale, a tale responsabilità si aggiunge (art. 2331, comma 2, richiamato nella società a responsabilità limitata dall'art. 2463, ultimo comma) quella

¹⁴⁶ Cfr. App. Milano, 5 febbraio 1999, in *Società*, 1999, 953, e in *Corriere giur.*, 1999, 1159, secondo cui il mancato integrale versamento dei conferimenti nella società a responsabilità limitata unipersonale, previsto dall'art. 2476 c.c., determina l'impossibilità di iscrivere la società nel Registro delle Imprese, e, qualora questa sia iscritta, la nullità della medesima; Cass., 12 gennaio 2001, n. 383, in *Vita not.*, 2001, 949, secondo cui «l'art. 2476, 2° comma, c.c. prescrive, a pena di nullità, il versamento dell'intero capitale sociale all'atto della costituzione di società unipersonali; pertanto, il notaio che nella redazione del relativo atto contravvenga a tale disposizione incorre nella responsabilità disciplinare ai sensi dell'art. 28 legge notarile, e ciò anche nell'ipotesi in cui, a seguito di rifiuto di omologazione, si sia proceduto alla modifica dell'atto con il versamento integrale dal capitale sociale; infatti, il citato art. 28 legge notarile configura la responsabilità disciplinare del notaio con riferimento a una condotta sua propria che, una volta realizzata, segna il momento consumativo dell'illecito e sulla quale non possono, pertanto, spiegare rilevanza retroattiva comportamenti altrui, futuri ed eventuali»; conforme è Cass., 12 aprile 2000, n. 4657, in *Vita not.*, 2000, 1064; cfr. anche ROZZI D., *Integrazione della nuova disciplina del trasferimento di quote di società a responsabilità limitata con alcune disposizioni comunitarie dettate in materia di società unipersonale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 767.

¹⁴⁷ Va qui ricordato il problema (cfr. CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 514, nota 2) se i novanta giorni decorrano dal momento in cui si verifica l'acquisizione dell'intero capitale da parte dell'unico socio (per esempio, l'atto traslativo delle partecipazioni) oppure dal momento in cui dell'unicità del socio si dia conto nel libro dei soci, momento dal quale la società e gli amministratori in particolare ne vengono a conoscenza.

del socio unico fondatore in quanto è implausibile ritenere che egli, pur non avendo agito, non sapesse nulla di dette operazioni.

2.2.4 I contratti tra società a responsabilità limitata e unico socio

Riprendendo e ampliando una norma già vigente sotto la “vecchia” disciplina¹⁴⁸, l’art. 2478, comma 4, prescrive ora che sia i contratti della società con l’unico socio sia le operazioni compiute dalla società a favore dell’unico socio non sono opponibili ai creditori della società se «non risultano»¹⁴⁹:

- nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione;
- da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento.

Queste formalità sono evidentemente richieste al fine che rimanga una documentazione dell’attività compiuta in quanto l’unico socio potrebbe utilizzare la società per finalità proprie estranee all’oggetto sociale.

Ferma restando dunque la validità di tali contratti¹⁵⁰, la “sanzione” per la loro mancata pubblicità è ora stabilita nella non opponibilità degli stessi nei confronti dei creditori della società (cioè è come se per loro non esistessero); viene dunque in tal modo risolto il dibattito originatosi tra coloro che variamente ritenevano che la “sanzione” per il mancato rispetto delle prescritte formalità consistesse volta a volta nell’opponibilità dell’atto nei confronti dei terzi¹⁵¹, in un difetto di forma *a substantiam*¹⁵² oppure nell’inefficacia dell’atto nei confronti della società¹⁵³.

Resta fermo che la norma concerne l’opponibilità ai “creditori” e quindi

¹⁴⁸ Cfr. CHIEFFI I., *Sottocapitalizzazione della società, società a responsabilità limitata unipersonale e art. 2490-bis c.c.*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 511.

¹⁴⁹ “Risultare” dal libro significa probabilmente che detti contratti debbono semplicemente “essere menzionati” e non anche “essere trascritti integralmente”.

¹⁵⁰ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 1, «con riferimento alle operazioni compiute tra società e unico socio si è precisato, superando perplessità interpretative, che le formalità richieste rilevano ai fini della loro opponibilità ai creditori, non della loro validità (art. 2362, secondo comma): si è così dettata una disposizione che potrà assumere particolare rilievo per la tutela dei creditori, come agevolmente si comprende considerandone la portata anche e soprattutto in sede di applicazione dell’art. 45 della legge fallimentare».

¹⁵¹ Cfr. CHIEFFI I., *La società unipersonale a responsabilità limitata*, Torino, 1996, 309.

¹⁵² Cfr. MOSCO G.D., *La dodicesima Direttiva CEE sulle società unipersonali a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 50.

¹⁵³ Cfr. IBBA C., *La società a responsabilità limitata con un solo socio*, Torino, 1995, 105.

non ai terzi diversi dai creditori: si pensi alla società che venda il medesimo bene all'unico socio e a un terzo (caso nel quale si applicano le regole di diritto comune) così come al caso in cui un socio "sopravvenuto" eccedisca l'inefficacia di atti compiuti in precedenza dal socio unico¹⁵⁴.

Infine, va ricordato che, secondo autorevole dottrina, vi sarebbe abuso del beneficio della responsabilità limitata (e quindi decadenza da tale beneficio) sia qualora dalla documentazione predetta dovesse risultare l'utilizzazione sistematica della società per fini extrasociali del socio sia qualora vi sia una sistematica violazione dell'obbligo di documentazione scritta¹⁵⁵.

2.2.5 La responsabilità del socio unico

La materia della limitazione di responsabilità dell'unico socio ai conferimenti eseguiti (cioè l'impermeabilità del suo personale patrimonio rispetto alle obbligazioni della società) e quindi l'effetto che per le obbligazioni sociali risponda soltanto la società con il suo patrimonio¹⁵⁶, è connessa dalla legge (art. 2462, comma 2) all'effettuazione di taluni adempimenti; si acquisisce pertanto il beneficio della responsabilità limitata purché siano rispettate talune prescrizioni in tema di conferimenti (e cioè il versamento integrale dei decimi) e di pubblicità presso il Registro delle Imprese.

Più precisamente, il socio unico¹⁵⁷ di società a responsabilità limitata

¹⁵⁴ Cfr. D'ATTORRE G., *Sub Articolo 2478*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 150; SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 218.

¹⁵⁵ Cfr. GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 485.

¹⁵⁶ Cfr. SPOLIDORO M.S., *Riflessioni sulla società a responsabilità limitata unipersonale con unico socio illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 647.

¹⁵⁷ È nota la questione se l'unipersonalità che fa scattare la responsabilità illimitata (in caso di mancata pubblicità o di conferimenti ineseguiti) sia l'unipersonalità "formale" (e cioè quando vi sia un unico soggetto iscritto come socio nel libro dei soci) o invece la cosiddetta unipersonalità "sostanziale" (e cioè la pluralità di soci sia una mera parvenza, rispetto alla sostanziale appartenenza dell'intero capitale sociale a un unico socio: si pensi alla società a responsabilità limitata partecipata da Tizio e da una fiduciaria di cui Tizio sia il fiduciante; oppure alla società a responsabilità limitata Delta partecipata da Alfa e da Beta ove Beta sia controllata da Gamma, la quale a sua volta sia controllata dalla medesima società che controlla Alfa: cfr. WEIGMANN R., *Società di un solo socio*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, vol. XIV, Torino, 1997, 217).

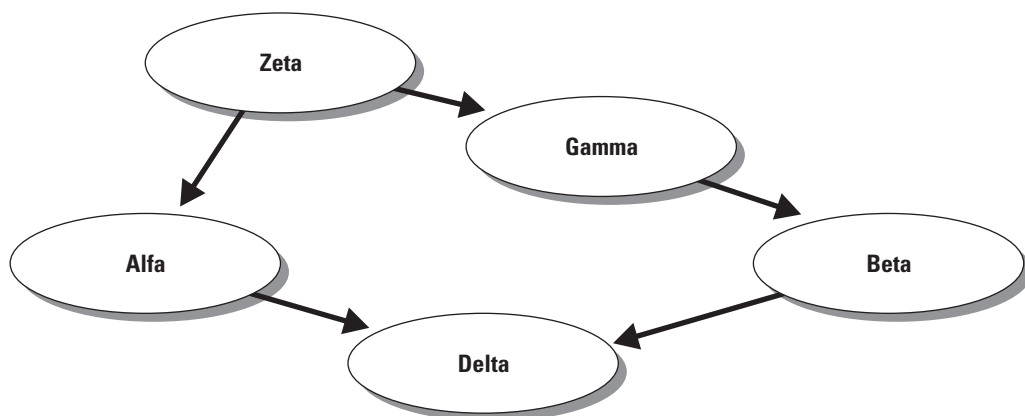
È altresì noto come la questione sia alimentata anche dalla differenza di tenore letterale (che permane anche dopo la riforma) delle norme che si occupano della responsabilità del socio unico: infatti, osservando le nuove norme, se nel comma 2 dell'art. 2462 di parla di «intera partecipazione [...] appartenuta a una sola persona» nel corrispondente art. 2362, comma 1, c'è un più «imbarazzante» riferimento al caso in cui «le azioni risultano appartenere a una sola persona».

risponde illimitatamente quando, se beninteso la società sia insolvente¹⁵⁸ (l'onere di provare questo stato spetta evidentemente al creditore), ricorrono le seguenti situazioni:

1. il capitale sociale non sia stato versato per intero (in sede di atto costitutivo

Finora la questione è stata prevalentemente risolta (pur se la giurisprudenza ha mostrato di inclinare per la soluzione "sostanzialistica": cfr. App. Bologna, 28 febbraio 2001, in *Società*, 2002, 311, secondo cui «la società occulta assume la qualità di socia unica della società a responsabilità limitata, dovendosi ravvisare questa condizione non nei soli casi in cui la totalità delle quote appartengano "formalmente" alla medesima persona fisica o giuridica, bensì in tutte le ipotesi in cui qualsiasi forma di partecipazione, diretta o indiretta, al capitale della società a responsabilità limitata dimostri che il suo intero capitale sociale, indipendentemente dall'appartenenza formale, fa capo a un unico centro di interessi»; Trib. Pisa, 21 aprile 1999, in *Foro tosc.*, 2000, 48, ove si afferma che la qualità di socio unico si deve ravvisare non solo nei casi in cui la totalità del capitale appartenga formalmente allo stesso soggetto ma anche in tutti quei casi in cui sia dimostrato che, indipendentemente dall'appartenenza formale, il capitale faccia capo per intero a un unico centro di interessi; e Trib. Milano, 19 ottobre 1995, in *Società*, 1996, 550) nel senso che per porsi il problema della responsabilità dell'unico socio occorre che si tratti di un unico socio "in senso formale" (cfr. CAMPOBASSO G.F., *La responsabilità del socio nella s.r.l. unipersonale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 230; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 513; ROSAPEPE R., *La società a responsabilità limitata unipersonale*, Milano, 1996, 131; *contra* CHIEFFI I., *La nuova s.r.l. unipersonale*, in *Riv. soc.*, 1994, 534; RORDORF R., *Socio unico di società di capitali*, in *Società*, 1994, 599) e che per giungere al risultato "sostanzialistico" di acclarare l'eventuale interposizione fittizia o fraudolenta occorresse far ricorso alle norme in tema di negozio in frode alla legge, già sperimentate con successo (cfr. App. Milano, 4 aprile 1995, in *Banca borsa tit. di credito*, 1998, II, 61) con riferimento al "vecchio" testo dell'art. 2362 (cfr. SCOTTI CAMUZZI S., *L'unico azionista*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO G.E., PORTALE G.B., vol. II, t. 2, Torino, 1991, 900).

¹⁵⁸ Cfr. App. Milano, 22 marzo 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, 257, secondo cui «non può essere assoggettato a fallimento il socio unico di società di capitali in quanto la norma di cui all'art. 2362 c.c. prevede un caso di responsabilità illimitata di natura eccezionale non suscettibile di applicazione analogica; inoltre l'art. 147 legge fall. si riferisce alle sole società che strutturalmente sono conformate in modo da comportare la responsabilità solidale e illimitata dei soci che ne fanno parte»; Trib. Lucera, 18 gennaio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 1222; e in *Dir. fall.*, 2002, II, 330, secondo cui «deve dichiararsi il fallimento in estensione della persona fisica socio unico di società a responsabilità limitata e illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali ai sensi dell'art. 2497 c.c. qualora abbia contravvenuto alle formalità pubblicitarie di cui all'art. 2475-bis c.c.»; Trib. Messina, 11 marzo 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 1222; in *Dir. fall.*, 2002, II, 544, secondo cui «deve dichiararsi il fallimento in estensione della persona fisica socio unico di società a responsabilità limitata e illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali ai sensi dell'art. 2497 c.c. in quanto la tutela giuridica predisposta dall'ordinamento in favore dell'esercizio collettivo dell'impresa trova fondamento nel frazionamento del capitale sociale». Per la fallibilità del socio unico cfr. anche Trib. Milano, 19 ottobre 1995, in *Società*, 1996, 550; in *Fallimento*, 1996, 385; Trib. Firenze, 27 maggio 1998, in *Foro toscano*, 2000, 46; Trib. Bologna, 24 novembre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 2739. Cfr. pure SANZO S., *Fallimento del socio di società a responsabilità limitata: problematiche interpretative, sostanziali e procedurali*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1571; PETTARIN G.G., PONTI L., *Fallibilità del socio di società di capitali e società a responsabilità limitata unipersonale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 711; VILLANACCI G., CALAFIORE G., *La società a*

Figura 2.1 L'unipersonalità "sostanziale"

oppure se non sia effettuato il versamento prescritto, come sopra detto, per il caso di società che da pluripersonale diventa monopersonale);

2. *fin quando* non sia stata attuata la pubblicità prescritta e sopra illustrata (sia per la società originariamente unipersonale, sia per quella che unipersonale diventi¹⁵⁹ nel corso della sua esistenza).

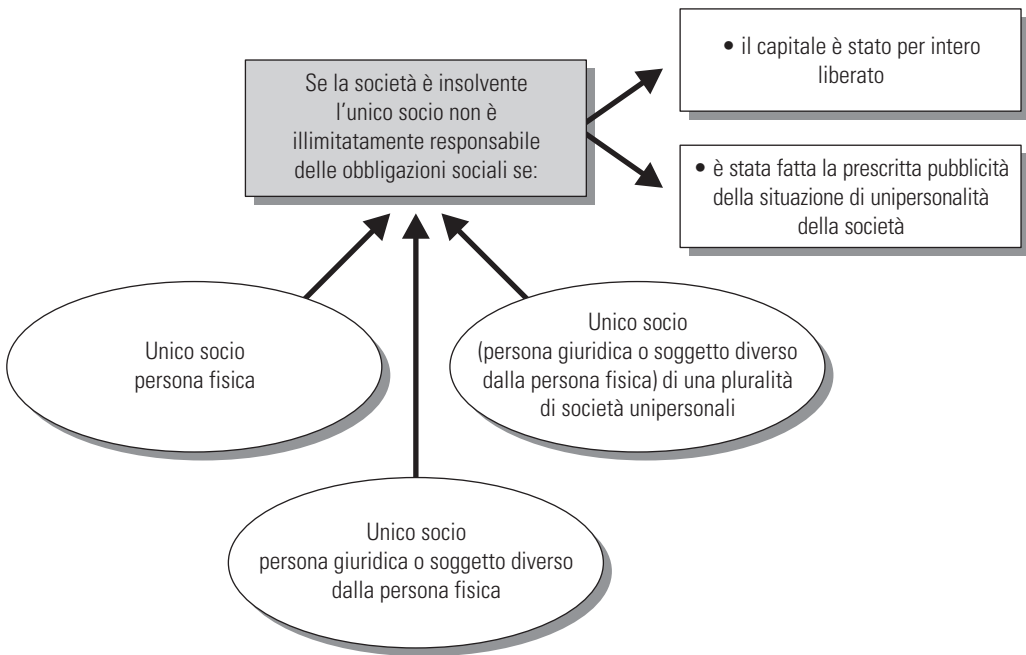
In altri termini, le condizioni cui il legislatore subordina il beneficio della limitazione della responsabilità (stante il fatto che l'unico socio potrebbe facilmente "abusare" della società a proprio piacimento e utilizzarla (anche) per il raggiungimento di personali esigenze extrasociali):

- ai fini informativi del pubblico, l'unico socio metta in evidenza nel Registro delle Imprese la condizione di unipersonalità della società e le sue generalità;
- ai fini di cautela dei terzi creditori, il capitale sia interamente versato e la società sia quindi dotata del patrimonio ritenuto sufficiente dal legislatore per la concessione del beneficio della responsabilità limitata.

Va in primo luogo notato come, rispetto all'ordinamento previgente (il "vec-

responsabilità limitata unipersonale: fallibilità dell'unico socio in estensione del fallimento della società, in *Dir. fall.*, 1996, I, 410; VALCAVI G., *Azionista unico ex art. 2362 c.c. e 147 legge fallim. e intestazione fiduciaria*, in *Dir. fall.*, 1998, II, 1142; NARDECCHIA G., *Il fallimento del socio unico di società di capitali*, in *Dir. fall.*, 1999, I, 747.

¹⁵⁹ In questo caso, come detto, per effettuare i versamenti c'è tempo novanta giorni (art. 2464, ultimo comma).

Figura 2.2 Le condizioni per la limitazione di responsabilità dell'unico socio

chio" art. 2497, comma 2), la riforma più non riproponga l'attribuzione della responsabilità illimitata all'unico socio nel caso di:

- a. unico socio diverso da una persona fisica;
- b. unico socio persona fisica che sia unico socio di altra/e società di capitali.

Ora pertanto può acquisire (se ne ricorrono i presupposti di cui sopra) il beneficio della responsabilità limitata sia la società di capitali che sia unica socia di una società a responsabilità limitata (si pensi a una struttura di gruppo, ove la *holding* partecipi, essa sola, le sue controllate)¹⁶⁰ sia la persona fisica che, per diversificare i rischi e isolare una sua determinata attività rispetto alle altre, costituisca (e operi con) una serie di società a responsabilità limitata.

In secondo luogo va osservato che il testo della norma legittima l'interpretazione secondo cui, mentre dal mancato versamento del capitale socia-

¹⁶⁰ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 22.

le «consegue inevitabilmente, senza possibilità di sanatoria, la responsabilità illimitata dell'unico socio»¹⁶¹, invece, con riguardo all'effettuazione della pubblicità, il fatto che la legge sancisca l'illimitata responsabilità «*fin quando non sia stata attuata la pubblicità*», anche il tardivo adempimento della pubblicità salva il socio unico dall'illimitata responsabilità (sempre che il capitale sia per intero liberato); in altri termini¹⁶²:

- se vi sia un difetto nell'onere di versamento del capitale, il versamento tardivo determina la responsabilità limitata dell'unico socio da lì in poi, ma non “sana” l'illimitata responsabilità pregressa;
- se vi sia invece un difetto nell'onere pubblicitario, l'effettuazione tardiva della pubblicità salva il socio dall'illimitata responsabilità sia per il futuro che per il passato.

In ultimo luogo occorre sottolineare come da una prima lettura della norma in questione potrebbe non riuscire a evincere con sufficiente chiarezza se, per generarsi limitazione di responsabilità, occorra che i requisiti dell'integrale liberazione dei conferimenti e dell'attuazione della prescritta pubblicità ricorrano entrambi o se basta uno solo di essi perché il socio non debba rispondere delle obbligazioni sociali con tutto il suo patrimonio personale.

Orbene, se dall'elenco numerato della “vecchia” norma (l'art. 2497) si evinceva chiaramente che, per conseguire la limitazione di responsabilità, occorre la presenza congiunta di tutti i presupposti indicati dalla legge (il versamento integrale del capitale, l'attuazione della pubblicità al Registro Imprese, oltre a quelli ora abrogati), la nuova norma parrebbe invero legittimare la considerazione che sia sufficiente la sussistenza alternativa o del requisito dell'integrale liberazione dei conferimenti o del requisito dell'effettuazione della pubblicità presso il Registro delle Imprese, perché l'unico

¹⁶¹ MONTAGNANI C., ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2462*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 8.

¹⁶² Cfr. CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 517, secondo cui «dopo che i conferimenti sono stati eseguiti o dopo che la pubblicità è stata effettuata» la responsabilità illimitata viene meno per le obbligazioni sorte posteriormente. Con riguardo invece alle obbligazioni anteriori al momento di esecuzione dei conferimenti promessi o all'effettuazione della prescritta pubblicità, potrebbe dirsi che, se si tratta di versamenti ineseguiti, la loro esecuzione successiva non abolisce la responsabilità illimitata per le obbligazioni precedentemente sorte (mentre l'abolisce per quelle successive, come detto); se invece si tratta di inesecuzione della pubblicità, l'effettuazione di essa dovrebbe generare limitazione di responsabilità anche per le obbligazioni anteriori in quanto è prescritto che vi è responsabilità illimitata *fin quando non sia stata attuata detta formalità pubblicitaria*.

socio possa dunque godere del beneficio della limitazione di personalità. Infatti, se il disposto dell'art. 2462, comma 2 (secondo cui «in caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui l'intera partecipazione è appartenuta a una sola persona, questa risponde *illimitatamente* quando i conferimenti *non siano stati effettuati* [...], o fin quando *non sia stata attuata* la pubblicità [...]) venga letto, per “controprova”, “in negativo” (e cioè nel senso che «vi è *limitazione* di responsabilità ove i conferimenti *siano stati effettuati* [...], o fin quando *sia stata attuata* la pubblicità [...])», una siffatta lettura potrebbe in effetti condurre a ritenere che sia sufficiente l'effettuazione o dei conferimenti o della pubblicità per aversi limitazione di responsabilità.

Ma è possibile invero (come appare preferibile, in quanto non vi sarebbe ragione per il legislatore di mutare il suo atteggiamento sul punto rispetto al sistema previgente, sul quale non vi era difformità di opinioni)¹⁶³ leggere l'“o” che separa la prescrizione del versamento integrale del capitale sociale dalla prescrizione dell'onere pubblicitario come un “sia”, e pertanto concludere che anche dopo la riforma il requisito dell'integrale versamento del capitale e quello dell'effettuazione della pubblicità siano ancora requisiti al cui congiunto ricorrere è subordinato il beneficio della limitazione di responsabilità dell'unico socio.

2.2.6 L'unico socio che conferisce la propria opera

Come si è già detto, una delle più efficaci ragioni d'elezione della nuova società a responsabilità limitata potrebbe senz'altro essere quella legata all'ambizione della responsabilità limitata da parte di chi intenda svolgere “in solitaria” un'attività economica senza effettuare un conferimento in denaro o in altre utilità “in natura” bensì, ai sensi dell'art. 2464, comma 6, della propria individuale prestazione d'opera o di servizi (il cui valore, ai sensi della medesima norma, deve essere, come noto, garantito dal rilascio di una fidejussione bancaria o di una polizza assicurativa)¹⁶⁴.

¹⁶³ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 22; MONTAGNANI C., ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2462*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 8.

¹⁶⁴ Sarebbe interessante interrogarsi anche sul luogo ove questo documento debba rimanere (presso la società, in luoghi “di pertinenza” della società, presso lo stesso emittente?) e sul soggetto che debba custodirlo. Si tratta infatti di una “garanzia” che viene emessa, da un lato, a favore della società (per garantire l'esecuzione dell'opera e il “transito” alla società del relativo valore), e, d'altro lato, a favore dei terzi (per garantire la consistenza del capitale sociale). Ora, nella prassi, ovviamente, se una garanzia documentale viene rilasciata, essa non sta certo nelle mani dell'ordinante, ma è conse-

Nel caso tuttavia di società unipersonale ove il socio costituente conferisca la propria opera si pone il problema di verificare se il conferimento dell'opera, garantito da polizza/fideiussione, si debba intendere "liberato" per intero all'atto della promessa fatta dal socio di eseguire l'opera oppure se esso debba intendersi liberato solo a opera ultimata (o a garanzia escussa).

È questo il noto problema se il conferimento d'opera possa essere riguardato, oltre che sotto il profilo dell'utilità della "prestazione" di cui la società beneficia, anche sotto il profilo del "valore" che la società acquisisce per effetto dello svolgimento di quell'opera; il problema se, in sostanza, si tratti, oltre che di un conferimento *d'opera tout court*, anche di un conferimento *di valore*¹⁶⁵.

Il problema non è solo teorico, in quanto il fatto che il conferimento debba intendersi liberato per intero impatta in almeno due fondamentali materie:

1. la questione della responsabilità del socio unico, che si consegue, come

gnata al soggetto garantito che ne ha un conseguente onere di custodia. In questo caso, invece, la coincidenza tra soggetto ordinante (il quale è unico socio della società conferitaria) e soggetto garantito (l'ordinante è spessissimo amministratore unico o comunque "sovrano" della società conferitaria) genera in effetti una situazione imbarazzante. Non sarebbe quindi inopportuno (qualora si ritenga che anche per questa garanzia occorra un regolamento attuativo da emanarsi con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, ciò che non è affatto scontato) che il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che dia pratica attuazione a questo meccanismo di garanzia dei conferimenti d'opera si occupi anche di una plausibile allocazione del documento incorporante la garanzia in parola.

¹⁶⁵ Sulla discussione se si tratti di un "vero e proprio" conferimento d'opera o del conferimento del "valore" (in tal senso PORTALE G.B., *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal Governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 713; e RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno di Courmayeur del 27-28 settembre 2002*, 3) dell'opera promessa, taglia corto SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 195, affermando che si tratta di «questione che ci sembra nominalistica». Per ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 31, «che l'intento del legislatore sia stato quello di introdurre nella s.r.l. tale tipo di conferimento, finora riservato alle società personali, e che dunque all'opera e ai servizi si sia pensato quali oggetto del conferimento, non sembra invero potersi seriamente negare». Peraltro «il valore del conferimento, o più precisamente l'esatta quantificazione delle prestazioni del socio d'industria, è nella specie elemento di grande rilievo e, anzi, indefettibile, se è vero che ai sensi del comma 1 dell'articolo in commento valore complessivo dei conferimenti e ammontare del capitale sociale devono quanto meno coincidere». Le "cautele" (polizza o fideiussione) introdotte "a garanzia" dei conferimenti d'opera «non avrebbero alcun rilievo [...] se «il conferimento non fosse di capitale».

- noto, oltre che con l'effettuazione dei prescritti adempimenti pubblicitari, ove (art. 2462, comma 2) il capitale sociale sia per intero liberato;
2. la questione dell'effettuabilità di un'operazione di aumento di capitale, la quale, come noto «non può essere attuata fin quando i conferimenti precedentemente dovuti non sono stati integralmente eseguiti» (art. 2481, comma 2).

Il tema in questione è assai problematico, anche perché, al rilievo secondo cui, dal concetto stesso di conferimento d'opera, dovrebbe derivarsi che il capitale sociale corrispondente a detto conferimento «per definizione» non potrebbe considerarsi «essere immediatamente e integralmente liberato»¹⁶⁶, fa da contraltare lo spirito della legge, che ha voluto incentivare l'utilizzo della società a responsabilità limitata da parte dei piccoli imprenditori anche individuali, offrendo loro il beneficio della limitazione di responsabilità puntando sulla loro capacità di rischio e sulla produttività ed efficienza che ne conseguono.

Ebbene, è proprio vero che il valore appostato a capitale sociale a fronte di un conferimento d'opera non è fin dalla sottoscrizione (e cioè dall'assunzione dell'impegno alla prestazione d'opera) considerabile in termini di capitale versato? e quindi che per aversi la liberazione di tale parte del capitale sociale occorra attendere il completamento dell'esecuzione dell'opera o l'escussione della garanzia e che quindi la liberazione del conferimento d'opera si abbia "giorno per giorno" (e non, una volta per tutte, all'atto della sottoscrizione), a fronte della continuazione dell'esecuzione dell'opera promessa?

Invero, nel conferimento d'opera il socio si obbliga a tenere un dato comportamento e quindi a generare un valore destinato a rimanere nel "ventre" della società: e cioè a eseguire una prestazione a favore della società, che, non essendogli retribuita (ma trovando il proprio "corrispettivo" nell'appostazione a capitale del corrispondente valore con il conseguimento di una quota di detto capitale da parte del promettente l'opera), permette appunto

¹⁶⁶ Cfr. ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 33; cfr. anche FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2481*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 185, per il quale, stante la regola che l'aumento di capitale può essere eseguito solo dopo che i conferimenti precedentemente dovuti non siano stati integralmente eseguiti (art. 2481, comma 2), «la presenza di un socio d'opera è, perciò, di ostacolo all'aumento "a pagamento" del capitale, trattandosi, il suo, di un conferimento di durata che può essere considerato "eseguito" solo nei limiti in cui il relativo valore sia stato ammortizzato o "coperto" con versamenti in denaro».

alla società di mantenere “dentro di sé” il valore di quella prestazione; se quella prestazione non fosse invece a titolo di conferimento ma a titolo di un qualsiasi altro rapporto contrattuale (e a meno di non ipotizzare una prestazione gratuita), il valore che la società conseguirebbe a fronte dell’esecuzione di quella prestazione sarebbe “scambiato” (e quindi con un effetto economicamente “neutro”) con il valore della controprestazione (per esempio: il pagamento del prezzo di una fornitura) che la società sarebbe tenuta a effettuare a favore di chi ha effettuato il servizio.

Il conferimento d’opera, insomma, altro non è che un costo che la società non paga (o meglio che la società “paga” attribuendo “in cambio” al conferente una quota di partecipazione al proprio capitale sociale): questo costo “risparmiato”, volta a volta, è pari al valore dell’opera che il conferente promette di eseguire (si pensi all’impegno a costruire un dato bene) oppure pari al valore del servizio che la società riceve senza doverlo retribuire (si pensi a una prestazione manuale o intellettuale che il conferente si impegni a espletare a favore della società: il grafico per l’agenzia pubblicitaria, il manovale per l’impresa edile, il palombaro per la società che posa cavi sul fondale marino, il pilota per il vettore aereo ecc.).

Se, dunque, nel caso del conferimento, l’esecuzione dell’opera accresce il valore della società, perché la società “paga” la prestazione “facendo spazio” al conferente nel proprio capitale sociale, nel caso invece della prestazione di servizio verso corrispettivo il risultato per la società sarebbe, come detto, “neutro” (a meno di non ipotizzare uno squilibrio di valore tra prestazione e controprestazione), e cioè la società conseguirebbe il valore della prestazione ma ne pagherebbe un valore corrispondente.

L’oggetto del conferimento d’opera può dunque essere osservato sotto un duplice profilo visuale:

- a. dal lato del conferente, l’oggetto del conferimento consiste senz’altro nell’opera che egli deve svolgere;
- b. dal lato della società conferitaria, se oggetto immediato del conferimento è sicuramente l’utilità che alla società deriva dalla “prestazione” dell’opera, non c’è dubbio che l’oggetto mediato è il “valore” che l’esecuzione dell’opera rappresenta per la società stessa (valore che viene stimato dal perito, garantito da una polizza assicurativa o da una fideiussione bancaria e quindi appostato nel capitale sociale).

La promessa dell’opera coincide quindi con una promessa di apporto di valore¹⁶⁷: un valore che, per sua propria natura, in tanto transita “effetti-

¹⁶⁷ Cfr. PORTALE G.B., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca*

vamente” dal socio conferente alla società conferitaria in quanto l’opera promessa sia in effetti eseguita: il prestatore d’opera lavorerà ora dopo ora, giorno dopo giorno, per la società e questa, ora dopo ora, giorno dopo giorno si “arricchirà” del valore corrispondente all’opera svolta dal socio conferente.

Tuttavia, non è per questo che il capitale non si può non considerare interamente liberato all’atto della sottoscrizione dell’impegno a conferire l’opera (e non è dunque per questo che, viceversa, il conferimento dell’opera deve considerarsi eccezionalmente non liberato all’atto della sottoscrizione del conferimento stesso)¹⁶⁸. Infatti eccezion fatta per il denaro, ogni conferimento in natura porta con sé l’alea che il valore oggetto di conferimento si spenga (impattando negativamente sul patrimonio della società e quindi sul capitale) appena dopo esser stato effettuato: senza pensare al grattacielo che, colpito da un aereo, improvvisamente crolli, basta pensare alla merce che marcisca, al macchinario che si rompa o diventi inservibile, alla mandria che perisca, all’area che diventi inedificabile, oppure, ancor più semplicemente (in affinità con la prestazione d’opera) al credito che si renda inesigibile.

Ora, francamente non si può, in tutti quei casi ritenere il conferimento liberato all’atto della sottoscrizione e non ritenere invece liberato al medesimo momento il conferimento dell’opera (e quindi puntando la differenza tra le due fattispecie sull’osservazione che, in quest’ultima, vi è la permanenza di un obbligo del socio verso la società), in quanto non v’è ragione alcuna di distinguere tra il conferimento dell’opera e tutte quelle altre diverse fattispecie appena elencate.

in Diritto commerciale interno e internazionale dell’Università Cattolica di Milano, in Riv. soc., 2002, 1505, secondo cui «a ben riflettere – contrariamente a quanto sembra dire la Relazione – il vero conferimento, in questo caso, non è costituito dall’“opera” o dai “servizi”, bensì dal loro valore [...] di talché sia nel caso di sottovalutazione, sia nel caso di impossibilità originaria o sopravvenuta della prestazione resta egualmente escutibile la garanzia personale».

¹⁶⁸ Cfr. PINNARÒ M., *Sub Articolo 2482*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, vol. 3, Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 203, secondo cui «anche a tali conferimenti viene assegnato un valore, espresso in numerario: l’obbligo di prestazioni d’opera o servizi non sembra quindi riducibile a una semplice relazione contrattuale tra socio e società (tipo prestazione accessoria) seppur particolarmente garantita da una cauzione. In effetti, a stare alla lettera dell’art. 2464, comma 6, è proprio la prestazione della garanzia a realizzare la fattispecie “conferimento” (quest’ultimo avviene infatti mediante la prestazione a titolo di garanzia); altrimenti, gli obblighi del socio di industria non risulteranno idonei a integrare valori utili all’acquisto di una partecipazione al capitale. Ragionando su queste basi potrebbe essere arduo escludere che anche a proposito delle opere e servizi garantiti, per l’intero valore a essi assegnato, a termini dell’art. 2464, comma 6, si tratti di conferimenti di rischio e di seguito negare che l’apporto del socio di industria sia apporto in capitale e quindi estraneo all’area di applicazione dell’art. 2482».

Infatti, se si distingue, allora occorre leggere la norma che impone l'immediata liberazione della sottoscrizione del conferimento d'opera come se dicesse che tale immediata liberazione significa non permanenza della necessità di comportamenti del socio dopo la sottoscrizione: ma, in effetti, leggendo la norma in tal modo, la si legge "troppo", in quanto che differenza ci sarebbe mai tra il *comportamento dovuto* dal socio che promette l'opera e il *comportamento dovuto* dal debitore estraneo che deve pagare il credito conferito?

Ove dunque si discrimini il conferimento dell'opera dagli altri conferimenti si rischia di attribuire un'eccessiva rilevanza al rischio dell'inadempimento del socio d'industria (inadempimento che può ben essere colpevole, ma può essere anche incolpevole: si pensi al caso della morte o della sopravvenuta impossibilità non dipendente da colpa del conferente) che a quella prestazione si è obbligato, quando invece non pare esservi alcuna ragione di distinguere tra l'inadempimento del socio che ha promesso l'opera e l'inadempimento del terzo debitore rispetto al credito che è stato fatto oggetto di conferimento.

Se si discrimina tra la prestazione d'opera (che non sia adempiuta) e il conferimento di un bene (che poi perisca) dicendo che nel primo caso all'atto della sottoscrizione non c'è il conferimento di alcun valore (poiché la produzione del valore dipende dall'esecuzione dell'opera¹⁶⁹ e quindi da un comportamento del socio d'industria), mentre nel secondo caso un valore all'atto della sottoscrizione ben ci sarebbe (salvo poi venir meno in un secondo momento), non si considera evidentemente che anche nel caso del conferimento del credito in tanto la società acquisisce il valore corrispondente al credito ove il debitore adempia e quindi tenga un certo comportamento; e per la società il "credito" verso un terzo è un "bene" perfettamente identico al "credito" verso il socio che promette l'opera (anzi, se entrambi sono oggetto di stima – e la stima non potrà non interessarsi anche della solvibilità –, quest'ultimo è addirittura garantito, mentre il primo può anche non avere alcuna garanzia).

Quindi, se proprio di sicurezza per la società (circa l'acquisizione del valore corrispondente all'opera che il conferente ha promesso) bisogna parlare, allora è lo stesso legislatore che si è posto prima di tutti il problema e ha provveduto a questa sicurezza eccezionalmente disponendo per questo tipo di conferimento (e solo per questo tipo di conferimento: e quindi non per quello di grattacieli, di merci, di macchinari, di mandrie, di aree, e

¹⁶⁹ Ragionando nel senso che il conferimento si liberi man mano che la prestazione d'opera è eseguita, bisognerebbe poi vedere, tra l'altro, come fare ad applicare la norma dell'art. 2481-*bis*, ultimo comma, circa l'obbligo degli amministratori di depositare per l'iscrizione nel Registro delle Imprese l'attestazione dell'esecuzione dell'aumento del capitale.

nemmeno di crediti) l'assistenza di una garanzia: se mai pertanto il valore dell'opera non transiterà alla società per effetto del conferimento ineseguito, qui vi è una polizza assicurativa o una fideiussione a tamponare questa emergenza, senza che quindi alcun impatto negativo si possa determinare per la società (come invece un impatto negativo ben si determina ove venga meno il valore di un qualsiasi altro conferimento diverso dal denaro).

Tra l'altro, beninteso, occorre notare che quella in esame non è una garanzia "accessoria" rispetto all'obbligazione principale, ma una garanzia da essa assolutamente "autonoma", in quanto, se è vero che la garanzia si presterà a essere escussa nel momento in cui vi sia un inadempimento colpevole del soggetto obbligato, essa ben sarà escutibile anche ove l'obbligo di prestare l'opera si estingua per sopravvenuta e incolpevole impossibilità; e che quindi si tratta non tanto di una *garanzia per la prestazione d'opera* in senso stretto, bensì di una *garanzia per l'acquisizione del valore dell'opera* da parte della società ove detta opera non sia eseguita.

In realtà, pertanto, il credito verso il conferente dell'opera che la società acquisisce per effetto della stipula del contratto di conferimento è un credito che può essere tranquillamente iscritto nell'attivo dello stato patrimoniale e che può altrettanto tranquillamente concorrere *fin da subito* alla formazione del capitale sociale¹⁷⁰, il quale *fin da subito* deve quindi intendersi per intero versato¹⁷¹, con la conseguenza che non vi è qui alcuna deviazione rispetto al principio della necessità che i conferimenti diversi dal denaro siano per intero eseguiti all'atto della sottoscrizione e con le ulteriori conseguenze che dunque:

- si può procedere anche in costanza del servizio promesso dal socio d'industria all'esecuzione di ulteriori aumenti del capitale sociale;
- il socio d'opera unico conferente si deve considerare dotato fin da subito del beneficio della sua responsabilità limitata;
- se la società dà luogo a una riduzione del capitale (non per perdite) quando la prestazione del socio d'industria non è ancora ultimata, anch'egli sarà rimborsato con un versamento in denaro (potendosi peraltro svolgere una

¹⁷⁰ Secondo TASSINARI F., *La determinazione del capitale sociale nelle società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di S.p.A.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 8 (del dattiloscritto), «negare in via di principio che la prestazione d'opera o di servizi possa costituire un'ideale forma di liberazione del capitale sociale costituisce un'ingiustificato pregiudizio per il socio d'opera». Cfr. pure AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federmotizie*, 2003, 67, secondo cui è «ovvio che oggetto del conferimento non è la garanzia ma la prestazione dell'opera o del servizio».

¹⁷¹ Credo che sia implicitamente di questo parere anche GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2003, 454.

verifica, nel caso concreto, se la prestazione d'opera sia scindibile, per esempio, in unità di tempo, e così sia stata stimata – per esempio 100 euro all'ora – e se pertanto in luogo del rimborso del denaro si possa far luogo a un corrispondente accorciamento del periodo durante il quale l'opera deve essere svolta).

Né argomenti a sfavore di quanto fin qui ritenuto possono trarsi dall'idea che, così opinando, i terzi creditori avrebbero a riferimento, a loro detrimento, un valore nominale di capitale sociale sovraesposto rispetto all'effettiva consistenza patrimoniale della società; perché qui, di nuovo, va ripetuto che quella garanzia che il capitale sociale offre ai creditori riceve sicuramente un attentato maggiore dal conferimento di un credito che si rende inesigibile (o di un altro conferimento in natura che comunque perisca) rispetto al caso dell'inesecuzione dell'opera promessa e il cui valore sia stato appostato nel capitale sociale, poiché qui, invero, nessun documento al capitale può derivare a fronte della presenza in società di quella garanzia che è stata data per cautelare la società stessa proprio dall'evenienza di quell'inadempimento. I terzi hanno invero di fronte a sé una società "arricchita"¹⁷² anche dall'obbligo assunto dal socio di prestare un dato servizio per un dato tempo e il cui valore, oltre a essere stimato in via preventiva, è rigidamente garantito sia in caso di inadempimento colpevole che di incolpevole impossibilità sopravvenuta; il capitale sociale formato anche mediante quel valore esprime correttamente questa situazione e non rivela di certo una sovrapatrimonializzazione della società e cioè l'esistenza di un patrimonio superiore a quello di cui essa è in effetti titolare.

Proprio perché nel nostro sistema i valori che vengono appostati nel capitale sociale sono ritenuti strumento di garanzia per i terzi di tale rilevanza da essere inequivocabilmente soggetti al principio di immediata liberazione (per le sottoscrizioni in danaro occorre versare almeno i decimi; per le sottoscrizioni in natura, occorre procedere contestualmente alla loro esecuzione; il sovrapprezzo va per intero versato all'atto della sottoscrizione) ecco che il legislatore della riforma ha inteso garantire con fideiussione bancaria o polizza fideiussoria l'esecuzione dell'opera promessa, al fine cioè che i terzi non subiscano nocimenti dall'eventuale inesecuzione del-

¹⁷² Secondo la *Relazione* al disegno di legge Mirone, in *Riv. soc.*, 2000, 41, la nuova normativa tende «a ricercare un migliore equilibrio tra le due contrapposte esigenze che tradizionalmente si pongono al riguardo: da un lato la funzionalità dei conferimenti per lo svolgimento dell'impresa sociale (la cui valutazione spetta ai soci), dall'altro la loro idoneità a consentire un'effettiva formazione del capitale sociale. Tale equilibrio è assicurato richiedendo a tutela dei terzi la certezza del valore dei conferimenti, ma nel contempo rendendo esplicita la scelta normativa, [...] per cui oggetto di conferimento può essere ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'impresa sociale: ciò alla sola condizione che sia garantita l'effettiva formazione del capitale sociale».

l'opera, colpevole o incolpevole che sia. Se un socio assume l'obbligo di conferire l'opera, la società apposta nel suo capitale il valore dell'opera stessa, che corrisponde all'aspettativa (assolutamente garantita) della sua esecuzione, tanto quanto l'aspettativa di riscossione corrisponde all'appostamento nel capitale del conferimento di un credito (che pure non sia garantito).

Tra l'altro, è lo stesso legislatore che ci indica questa come la strada giusta, quando, con un discorso invero un po' traballante¹⁷³, ma il cui balbettio probabilmente mette in luce la tensione di evidenziare più che è possibile che il conferimento dell'opera è anche un conferimento di valore (oltre che di una utilità "operativa" per la società conferitaria), si esprime nel senso che «il conferimento può anche avvenire *mediante la prestazione* di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria con cui vengono garantiti, per l'intero valore a essi assegnato, gli obblighi assunti dal socio [...]».

Infatti, l'espressione secondo cui il conferimento dell'opera avviene *mediante la prestazione* di una polizza/fideiussione (lungi dall'apparire – come invero potrebbe sembrare a una prima lettura – come l'esplicitazione delle concrete *modalità* in base alle quali si rende possibile il conferimento dell'opera oppure, addirittura, come l'affermazione che, in caso di promessa di una prestazione d'opera, oggetto del conferimento non sarebbe invero detta opera bensì la stessa garanzia)¹⁷⁴, sarà senz'altro scritta imperfettamente¹⁷⁵, ma è la più vivida testimonianza dell'intento del

¹⁷³ Cfr. AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 67, che parla di «formulazione un po' involuta».

¹⁷⁴ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *La costituzione della società per azioni*, in *Società*, 2003, 287: «è infatti di palmare evidenza che il rilascio di una garanzia bancaria o assicurativa non può configurare una modalità di immediata liberazione del conferimento, limitandosi a garantire la liberazione». Sull'intuibilità dell'espressione legislativa nei termini di un conferimento di garanzia cfr. le osservazioni di TASSINARI F., *La determinazione del capitale sociale nelle società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di S.p.A.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 7 (del dattiloscritto).

¹⁷⁵ Cfr., per esempio, ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 63, per il quale «al di là di ogni possibile riserva sulla curiosa ambiguità della previsione, piuttosto surrettiziamente costruita com'è sul rilievo, assegnato in via primaria, non alla prestazione dell'opera o del servizio, che il dato letterale non configura come conferimento, ma alla prestazione di una garanzia assicurativa o bancaria avente a oggetto l'obbligazione a prestare assunta dal socio [...]». Per FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2481*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 185, nota 9, «l'impropria formulazione iniziale del comma ("Il conferimento può anche avvenire mediante presta-

legislatore di rappresentare come la polizza/fideiussione in questione non sia soltanto una mera garanzia per l'evento di un inadempimento (colpevole o incolpevole che sia), ma divenga la rappresentazione stessa, l'oggettivazione direi, del valore del conferimento dell'opera, di modo che la società conferitaria non possa considerare di non avere nel proprio patrimonio il valore dell'opera fin dal momento della sottoscrizione del contratto tra il conferente e la società¹⁷⁶.

Per concludere, ciò che importa, ai fini della formazione del capitale sociale e quindi della liberazione del conferimento è che la società *acquisisca la titolarità del diritto* dal conferente (e poco importa che il conferente rimanga obbligato a una prestazione), tanto quanto l'acquisizione di un diritto si verifica nel caso del conferimento di un qualsiasi altro credito (fattispecie nella quale, al pari del conferimento d'opera, la soddisfazione della società si ottiene solo se la prestazione dovuta dal debitore è adempiuta): in entrambi i casi la sottoscrizione coincide dunque con la liberazione del conferimento¹⁷⁷, con il vantaggio per la società, nel caso del conferimento dell'opera, che il valore del conferimento (stimato da un perito nella stessa misura in cui viene stimato un "normale" credito che sia fatto oggetto di conferimento) è eccezionalmente assistito ("eccezionalmente": si intende, rispetto a qualsiasi altro tipo di conferimento) da una garanzia assicurativa o bancaria.

Un'ultima problematica su questo argomento è quella che riguarda la

*zione...") non mira a equiparare la prestazione di garanzie o il deposito cauzionale a un conferimento già eseguito, ma a escludere che il conferimento del socio d'opera possa consistere esclusivamente nell'assunzione dell'obbligo di effettuare determinate prestazioni personali, altrimenti dovremmo, per absurdum, considerarlo integralmente eseguito anche ai fini della riduzione del capitale mediante rimborso del valore dei conferimenti». Per SALVATORE L., *La nuova s.r.l.: la disciplina dei conferimenti e delle partecipazioni sociali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 230, «nonostante l'ambigua formulazione della norma, oggetto del conferimento è l'obbligazione di eseguire un'opera o un servizio e non la polizza o la fideiussione; obbligazione alla quale andrà attribuito un dato valore da imputarsi a capitale. La polizza e la fideiussione sono solo garanzie contro il rischio di inadempimento del socio d'opera».*

¹⁷⁶ Cfr. PINNARÒ M., *Sub Articolo 2482*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, vol. 3, Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 203, nota 17, secondo cui «nel caso della prestazione d'opera e servizi, la situazione, rispetto ai conferimenti in denaro, sembra, per diritto positivo e a mio avviso senza una valida giustificazione, esattamente rovesciata: il conferimento (e sempre che si tratti di apporto in capitale) si realizza e consiste nella prestazione di una garanzia (polizza o fideiussione), la quale si riferisce, per ed entro il limite del valore a esso assegnato, al facere promesso dal conferente».

¹⁷⁷ Cfr. AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 67, secondo cui «è preferibile ritenere che la liberazione integrale, quindi l'esecuzione del conferimento, si attui con l'assunzione dell'obbligo di esecuzione della prestazione da parte del socio».

trasmissione della quota di capitale acquisita da chi ha promesso l'esecuzione dell'opera qualora l'opera promessa non sia stata ancora in tutto o in parte eseguita (sul che vedasi *infra* il par. 3.11.9): allora, fermo restando che si tratta della cessione di una quota che, dal punto di vista del valore che essa incorpora, è, come detto, interamente liberata, vi saranno, da un lato, casi in cui, per fungibilità della prestazione¹⁷⁸ o per accordo tra i soggetti interessati, l'avente causa continuerà l'opera del suo dante e casi in cui, d'altro lato, questa continuazione invece non vi sarà (in quest'ultima ipotesi evidentemente si procederà all'escussione della fideiussione o al versamento in società da parte dell'originario conferente – o dei suoi eredi – di una somma di denaro pari al valore dell'opera che non sia stata ancora eseguita).

In altri termini, la quota del conferente l'opera (prima dell'ultimazione dell'opera stessa) circola come quota liberata (non c'è ragione quindi di pensare in questo caso a una fattispecie di circolazione di quota non liberata di cui all'art. 2472), salvo poi caso per caso dover stabilire se il valore che ancora manca (corrispondente al valore dell'opera ancora da eseguire) debba essere apportato dall'avente causa (ipotesi nella quale evidentemente egli "scomputerà" corrispondentemente il prezzo di acquisto della quota) oppure se, non essendo egli coinvolgibile nella prestazione dell'opera che ancora manca, la soddisfazione della società andrà ricercata nell'escussione della garanzia che è stata data per assicurare il compimento dell'opera promessa all'atto della sottoscrizione del contratto di prestazione dell'opera.

2.3 Le "condizioni per la costituzione"

Sotto l'espressione "condizioni per la costituzione" la nuova legge (l'art. 2329, dettato in tema di società per azioni ma richiamato per la società a responsabilità limitata, con richiamo numerico, dall'art. 2463, ultimo comma) accomuna una duplice serie di requisiti:

1. quelli che costituiscono un presupposto indefettibile per la stipula dell'atto costitutivo (senza i quali cioè non si può procedere a detta stipula) e che quindi sono "condizioni per la costituzione" in senso "proprio";

¹⁷⁸ Cfr. TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 10 (del dattiloscritto), nota 16, il quale immagina, in tutti i casi in cui la prestazione sia fungibile, un accollo *ex lege* all'avente causa del compito di ultimare l'opera promessa dal suo dante causa.

2. quelli che non costituiscono bensì un presupposto di stipula, ma un presupposto per l'iscrizione dell'atto costitutivo già stipulato nel Registro delle Imprese (che cioè non impediscono la stipula, ma determinano la "quiescenza" del procedimento di iscrizione dell'atto stipulato presso il Registro delle Imprese fino a che tali requisiti appunto non vengano a esistenza).

Nella prima serie vanno annoverati:

- a. l'integrale sottoscrizione del capitale sociale (art. 2329, comma 1, n. 1);
- b. il rispetto delle previsioni degli articoli 2342 e 2343 relative ai conferimenti¹⁷⁹ (art. 2329, comma 1, n. 2);
- c. la sussistenza delle autorizzazioni e delle altre condizioni «richieste dalle leggi speciali *per la costituzione* della società, in relazione al suo particolare oggetto» (art. 2329, comma 1, n. 3).

Nella seconda serie vanno annoverate invece tutte quelle "autorizzazioni" e quelle "altre condizioni" richieste dalla legge *per l'iscrizione* della società nel Registro delle Imprese: un noto caso, per tutti (ma, ovviamente, in materia di società per azioni), è quello dell'autorizzazione all'attività bancaria¹⁸⁰.

Quanto ai punti *a.* (integrale sottoscrizione del capitale sociale) e *b.* (sussistenza delle "autorizzazioni" e delle "altre condizioni") nulla vi è da dire, in quanto la disciplina della riforma riproduce identicamente la disciplina previgente (e cioè il corrispondente testo dei nn. 1 e 3 dell'art. 2329, comma 1). Va "solo" ricordato che ai sensi del nuovo art. 223-*quater*, comma 2, delle disposizioni di attuazione del Codice civile, introdotto dalla legge di riforma, l'autorità competente al rilascio delle autorizzazioni (quelle che costituiscono un presupposto *per l'iscrizione* e non *per la stipula* dell'atto costitutivo) è altresì legittimata, qualora l'iscrizione nel Registro delle Imprese sia avvenuta nonostante la loro mancanza o invalidità, a proporre istanza per la cancellazione della società medesima dal Registro medesimo; in tal caso il tribunale provvede, sentita la società, in

¹⁷⁹ Sulle quali vedasi *infra* il par. 3.2. Qui, in breve, si anticipa solo che l'art. 2342 dispone il versamento dei decimi per i conferimenti in denaro e l'integrale immediata liberazione dei conferimenti in natura; l'art. 2343 invece si occupa della stima dei conferimenti in natura.

¹⁸⁰ Il D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 ("Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia"), all'art. 14 ("Autorizzazione all'attività bancaria") dispone che «la Banca d'Italia autorizza l'attività bancaria quando ricorrano» determinate «condizioni» (comma 1) e che «non si può dare corso al procedimento per l'iscrizione nel Registro delle Imprese se non consti l'autorizzazione del comma 1» (comma 3).

camera di consiglio e, nel caso di accoglimento dell'istanza, si applica la disciplina che la legge dispone in caso di dichiarazione di nullità dell'atto costitutivo (di cui all'art. 2332).

Quanto al punto *b.* («che siano rispettate le previsioni degli articoli 2342 e 2343 relative ai conferimenti») occorre invece osservare:

- a.* con riguardo alla tecnica legislativa, che l'art. 2463, ultimo comma, operando, come detto, un richiamo numerico, tra gli altri, all'art. 2329, comma 1, n. 2 (il quale a sua volta si riferisce agli articoli 2342 e 2343), evidenzia una scarsa attenzione del legislatore della riforma sul punto; infatti:
1. il contenuto dell'art. 2342, comma 1 (sulla conferibilità, di regola, del solo denaro), è identico a quello dell'art. 2464, comma 3;
 2. il contenuto dell'art. 2342, comma 2 (sul versamento dei decimi), è identico a quello dell'art. 2464, comma 4;
 3. il contenuto dell'art. 2342, comma 3 (sui conferimenti in natura), è identico a quello dell'art. 2464, comma 5;
 4. il contenuto dell'art. 2342, comma 4 (sulla necessità di versamento da parte dell'unico socio), è identico a quello dell'art. 2464, ultimo comma;
 5. il contenuto dell'art. 2342, comma 5 (sul divieto del conferimento d'opera), è inapplicabile alla società a responsabilità limitata (*ex art.* 2464, comma 6);
 6. il contenuto dell'art. 2343 (sui conferimenti in natura) ha una propria disciplina esclusiva in materia di società a responsabilità limitata a opera dell'art. 2465, il quale, nel proprio ultimo comma, ne richiama correttamente il solo comma 2 (in tema di responsabilità dell'esperto stimatore); (va notato, a questo punto, che i richiami all'art. 2343, da parte della normativa della società a responsabilità limitata, sono due, e cioè il primo, completamente senza senso, "per mezzo" dell'art. 2329, comma 1, n. 2, e il secondo, invece "più mirato", e cioè al solo secondo comma del medesimo art. 2343, a opera, come detto, dell'art. 2465, ultimo comma);
- b.* con riguardo ai conferimenti in natura, che la materia, come si ripete di nuovo, è disciplinata nella "sede propria" della società a responsabilità limitata, dall'art. 2465¹⁸¹;
- c.* con riguardo ai conferimenti in denaro, che il legislatore usa questa espressione (si ripete: «che siano rispettate le previsioni degli articoli 2342 e 2343 relative ai conferimenti») in luogo di quella, utilizzata in precedenza, secondo cui «per procedere alla costituzione della società è necessario: [...] 2)

¹⁸¹ Circa la conseguenze sulla validità dell'atto costitutivo della mancanza della relazione di stima, cfr. MIOLA M., *Il controllo notarile sulla relazione di stima dei conferimenti in natura*, in *Riv. soc.*, 2001, 1201.

che *siano versati* presso un istituto di credito almeno i tre decimi¹⁸² dei conferimenti in danaro [...]».

Ora, è ben vero che il comma 2 dell'art. 2342 (richiamato – come detto – dall'art. 2329, comma 1, n. 2) si esprime nel senso che «alla sottoscrizione dell'atto costitutivo *deve essere versato* presso una banca almeno il venticinque per cento dei conferimenti in danaro¹⁸³ o, nel caso di costituzione con atto unilaterale, il loro intero ammontare»¹⁸⁴ e che quindi la norma in effetti ancor oggi suffraga una lettura nel senso che i decimi debbano essere *versati anteriormente* alla stipula dell'atto costitutivo.

Ma è pur vero che se nel diritto previgente questa lettura era abbastanza inevitabile¹⁸⁵ (il “vecchio” art. 2329, comma 1, n. 2 si esprimeva nel senso

¹⁸² Oppure, che siano depositate presso la società la fideiussione o la polizza assicurativa “sostitutive” dei decimi ai sensi dell'art. 2464, comma 4.

¹⁸³ L'entità del versamento dei decimi con la riforma cala quindi dal 30 al 25 per cento delle sottoscrizioni in denaro.

¹⁸⁴ Per App. Milano, 5 febbraio 1999, in *Società*, 1999, 953, «il mancato integrale versamento dei conferimenti nella s.r.l. unipersonale, previsto dall'art. 2476 c.c., determina l'impossibilità di iscrivere la società nel Registro delle Imprese, e, qualora questa sia iscritta, la nullità della medesima». Cfr. anche Cass., 21 aprile 1983, n. 2745, in *Società*, 1983, 1139. Cfr. pure FRANCO R., *Costituzione di società a responsabilità limitata unipersonale e versamento dei soli tre decimi: responsabilità del notaio*, in *Notariato*, 2001, 138.

¹⁸⁵ Cfr. Cass., 21 aprile 1983, n. 2745, in *Dir. fall.*, 1983, II, 654; e in *Vita not.*, 1983, 1131, secondo cui «il versamento dei tre decimi dei conferimenti in denaro configura presupposto indefettibile per la costituzione di una società per azioni o di una società a responsabilità limitata (quale che sia il modo della costituzione, simultaneo o successivo), e non mero requisito per la sua omologazione, alla stregua del disposto degli artt. 2329, n. 2 e 2475 c.c.; ne consegue che il notaio, il quale riceva l'atto costitutivo di dette società, in mancanza di quel preventivo versamento, incorre in violazione dell'art. 28, n. 1, legge 16 febbraio 1913, n. 89 sull'ordinamento notarile, ed è soggetto alle pene disciplinari previste dall'art. 138 legge medesima»; App. Roma, 15 maggio 1992, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, 511, secondo cui «la sottoscrizione del capitale, in quanto diretta all'assunzione dell'obbligo di effettuare i conferimenti, costituisce elemento essenziale dell'atto costitutivo; [...] l'art. 2328, n. 4 c.c., ricomprendendo tra le indicazioni “obbligatorie” dell'atto costitutivo anche quelle relative all'ammontare del capitale “versato”, lascia intendere che un versamento deve comunque essere effettuato dai soci al momento della stipulazione dell'atto costitutivo; [...] la validità di questa conclusione è avvalorata dall'art. 2330, 1° comma c.c. il quale, ponendo a carico del notaio l'obbligo di depositare entro trenta giorni presso il Registro delle Imprese, l'atto costitutivo con “i documenti comprovanti l'avvenuto versamento dei decimi in denaro”, chiaramente presuppone che tale adempimento sia già stato effettuato nel momento in cui l'atto è stato rogato; [...] a non diversi principi appare ispirato l'art. 2439 c.c. con il quale il legislatore, stabilendo che “i sottoscrittori di azioni di nuova emissione devono, all'atto della sottoscrizione, versare alla società almeno i tre decimi del valore nominale delle azioni sottoscritte”, ha inteso chiarire, eliminando i dubbi sorti al riguardo sotto il vigore del codice di commercio abrogato, che in tema di aumento di capitale valgono gli stessi principi dettati per la costituzione della società». Cfr. anche App. Milano, 5 febbraio 1999, in *Società*, 1999, 953, secondo cui «il mancato integrale versamento dei conferimenti nella s.r.l. unipersonale, previsto dall'art. 2476 c.c., determina l'impossibilità di iscrivere la società nel Registro delle

che «*per procedere alla costituzione della società è necessario: [...] 2) che siano versati presso un istituto di credito almeno i tre decimi dei conferimenti in danaro [...]»*¹⁸⁶, oggi questa anteriorità di versamento rispetto alla stipula dell'atto costitutivo può essere messa in dubbio¹⁸⁷.

Non può non essere notato infatti che oggi la legge non afferma più che i decimi devono essere versati *per procedere* alla costituzione (dove è evidente l'anteriorità del versamento rispetto alla stipula) ma che detto versamento deve avvenire «*alla sottoscrizione dell'atto costitutivo*»; ciò che legittima l'idea di un versamento non anteriore, ma che “trovi causa” nell'avvenuta stipula¹⁸⁸.

E, se si guarda la vicenda dei decimi con l'occhio dei pratici, ove spesso il versamento rappresenta un vero e proprio “tormento” (come quando all'ul-

Imprese, e, qualora questa sia iscritta, la nullità della medesima». Sul tema del versamento dei decimi anche successivo alla stipula dell'atto costitutivo cfr. ANGELICI C., *La nullità delle società*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVI, Torino, 1985, 271; DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995, 730; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 63; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 251.

¹⁸⁶ Anche perché se ci si fosse discostati da tale orientamento, si sarebbero dovuti “fare i conti” con l'ora soppressa previsione di cui al “vecchio” art. 2332, comma 1, n. 6, e cioè sfidare la comminatoria di nullità derivante dalla «inosservanza della disposizione di cui all'art. 2329, numero 2».

¹⁸⁷ ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 28, ritiene che «detto adempimento debba essere considerato, anche nella società a responsabilità limitata, condizione per la costituzione. [...] Di conseguenza non può dubitarsi che anche nella s.r.l. il venticinque per cento, o l'intero ammontare dei conferimenti in denaro nella s.r.l. unipersonale, debbano essere versati come condizione per la costituzione della società e che dunque il notaio debba verificarne l'adempimento al fine di poter eseguire il deposito dell'atto costitutivo presso il Registro delle Imprese». Identico il pensiero di SALAFIA V., *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 6. Nel senso che «non può dubitarsi [...] che il versamento debba sussistere ed essere documentato al momento della sottoscrizione dell'atto costitutivo» AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 67.

¹⁸⁸ Anche per MONTAGNANI C., *Sub Articolo 2463*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 18, il versamento dei decimi o l'esistenza della polizza/fideiussione “sostitutiva” dei decimi sono «condizioni la cui esistenza il notaio deve accertare dopo il rogito dell'atto costitutivo e prima del deposito con contestuale richiesta di iscrizione». Contrario appare BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 22, per il quale «le condizioni per la costituzione dovrebbero avverarsi al momento del perfezionamento dell'atto costitutivo». Contrario pure SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 31, secondo cui il deposito dei decimi deve «preesistere alla redazione dell'atto costitutivo».

timo momento – con i decimi ovviamente già versati – cambiano il nome della società costituenda, i soci partecipanti alla stipula, l'entità delle quote di partecipazione tra gli stessi distribuite, oppure quando vi è l'urgente necessità di stipulare a “banche chiuse” ecc.)¹⁸⁹, non è implausibile che il legislatore della riforma (nel suo lodevole intento di «semplificare il procedimento di costituzione»: art. 3, comma 2, lett. a), legge 3 ottobre 2001, n. 366) abbia pensato al versamento dei decimi non come a una condizione di stipula bensì come a una conseguenza di essa e quindi a una condizione di iscrizione nel Registro delle Imprese.

Tra l'altro, l'argomento delle “banche chiuse” è abbastanza “imbarazzante” e merita una riflessione in più: ragionando nel senso della necessità del versamento anteriormente alla stipula, bisogna concludere che la stipula “a banche chiuse” sarebbe impossibile sia se i decimi fossero bensì già stati versati, ma versati “male” (si pensi a un importo insufficiente o sbagliato o mal suddiviso tra i soci) sia se i decimi non fossero stati per niente versati: ma condizionare un'attività giuridica all'apertura di uno sportello bancario è una considerazione che non abbisogna di tanti commenti per convincere che un'interpretazione restrittiva circa la tempistica del versamento con i decimi non può più oggi apparire come seriamente suffragabile.

2.4

L'iscrizione della società nel Registro delle Imprese

La riforma, dopo aver confermato il modello da ultimo adottato (art. 32, legge 340/2000) circa l'abolizione del controllo giudiziario e l'affidamento del controllo dell'atto al “solo” intervento professionale del notaio rogante, non interviene per nulla sul punto dell'ampiezza di questo controllo, lasciando quindi impregiudicato¹⁹⁰:

a. se valga il disposto dell'art. 28 della legge professionale notarile (che impe-

¹⁸⁹ Per non parlare poi del caso in cui i decimi vengano bensì versati ma poi l'atto costitutivo, per mille ragioni non si stipuli; in questo caso, peraltro, il rimedio è apprestato dall'art. 2331, comma 4, richiamato nella società a responsabilità limitata dall'art. 2436, ultimo comma, il quale dispone che «se entro novanta giorni dalla stipulazione dell'atto costitutivo o dal rilascio delle autorizzazioni previste dal numero 3 dell'art. 2329 l'iscrizione non ha avuto luogo, esse [le somme depositate a norma del secondo comma dell'art. 2342, n.d.a.] sono restituite ai sottoscrittori e l'atto costitutivo perde efficacia».

¹⁹⁰ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *La costituzione della società per azioni*, in *Società*, 2003, 288. Sul tema cfr. PAVONE LA ROSA A., *Il controllo degli atti societari per l'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 181; MEO G., *Dal controllo giurisdizionale al controllo notarile: legalità e stabilità degli atti*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 488; e, da ultimo, BORTOLUZZI A., *Il notaio e la verifica degli atti societari*, in *Riv. not.*, 2002, 1351; e LABRIOLA M., *La sostituzione delle deli-*

disce al notaio di ricevere atti espressamente proibiti per legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico), norma-base dell'attività notarile;

- b. se valga¹⁹¹ il disposto dell'art. 2436 (che, in tema di verbalizzazione delle assemblee straordinarie, dispone la verifica da parte del notaio delle condizioni richieste dalla legge, e quindi con formula identica a quella che in passato sanciva l'ambito del controllo giudiziario sia sugli atti costitutivi che sulle deliberazioni modificative degli statuti), non essendovi probabilmente ragione per un controllo "di un tipo" sull'atto costitutivo e per un controllo "di altro tipo" per gli atti assembleari;
- c. se valga il disposto dell'art. 138-*bis* della richiamata legge notarile (introdotto dalla menzionata legge 340/2000) che dispone sanzioni per il notaio che intervenga nella redazione di un atto (costitutivo o assembleare) «quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge».

Il legislatore della riforma, affidando al notaio il vaglio di legittimità delle disposizioni contenute nell'atto costitutivo, conferma pertanto la soppressione del giudizio di omologazione e quindi l'impostazione che era stata data introducendo (con l'art. 32, comma 5, della legge 24 novembre 2000, n. 340) l'art. 138-*bis* nella legge 16 febbraio 1913, n. 89, secondo cui¹⁹²:

- a. «il notaio che chiede l'iscrizione nel Registro delle Imprese delle deliberazioni di società di capitali, dallo stesso notaio verbalizzate, quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge, viola l'art. 28, primo comma, n. 1, della presente legge, ed è punito con la sospensione

berazioni non iscrivibili alla luce della legge 340/2000 e della riforma delle società, in Notariato, 2002, 607.

¹⁹¹ Cfr. in tal senso, ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 269; SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 34; e, mi pare, MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 15 (del dattiloscritto).

¹⁹² Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 1, «nell'attuazione del secondo comma, lett. c), dell'art. 4 della legge di delega, si è ritenuto con l'art. 2330 di confermare integralmente la disciplina dell'art. 32 della legge 24 novembre 2000, n. 340, e così di considerare sufficiente, come consentito dalla prima direttiva comunitaria, il controllo del notaio che ha rogato l'atto al fine di verificare la sussistenza delle condizioni di legittimità per la costituzione della società. Si è rilevato, infatti, che tale sistema, già operativo da quasi due anni, ha dato fondamentalmente buona prova di sé ed è apparso perciò coerente con gli obiettivi di semplificazione della riforma confermarlo integralmente».

prevista dal secondo comma dell'art. 138 e con la sanzione amministrativa da lire 1.000.000 a lire 30.000.000» (comma 1);

- b. «con sanzione amministrativa pari a quella di cui al comma 1 è punito il notaio che chiede l'iscrizione nel Registro delle Imprese di un atto costitutivo di società di capitali, da lui rogato, quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge» (comma 2).

Una volta stipulato l'atto costitutivo, occorre poi compiere per la società a responsabilità limitata lo stesso *iter* che il legislatore ha previsto per la costituzione della società per azioni; trattandosi di una procedura "burocratica", finalizzata all'iscrizione dell'atto costitutivo nel Registro delle Imprese, non aveva evidentemente senso "inventare" percorsi "propri" per la società a responsabilità limitata diversi da quelli dettati in tema di società per azioni.

Cosicché il legislatore della società a responsabilità limitata ha scelto la "vecchia" strada dei richiami numerici (si veda *supra* il par. 1.2): invece di "fotocopiare" la disciplina della società per azioni, ha preferito esprimersi (art. 2463, ultimo comma) nel senso che «si applicano alla società a responsabilità limitata le disposizioni degli articoli 2329, 2330, 2331, 2332 e 2341».

Dispone dunque l'art. 2330, comma 1, che il notaio rogante¹⁹³ deve "depositare"¹⁹⁴ l'atto costitutivo entro venti¹⁹⁵ giorni presso l'ufficio del Registro delle Imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale, «allegando i documenti comprovanti la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 2329» (il versamento dei decimi, la perizia di stima dei conferimenti in natura, le autorizzazioni richieste per lo svolgimento di date attività).

Il termine di venti giorni¹⁹⁶ rappresenta una novità, in quanto in precedenza il "vecchio" art. 2330, comma 1, parlava di trenta giorni.

¹⁹³ La norma grava quindi dell'obbligo di deposito il notaio rogante. Peraltro, l'art. 2330, comma 2, si esprime nel senso che «se il notaio o gli amministratori non provvedono al deposito nel termine indicato nel comma precedente, ciascun socio può provvedervi a spese della società». Da tale norma deve dunque desumersi che, se gli amministratori non hanno un obbligo di deposito "immediato", hanno bensì un obbligo "sostitutivo" ove il notaio non vi provveda; infine, dunque, se sia il notaio che gli amministratori non vi provvedono, scatta la legittimazione al deposito di ciascuno di coloro che, come soci, hanno partecipato alla stipulazione dell'atto costitutivo.

¹⁹⁴ Richiedendo contestualmente l'"iscrizione" della società nel Registro delle Imprese (art. 2330, comma 3); l'iscrizione «consiste nell'inserimento nella memoria dell'elaboratore elettronico e nella messa a disposizione del pubblico sui terminali per la visura diretta del numero dell'iscrizione e dei dati contenuti nel modello di domanda» (art. 11, comma 8, D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581).

¹⁹⁵ Di dieci giorni (ma è un evidente refuso) parla BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 142.

¹⁹⁶ Per il deposito del verbale recante le deliberazioni modificative dell'atto costitutivo e/o dello

Su tale termine va osservato che:

1. ai sensi dell'art. 223-*quater* delle disposizioni di attuazione del Codice civile, «nel caso in cui la legge prevede che le autorizzazioni di cui agli articoli 2329, numero 3, [...] del Codice civile siano rilasciate successivamente alla stipulazione dell'atto costitutivo [...]» il termine di venti giorni decorre «dal giorno in cui l'originale o la copia autentica del provvedimento di autorizzazione è stato consegnato al notaio»¹⁹⁷ (quindi va notato che fa fede "la consegna" al notaio, e non, per esempio, la data di rilascio dell'autorizzazione, la data della sua spedizione o quella di ricezione da parte della società destinataria, che è evidentemente il soggetto "istante" della richiesta di autorizzazione);
2. se si tratta di un atto costitutivo stipulato all'estero:
 - il termine di venti giorni decorre dal giorno del deposito dell'atto in Italia (art. 1, comma 1, legge 13 marzo 1980, n. 73);
 - per effettuare l'atto di deposito in Italia c'è tempo quarantacinque giorni dalla data dell'atto costitutivo (art. 1, comma 1, legge 13 marzo 1980, n. 73);
 - il deposito in Italia va effettuato presso un qualsiasi notaio o presso un qualsiasi archivio notarile distrettuale (art. 106, comma 1, n. 4, legge 16 febbraio 1913, n. 89), i quali poi provvedono ai successivi adempimenti.

Una volta ricevuto il deposito «l'ufficio del Registro delle Imprese, verificata la regolarità formale della documentazione»¹⁹⁸, iscrive la società nel

statuto permane invece il previgente termine di trenta giorni: l'art. 2436, comma 1, afferma infatti che «il notaio che ha verbalizzato la deliberazione di modifica dello statuto, entro trenta giorni, verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge, ne richiede l'iscrizione nel Registro delle Imprese contestualmente al deposito e allega le eventuali autorizzazioni richieste».

¹⁹⁷ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 1, «con precisazione di rilevante portata per la pratica, si è chiarito in un'apposita disposizione di attuazione che il procedimento di iscrizione a opera del notaio presuppone la sussistenza di tutte le condizioni richieste dalla legge per la costituzione della società; sicché, quando alcune di esse non possono non manifestarsi se non in momento successivo alla stipulazione dell'atto costitutivo, come avviene in particolare nel caso di autorizzazioni che debbono essere rilasciate dopo la stipulazione medesima, i termini per il deposito presso il Registro delle Imprese decorrono dal momento in cui l'originale o copia autentica del provvedimento sono depositati presso il notaio. E si è precisato, d'altra parte, che qualora all'iscrizione si proceda indebitamente in assenza delle prescritte autorizzazioni, all'istanza di cancellazione della società è legittimata, coerentemente con le funzioni di tutela dell'interesse pubblico che le sono attribuite, anche l'autorità competente per il rilascio dell'autorizzazione medesima; chiarendo altresì che, ove la cancellazione venga disposta, essendo comunque la società stata costituita, si applica la disciplina prevista dall'art. 2332 per la nullità della società e così le garanzie ivi previste per i soci e i terzi».

¹⁹⁸ Per l'art. 13, comma 4, D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581, «prima di procedere all'iscrizione, l'ufficio accerta:

a. l'autenticità della sottoscrizione della domanda;

registro» (art. 2330, comma 3); l'iscrizione della società «è eseguita senza indugio e comunque entro il termine di dieci giorni dalla data di protocollazione della domanda» (il termine «è ridotto alla metà se la domanda è presentata su supporti informatici» (art. 11, comma 8, D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581)¹⁹⁹.

Con l'iscrizione nel Registro delle Imprese, infine, «la società acquista la personalità giuridica» (art. 2331, comma 1)²⁰⁰.

Confermandosi, inoltre, da parte della riforma, la normativa previgente sul punto, «se la società istituisce sedi secondarie, si applica l'art. 2299» (art. 2330, comma 4). Vale a dire che:

1. un estratto dell'atto costitutivo deve essere depositato per l'iscrizione presso l'ufficio del Registro delle Imprese del luogo in cui la società istituisce sedi secondarie con una rappresentanza stabile, entro trenta giorni dall'istituzione delle medesime (art. 2299, comma 1);

b. la regolarità della compilazione del modello di domanda;

c. la regolarità formale di tutti i documenti dei quali è prescritta la presentazione».

Cfr. SALAFIA V., *Il procedimento di iscrizione e deposito nel registro delle imprese*, in *Società*, 1996, 625; e CAMPOBASSO G.F., *La costituzione della società per azioni*, in *Società*, 2003, 288, il quale ricorda come all'ufficio del Registro delle Imprese la legge abbia «affidato solo la verifica della regolarità formale della documentazione ricevuta per l'iscrizione, che è cosa ben diversa dal controllo di legalità formale e sostanziale»; cfr. però i dubbi di MONTALENTI P., *La riforma delle società di capitali: prospettive e problemi*, in *Società*, 2003, 344.

¹⁹⁹ Ai sensi dell'art. 2331, comma 4, l'iscrizione è condizione per la restituzione dei decimi da parte della banca depositaria in quanto «le somme depositate a norma del secondo comma dell'art. 2342 non possono essere consegnate agli amministratori se non provano l'avvenuta iscrizione della società nel registro».

²⁰⁰ Sullo svolgimento di attività da parte degli organi sociali anteriormente all'iscrizione, cfr. Trib. Trieste, 20 luglio 1982, in *Società*, 1983, 348; e Cass. 5 giugno 1999, n. 5533, in *Società*, 1999, 1454, in ordine a una deliberazione di aumento del capitale sociale adottata prima dell'iscrizione della società nel Registro delle Imprese: «deve considerarsi inesistente la deliberazione assembleare di una s.r.l. di aumento di capitale e modifica dell'attribuzione delle quote ai soci approvata prima dell'iscrizione della società nel Registro delle Imprese, in quanto proveniente da un'assemblea ancora priva della possibilità giuridica di deliberare: tuttavia, qualora la manifestazione dei soci sia stata plenaria e unanime e sottoscritta da ogni socio può essere apprezzata come espressione di un patto, volto a modificare l'importo del capitale sociale e l'attribuzione di quote se redatto per atto pubblico. La non ancora avvenuta iscrizione della società nel registro non condiziona la validità di detta convenzione modificativa, sia pure destinata ad assumere efficacia dopo l'omologazione e iscrizione della società». Invece, per Cass., 11 marzo 1995, n. 2817, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 384, «il conferimento di un bene immobile, effettuato da uno dei soci fondatori di una società di capitali in sede di stipulazione dell'atto costitutivo, integra un negozio traslativo direttamente e immediatamente in favore della società conferitaria, che ha già la veste di soggetto dell'ordinamento (pur se allo stato ancor privo di personalità): pertanto, con riguardo alla revocatoria di detto conferimento ex art. 2901 c.c., il requisito della consapevolezza del pregiudizio del creditore va riscontrato in capo alla società stessa, sia pure per il necessario tramite dell'atteggiamento psichico dei soci fondatori diversi dal socio conferente».

2. l'estratto deve indicare l'ufficio del Registro delle Imprese presso il quale è iscritta la società e la data dell'iscrizione (art. 2299, comma 2);
3. l'istituzione di sedi secondarie deve essere denunciata per l'iscrizione nello stesso termine anche all'ufficio del Registro delle Imprese del luogo dove è iscritta la società (art. 2299, comma 3).

2.5 Le operazioni compiute prima dell'iscrizione della società nel Registro delle Imprese

In questa materia la riforma (seppur non intervenendo²⁰¹ sulla problematica se, anteriormente all'iscrizione²⁰², la società già esista oppure, in caso contrario, se essa sia considerabile in termini di società "irregolare"²⁰³ o di società "in formazione"²⁰⁴ o di "società in nome collettivo irregolare")²⁰⁵ innova notevolmente la normativa previgente, per la quale ("vecchio" art. 2331, comma 2) «per le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione sono illimitatamente e solidalmente responsabili verso i terzi coloro che hanno agito», in quanto a questa previsione di responsabilità il

²⁰¹ Cfr. CAMPOBASSO G.F., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1458, secondo cui dalla riforma discendono argomenti che «militano» contro la tesi della società irregolare o in formazione. Cfr. pure NOTARI M., *La costituzione della s.p.a. e il contenuto dell'atto costitutivo*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 14-15 (del dattiloscritto), secondo il quale «non mancano segnali a favore della tesi della società in formazione. L'inciso "l'atto costitutivo perde efficacia" può anche essere letto nel senso che, comunque, l'atto costitutivo, già prima dell'iscrizione, è dotato di una sua efficacia, comprendente anche la nascita di un soggetto giuridico, in capo al quale poter imputare rapporti giuridici. Pure favorevole alla tesi della società in formazione [...] sembra [...] l'abrogazione del divieto di vendita delle azioni, soprattutto se viene accostata all'argomentazione utilizzata da molte sentenze ante riforma, secondo le quali la vendita delle azioni prima dell'iscrizione è nulla poiché si tratterebbe di una vendita avente un oggetto impossibile, in quanto, non esistendo ancora la società, non esistono le partecipazioni sociali». Per SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 39, con la riforma «si rafforza l'interpretazione secondo cui qualche limitato effetto reale, sia pur non la vera società, vi sia, e che questo si risolve nel soddisfacimento, con il patrimonio formato dai conferimenti, delle spese di costituzione in senso stretto».

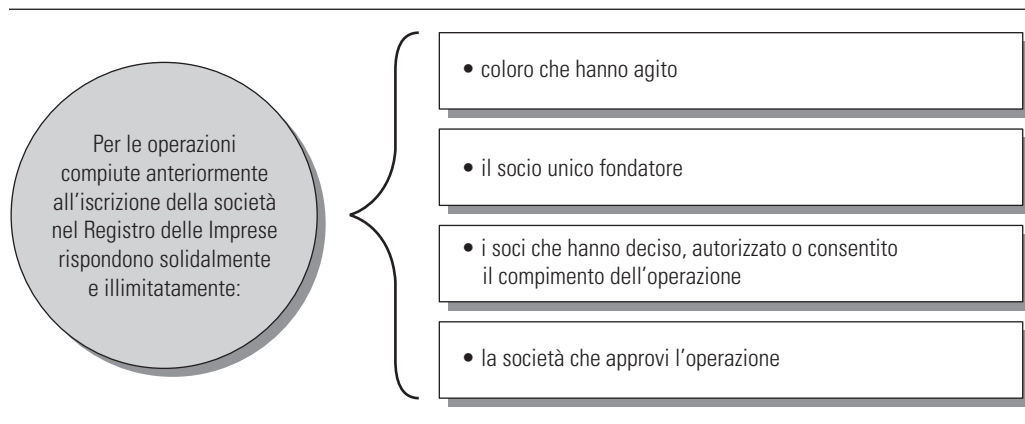
²⁰² Per la tesi della società che esiste solo dopo l'iscrizione, per esempio, cfr. ANGELICI C., *Società prima dell'iscrizione e responsabilità di "coloro che hanno agito"*, Milano, 1998, 105.

²⁰³ Cfr. OPPO G., *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 109.

²⁰⁴ Cfr. PORTALE G.B., *Conferimenti in natura ed effettività del capitale nella "società per azioni in formazione"*, in *Riv. soc.*, 1994, 1.

²⁰⁵ Cfr. ancora PORTALE G.B., *Conferimenti in natura ed effettività del capitale nella "società per azioni in formazione"*, in *Riv. soc.*, 1994, 44.

Figura 2.3 La responsabilità per le operazioni anteriori all'iscrizione della società nel Registro delle Imprese



legislatore del 2003 aggiunge²⁰⁶ quella (il nuovo art. 2331 è attratto nella disciplina della società a responsabilità limitata dal nuovo art. 2463, ultimo comma):

1. del «socio unico fondatore» (art. 2331, comma 2, secondo periodo)²⁰⁷;

²⁰⁶ «Sono *altresì solidalmente* e illimitatamente responsabili [...]: nuovo art. 2331, comma 2, secondo periodo. Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 1, n. 4, «si è precisato che la responsabilità per le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione nel Registro delle Imprese coinvolge non soltanto coloro che formalmente hanno agito nei confronti dei terzi, ma anche i soci che hanno consentito o autorizzato il compimento dell'operazione (art. 2331, primo comma). In tal modo, rafforzando le garanzie per i terzi, viene da un lato risolto un dubbio interpretativo cui il testo originario del codice aveva dato origine, viene dall'altro dettata una norma sistematicamente coerente con la disposta responsabilità del socio quando unico fondatore della società. La prospettiva è in definitiva quella che afferma una responsabilità non tanto di chi formalmente ha agito, quanto di chi ha assunto la decisione di agire e avviare, prima della definitiva conclusione del procedimento costitutivo, l'attività sociale; è logico perciò che, nel caso di costituzione della società a opera di una sola persona, tale decisione possa essere riferita all'unico fondatore qualunque sia la posizione da esso formalmente assunta, mentre, nel caso di una pluralità di soci e in una situazione come quella della società per azioni, in cui la partecipazione all'atto costitutivo esprime un intento di limitare la responsabilità, sia necessario in concreto accertare se e quali di essi tale decisione di agire prima dell'iscrizione nel Registro delle Imprese hanno effettivamente assunto».

²⁰⁷ Si risolve così il problema se l'unico socio avesse la limitazione della responsabilità solo per le obbligazioni sociali sorte dopo l'iscrizione della società nel Registro delle Imprese o anche per quelle anteriori: cfr. CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 514; CHIEFFI I., *La società unipersonale a responsabilità limitata*, Torino, 1996, 279; ROSAPEPE R., *La società a responsabilità limitata unipersonale*, Milano, 1996, 279.

2. dei «soci che nell'atto costitutivo o con atto separato hanno deciso, autorizzato o consentito il compimento dell'operazione» (art. 2331, comma 2, secondo periodo)²⁰⁸;
3. della società che «successivamente all'iscrizione [...] abbia approvato [l'] operazione [...]», la quale società, con tale "approvazione", oltre a dover «rilevare coloro che hanno agito»²⁰⁹, diviene dunque *anch'essa*²¹⁰ obbligata (art. 2331, comma 3).

Questa innovazione, accollando pertanto anche alla società la responsabilità per le operazioni compiute prima dell'iscrizione, incrementa dunque la tutela per i terzi, nel solco, tracciato dalla legge delega, del "criterio direttivo" di «semplificare il procedimento di costituzione [...] eliminando gli adempimenti non necessari, [ma, comunque, pur sempre, *n.d.a.*] nel rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi e di tutela dei creditori sociali» (art. 3, comma 2, lett. a), legge 3 ottobre 2001 n. 366).

La modifica è particolarmente significativa: infatti, con l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la società neocostituita viene dunque posta nelle condizioni di decidere²¹¹ se ratificare²¹² o meno l'operato di chi ha agito in nome della società prima della sua venuta a esistenza:

- ove essa si risolva in tal senso²¹³ assume pertanto su di sé la responsabilità

²⁰⁸ È ovvio considerare che, se nel caso di costituzione della società a opera di un solo soggetto, la decisione del compimento di una data operazione non possa non essere riferita all'unico fondatore, qualunque sia la posizione (di amministratore o meno) da esso formalmente assunta, nel caso di una pluralità di soci (i quali, stipulando l'atto costitutivo di una società a responsabilità limitata, hanno evidentemente espresso l'intento di limitare la loro responsabilità) è necessario in concreto accertare se e quali di essi abbiano effettivamente assunto tale decisione di agire prima dell'iscrizione nel Registro delle Imprese. Lamenta che la norma in questione possa creare problemi nel caso di conferimento di un'azienda individuale «dato che tutti i soci, con *l'atto costitutivo*, quanto meno implicitamente, vengono ad autorizzare l'esercizio dell'attività, essendo impensabile che si fermi l'attività produttiva», PORTALE G.B., *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal Governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 701.

²⁰⁹ E non – si badi – il socio unico fondatore: cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 37.

²¹⁰ Forse, la forma espressiva non è perfetta: comunque, la norma (art. 2331, comma 3) si esprime nel senso che «qualora successivamente all'iscrizione la società abbia approvato [...], è responsabile *anche* la società [...]».

²¹¹ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *La costituzione della società per azioni*, in *Società*, 2003, 290, il quale sottolinea il punto che la società non è automaticamente vincolata alla ratifica a seguito dell'avvenuta sua iscrizione nel Registro delle Imprese.

²¹² Per Cass., 5 maggio 1989, n. 2127, in *Giur. comm.*, 1991, II, 34, «la costruzione del negozio posto

dell'operazione nei confronti dei terzi ed è tenuta a rilevare²¹⁴ i soggetti che hanno compiuto l'operazione di quanto dagli stessi sopportato a tale titolo (i quali tuttavia continuano solidalmente a rispondere verso i terzi del loro operato²¹⁵, a meno che²¹⁶ il terzo, nel contrattare, abbia espressamente dichiarato che la ratifica della gestione *ante* iscrizione, con accollo da parte della società delle obbligazioni sorte durante essa, valga pure come liberazione da responsabilità di coloro che hanno agito prima dell'iscrizione medesima; oppure a meno che il terzo esplicitamente liberi chi ha agito, una volta intervenuta la ratifica, e quindi una volta intervenuto l'accollo da parte della società)²¹⁷;

- nel caso invece la società opti per la non ratifica dell'operazione, nessuna azione possono vantare i terzi nei confronti della società stessa, ferma restando invece la responsabilità solidale verso i terzi di coloro che hanno agito, del socio unico fondatore e di quelli tra i soci che nell'atto costitutivo o con atto separato hanno deciso, autorizzato o consentito il compimento dell'operazione²¹⁸.

in essere in nome di una costituenda società di capitali [...] secondo lo schema e la disciplina del negozio compiuto dal rappresentante senza poteri, è condivisa dalla consolidata giurisprudenza di questa Corte [...]. La ratifica costituisce una *condicio iuris* al cui verificarsi è subordinata la produzione, nella sfera giuridica del rappresentato, sia essa persona fisica o giuridica, degli effetti del contratto "concluso" dal rappresentante privo dei necessari poteri».

²¹³ Ancora Cass., 5 maggio 1989, n. 2127, in *Giur. comm.*, 1991, II, 34, sancisce che «nell'ipotesi di negozio concluso in nome di una costituenda società di capitali, la ratifica (eventuale) dell'operato del *falsus procurator*, una volta che la società sia venuta a esistenza, deve pervenire dallo stesso organo cui lo statuto sociale attribuisce la competenza a deliberare il compimento dello specifico negozio posto in essere dal rappresentante senza poteri».

²¹⁴ Sulla responsabilità sussidiaria, a tutela dei terzi, di coloro che hanno agito, nonostante l'intervenuta ratifica, cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 75.

²¹⁵ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 23 e 37.

²¹⁶ Cfr. Cass., 28 luglio 1960, n. 2222, in *Dir. fall.*, 1960, II, 850.

²¹⁷ Paventa peraltro che «il risultato che si ottiene potrebbe essere quello di escludere di *fatto*, in sede di costituzione della società di capitali, il conferimento di un'azienda in esercizio e in genere di beni produttivi, dal momento che a un simile apporto sarebbe connesso un rischio eccessivamente elevato (dato che tutti i soci, con l'atto costitutivo, quanto meno implicitamente vengono ad autorizzare l'esercizio dell'attività, essendo impensabile che si fermi l'attività produttiva)», PORTALE G.B., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003, 262.

²¹⁸ Cfr. Cass., 6 settembre 1996, n. 8127, in *Foro it.*, 1998, I, 224, secondo cui «la responsabilità illimitata e solidale di chi ha agito per una società di capitali non ancora costituita, o non ancora iscritta nel Registro delle Imprese, permane inalterata (salvo patto contrario) anche dopo la regolare costituzione della società e anche dopo che questa, una volta conseguita la personalità giuridica, abbia ratificato le operazioni compiute anteriormente in suo nome».

In sostanza, è stato adottato, nella materia societaria, lo stesso assetto di interessi e di regole che disciplina la materia della rappresentanza contrattuale di diritto comune:

1. secondo l'art. 1398 (in tema di "rappresentanza senza potere") infatti «colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto»;
2. secondo l'art. 1399 (in tema di "ratifica") «nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, il contratto può essere ratificato dall'interessato, con l'osservanza delle forme prescritte per la conclusione di esso».

2.6 La mancata iscrizione della società nel Registro delle Imprese

Sia nel caso in cui i decimi siano stati versati ma l'atto costitutivo non sia poi stato stipulato, così come nel caso che l'atto costitutivo sia bensì stato stipulato ma non se ne sia chiesta o ottenuta l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la disciplina della riforma riduce (in un "quadro operativo" che tende a un drastico contenimento dei tempi per la costituzione della società) da un anno ("vecchio" art. 2329, comma 3) a novanta giorni il termine per poter ritirare i decimi depositati presso la banca che non si siano pertanto "utilizzati", prendendosi dunque atto da parte del legislatore che il previgente termine di un anno era eccessivamente lungo (art. 2329, comma 4)²¹⁹.

L'ulteriore significativa nuova conseguenza portata dal medesimo art. 2329, comma 4, è che, se entro novanta giorni dalla stipulazione dell'atto costitutivo, l'iscrizione della società non ha avuto luogo, l'atto costitutivo perde efficacia; la mancata iscrizione della società nel Registro delle Imprese funge dunque da condizione risolutiva dell'atto costitutivo, il cui avveramento comporta la risoluzione con effetto retroattivo degli effetti scaturiti dall'atto costitutivo medesimo.

²¹⁹ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 1, n. 4, «in siffatto quadro di semplificazione e accelerazione, è stato possibile ridurre drasticamente il periodo di tempo decorso il quale la mancanza di iscrizione implica il diritto dei sottoscrittori a ottenere dalla banca presso cui sono stati depositati la restituzione dei decimi versati: esso è passato da quello originario di un anno, ormai ingiustificato in assenza di un procedimento giudiziario, a novanta giorni; e si è altresì precisato, risolvendo dubbi interpretativi che da tempo sono oggetto di discussione, che l'inutile decorso di quel termine implica la perdita di efficacia dell'atto costitutivo (art. 2331, quarto comma)».

2.7 La cessione delle quote di società a responsabilità limitata prima dell'iscrizione della società nel Registro delle Imprese

Nel sistema previgente, il “vecchio” art. 2475, comma 2, richiamava nella società a responsabilità limitata solamente i primi due commi dell'art. 2331²²⁰ e quindi non richiamava il terzo comma («l'emissione e la vendita delle azioni prima dell'iscrizione della società sono nulle»).

Quindi, a meno di non ascrivere il mancato richiamo del terzo comma dell'art. 2331 a una svista²²¹ del legislatore, era assai controverso se nessun divieto di incedibilità²²² delle partecipazioni al capitale sociale di società a responsabilità limitata potesse derivarsi dalla mancata iscrizione della società nel Registro delle Imprese²²³.

²²⁰ Recitava il “vecchio” art. 2475, comma 2, che: «si applicano alla società a responsabilità limitata le disposizioni degli articoli 2328, ultimo comma, 2329, 2330, 2331, primo e secondo comma, 2332, con esclusione del numero 8, e 2341».

²²¹ In tal senso SPATAZZA G., *Le società per azioni*, vol. I, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da BIGIAMI W., Torino, 1972, 100.

²²² Cfr. Trib. Napoli, 12 giugno 1964, in *Giur. it.*, 1965, I, 2, 572; App. Genova, 4 luglio 1996, in *Nuova giur. lig.*, 2000, 233, secondo cui «l'acquisto di quote di una costituenda società a responsabilità limitata all'epoca non ancora esistente costituisce acquisto di cosa futura, non vietato dall'ordinamento; non contrasta con tale principio generale il disposto dell'art. 2331 c.c., 3° comma, che prevede la nullità dell'emissione e vendita di azioni prima dell'iscrizione della società per azioni; tale divieto, infatti, non si applica alla società a responsabilità limitata in quanto l'art. 2475 c.c. fa rinvio esplicitamente, per la disciplina delle società a responsabilità limitata, al 1° e al 2° comma dell'art. 2331 c.c. ma non anche al terzo»; Cass., 4 giugno 1999, n. 5494, in *Giur. it.*, 2000, 101, secondo cui «il divieto di alienazione delle azioni prima dell'iscrizione della società nel Registro delle Imprese non si applica alla quota di s.r.l.»; e cfr. pure RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 47.

²²³ Nel senso dell'applicabilità dell'art. 2331, comma 3, anche alle società a responsabilità limitata, cfr. App. Trento, 24 gennaio 1997, in *Società*, 1997, 905; Cass., 5 giugno 1999, n. 5533, in *Società*, 1999, 1454, secondo cui «la disposizione del 3° comma dell'art. 2331 c.c., che sancisce la nullità dell'emissione e della vendita delle azioni prima dell'iscrizione della società nel Registro delle Imprese, deve reputarsi analogicamente applicabile alla fattispecie della cessione di quote di società a responsabilità limitata, effettuata prima dell'iscrizione di tale società nel Registro delle Imprese, stante la non configurabilità sul piano logico del trasferimento di una partecipazione sociale prima che la società sia venuta a giuridica esistenza e considerato che il mancato richiamo all'art. 2331, 3° comma da parte dell'art. 2475 c.c. trova spiegazione in ragioni di incompatibilità sul piano letterale, dipendenti dalla suddivisione del capitale sociale della società a responsabilità limitata in quote e non in azioni»; Cass., 22 settembre 1999, n. 10263, in *Società*, 1999, 1456, secondo cui «la norma del 3° comma dell'art. 2331 c.c., che prevede la nullità dell'emissione e della vendita delle azioni di società prima dell'iscrizione della società nel Registro delle Imprese, è applicabile anche alla vendita di quote di società a responsabilità limitata effettuata anteriormente all'iscrizione di tale società – pur già costituita – in detto registro, senza che a tale applicabilità sia d'ostacolo il mancato richiamo del suddetto 3° comma dell'art. 2331 nell'ultimo comma dell'art. 2475 c.c., poiché esso si spiega solo con la circostanza che in tale forma societaria il capitale è diviso in quote e non in azioni, laddove,

Con la riforma la materia parrebbe complicarsi, in quanto il richiamo che l'art. 2463, comma 3, opera all'art. 2331²²⁴, è fatto non più (con chirurgica attenzione) ai soli primi due commi, ma (indiscriminatamente) all'intero testo del medesimo art. 2331, e quindi anche al suo quinto comma, il quale recita: «Prima dell'iscrizione nel registro è vietata l'emissione delle azioni ed esse, salvo l'offerta pubblica di sottoscrizione ai sensi dell'art. 2333, non possono costituire oggetto di una sollecitazione all'investimento».

Ora, questa norma (a parte che non vieta più²²⁵ – come accadeva nel regime previgente – il *commercio* delle azioni, ma “solo” la loro *emissione*)²²⁶

invece, la ragione giustificativa della nullità – costituita dall'incompatibilità logica di un trasferimento di capitale sociale prima che la società venga a esistenza con l'iscrizione e, quindi, dalla mancanza dell'oggetto della cessione – ricorre analogamente, tenuto conto che essa è direttamente consequenziale alle disposizioni del 1° e del 2° comma dell'art. 2331, le quali sono espressamente richiamate dall'ultimo comma dell'art. 2475 e, rispettivamente prevedendo, che solo con l'iscrizione la società acquisti la personalità giuridica e che, in difetto, chi abbia agito in nome della società, assuma responsabilità illimitata, escludono che prima dell'iscrizione, possa configurarsi una forma societaria anche “irregolare”; tale interpretazione, quanto ai contratti societari stipulati dopo la sua entrata in vigore, trova, inoltre, conferma nell'ultimo comma dell'art. 2479 c.c. (introdotto con l'art. 1, 2° comma, legge n. 310 del 1993), il quale, imponendo l'iscrizione nel Registro delle Imprese dei trasferimenti di quote di società a responsabilità limitata, presuppone che la società sia già venuta a giuridica esistenza con la preventiva iscrizione, in tal modo ribadendo che anteriormente quel trasferimento non è possibile»; e cfr. pure SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 77; GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 452; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 512, nota 1.

Sul tema della cessione di quota di società *ancora da costituire* cfr. pure App. Trento, 24 gennaio 1997, in *Società*, 1997, 905; e ancora Cass., 22 settembre 1999, n. 10263, in *Società*, 1999, 1456, secondo cui «premesso che la norma del 3° comma dell'art. 2331 c.c. è applicabile anche alle società a responsabilità limitata e che, quindi, il trasferimento di quote di tale società, pur già costituita anteriormente alla sua iscrizione nel Registro delle Imprese, è nullo, a maggior ragione deve ritenersi nullo il trasferimento di tali quote prima che la società sia stata costituita, senza che esso possa giustificarsi con la qualificazione del negozio come vendita di cosa futura».

²²⁴ Infatti, secondo il “nuovo” art. 2463, comma 3: «si applicano alla società a responsabilità limitata le disposizioni degli articoli 2329, 2330, 2331, 2332 e 2341».

²²⁵ Il mutamento introdotto dalla riforma societaria viene giustificato nella *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 1, n. 4, con l'esigenza secondo cui, a fondamento della nuova norma, starebbe l'esigenza di impedire, fin quando la società non sia stata definitivamente costituita, la formazione di un effettivo mercato diffuso su titoli di una società di cui è tuttora incerta la venuta a esistenza; non contrasterebbe peraltro con questa esigenza la previsione del “semplice” trasferimento della partecipazione sociale prima dell'iscrizione della società. Secondo la *Relazione* appare infatti «coerente con la natura contrattuale dell'atto costitutivo di società non limitare la possibilità di un trasferimento della posizione di parte del contratto, ma soltanto, per l'esigenza di assicurare la necessaria tutela del pubblico dei risparmiatori, che la sua negoziazione non utilizzi strumenti cartolari, bensì soltanto quello di diritto comune della cessione del contratto».

²²⁶ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *La costituzione della società per azioni*, in *Società*, 2003, 291.

non appare peraltro applicabile²²⁷ sotto nessun suo profilo alla società a responsabilità limitata (e quindi alla cessione delle partecipazioni anteriormente all'iscrizione della società a responsabilità limitata nel Registro delle Imprese, cessione che dunque sarebbe perfettamente "libera"), in quanto:

- sul divieto di *emissione delle azioni*, la fattispecie non è riproducibile nel campo della società a responsabilità limitata, in quanto il concetto di *emissione*, che ben si addice ai titoli azionari²²⁸, nulla ha a che vedere con le quote di partecipazione al capitale sociale di società a responsabilità limitata, le quali invero non si *emettono*, ma si "creano" *ex se* per effetto del conferimento (rappresentando quella parte di capitale sociale che spetta al conferente in rapporto a quell'altra parte del capitale medesimo che spetta agli altri soci) e subentrano nel patrimonio del socio per effetto del suo conferimento nel capitale sociale;
- sulla possibilità di costituire *oggetto di una sollecitazione all'investimento*, l'art. 2468, comma 1, vieta che le quote di partecipazione al capitale sociale di società a responsabilità limitata possano costituire «oggetto di sollecitazione all'investimento».

2.8 La nullità della società

La disciplina dell'invalidità dell'atto costitutivo e dell'invalidità che discende dal mancato rispetto delle norme procedurali dettate per la costituzione della società è una di quelle materie ove il legislatore della riforma, pur nell'intento di creare per la società a responsabilità limitata «un autonomo e organico complesso di norme» (art. 3, comma 1, lett. *a*), legge 3 ottobre 2001, n. 366), non avrebbe potuto non confezionare per la società a responsabilità limitata, per evidenti motivi di sistematica generale, una normativa identica a quella della società per azioni.

Tale identità di disciplina è stata quindi realizzata con il "vecchio" sistema dei richiami numerici (si veda *supra* il par. 1.2) alle norme della società per azioni (e precisamente l'art. 2463, comma 3, attrae nella società a responsabilità limitata il disposto dell'art. 2332 in tema di società per azioni), quando invece, per materie così "generali" forse il legislatore della riforma meglio avrebbe proceduto se avesse creato delle aree normative di applica-

²²⁷ Appalesandosi pertanto proprio mal richiamata, anche perché, come detto, il legislatore della riforma già disponeva dell'esempio di richiamo "parziale" nella società a responsabilità limitata ai soli primi due commi del "vecchio" art. 2331 operato dal "vecchio" art. 2475, comma 2.

²²⁸ Per l'art. 2468, comma 1, «le partecipazioni dei soci non possono essere rappresentate da azioni».

zione comune per società per azioni (e in accomandita per azioni) e società a responsabilità limitata, e li distinguendo le fattispecie ove vi fosse stata appunto una ragione di differenziazione.

Ora, nel campo della disciplina dei vizi che comportano la nullità della società della società per azioni (e della società a responsabilità limitata), la riforma del diritto societario ha inciso con notevoli novità rispetto all'ordinamento previgente.

Si tratta, come noto, di una materia che vive nell'eterna "contraddizione", da un lato, di salvaguardare il più possibile il "valore aggiunto" che nel mondo economico si determina per il fatto stesso della nascita di una società e di tutelare tutti coloro che con essa entrano in contatto, e quindi, di diminuire rischi di incertezza e "costi" conseguenti²²⁹ e di aumentare il "coefficiente di stabilità" degli atti compiuti; e, d'altro lato, di fulminare radicalmente con la sanzione del loro azzeramento quelle situazioni in cui vi siano vizi di tale evidenza da non consentire nel modo più assoluto la prosecuzione dell'attività cui quell'atto costitutivo ha dato vita.

Se, dunque, nel diritto civile "comune", la nullità è la sanzione ordinariamente prescritta per ogni caso in cui vi sia violazione di una norma imperativa (art. 1418, comma 1), a questa nullità "virtuale" fa da solido contraltare la nullità in materia societaria, che, invece, può essere invocata solo (art. 2332) nei casi specificamente prescritti dalla legge (cosiddetta nullità "testuale")²³⁰.

Inoltre, mentre in campo civilistico la nullità determina la completa inefficacia del contratto (art. 1424), in campo societario vi è da tener conto che la nullità invero azzerava un fenomeno che comunque si è pur sempre svolto (le promesse di conferimento dei soci, i rapporti di credito/debito intrattenuti con i terzi ecc.) e che quindi non si può parlare di radicale inefficacia, come se nulla fosse capitato, bensì occorre ragionare in termini di una causa di scioglimento dell'ente²³¹; e pertanto:

1. i conferimenti promessi rimangono dovuti (art. 2332, comma 3) (in diritto civile invece, stante l'insanabile inefficacia, ciò che è stato dato va restituito e ciò che è stato promesso non è dovuto);

²²⁹ Cfr. Cass., 28 aprile 1997, n. 3666, in *Società*, 1997, 1138; e in *Giust. civ.*, 1997, I, 2127, «le complesse formalità di organizzazione e di attuazione che, in virtù del rinvio previsto dall'art. 2475 c.c., caratterizzano anche una società a responsabilità limitata, con particolare riguardo alle finalità e agli effetti che la pubblicità legale persegue, non rendono configurabile la simulazione della società iscritta nel Registro delle Imprese».

²³⁰ Cfr. GENNARI F., *La società a responsabilità limitata*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1999, 86.

²³¹ Cfr. COTTINO G., voce *Società per azioni*, in *Nss. dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1977, 662.

2. la sentenza che pronuncia la nullità nomina i liquidatori (art. 2332, comma 4: in campo societario non si può dire, come in campo civilistico, che niente è successo ove il contratto sia nullo, perché vi è comunque da gestire il fascio dei rapporti che la società, seppur “nulla”, ha intessuto);
3. alla nullità non si può far luogo se il vizio sia sanato (art. 2332, comma 5) (in campo contrattuale invece la nullità è insanabile, *ex art.* 1423, stanti la radicalità del vizio che si è manifestato e l’attentato ai principi che quel vizio ha perpetrato).

2.8.1 I nuovi casi di nullità

La nuova normativa determina innanzitutto, rispetto all’ordinamento previgente, lo sfoltoimento, nell’art. 2332, dell’elenco dei vizi che comportano la nullità della società²³² dopo che ne sia avvenuta l’iscrizione nel Registro delle Imprese, in quanto, una volta nata, la società deve rischiare la sua dissoluzione solo in casi eccezionali, e ciò sia per vizi “negoziali” (cioè attinenti l’atto costitutivo), sia per vizi “procedimentali” (cioè attinenti l’*iter* che conduce all’iscrizione di quell’atto nel Registro delle Imprese)²³³.

Sulla scorta di un’esperienza operativa trentennale (la stesura dell’art. 2332, che la riforma manda in pensione, risale infatti al 1969, e cioè a quando, in attuazione della “Prima direttiva comunitaria” in materia societaria, vennero individuati otto casi tassativi di nullità della società), con la riforma del diritto societario il legislatore ha operato invece nel senso di²³⁴:

a. limitare la rilevanza dei vizi della fase costitutiva della società a quelle sole

²³² La legge non parla (art. 2332) di “nullità dell’atto costitutivo” bensì di “nullità della società” a testimonianza del fatto che non si tratta più del giudizio di invalidità di un negozio giuridico (giudizio che è rimesso alle regole di diritto comune se mai venisse svolto anteriormente all’iscrizione dell’atto) ma del giudizio di “spegnimento” dell’ente cui quell’atto ha, nel frattempo, dato (precaria e temporanea) vita mediante la sua iscrizione nel Registro delle Imprese.

²³³ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *La costituzione della società per azioni*, in *Società*, 2003, 291; SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 42.

²³⁴ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 1, n. 5, «l’indicazione di cui all’art. 4, terzo comma, lett. b), della legge di delega, che impone di limitarne la rilevanza, è stata soddisfatta riducendo drasticamente le ipotesi previste dell’art. 2332 come modificato, in attuazione della prima direttiva comunitaria, con il D.P.R. 29 dicembre 1969, n. 1127. [...] la scelta adottata con il nuovo testo dell’art. 2332 è stata nel senso di limitare la rilevanza dei vizi della fase costitutiva a quelli soltanto che assumono un senso alla luce della sua disciplina, escludendo quindi ipotesi in effetti di difficile se non impossibile realizzazione e che, pur in pratica mai presentatesi, avevano creato non trascurabili dubbi interpretativi di sistema e con essi l’eventualità di orientamenti interpretativi che potrebbero porre in pericolo il principio di tassatività delle cause di nullità alla base della norma».

ipotesi che realisticamente possono presentarsi nella pratica, escludendo invece quelle casistiche di difficile, se non di impossibile, realizzazione (come, per esempio, il caso tutto teorico della «mancata stipulazione dell'atto costitutivo»²³⁵ o quello, altrettanto abbastanza implausibile, della «incapacità di tutti i soci fondatori», fattispecie invero contemplate nel previgente testo dell'art. 2332)²³⁶;

- b. semplificare (ed è questo, come noto, il comune denominatore di molti degli interventi della riforma) la procedura costitutiva, comunque garantendo pur sempre adeguate certezze ai terzi e ai soci, evitando però i dubbi e i contrasti che erano derivati dall'interpretazione della previgente normativa sulla nullità della società.

Ebbene, dopo l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la nullità della società può ora essere pronunciata soltanto nei seguenti casi:

1. *mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico* (art. 2332, comma 1, n. 1): si pensi alla società costituita per scrittura privata o verbalmente;
2. *illiceità dell'oggetto sociale* (art. 2332, comma 1, n. 2)²³⁷: e cioè sia stata prescelta un'attività sociale che contrasti con le norme imperative, con l'ordine pubblico²³⁸ o il buon costume (si pensi a una società per l'esercizio della prostituzione, per la tratta dei clandestini, per lo svolgimento di un commercio di stupefacenti);
3. *mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, i conferimenti dei soci, l'ammontare del capita-*

²³⁵ Cfr. SCIUTO M., *La "mancanza dell'atto costitutivo" di società per azioni*, Padova, 2000; BORGIOI A., *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977, 360.

²³⁶ Scompare con la riforma anche l'ipotesi di nullità riferita alla «inosservanza della disposizione di cui all'art. 2329, numero 2» («vecchio» art. 2332, comma 1, n. 6), e cioè della prescrizione che per procedere alla costituzione della società è necessario che siano versati presso un istituto di credito almeno i tre decimi dei conferimenti in danaro, il tutto, probabilmente, in ossequio al fatto che il versamento dei decimi non deve più precedere l'atto costitutivo, sul che vedasi *supra* il par. 2.3).

²³⁷ Va notato che rispetto al «vecchio» art. 2332, comma 1, n. 4, secondo cui «avvenuta l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la nullità della società può essere pronunciata soltanto nei seguenti casi: [...] 4) illiceità o contrarietà all'ordine pubblico dell'oggetto sociale [...]» il nuovo n. 2 del comma 1 dell'art. 2332 si esprime nel senso che «avvenuta l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la nullità della società può essere pronunciata soltanto nei seguenti casi: [...] 2) illiceità dell'oggetto sociale [...]» e che quindi il nuovo testo è identico a quello previgente, fatta eccezione per il rilievo che non è più menzionata la contrarietà all'ordine pubblico, fattispecie peraltro evidentemente sussumibile in quella dell'illiceità dell'oggetto.

²³⁸ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 43.

le sociale o l'oggetto sociale (art. 2332, comma 1, n. 3): in tali evenienze il vizio incide infatti sulla stessa identità della società ed è tale quindi da pregiudicarne una corretta operatività.

Quanto a quest'ultima causa di nullità, desta peraltro riflessione il rilievo che la nuova norma (scritta pensando alla società per azioni, ove è quindi ancora codificata – differentemente da quanto accade per la società a responsabilità limitata – l'articolazione dei documenti costitutivi in “atto costitutivo” e “statuto”) si riferisce alla “mancanza” «nell'atto costitutivo» e non più, come nel diritto previgente (“vecchio” art. 2332, comma 1, n. 5) «nell'atto costitutivo o nello statuto»: da ciò si potrebbe invero desumere che gli elementi elencati come di necessaria indicazione (denominazione, conferimenti, ammontare del capitale, oggetto) nell'atto costitutivo, debbano appunto essere ivi indicati senza che possa sopperire una loro appostazione nello statuto, quando essa non sia stata fatta (anche) nell'atto costitutivo; si tratta peraltro di un'interpretazione probabilmente formalistica in modo eccessivo e quindi minusvalente rispetto al rilievo che lo statuto costituisce «parte integrante» (art. 2328, ultimo comma) dell'atto costitutivo e che quindi l'un documento in effetti compenetra l'altro.

2.8.2 La nullità da carenze autorizzative

Alle tre cause “principali” di nullità indicate nel nuovo art. 2332, si deve poi aggiungere un nuovo caso, che viene introdotto dalla riforma nel nuovo art. 223-*quater* delle disposizioni di attuazione del Codice civile²³⁹.

Questa disposizione riguarda la particolare ipotesi della società iscritta nel Registro delle Imprese prima che sia intervenuta l'autorizzazione prevista per quel peculiare tipo di società dall'art. 2329, n. 3 del Codice civile: si pensi, per esempio (ma non è una fattispecie che si attaglia alla società a responsabilità limitata, per la necessaria biunivocità tra attività bancaria e società azionaria), a una società bancaria iscritta nel Registro prima che la Banca d'Italia abbia, ai sensi dell'art. 14 del D.lgs. 385 del 1° settembre 1993, provveduto alla verifica della sussistenza delle condizioni che legittimano l'esercizio dell'attività bancaria.

Ecco dunque che, qualora l'iscrizione nel Registro delle Imprese sia comunque avvenuta, pur in assenza della necessaria autorizzazione, l'autorità competente al rilascio dell'autorizzazione è legittimata a proporre istanza al tribunale per la cancellazione della società stessa dal Registro; il tribunale, nel caso di accoglimento dell'istanza di cancellazione, scioglie la socie-

²³⁹ Il quale, quindi, è tutto meno che una disposizione “di attuazione”.

tà, ponendola in liquidazione, e ciò appunto secondo la procedura di cui all'art. 2332²⁴⁰.

2.8.3 La procedura per la dichiarazione di nullità

In presenza dei vizi sopra elencati, l'ordinamento reagisce dunque alla violazione delle sue regole e commina la sanzione tipica del diritto civile per l'infrazione di norme imperative, la nullità appunto; le conseguenze sono però diverse, come detto, da quelle che sono sancite dalla disciplina generale dei contratti, secondo cui un "normale" contratto nullo non produce effetti, non può essere sanato e compete a chiunque sia interessato di agire perché la nullità venga rilevata (e anche il giudice può provvedervi d'ufficio).

Se la nullità riguarda dunque una società di capitali, occorre infatti avere presente che, con l'iscrizione nel Registro delle Imprese, ha preso avvio un'organizzazione che può aver intrattenuto rapporti economici con i terzi, i quali devono potersi "fidare" della stabilità degli atti cui hanno partecipato; le esigenze sono allora quelle di:

1. evitare di compromettere l'attività già svolta; la legge dispone pertanto che la dichiarazione di nullità non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti in nome della società dopo l'iscrizione nel Registro delle Imprese e prima che sia pronunciata la sentenza che dichiara la nullità della stessa (art. 2332, comma 2); nel diritto civile "comune" quegli atti sarebbero invece azzerati, quanto corrisposto sarebbe da restituire, quanto promesso non sarebbe da adempiere;
2. conservare, se possibile, l'organizzazione societaria consentendo la sanatoria (art. 2332, comma 5) dei vizi della costituzione della società che ne com-

²⁴⁰ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 1, «con precisazione di rilevante portata per la pratica, si è chiarito in un'apposita disposizione di attuazione che il procedimento di iscrizione a opera del notaio presuppone la sussistenza di tutte le condizioni richieste dalla legge per la costituzione della società; sicché, quando alcune di esse non possono non manifestarsi se non in momento successivo alla stipulazione dell'atto costitutivo, come avviene in particolare nel caso di autorizzazioni che debbono essere rilasciate dopo la stipulazione medesima, i termini per il deposito presso il registro delle imprese decorrono dal momento in cui l'originale o copia autentica del provvedimento sono depositati presso il notaio. E si è precisato, d'altra parte, che qualora all'iscrizione si proceda indebitamente in assenza delle prescritte autorizzazioni, all'istanza di cancellazione della società è legittimata, coerentemente con le funzioni di tutela dell'interesse pubblico che le sono attribuite, anche l'autorità competente per il rilascio dell'autorizzazione medesima; chiarendo altresì che, ove la cancellazione venga disposta, essendo comunque la società stata costituita, si applica la disciplina prevista dall'art. 2332 per la nullità della società e così le garanzie ivi previste per i soci e i terzi».

- portano la nullità (sanatoria impossibile in diritto comune); così, è in facoltà dei soci di eliminare la causa che vizia la società, per esempio con la ripetizione dell'atto costitutivo, stipulato "privatamente", nella forma dell'atto pubblico, modificando l'oggetto sociale per fare venir meno le cause di illiceità dello stesso, introducendo nell'atto costitutivo i dati che mancano e che si riferiscono alla denominazione, ai conferimenti, al capitale sociale o all'oggetto; e dando infine pubblicità, al fine della tutela dell'informazione dei terzi, nel Registro delle Imprese dell'intervenuta modificazione sanante;
3. porre la società in liquidazione (art. 2332, comma 4) ove non si riesca a sanare il vizio che inficia l'atto costitutivo; e quindi la sentenza che dichiara la nullità deve procedere pure alla nomina dei liquidatori (e il dispositivo della sentenza che dichiara la nullità deve essere iscritto, a cura degli amministratori o dei liquidatori, nel Registro delle Imprese) (art. 2332, comma 6).

La dichiarazione di nullità della società comporta dunque la liquidazione della stessa, con la salvezza però di tutti gli atti compiuti fino a tale momento (art. 2332, comma 2) e dei diritti e degli obblighi che l'atto costitutivo o l'attività sociale hanno posto a carico dei soci (per esempio, l'obbligo di effettuare i conferimenti) e dei terzi.

SOMMARIO

Introduzione

3.1 I conferimenti

3.1.1 La derogabile proporzionalità tra valore del conferimento e valore della partecipazione del conferente

3.1.2 È conferibile tutto ciò che è "economicamente valutabile"

3.2 I conferimenti in denaro e il versamento dei decimi

3.3 I conferimenti di beni in natura o di crediti

3.3.1 Il conferimento di azienda

3.3.1.1 *La trasmissione alla società conferitaria delle posizioni soggettive del soggetto conferente e acquisite con la gestione dell'azienda poi conferita*

3.3.1.2 *La trasmissione alla società conferitaria delle posizioni soggettive fiscalmente rilevanti del soggetto conferente*

3.4 La stima dei conferimenti di beni in natura o di crediti

3.5 La stima degli acquisti "potenzialmente pericolosi"

3.6 I conferimenti d'opera e di servizi

3.7 La stima dei conferimenti delle prestazioni d'opera o di servizi

3.8 La "quota" di "partecipazione" al capitale sociale

3.8.1 Il valore della quota

3.8.2 Unitarietà della quota di partecipazione al capitale sociale e sua natura giuridica

3.8.3 Comproprietà della quota di partecipazione

3.8.4 Le operazioni sulle proprie partecipazioni

3.9 L'inadempimento della sottoscrizione

3.10 Proporzionalità tra valore dei conferimenti ed entità dei diritti di voce dei soci

3.10.1 Proporzionalità tra conferimenti e partecipazioni

3.10.2 Proporzionalità tra quote e diritti sociali

3.10.3 La circolazione dei "particolari diritti"

3.10.4 La modificazione dei "particolari diritti"

3.11 I mutamenti nella composizione della compagine sociale

3.11.1 Il trasferimento *inter vivos* della quota di partecipazione

3.11.2 Le garanzie dovute dal cedente

3.11.3 I limiti statutari alla trasmissione delle quote di partecipazione al capitale sociale e il diritto di recesso

3.11.4 Le clausole di intrasferibilità ("assoluta" e "relativa")

3.11.5 Intrasferibilità delle quote nei "vecchi" statuti e diritto di recesso

3.11.6 La clausola di gradimento nella società a responsabilità limitata

3.11.6.1 *Il soggetto deputato al gradimento*

3.11.6.2 *Il gradimento "mero"*

3.11.6.3 *L'introduzione e la soppressione della clausola di gradimento*

3.11.7 La clausola di prelazione

3.11.7.1 *I vari casi di "alienazione"*

3.11.7.2 *Il prezzo della quota proposta in vendita*

- 3.11.7.3 *La valutazione della quota ceduta*
- 3.11.7.4 *L'introduzione e la rimozione della clausola di prelazione*
- 3.11.7.5 *Il trasferimento di partecipazioni attuato in dispregio al diritto di (gradimento e di) prelazione*
- 3.11.8 *La clausola di "consolidazione" o di "accrescimento" in caso di morte*
- 3.11.8.1 *Il consolidamento "automatico" o "opzionale"*
- 3.11.8.2 *Il valore da liquidare agli eredi del socio defunto*
- 3.11.8.3 *La tempistica della liquidazione degli eredi*
- 3.11.9 *Il trasferimento della quota del socio d'opera*
- 3.11.10 *La doppia alienazione della quota di società a responsabilità limitata*
- 3.11.11 *L'acquisto a non domino della quota di società a responsabilità limitata?*
- 3.11.12 *L'iscrizione a libro soci dei mutamenti nella compagine sociale*
- 3.11.12.1 *La movimentazione del libro soci nel caso di trasmissione di quote a causa di morte*
- 3.11.12.2 *La movimentazione del libro soci nel caso di trasmissione di quote per atto tra vivi*
- 3.11.13 *Pegno, sequestro e usufrutto di quote di società a responsabilità limitata*
- 3.11.13.1 *Il diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci*
- 3.11.13.2 *Modalità di esercizio del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci*
- 3.11.13.3 *Il diritto d'opzione*
- 3.11.13.4 *Aumento gratuito del capitale sociale*
- 3.11.13.5 *Richiamo dei decimi mancanti*
- 3.11.13.6 *L'esercizio dei "diritti diversi"*
- 3.11.13.7 *L'atto costitutivo dell'usufrutto e del pegno*
- 3.11.14 *L'espropriazione della partecipazione*
- 3.12 **Il finanziamento dei soci alla società**
- 3.12.1 *Finanziamento soci e raccolta del risparmio*
- 3.12.2 *Il finanziamento dei soci dopo la riforma del diritto societario*
- 3.12.3 *La postergazione dei soci ai creditori di pari grado*
- 3.12.4 *Il fallimento della società che rimborsa il finanziamento*
- 3.12.5 *La presunzione di finanziamento*
- 3.12.6 *Finanziamento soci e società per azioni*
- 3.12.7 *Finanziamento soci e gruppi di società*
- 3.13 **I titoli di debito**
- 3.13.1 *La consegna della disciplina dei titoli di debito a una totale autonomia statutaria*
- 3.13.2 *Dalle cambiali finanziarie ai titoli di debito*
- 3.13.3 *La decisione di emissione dei titoli di debito*
- 3.13.4 *La circolazione dei titoli di debito*
- 3.13.5 *Gli "investitori professionali"*

Introduzione

Con riferimento al capitale sociale, alla sua formazione, ai conferimenti e alle quote di partecipazione al capitale stesso, già s'è visto (cfr. *supra* il par. 2.1.4), parlando delle indicazioni richieste per l'atto costitutivo, che l'atto costitutivo medesimo deve, tra l'altro, indicare:

1. «l'ammontare del capitale, non inferiore a diecimila euro¹, sottoscritto e di quello versato» (art. 2463, comma 2, n. 4);
2. «i conferimenti di ciascun socio e il valore attribuito ai crediti e ai beni conferiti in natura» (art. 2463, comma 2, n. 5);
3. «la quota di partecipazione di ciascun socio» (art. 2463, comma 2, n. 5).

3.1 I conferimenti

3.1.1 La derogabile proporzionalità tra valore del conferimento e valore della partecipazione del conferente

Occorre innanzitutto notare come la materia dei conferimenti esordisca, nella legge di riforma, con la prescrizione di principio, di cui all'art. 2463, comma 1, secondo cui «il valore dei conferimenti non può essere complessivamente² inferiore all'ammontare globale del capitale sociale»³; la parallela norma in tema di società per azioni si esprime (concetto sostanzialmente identico ma formalmente scritto in modo diverso) nel senso che «in nessun caso il valore dei conferimenti può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale» (art. 2346, comma 5)⁴.

¹ In DE ANGELIS L., *Dal capitale "leggero" al capitale "sottile": si abbassa il livello di tutela dei creditori*, in *Società*, 2002, 1456, si legge che il valore di lire 1 milione fissato nel Codice civile del 1942 corrisponde, a valori del 2000, a lire 41.161.165; e che il valore di 20 milioni di cui alla "legge Pandolfi" 16 dicembre 1977, n. 904 (art. 11), corrisponde a lire 113.684.000 (sempre a valore del 2000).

² La norma punta dunque sul risultato che il capitale sociale non sia superiore al valore "complessivo" dei conferimenti: cfr. ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 24.

³ L'affermazione di questo principio consegue evidentemente al monito della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, il cui comma 2 afferma che la riforma è appunto ispirata al principio secondo cui la disciplina dei conferimenti deve essere «tale da consentire l'acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'impresa sociale, a condizione che sia garantita l'effettiva formazione del capitale sociale» (lett. c) e al principio secondo cui vi devono essere «norme inderogabili in materia di formazione e conservazione del capitale sociale» (lett. i).

⁴ Ovviamente ciò non esclude che una parte del valore dei conferimenti (così come, per esempio,

Se certamente queste espressioni rappresentano una novità dell'articolato⁵ conseguente alla riforma rispetto alla normativa previgente, da un lato, va osservato che non si tratta di certo (se le si leggono come rapporto tra il *complessivo valore* dei conferimenti e il *complessivo valore* del capitale sociale) di un principio nuovo ma della mera affermazione *expressis verbis* di una regola immanente nel nostro ordinamento: che il *complessivo valore* del capitale sociale "nominale" non possa essere sovraesposto rispetto al *complessivo valore* dei conferimenti (e che quindi il capitale non possa essere superiore al valore del patrimonio netto che si forma con i conferimenti dei soci) è infatti un principio talmente "di base" del nostro ordinamento societario da non necessitare di particolari osservazioni: basti infatti riferirsi alle norme che presidiano l'integrità del capitale sociale per il caso di perdite (per la società a responsabilità limitata, in particolare, i nuovi artt. 2482-*bis* e 2482-*ter*, sui quali vedasi *infra* il par. 7.6) e alle norme in tema di relazione di stima dei conferimenti in natura (all'art. 2465, comma 1, si legge infatti che detta relazione deve contenere «l'attestazione che il loro valore [dei beni conferiti in natura, *n.d.a.*] è almeno pari a quello a essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo»).

D'altro lato, tuttavia, la novità espressiva coincide con una notevole novi-

accade per il sovrapprezzo) possa non essere capitalizzata: cfr. SPOLIDORO M.S., voce *Capitale sociale*, in *Enc. dir. Agg.*, vol. IV, Milano, 2000, 208.

⁵ Va anche notato come, in tema di "formazione fittizia" del capitale sociale, per effetto della riforma del diritto societario, venga introdotto nelle disposizioni di attuazione del Codice civile, un nuovo art. 111-*quinquies*, il quale a sua volta introduce un nuovo testo per l'art. 2632 del Codice civile (già modificato dal decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61), nei termini seguenti: «art. 2632 (*Formazione fittizia del capitale*). Gli amministratori e i soci conferenti che, anche in parte, formano o aumentano fittiziamente il capitale sociale mediante attribuzioni di azioni o quote in misura complessivamente superiore all'ammontare del capitale sociale, sottoscrizione reciproca di azioni o quote, sopravvalutazione rilevante dei conferimenti di beni in natura o di crediti ovvero del patrimonio della società nel caso di trasformazione, sono puniti con la reclusione fino a un anno». Si pensi al caso, talora verificatosi nella pratica professionale, di una società "Alfa" che stipula con la società "Beta" un contratto di cessione di un bene "inesistente" (si pensi alla cessione di un *know-how* che in effetti non c'è) oppure di un bene esistente ma di valore incommensurabilmente più basso rispetto a quello effettivo. In quel contratto dunque il prezzo viene dato per non pagato e lasciato a credito; nel bilancio della società cedente si iscrive il credito, nel bilancio della cessionaria si iscrive il debito; infine si "prende" quel credito e, senza necessità di stima (trattandosi dell'utilizzo di una voce già messa a bilancio dalla cessionaria), lo si "mette" nel capitale sociale (Cass., 5 febbraio 1996, n. 936, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 69; in *Corr. giur.*, 1996, 547; in *Notariato*, 1996, 309; in *Società*, 1996, 782; in *Riv. not.*, 1996, 618; in *Giust. civ.*, 1996, I, 1647; in *Impresa*, 1996, 858). L'effetto è dunque quello di una sovracapitalizzazione della società cessionaria tanto più spinta quanto più quel divario (tra il prezzo esposto nel contratto di cessione e il valore del bene "ceduto") è abbondante, con buona pace dei principi di verità del bilancio e di corretta rappresentazione contabile della società rispetto al suo effettivo patrimonio.

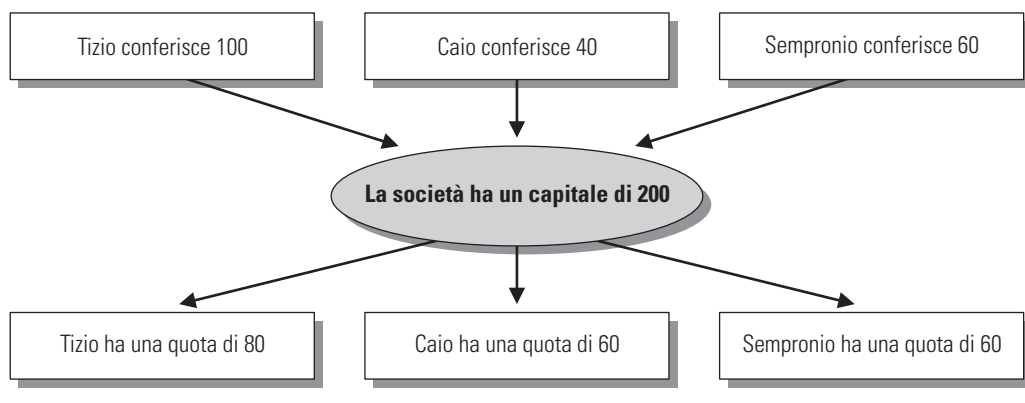
tà nell'impostazione della materia dei conferimenti. Nell'ordinamento previgente, infatti, l'obiettivo del legislatore non era puntato sul valore complessivo del capitale sociale che si formava con il valore complessivo dei conferimenti, ma era puntato sul singolo conferimento e sulla considerazione che il valore del singolo conferimento non fosse superiore al valore della quota di capitale rinveniente al conferente per effetto del suo conferimento: il "vecchio" art. 2343, comma 1, richiamato nella società a responsabilità limitata dal "vecchio" art. 2476, comma 1, disponeva infatti che la relazione di stima dei conferimenti in natura dovesse recare «l'attestazione che il valore attribuito [ai beni conferiti, *n.d.a.*] non è inferiore al valore nominale, aumentato dell'eventuale sopraprezzo, delle azioni emesse a fronte del conferimento» (e quindi vi era appunto un parallelo tra bene conferito e azioni emesse a fronte di *quel* conferimento).

Ora invece questa prospettiva muta: la ragione dell'espressa previsione della regola di non sovraesposizione del *valore complessivo* del capitale sociale rispetto al *valore complessivo* dei conferimenti, oltre che a rispondere alle suaccennate, e comunque rimarchevoli, ragioni "di principio", infatti risiede evidentemente⁶ nella considerazione secondo cui, avendo il legislatore consentito la deroga della proporzionalità tra il valore dei conferimenti e la misura della partecipazione al capitale sociale (art. 2468, comma 2: «se l'atto costitutivo non prevede diversamente, le partecipazioni dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento»), il legislatore stesso ha sentito «la necessità di far salvo un altro principio, quello dell'effettiva formazione del capitale sociale».

In altri termini, ora si ammette che (seppur nella "normalità" dei casi vi sarà, di certo, un'esatta corrispondenza tra valore del conferimento e valore della quota ottenuta in cambio di quel conferimento) non dovendovi più essere una necessaria proporzionalità tra valore del conferimento e valore della partecipazione che dal conferimento si ottiene, è ben possibile che se Tizio conferisce un valore di 100 ma ottiene una partecipazione di 80, i 20 che residuano, invece di andare a sovrapprezzo (e quindi a vantaggio di tutti i soci), vadano a vantaggio di uno solo degli altri soci⁷, il quale, per esempio, confe-

⁶ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 3, «la tutela del capitale sociale non è più ricercata ponendo un rigido rapporto tra valore del conferimento del singolo socio e valore nominale delle azioni che gli sono assegnate, bensì sulla base di una considerazione globale sia dei conferimenti sia del capitale stesso: il che appunto rende possibile che nei rapporti tra i soci l'assegnazione delle azioni avvenga sulla base di scelte contrattuali e quindi anche di considerazioni diverse da quella del valore del conferimento del singolo».

⁷ Si potrebbe poi porre la questione se una parte del valore di un dato conferimento possa andare oltre che a incrementare la quota attribuita a un altro socio (che quindi qualcosa abbia pure conferito) anche a rappresentare l'intero valore della quota spettante a un socio che non abbia conferito

Figura 3.1 Valore complessivo dei conferimenti e valore complessivo del capitale sociale

rendo un valore di 40, ottiene invece (evidentemente in ragione della sua forza contrattuale, della sua personalità, dell'importanza che venga ascrivita dagli altri soci alla sua partecipazione al capitale sociale, che dunque viene "pagata" in quel modo, oppure in ragione, più semplicemente, della volontà della sua controparte di beneficiarlo con una liberalità non donativa, ai sensi dell'art. 809) una partecipazione di 60⁸ (Fig. 3.1). Così come si conferma l'ammissibilità⁹ del conferimento a favore di terzo, ai sensi dell'art. 1411.

L'importante è dunque che la somma del valore dei conferimenti non sia inferiore al capitale sociale della società¹⁰; non è più importante, come invece accadeva prima, che il valore del singolo conferimento non sia inferiore al valore della partecipazione che si ottiene in cambio di quel conferi-

nulla (e la cui partecipazione corrisponda a un valore totalmente apportato da altri), e ciò al di fuori dello schema del contratto a favore di terzi (ove è il terzo che in effetti conferisce, seppur con provvista altrui): la cosa appare problematica, poiché vi è un imbarazzante argomento nella norma di cui all'art. 2247 dove sembra che il conferimento sia una necessità per tutti coloro (e non solo per alcuni di essi) che partecipano al contratto di società. Cfr. sul punto SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 58.

⁸ Questo è ciò che la legge delega intende quando esprime il principio secondo il quale ai soci deve essere consentito «di regolare l'incidenza delle rispettive partecipazioni sociali sulla base di scelte contrattuali» (art. 3, comma 2, lett. c), legge 3 ottobre 2001, n. 366).

⁹ Cfr. Cass., 1° agosto 1994, n. 7160, in *Società*, 1995, 54: il conferimento a favore del terzo è invero un conferimento del terzo (seppur con provvista apportata da altri), mentre nel caso qui in esame si ha che una parte del valore di un dato conferimento va a comporre il complessivo valore nominale della società non in corrispondenza di quote attribuite al conferente, ma in corrispondenza di quote attribuite ad altri.

¹⁰ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *Conferimenti a tutto campo*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 novembre 2002.

mento. Tanto è vero che la nuova legge più non porta la prescrizione (“vecchio” art. 2343, comma 1, richiamato nella società a responsabilità limitata dal “vecchio” art. 2476, comma 1) secondo cui la relazione di stima dei conferimenti “in natura” deve contenere l’attestazione del perito «che il valore attribuito [ai beni conferiti, *n.d.a.*] non è inferiore al valore nominale, aumentato dell’eventuale sovrapprezzo, *delle azioni emesse* a fronte del conferimento», ma invece ora impone al perito (art. 2465, comma 1) di effettuare l’attestazione che il valore dei beni conferiti «è almeno pari a quello a essi attribuito *ai fini della determinazione del capitale sociale* e dell’eventuale sovrapprezzo»; in sostanza se prima, come si ripete, l’attestazione del perito era ristretta in un’ottica di corrispondenza biunivoca tra conferimento e partecipazioni che ne rinvengono, ora invece quell’attestazione è di respiro assai più ampio, poiché deve venirci a dire che il *valore complessivo* del capitale sociale nominale (oltre all’eventuale sovrapprezzo), formatosi attraverso i vari conferimenti, non è attestato in misura superiore al *valore complessivo* dei conferimenti (considerati quindi non più nella loro unitarietà, ma nel loro insieme).

Certo, in questo modo, la vita del perito si “complica”, poiché se prima vi era la “difficoltà” di relazionare la perizia (evento temporalmente anteriore) al futuro conferimento (evento temporalmente posteriore: nel senso che il perito doveva attestare che il valore del conferimento dal medesimo peritato non sarebbe stato inferiore rispetto al valore della partecipazione acquisenda dal conferente a fronte dell’effettuazione del conferimento stesso e il cui valore nominale doveva evidentemente essere oggetto di una preventiva comunicazione del conferente al perito, in modo che questi potesse fare la predetta attestazione), dopo la riforma la comunicazione che il perito deve ricevere (evidentemente, non solo dal conferente, ma anche dagli altri soci) al fine di poter egli attestare che il valore del conferimento peritato, unitamente a quello degli altri conferimenti, non è inferiore al valore che detti soci intendono appostare come valore nominale del capitale sociale, riguarda tutto l’insieme dei vari conferimenti e tutto l’insieme delle quote di partecipazione che per i vari soci scaturiscono per effetto dei rispettivi conferimenti.

3.1.2 È conferibile tutto ciò che è “economicamente valutabile”

Un’altra nuova espressione “di principio” è contenuta nel comma successivo, ove ora si afferma che «possono essere conferiti tutti gli elementi dell’attivo suscettibili di valutazione economica» (art. 2463, comma 2)¹¹: e si

¹¹ Questa espressione riproduce il corrispondente dettato dell’art. 7 della Seconda Direttiva CEE (ri-

tratta di una “precisazione” importante¹², in quanto, in ossequio al disposto dell’art. 3, comma 2, lett. c) della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366 (secondo cui la riforma avrebbe dovuto dettare «una disciplina dei conferimenti tale da consentire l’acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell’impresa sociale, a condizione che sia garantita l’effettiva formazione del capitale sociale»), il legislatore ha con ciò inteso, precisando che possibile oggetto di conferimento sono tutti gli elementi dell’attivo suscettibili di valutazione economica¹³, sgomberare quindi radicalmente il campo da ogni discussione in merito alla conferibilità di valori che, sicuramente utili per lo svolgimento dell’attività sociale, non si presterebbero¹⁴

volta alle società per azioni, e che dunque il legislatore nazionale ha voluto, con la riforma, rimarcare come applicabile anche alle società a responsabilità limitata), secondo cui «il capitale sottoscritto può essere costituito unicamente da elementi dell’attivo suscettibili di valutazione economica». Cfr. PORTALE G.B., *Dal capitale “assicurato” alle “tracking stocks”*, in *Riv. soc.*, 2002, 148. Critico OPPO G., *Diritto delle società e attuazione della Seconda Direttiva CEE. Il decreto di attuazione in Italia, Rilevi sistematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 566, per il quale, quando la Direttiva «richiede che l’oggetto del conferimento sia valutabile economicamente in realtà lascia il tempo che trova, perché non è pensabile che possano essere oggetto di conferimento entità non suscettibili di valutazione economica».

¹² Di «norma pilatesca» stante «l’inusuale ampiezza della formula usata», foriera dunque di «perplexità» parla invece BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 148.

¹³ Per SPOLIDORO M.S., *Commento all’art. 5 D.P.R. n. 30/86, in Nuove leggi civ. comm.*, 1988, 15, il legislatore comunitario, affermando che oggetto di conferimento potrebbero essere solo “elementi dell’attivo”, avrebbe voluto escludere la conferibilità di «prestazioni che non incrementano il patrimonio della società in modo diretto, ma permettano meri risparmi di spesa o miglioramenti delle condizioni produttive della società» e con l’espressione “suscettibili di valutazione economica” avrebbe inteso rimarcare che beni di tal genere sarebbero solo «quelli idonei a essere valutati secondo criteri tendenzialmente oggettivi».

¹⁴ Noto è il dibattito (cfr. PISANI MASSAMORMILE A., *I conferimenti nelle società per azioni. Acquisti “pericolosi”. Prestazioni accessorie*, in *Codice civile. Commentario* diretto da SCHLESINGER P., Milano, 1994, 5) tra chi sosteneva la conferibilità solo di beni “espropriabili” (cosiddetta funzione “di garanzia” del capitale sociale) e chi opinava invece per la conferibilità anche di qualsiasi bene che, seppur non espropriabile, fosse comunque idoneo al conseguimento dell’oggetto sociale (cosiddetta funzione “produttivistica”); la dottrina più risalente e poi rivelatasi minoritaria riteneva la conferibilità dei soli beni suscettibili di esecuzione forzata in ragione della ritenuta preminente funzione di garanzia rivestita dal capitale sociale, in quanto nelle società di capitali l’unica garanzia per i creditori sarebbe rappresentata dal patrimonio sociale, ciò che determinerebbe la necessità di conferire solamente beni idonei a costituire una garanzia per i creditori sociali (cfr. SIMONETTO E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959, 412), a differenza di quanto avviene in quelle di persone, ove i creditori trovano garanzia nella responsabilità illimitata dei soci; la più recente e prevalente dottrina attribuisce invece al capitale sociale una funzione “produttiva”, di modo che si rende conferibile tutto ciò che sia utile per lo svolgimento dell’attività economica della società e che comunque sia “economicamente valutabile” (ai sensi dell’art. 1174 del Codice civile (cfr. ANGELICI C., *La costituzione della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVI, t. 2, Torino, 1985, 246).

da sé a svolgere immediatamente (nel senso della loro espropriabilità) un ruolo di tutela per i creditori¹⁵: «l'intento del legislatore è stato quello di consentire nella s.r.l. conferimenti di beni che, se pure utili per lo svolgimento dell'impresa, non possono però garantire direttamente il soddisfacimento delle pretese dei creditori»¹⁶.

Questa norma permette dunque di dotare la società a responsabilità limitata di ogni elemento utile per consentire un efficiente e proficuo svolgimento dell'attività economica che la società si propone di svolgere¹⁷: mantenendo comunque perfettamente integro il capitale sociale a tutela dei creditori e dei terzi in genere, si abilita purtuttavia con questa nuova apertura la conferibilità di entità (si pensi al caso del conferimento d'opera, di cui oltre) che, diversamente da quanto accadeva in passato¹⁸, non consentono (nonostante che il capitale sociale si debba intendere comunque per intero liberato per effetto di detti conferimenti, in ossequio al principio di necessità di immediata "liberazione" dei conferimenti in natura all'atto della "sottoscrizione": art. 2464, comma 5) un'immediata ed effettiva patrimonializzazione della società in quanto non consistono in valori che transitano immediatamente (come invece per esempio accade nel caso del conferimento di denaro) dal patrimonio del conferente al patrimonio della società conferitaria¹⁹.

¹⁵ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «possibile oggetto di conferimento sono tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica. In tal modo sarà possibile all'interprete superare dubbi riguardo alla conferibilità di valori che, sicuramente utili per lo svolgimento dell'attività sociale, non si prestano a svolgere direttamente un ruolo per la tutela dei creditori».

¹⁶ ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 25.

¹⁷ Secondo la *Relazione al disegno di legge Mirone*, in *Riv. soc.*, 2000, 41, la nuova normativa tende «a ricercare un migliore equilibrio tra le due contrapposte esigenze che tradizionalmente si pongono al riguardo: da un lato la funzionalità dei conferimenti per lo svolgimento dell'impresa sociale (la cui valutazione spetta ai soci), dall'altro la loro idoneità a consentire un'effettiva formazione del capitale sociale. Tale equilibrio è assicurato richiedendo a tutela dei terzi la certezza del valore dei conferimenti, ma nel contempo rendendo esplicita la scelta normativa, [...] per cui oggetto di conferimento può essere ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'impresa sociale: ciò alla sola condizione che sia garantita l'effettiva formazione del capitale sociale».

¹⁸ Cfr. OLIVIERI G., *I conferimenti in natura nelle società per azioni*, Padova, 1989, 257; CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 169; PISANI MASSAMORMILE A., *Conferimenti in società per azioni e formazione del capitale*, Napoli, 1992, 180; MIOLA M., *I conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO G.E., PORTALE G.B., Torino, 1998, 75.

¹⁹ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 192.

In altri termini, *ante* riforma non si ritenevano conferibili, a garanzia dei creditori (che non potevano trovarvi un elemento di garanzia) le semplici “promesse” di dazione di beni (come i beni futuri o i beni altrui) o di prestazione di servizi (per esempio, un conferimento di prestazioni periodiche) e di tutto ciò che insomma costituisse un *facere* o un *dare* non immediato; con la riforma, invece:

- da un lato si prende atto che tali conferimenti sono utili per la proficuità dell’attività economica della società²⁰;
- d’altro lato, si cautelano comunque i terzi, apprestando nuovi meccanismi di garanzia (si pensi alla fideiussione/polizza a garanzia dei conferimenti d’opera) che, non solo, in sé e per sé (stante la loro escutibilità), tutelano egregiamente i creditori e la società conferitaria, ma che, pure, “costringono” il mondo assicurativo e bancario a interessarsi della bontà delle iniziative imprenditoriali che un dato soggetto si propone di svolgere e a valutarne (tecnicamente e “a freddo”) le possibilità di successo.

Alla luce di questa apertura, la considerazione rilevante ai fini della valutazione della conferibilità o meno di una data entità nel capitale sociale è quindi da incentrare non tanto sulla qualificabilità di ciò che è conferito in termini di “elemento dell’attivo” (perché, ovviamente, l’iscrivibilità in bilancio è una “conseguenza” e non un “presupposto” del conferimento)²¹, quanto in termini di “elemento dell’attivo *suscettibile di valutazione economica*”, e cioè che sia «possibile attribuire ai beni oggetto del conferimento un concreto valore»²² e pertanto, appunto, una valutazione economica. Resta peraltro pur sempre aperta la questione se per “suscettibilità di valutazione economica” (pur non dovendosi più intendere la capacità di “recuperare” il valore di ciò

²⁰ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «questa soluzione corrisponde pienamente a una prospettiva volta ad accentuare la caratterizzazione personalistica del tipo societario in discorso: nella quale pertanto il contributo del socio molto spesso si qualifica per le sue qualità personali e professionali, piuttosto che per il valore oggettivo di beni apportati».

²¹ Cfr. SPOLIDORO M.S., *Commento all’art. 5 D.P.R. n. 30/86*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, 17.

²² ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 26; cfr. anche FERRI G. jr., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, 366; e SPOLIDORO M.S., *Commento all’art. 5 D.P.R. n. 30/86*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, 17, per il quale vi è «l’esigenza che il conferimento realizzi un’attribuzione patrimoniale a favore della società: quest’ultima, per effetto del conferimento, deve diventare titolare di un diritto o di una situazione giuridica positiva in ordine a un bene economico».

che è conferito «per provvedere alla soddisfazione dei creditori della società»²³, debba invero intendersi che si debba pur sempre trattare di entità “realizzabili”, e cioè convertibili in denaro da parte della società e quindi equivalenti a un conferimento in denaro²⁴, oppure si possa trattare (come pare, “in ossequio” allo spirito della riforma) di enti «la cui valutazione sia tale da consentire di determinare il valore che essi hanno per la società»²⁵.

Si apre quindi un orizzonte vastissimo per la fantasia e la capacità degli operatori, perché, per esempio (oltre al “classico” conferimento – in proprietà o in godimento²⁶ – di denaro, aziende, crediti, beni mobili, beni immobili, brevetti per marchi o invenzioni industriali ecc.):

- a. non solo possono essere conferite nel capitale della società a responsabilità limitata (ma non in quello della società per azioni, stante il perdurante divieto di cui all’art. 2342), così come ora è esplicitamente ammesso dalla nuova legge, le prestazioni lavorative o di servizi da parte dei soci (su questo punto, si

²³ OLIVIERI G., *I conferimenti in natura nelle società per azioni*, Padova, 1989, 203; cfr. anche CAVALLO BORGIA R., *Conferimenti in natura e conferimento di crediti*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 296.

²⁴ Cfr. SPOLIDORO M.S., *Commento all’art. 5 D.P.R. n. 30/86*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, 29, per il quale ciò non significa «che si debba far riferimento anche per queste utilità a un valore il più delle volte indeterminabile come il valore di scambio. Al contrario, la valutazione deve essere riferita al bene inserito nell’azienda delle società e tiene conto, nei limiti del prezzo di mercato (se esistente), della capacità di reddito del bene, della sua “autonomia” e “stabilità”, nonché delle circostanze [...] che su questa influiscono e possono annullarla».

²⁵ ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 26; cfr. anche ANGELICI C., *La costituzione della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVI, t. 2, Torino, 1985, 245; e FERRI G. jr., *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, 351.

²⁶ Il conferimento di entità in godimento ovviamente deve essere parametrato sui tempi di presumibile sfruttamento (giuridico/economico) dell’entità stessa e valorizzato nel capitale sociale appostandovi la capitalizzazione di detto godimento. Quanto alla conferibilità di diritti personali di godimento, nel previgente regime si confrontavano le tesi (PISANI MASSAMORMILE A., *I conferimenti nelle società per azioni. Acquisti “pericolosi”. Prestazioni accessorie*, in *Codice civile. Commentario* diretto da SCHLESINGHER P., Milano, 1994, 16; OPPO G., *Il decreto di attuazione in Italia. Rilievi sistematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 565) di chi non riteneva possibile questo conferimento in ossequio al principio dell’integrale liberazione dei conferimenti all’atto della sottoscrizione, poiché la società conferitaria, permanendo in capo al socio conferente un obbligo di *facere*, non riuscirebbe a ottenere l’integrale e immediata utilità corrispondente al conferimento; e di chi (FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 150) invece sosteneva che i diritti personali di godimento ben potessero essere conferiti perché, da un lato, ciò sarebbe stato in linea con il principio (sancito dalla Seconda direttiva CEE) della conferibilità di ciò che sarebbe comunque utile per l’attività sociale indipendentemente dalla sua suscettibilità di essere possibile oggetto di espropriazione forzata, e pure perché, d’altro lato, la normativa in esame richiama espressamente l’art. 2254 in tema di garanzia e rischi del conferimento in godimento.

pensi solo, per esempio, al radicale mutamento di prospettiva che si avrà nel caso del socio unico di società a responsabilità limitata che conferisca unicamente la propria prestazione professionale di artigiano in società²⁷, svolgendo in forma imprenditoriale e con il beneficio della responsabilità limitata la stessa attività che prima egli svolgeva in forma individuale e quindi con responsabilità illimitata); così come pare²⁸ che possa essere oggetto di conferimento un contratto non ancora eseguito in tutto o in parte, oppure l'obbligo di omissione di svolgimento di attività concorrente, oppure ancora l'obbligo di garantire (in tutto o in parte) le obbligazioni della società conferitaria²⁹ (o talune di esse, per esempio quelle verso particolari creditori)³⁰;

b. non solo può ora liberamente³¹ apportarsi il "diritto commerciale d'autore" ovvero il "nome commerciale", e cioè il credito di cui si gode nel mercato, nonché ogni tipo di *know-how*, e quindi:

1. sia quello cosiddetto "in senso stretto" ove è prevalente la prestazione "concreta" (cioè "di dare") di apporti tecnologici o di procedure lavorative (entità della quale già nel previgente ordinamento veniva prevalentemente riconosciuta la conferibilità);

2. sia il *know-how* cosiddetto "in senso lato", ove invece prevale il *facere* del conferente, e cioè le sue personali qualità o le sue capacità professionali, la cui conferibilità finora impattava negativamente appunto con il divieto di conferire prestazioni d'opera in società (divieto che, come detto, ora rimane solo per la società per azioni);

c. ma pure sembra³² che possano essere conferiti, mediante l'assunzione della corrispondente obbligazione (di *facere*) consistente nel procurarne l'acquisto alla società, beni altrui, beni futuri, cose generiche, insomma tutto ciò che ha natura di conferimento "con effetti obbligatori": invero, l'obbligo di immediata liberazione delle prestazioni di *dare*, si *bypassa*, in questi casi, puntando sulla dimensione del *facere* cui il conferente si obbliga per far sì

²⁷ Ammette questa fattispecie SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 197.

²⁸ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 197.

²⁹ SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 197, esclude invece la conferibilità da parte del socio della propria illimitata responsabilità per le obbligazioni della società.

³⁰ Cfr. TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 7 (del dattiloscritto).

³¹ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 197.

³² Dubbioso qui è però SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 197.

che il bene “venga a esistenza” (artt. 1472 e 2645-*bis*, comma 6), che il bene passi dall’attuale titolare alla società conferitaria (art. 1478), che dall’insieme di cose generiche di cui l’entità conferita fa parte venga “specificata” la quantità destinata al conferimento ecc.

Se peraltro il *facere* o il *non facere* divengono possibili oggetto di conferimento, accanto al “tradizionale” *dare*, abbastanza inevitabile è ritenere che tutti i conferimenti di tali specie debbano essere assistiti dal deposito in società da una polizza assicurativa o da una fideiussione bancaria, dovendosi probabilmente a essi ritenere estensibile il dettato dell’art. 2464, comma 6, in tema di «obblighi assunti dal socio aventi per oggetto *la prestazione d’opera o di servizi a favore della società*».

3.2 I conferimenti in denaro e il versamento dei decimi

Anche dopo la riforma, nel Codice civile si continua a leggere la prescrizione (art. 2464, comma 3, secondo cui «se nell’atto costitutivo non è stabilito diversamente, il conferimento deve farsi in danaro» (la medesima prescrizione sussisteva nel “vecchio” art. 2342, comma 1, richiamato nella società a responsabilità limitata dall’art. 2476, comma 1). Resta quindi ancor oggi opportuno che, in sede di stipulazione dell’atto costitutivo, venga inserita nello statuto la clausola che autorizza i soci a conferire, anche per le ipotesi di futuri aumenti di capitale sociale, «tutti gli elementi dell’attivo suscettibili di valutazione economica», così come con amplissima formula consente il nuovo testo dell’art. 2464, comma 2, in modo da “abilitare” già ora per allora futuri conferimenti eventualmente non aventi a oggetto il denaro.

Se dunque il conferimento sia in denaro³³, «alla sottoscrizione dell’atto costitutivo»³⁴ devono essere versati (art. 2464, comma 4):

a. (in banca), almeno il venticinque per cento³⁵ dei conferimenti in denaro³⁶

³³ Secondo Trib. Udine, 21 giugno 1982, in *Società*, 1983, 353, «il conferimento in titoli di Stato non può essere considerato equivalente al conferimento in denaro e, di conseguenza, il versamento dei tre decimi presso la Banca d’Italia non è necessario». Per App. Bologna, 14 dicembre 1984, in *Giur. comm.*, 1985, II, 520, «nell’ipotesi di conferimento in una società a responsabilità limitata di Certificati di Credito del Tesoro, non è necessario il deposito dei titoli stessi o delle loro copie autentiche, essendo sufficiente la loro descrizione e valutazione, rientrando la fattispecie nella disciplina dei conferimenti di beni in natura».

³⁴ Sul problema se questa espressione dell’art. 2464, comma 4, abiliti un versamento dopo la stipula dell’atto costitutivo e prima del deposito della pratica presso il Registro delle Imprese, oppure se il versamento dei decimi debba necessariamente precedere la stipula dell’atto costitutivo, vedasi *supra* il par. 3.1.2.

(con la riforma cala quindi dal 30 al 25 per cento del capitale sottoscritto in denaro l'entità dei decimi da versare in sede di atto costitutivo) o, nel caso di costituzione con atto unilaterale, il loro intero ammontare³⁷;

b. (nella "cassa sociale"), l'intero sovrapprezzo, ove previsto³⁸.

Va anche ricordato che, ai sensi dell'art. 2472, nel caso di cessione³⁹ di una partecipazione⁴⁰ non integralmente liberata, l'alienante rimane obbligato

³⁵ E cioè nella misura minima pari a quanto prescritto dall'art. 9.1 della Seconda Direttiva CEE.

³⁶ Va ricordato, quanto al richiamo dei decimi mancanti, che qualora, nel corso della vita della società, la composizione pluripersonale del capitale sociale ceda il passo a una composizione monopersonale (si pensi al caso della società di tre soci, uno dei quali a un certo punto acquisti le partecipazioni degli altri), l'art. 2464, ultimo comma, prevede che «se viene meno la pluralità dei soci, i versamenti ancora dovuti devono essere effettuati nei novanta giorni».

³⁷ Ai sensi dell'art. 2331, comma 4, richiamato nella società a responsabilità limitata dall'ultimo comma dell'art. 2463, i decimi non possono essere consegnati dalla banca depositaria agli amministratori se questi «non provano l'avvenuta iscrizione della società nel registro». Ancora, se l'iscrizione della società nel Registro delle Imprese non abbia avuto luogo entro novanta giorni dalla stipulazione dell'atto costitutivo, i decimi devono essere restituiti ai sottoscrittori «e l'atto costitutivo perde efficacia». In caso di mancata costituzione, con la riforma si riduce così da un anno ("vecchio" art. 2329, ultimo comma) a 90 giorni il termine per poter ritirare i decimi che non si sono utilizzati, prendendosi dunque atto da parte del legislatore che il previgente termine di un anno era eccessivamente lungo.

³⁸ Questa precisazione della riforma circa il sovrapprezzo è importante poiché, nel diritto previgente, dell'integrale immediato versamento del sovrapprezzo non si parlava affatto nella disciplina della fase costitutiva della società, ma "solo" nella disciplina ("vecchio" art. 2439) dell'aumento del capitale sociale, la quale poi veniva applicata per analogia, ma non senza sollevare eccezioni, al caso del sovrapprezzo versato in sede di atto costitutivo.

³⁹ Per il caso della responsabilità dei vari cedenti ove nel triennio sia avvenuta una pluralità di cessioni della medesima quota non liberata, cfr. Trib. Torino, 17 gennaio 1983, in *Società*, 1983, 1489, «nell'ipotesi in cui nel periodo di tre anni previsto dall'art. 2481 c.c. [oggi art. 2472, n.d.a.] una quota sociale sia stata trasferita più volte, la società che intende ottenere i versamenti ancora dovuti può rivolgersi all'ultimo socio cedente e, qualora la richiesta sia rimasta infruttuosa, agli altri ex soci cedenti di epoca più remota oppure contemporaneamente a tutti i successivi ex soci che negli ultimi tre anni hanno ceduto la quota medesima (nella specie: il tribunale sulla base del principio di diritto enunciato ha statuito che la società non può rivolgersi per il versamento esclusivamente al socio cedente di epoca più remota senza avere fatto valere la pretesa anche nei confronti degli altri cedenti più prossimi)».

⁴⁰ Secondo Cass., 12 maggio 1965, n. 909, in *Foro it.*, 1965, I, 2020, «nell'ipotesi di alienazione della sola parte già pagata della sua quota, l'alienante resta, per il residuo, socio della società a responsabilità limitata e unico obbligato ai versamenti ancora dovuti». Contrario RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 269, secondo cui la responsabilità si estende all'acquirente anche in caso di cessione parziale; il versamento dei decimi non è una liberazione totale della quota corrispondente a essi ma è una liberazione parziale dell'intera quota sottoscritta: cfr. anche sul tema SANTINI G., *Cessione parziale di quota non liberata della società a responsabilità limitata*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 507; e GIANNATTASIO G., *Responsabilità del socio*

solidalmente con l'acquirente⁴¹, per il periodo di tre anni⁴² dall'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci, per i versamenti ancora dovuti; ma che il pagamento non può essere domandato all'alienante se non quando la richiesta⁴³ al socio moroso è rimasta infruttuosa⁴⁴ (cosicché il cedente, da debitore "diretto" della società, si "trasforma" in garante del cessionario e, in sostanza, la cessione della quota diviene configurabile come una delegazione di pagamento – di carattere "cumulativo" – dal cedente al cessionario nei confronti della società creditrice).

Un rilevante passaggio⁴⁵ della riforma è poi che il versamento (sia dei 2,5

della società a responsabilità limitata per i versamenti ancora dovuti in caso di cessione parziale della quota, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1825.

⁴¹ Si tratta di una fattispecie di accollo cumulativo del debito che è stata letta come una conseguenza della configurazione della cessione della quota di società a responsabilità limitata in termini di cessione di contratto (ove, come noto, *ex art.* 1408, il contraente ceduto può dichiarare di non liberare il cedente e, in tal caso, agire contro il cedente medesimo se il cessionario non adempia): cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 126-127.

⁴² Si tratta di un termine di decadenza, di modo che, effettuata nel triennio la "richiesta", da lì decorre il termine quinquennale di prescrizione per l'azione nei confronti del cedente: cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 128.

⁴³ Per questa "richiesta", che è condizione per l'azione contro il cedente, la legge non indica formalità particolari e, in specie, alcun ricorso all'autorità giudiziaria, potendo quindi consistere in un semplice interpello che valga a costituire in mora il cessionario: cfr. ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2472*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 78.

⁴⁴ Si tratta di una condizione di procedibilità dell'azione verso il cedente, il quale tuttavia – dato che la norma sul punto nulla prevede – non può invocare anche un *beneficium excussionis* quale quello di cui all'art. 1944. Cfr. SANTINI G., *Cessione parziale di quota non liberata nella società a r.l.*, in *Giur. it.*, 1965 I, 1, 1506.

⁴⁵ Non si tratta peraltro di una vera e propria novità della riforma, in quanto già l'art. 6 ("Nuove disposizioni in materia di sottoscrizione del capitale sociale") della legge 18 ottobre 2001, n. 383 ("Primi interventi per il rilancio dell'economia"), rimasto finora inattuato, dispose che «la sottoscrizione del capitale delle società per azioni, delle società in accomandita per azioni e delle società a responsabilità limitata può essere, in tutto o in parte, sostituita dalla stipula di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria. Le forme di equivalenza tra polizza o fideiussione stipulate e capitale sottoscritto, in quanto fondo di garanzia e parametro operativo, sono determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Sono esclusi da questa facoltà le banche e gli altri enti e società finanziari indicati nell'art. 1 del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 87, e successive modificazioni, nonché le imprese di assicurazione». Questa norma non è stata *formalmente* abrogata dalla riforma, la quale quindi vi si giustappone, anche se un'abrogazione tacita deriva dalla considerazione che il Presidente del Consiglio dei Ministri mai probabilmente avrà intenzione, dopo la riforma (che ridisegna in pratica questa materia), di attuarla concretamente. Sull'art. 6 della legge 383/2001, cfr. FERRI G. jr., *Il conferimento "documentario"*, in *Riv. not.*, 2002, 1371; DIAFERIA F.,

decimi che di tutto l'importo sottoscritto)⁴⁶ può essere sostituito⁴⁷ dalla stipula, per un importo almeno corrispondente, di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria⁴⁸ con le caratteristiche determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 2364, comma 4)⁴⁹; restando peraltro fermo che il socio può comunque in ogni momento sostituire la polizza o la fideiussione con il versamento del corrispondente importo in denaro.

Al fine dunque di favorire e incentivare la costituzione di società a responsabilità limitata anche da parte di chi non possiede sufficienti liquidità, tali da coprire i decimi iniziali, ecco che ciò che finora poteva costituire un ostacolo alla costituzione di società a responsabilità limitata, soprattutto per i giovani imprenditori, viene così superato con la (forse)⁵⁰ più agevole stipulazione di una polizza di assicurazione o di una fideius-

Art. 6, legge 383/2001: nuove disposizioni per la sottoscrizione del capitale sociale, in Società, 2001, 1433.

⁴⁶ Infatti, dal tenore dell'art. 2464, comma 4, secondo cui «alla sottoscrizione dell'atto costitutivo deve essere versato presso una banca almeno il venticinque per cento dei conferimenti in denaro e l'intero soprapprezzo o, nel caso di costituzione con atto unilaterale, il loro intero ammontare. Il versamento può essere sostituito dalla stipula, [...]» si intende chiaramente come la fideiussione o la polizza possano «sostituire» non solo il versamento dei 2,5 decimi ma anche l'intero importo in denaro che il sottoscrittore si è impegnato ad apportare alla società.

⁴⁷ In tutto o in parte: se è ammesso sostituire in ogni momento la polizza o la fideiussione con un corrispondente versamento in denaro (art. 2464, comma 4: «il socio può in ogni momento sostituire la polizza o la fideiussione con il versamento del corrispondente importo in denaro») non si vedrebbe perché ciò non potrebbe essere consentito in misura parziale e quindi non si vedrebbe perché non potrebbe essere abilitata *ab origine* la dazione di una somma di denaro accanto al rilascio di una polizza/fideiussione: cfr. ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 31.

⁴⁸ Queste garanzie ovviamente non vanno confuse con le «analoghe» garanzie bancarie o assicurative che devono assistere i conferimenti di prestazioni lavorative o di servizi da parte del socio nel capitale sociale della società a responsabilità limitata (art. 2464, comma 6), sulle quali vedasi *infra* il par. 3.6.

⁴⁹ Per ora non emanato; è auspicabile che si tratti di una garanzia della più agevole escutibilità, e pertanto con il garante privato del beneficiario della preventiva escussione e della facoltà di opporre qualsiasi tipo di eccezione. Per SALVATORE L., *La nuova s.r.l.: la disciplina dei conferimenti e delle partecipazioni sociali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 230, si dovrà trattare di un contratto autonomo di garanzia; per SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 194, nota 11, il D.P.C.M. dovrebbe disciplinare la durata delle obbligazioni di garanzia, la pubblicità presso il Registro delle Imprese delle vicende della garanzia, le modalità di copertura delle perdite da parte del garante ecc.

⁵⁰ Ma è difficile ipotizzare che chi non abbia il denaro per versare i decimi sia soggetto «gradito» al mondo bancario e assicurativo per ottenere il rilascio di una fideiussione.

sione bancaria⁵¹; che peraltro, come già detto, in ogni momento il socio potrà sostituire «con il versamento del corrispondente importo in danaro» (nella “cassa sociale” se la società è già iscritta, altrimenti in banca), per esempio, mediante la capitalizzazione degli utili che intanto la società abbia incominciato a produrre.

Va notato che, a differenza di quanto accade per la fideiussione o per la polizza assicurativa “a garanzia” del conferimento di servizi (di cui all’art. 2464, comma 6), la fideiussione/polizza in commento, più che vere e proprie funzioni di “garanzia”⁵², pare invero possedere una funzione “solutoria”, e cioè essa sarebbe sostitutiva del versamento dei decimi («il versamento può essere *sostituito* dalla stipula [...] di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria [...]»)⁵³; da questa funzione solutoria della garanzia sostitutiva dei decimi potrebbe quindi derivarsi che il versamento di denaro che la fideiussione/polizza sostituisce può intendersi per intero “sottoscritto e versato”⁵⁴: argomento in contrario non pare invero potersi

⁵¹ Nell’*Audizione dell’Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici presso le Commissioni riunite Giustizia e Finanze della Camera dei Deputati*, Roma, 3 dicembre 2002, in *Riv. soc.*, 2002, 1646, ci si lamenta che la normativa in commento nulla disponga in termini di «durata, entità, beneficiari, escussione, rivalsa» delle garanzie in questione.

⁵² Vedasi *supra* al par. 2.2.6 la problematica se il conferimento d’opera vada inteso, come pare, quale un conferimento immediatamente liberato all’atto della sua sottoscrizione e se quindi oggetto di conferimento sia la garanzia oppure, come pare, la stessa prestazione d’opera.

⁵³ Cfr. tuttavia PORTALE G.B., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell’Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1504, secondo cui la polizza/fideiussione che può rimpiazzare i decimi è «una vera e propria “invenzione” che non trova riscontro in nessuno dei sistemi delle società di capitali dei paesi che già fanno parte dell’Unione Europea, né dei paesi che a essa si apprestano ad aderire»; e «sostenere che in questo modo è garantita [...] “l’effettiva formazione del capitale sociale” (perché “la polizza di assicurazione” o la “fideiussione bancaria” sarebbero del tutto equivalenti al “versamento di almeno il venticinque per cento dei conferimenti in denaro”) è molto dubbio: anzi da escludere».

⁵⁴ Per FERRI G. jr., *Il conferimento “documentario”*, in *Riv. not.*, 2002, 1374, nota 25, invece l’ultimo comma dell’art. 2466 «induce a ritenere che la stipula della polizza o della fideiussione “sostitutive” non “equivale” al versamento del capitale (il che allora impedisce di considerare “versato” il capitale corrispondente al loro importo), ma rappresenta un adempimento alternativo [...]. La legge, insomma, richiede alternativamente che il conferimento in denaro (a seconda dei casi in tutto o in parte) risulti all’atto della sottoscrizione, e dunque immediatamente, versato o “garantito” da tali strumenti, i quali, proprio per ciò, non si limitano a garantire il futuro versamento dei conferimenti in denaro [...], ma devono, e in ciò si coglie l’ulteriore funzione che essi svolgono, sostituire il loro immediato versamento nell’ambito del procedimento di costituzione o di aumento del capitale mediante nuovi conferimenti». Anche per PINNARÒ M., *Sub Articolo 2482*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 201, in tema di rimborso ai soci (che abbiano sostituito il versamento con una polizza/fideiussione) in caso di riduzione del capitale sociale, «si dovrebbe ritenere che [in tal caso, n.d.a.] si verta nell’ipotesi di versamenti ancora dovuti e che quindi rispetto a essi il “rimborso”

trarre dal rilievo che la disciplina in tema di morosità del socio (art. 2466) scatta anche «nel caso in cui per qualsiasi motivo siano scadute o divengano inefficaci la polizza assicurativa o la garanzia bancaria *prestate ai sensi dell'art. 2464*»⁵⁵ in quanto, ove la fideiussione/polizza scada o divenga inefficace, non tanto pare esservi un obbligo di conferimento che non viene soddisfatto, ma un conferimento che, una volta effettuato, successivamente “perisce”⁵⁶. La tesi contraria, e cioè la mancata attribuzione di carattere solutorio alla fideiussione/polizza sostitutiva dei decimi avrebbe, tra l'altro, conseguenze non irrисorie, in quanto, anche a tacere della non eseguibilità di futuri aumenti di capitale (non essendo versato il valore nominale del capitale sociale oggetto di aumento), ove si abbia il caso di una società unipersonale, se ne dovrebbe derivare l'illimitata responsabilità dell'unico socio per le obbligazioni sociali in caso di insolvenza della società a causa del mancato integrale versamento del capitale sociale; ma non vi è chi non veda come questo appaia un risultato eccessivo, in quanto, se è vero che l'introduzione della polizza/fideiussione corrisponde a un intento semplificatorio, da un lato, e incentivante (dell'attività imprenditoriale), dall'altro lato, non si capirebbe come l'avvalersi da parte dell'unico socio di questo strumento semplificatore e incentivante si potrebbe poi tradurre nella “sanzione” appunto dell'illimitata responsabilità.

Va anche notato che il rinvio a un emanando decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri è operato solo dal comma 4 dell'art. 2464 (e cioè per la fideiussione/polizza “sostitutive” del versamento) e non è ripetuto nel comma 6 del medesimo art. 2464 (e cioè per la fideiussione/polizza “a garanzia” del conferimento d'opera), a testimonianza forse del rilievo che quando si tratta di una vera e propria “garanzia” non c'è bisogno di alcun

non possa mai consistere nell'attribuzione di una somma di denaro bensì nella liberazione, per pari valore, della garanzia prestata». Cfr. anche SALVATORE L., *La nuova s.r.l.: la disciplina dei conferimenti e delle partecipazioni sociali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 229, per il quale «oggetto del conferimento è il denaro, e non la polizza o la fideiussione».

⁵⁵ Da questa norma pare doversi desumere come il legislatore accumuni sotto un'unica disciplina il caso della fideiussione/polizza “a garanzia” e quello della fideiussione/polizza con natura “solutoria”. Si veda pertanto *infra*, al par. 3.6, il problema se la garanzia cui si fa riferimento nell'ultimo comma dell'art. 2464 sia quella in esame (sostitutiva dei decimi) e/o quella che “presidia” il conferimento d'opera.

⁵⁶ Invece, per ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 29, «sembra doversi allora condividere l'opinione secondo cui in tal caso il versamento manca – visto che a esso si sostituisce la sottoscrizione della polizza o della fideiussione – e che sia ammessa, per volontà legislativa, una modalità alternativa di adempimento dell'obbligo del versamento, la quale però [...] non importa la liberazione del socio, cui altrimenti non dovrebbe applicarsi la disciplina del socio moroso».

provvedimento attuativo, bastando il diritto contrattuale “comune”, mentre quando la fideiussione/polizza assume un “inusuale” carattere “solutorio” allora c’è bisogno di norme che specificchino questo nuovo istituto.

Resta fermo, peraltro, che occorre stabilire un termine fino al quale la garanzia in parola deve essere valevole: e quindi è necessario che nell’atto costitutivo si indichi un termine entro il quale, qualora in società non sia versato (dal socio che ha depositato la polizza/fideiussione in sostituzione del versamento) il corrispondente valore monetario, la garanzia possa essere portata a escussione dalla società. Come detto, infatti, per l’art. 2466, ultimo comma, la “procedura esecutiva” contro il socio “moroso” scatta «*anche* nel caso in cui per qualsiasi motivo siano scadute o divengano inefficaci la polizza assicurativa o la garanzia bancaria prestate ai sensi dell’art. 2464».

3.3 I conferimenti di beni in natura o di crediti

Il nuovo art. 2464, comma 5 (ricalcando il disposto del “vecchio” art. 2342, comma 2, richiamato nella società a responsabilità limitata dal “vecchio” art. 2476, comma 1) dispone ancor oggi che:

1. «per i conferimenti di beni in natura^{57 58} e di crediti⁵⁹ si osservano le disposizioni degli artt. 2254 e 2255»; e che:

⁵⁷ Secondo Trib. Roma, 18 novembre 1987, in *Società*, 1988, 190, «è possibile sottoscrivere un aumento di capitale mediante conferimento di quote di società a responsabilità limitata».

⁵⁸ Circa il conferimento di beni “prelazionabili”, Cass., 8 giugno 1992, n. 7039, in *Foro it.*, 1993, I, 141; in *Foro it.*, 1993, I, 640, ha ritenuto che «il conferimento di un fondo rustico in una società di capitali non implica prelazione e riscatto in favore dell’affittuario, in quanto, configurando un trasferimento privo di controprestazione in denaro e correlato all’acquisto della qualità di socio sulla base di negozio *intuitu personae*, non è assimilabile ai contratti di scambio di cui all’art. 8, legge 26 maggio 1965, n. 590»; anche se Cass., 1° dicembre 1987, n. 8939, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1578, ha concluso che «in ipotesi di società per azioni che, contrariamente al dichiarato scopo sociale di natura imprenditoriale (nella specie acquisto, vendita, gestione costruzione e miglioramento di beni immobili) dopo la sua costituzione e iscrizione, non abbia in concreto esercitato un’attività imprenditoriale, bensì limitato l’attività all’acquisto di un fondo rustico e alla concessione di esso in affitto a coltivatore diretto, deve ritenersi che il negozio costitutivo della società sia simulato, e dissimuli, fra gli apparenti soci, una reale situazione di comproprietà al fondo, di cui i titoli azionari rappresentano solo le quote di appartenenza; ne consegue che, ove avvenga la cessione a terzi, mediante atto scritto e dietro corrispettivo, dell’intero pacchetto azionario di tale società, si è in presenza di un trasferimento a titolo oneroso del fondo rustico concesso in affitto e deve riconoscersi all’affittuario coltivatore diretto il diritto di prelazione – e il succedaneo diritto di riscatto – ai sensi dell’art. 8, legge n. 590 del 1965»; per Trib. Napoli, 3 novembre 1981, in *Giust. civ.*, 1982, I, 778, «pur non richiedendosi necessariamente che il trasferimento a titolo oneroso dell’immobile locato cui è ricollegato l’esercizio del diritto di prelazione del conduttore, derivi da una vendita, l’onerosità di ogni

2. «le quote corrispondenti a tali conferimenti devono essere integralmente liberate al momento della sottoscrizione».

L'art. 2254 dispone circa la garanzia dovuta dal conferente e il passaggio dei rischi inerenti il perimento del bene conferito; in particolare:

1. per le cose *conferite in proprietà* la garanzia dovuta dal socio e il passaggio dei rischi sono regolati dalle norme sulla vendita (comma 1)⁶⁰;
2. per le cose *conferite in godimento* il rischio resta a carico del socio che le ha conferite mentre la garanzia per il godimento è regolata dalle norme sulla locazione (comma 2).

L'art. 2255 dispone invece del rischio dell'insolvenza del debitore in caso di conferimento di crediti, sancendo che il conferente⁶¹:

- a. risponde di detta insolvenza;

altra ipotesi negoziale di trasferimento è subordinata alla duplice condizione che sia possibile quantificare monetariamente il corrispettivo e offrire da parte del conduttore condizioni uguali a quelle comunicategli; esula da siffatto schema negoziale di trasferimento il conferimento a una società di capitali dell'immobile ove, nonostante il trasferimento, difettano, con riguardo anche al corrispondente valore delle relative azioni, i connotati dell'onerosità».

⁵⁹ Secondo Cass., 5 febbraio 1996, n. 936, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 69; in *Corr. giur.*, 1996, 547; in *Notariato*, 1996, 309; in *Società*, 1996, 782; in *Riv. not.*, 1996, 618; in *Giust. civ.*, 1996, I, 1647; in *Impresa*, 1996, 858, «il credito di un socio di una società di capitali (o di un terzo) nei confronti della società è compensabile con il debito relativo alla sottoscrizione di azioni emesse in sede di aumento del capitale sociale, non essendo ravvisabile un divieto implicito, desumibile da principi inderogabili del diritto societario che impedisca in tal caso l'operatività della compensazione *ex art.* 1246 n. 5 c.c.; mentre la compensazione tra debito di conferimento e credito verso la società non può avvenire in relazione al capitale originario – né per il versamento dei decimi prescritti dall'art. 2329 c.c., perché la società ancora non esiste, né per i versamenti successivi, perché i conferimenti iniziali possono essere costituiti solo da beni idonei a formare oggetto di garanzia patrimoniale –, l'aumento di capitale sottoscritto attraverso l'estinzione per compensazione di un debito del socio non è contrario all'interesse della società o di terzi, comportando in concreto, un aumento della garanzia patrimoniale generica offerta dalla società ai creditori, in quanto dalla trasformazione del credito (certo, liquido ed esigibile) del socio in capitale di rischio deriva che detta garanzia non copre più il credito del socio».

⁶⁰ Quanto all'individuazione del momento nel quale la società conferitaria diventa titolare dell'eseguito conferimento, secondo una tesi tale titolarità si conseguirebbe automaticamente con effetto retroattivo una volta intervenuta l'iscrizione, poiché fino a quel momento la titolarità permanerebbe (con il relativo rischio) in capo al socio conferente (GALGANO F., *Le società per azioni. Principi generali*, in *Codice civile. Commentario* diretto da SCHLESINGHER P., Milano, 1996, 305); secondo altra opinione la società acquisirebbe anche prima dell'iscrizione e quindi sin dal momento della sottoscrizione la proprietà dei beni apportati, con conseguente sopportazione del rischio di perimento tra la sottoscrizione e l'acquisto della personalità giuridica (PORTALE G.B., *Conferimenti in natura ed effettività del capitale nella "società per azioni in formazione"*, in *Riv. soc.*, 1994, 58).

⁶¹ All'opinione secondo cui il socio che conferisce deve garantire sia l'esistenza del credito conferi-

- b. di detta insolvenza risponde come disposto, per il caso di assunzione convenzionale della garanzia, dall'art. 1267;
- c. risponde pertanto nei limiti⁶² di quanto egli abbia ricevuto; deve inoltre corrispondere gli interessi, rimborsare le spese della cessione e quelle che il cessionario abbia sopportate per escutere il debitore, e risarcire il danno.

È inoltre prescritto che ove il cedente abbia garantito la solvenza del debitore, la garanzia cessa, se la mancata realizzazione del credito per insolvenza del debitore è dipesa da negligenza del cessionario nell'iniziare o nel proseguire le istanze contro il debitore stesso; e che è nullo qualsiasi patto diretto ad aggravare la responsabilità del cedente.

3.3.1 Il conferimento di azienda

Mediante l'operazione di conferimento di azienda (o di un suo ramo)⁶³, si

to sia la solvibilità del debitore ceduto (cfr. TESTI D., *Sul conferimento di crediti in società*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 359; PORTALE G.B., *Mancata attuazione del conferimento in natura e limiti del principio di effettività del capitale sociale nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1998, 6), si contrappone la tesi secondo cui in tanto si avrebbe la garanzia della solvibilità in quanto il conferente si sia specificamente obbligato in tal senso (FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 162; SALAFIA V., *I conferimenti nelle società di capitali*, in *Società*, 1996, 8).

⁶² Secondo una tesi (FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 162) in caso di inadempimento del debitore "conferito", la responsabilità del conferente sarebbe di misura pari al valore nominale delle azioni sottoscritte; per altra tesi (RIMINI E., *La mancata attuazione dei conferimenti in natura nelle società per azioni*, Milano, 1993, 80) tale misura sarebbe pari al valore del credito al momento della costituzione della società.

⁶³ Secondo l'art. 2555 c.c., l'azienda è «il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa». Circa l'individuazione della natura giuridica dell'azienda, la giurisprudenza teorica ha proposto una pluralità di posizioni. In sintesi:

a. le *teorie unitarie*, considerano l'azienda come un *bene unico*, nuovo e distinto rispetto ai singoli beni che la compongono.

In questo ambito, si registra poi l'opinione di chi, da un lato, sostiene che l'azienda debba essere ricondotta alla figura generale dell'*universitas* (cfr., per esempio, TOMMASINI R., *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986, 192; in giurisprudenza: Cass., 29 agosto 1963, n. 2391, in *Foro it.*, 1963, I, 1610; Cass., 29 ottobre 1966, n. 2714, in *Foro it.*, 1967, I, 286; Cass., 10 marzo 1980, n. 1548, in *Foro it.*, 1980, I, 2528; Cass., 22 marzo 1980, n. 1939, in *Mass. Giur. it.*, 1980; Cass., 9 giugno 1981, n. 3723, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2942; Cass., 11 agosto 1990, n. 8219, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 584 e in *Giur. comm.*, 1992, II, 774, con nota critica di GATTI S., *L'azienda e l'universitas nell'autosilo*), figura che viene però tenuta distinta dall'universalità di mobili *ex art. 816 c.c.*, e quindi dalla tradizionale *universitas rerum* che in essa si identifica, per l'impossibilità di riscontrare nell'azienda i caratteri peculiari dell'*universitas* tradizionale (ravvisati invero nella composizione omoge-

nea ed esclusivamente mobiliare dell'*universitas*, nell'uniformità di destinazione dei beni componenti il complesso aziendale e soprattutto nell'appartenenza di tutti i singoli beni a un unico proprietario); dall'altro, vi sono coloro i quali rinvencono tale autonomo oggetto in un bene immateriale distinto dal complesso seppur a esso immanente, costituito "dall'organizzazione" stessa (ASQUINI A., *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 1; BALLETTA A., *La concorrenza sleale e il diritto sull'azienda*, in *Riv. dir. ind.*, 1967, I, 127; FERRARA F., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1945, 112, muovendo dalla concezione dell'azienda come «insieme dei collegamenti funzionali» posti fra gli elementi organizzati; SALANDRA V., *Manuale di diritto commerciale*, vol. I, Bologna, 1947, 59; VALERI G., *Manuale di diritto commerciale*, vol. I, Firenze, 1948, 14).

È stato però obiettato, da GALGANO F., *L'impresa e le società*, in *Diritto civile e commerciale*, vol. III, t. I, Padova, 1994, 80, 81, nota 2, 82 nota 6, quanto alla prima ricostruzione, che l'azienda «non è, come richiede l'art. 816, una "pluralità di cose che appartengono alla stessa persona"; né si compone, esclusivamente, di beni mobili, senza dire che le "universalità di mobili" sono costituite da beni tra loro omogenei [...], mentre l'azienda si compone, di regola, di beni fra loro eterogenei [...]. Il termine "universalità di beni" è perciò impiegato, con riferimento all'azienda, in senso non tecnico dall'art. 670 n. 1 c.p.c., che ammette il sequestro giudiziario di "beni mobili o immobili, aziende o altre universalità di beni [...]». Quanto alla seconda, che «dal punto di vista linguistico la costruzione giuridica dell'azienda come bene immateriale identificabile nella "organizzazione" è ciò che si definisce una ipostasi: una qualità, cioè, viene elevata a sostanza [...]. L'ipostasi è, in questo caso, pericolosa, perché può ingenerare il convincimento che "l'idea organizzativa" dell'imprenditore, in quanto bene immateriale analogo alle opere dell'ingegno, debba ricevere una protezione giuridica analoga».

Critici nei confronti dell'impostazione "unitaria" sono anche: ASCARELLI T., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 112; COLOMBO G.E., *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. III, Padova, 1979, 10; FERRARI G., *Azienda (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 698; TEDESCHI G.U., *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVIII, t. 4, Torino, 1983, 14). In definitiva, il punto di debolezza della teoria che assegna una valenza unitaria all'azienda è individuato «nel regime imposto dallo stesso legislatore per il trasferimento dell'azienda; l'art. 2556, nel disciplinare il trasferimento della proprietà o del godimento dell'azienda, fa infatti "salva l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che la compongono"; il legislatore rinuncia quindi alla definizione di una disciplina unitaria del trasferimento, in quanto all'azienda privilegia le posizioni dei singoli beni che la compongono. Inoltre, le specifiche norme imposte dal legislatore per il trasferimento di crediti e debiti e per la successione nei rapporti pendenti rafforzano il convincimento circa la mancanza di unitarietà, sotto il profilo giuridico, del concetto di azienda [...]» (così, GAREGNANI G.M., *La cessione d'azienda, prima parte. Profili civilistici*, in *Riv. dott. comm.*, 1996, I, 71, e anche CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 146);

b. la *teoria atomistica* che concepisce, invece, l'azienda come una semplice pluralità di beni, escludendosi che esista un "bene-azienda" formante oggetto di autonomo diritto di proprietà o di altro diritto reale unitario: in particolare COLOMBO G.E., *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. III, Padova, 1979, 4, conclude che «l'azienda non rientra in alcuna delle figure dogmatiche tradizionali e riconosciute a livello legislativo: non in quella del patrimonio autonomo, né in quella dell'universalità di mobili, né infine in quella del bene unitario, materiale o immateriale. Essa costituisce quindi una semplice pluralità di beni, collegati alla persona dell'imprenditore in forza di diritti eventualmente diversi (proprietà, diritti reali limitati, diritti personali di godimento) e tra loro in fatto coordinati per l'esercizio dell'attività d'impresa. Ciò significa l'accoglimento della concezione che è stata chiamata *atomistica*»; cfr. anche: CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 145; TEDESCHI G.U., *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVIII, t. 4, Torino, 1983, 14.

trasmette dal soggetto conferente alla società conferitaria la titolarità di quel complesso di beni, situazioni, attività, avviamento, passività e rapporti⁶⁴ che il conferente appunto immette nella sfera giuridica della conferitaria stessa per averne “in cambio” una partecipazione nel suo capitale sociale, di regola⁶⁵ corrispondente al valore che si ottiene rapportando l’entità del patrimonio conferito con il patrimonio già presente nella sfera giuridica del soggetto conferitario⁶⁶.

Il conferimento d’azienda dunque è «l’operazione per cui un’azienda oppure un ramo aziendale dotato di autonoma capacità di reddito vengono conferiti (“apportati”) a un ente giuridicamente diverso dall’impresa conferente»; «è lo strumento tecnico per realizzare ciò che la pratica chiama la trasformazione di un’impresa individuale in società per azioni [...] il caso tipico è infatti quello dell’imprenditore che conferisce la propria azienda in una società per azioni della quale si è fatto egli stesso l’iniziatore per trovare nuovi capitali adeguati allo sviluppo assunto dalla sua impresa o perché, intendendo ritirarsi dalla direzione di questa, vuole contemporaneamente assicurarsi il beneficio della responsabilità limitata. In altri casi ancora il conferimento in una società all’uopo costituita è il mezzo per fondere due o più imprese individuali che esercitano la stessa attività e intendono far cessare una posizione di concorrenza [...]»⁶⁷. Del resto, «il fenomeno va peral-

⁶⁴ Cfr. Cass., 21 ottobre 1995, n. 10993, in *Giur. imp.*, 1996, 71, «perché si abbia il conferimento d’azienda (o di ramo aziendale) è necessario che venga trasferito un complesso di beni di per sé idoneo a consentire lo svolgimento di una determinata attività d’impresa, anche se non necessariamente la stessa esercitata dal conferente, ed è ammissibile che il nuovo titolare debba integrare l’insieme dei beni trasferiti con ulteriori fattori produttivi. Conseguentemente non può beneficiare della riduzione dell’1 per cento dell’imposta di registro, prevista dall’art. 7, legge 16 dicembre 1977, n. 904, il solo conferimento di un fabbricato già adibito a esposizione con sottostante e annesso terreno che non presenti una propria originaria unità economica e funzionale».

⁶⁵ Infatti, ben si potrebbe stabilire che una parte del valore dell’azienda conferita venga appostata nel patrimonio netto della conferitaria come sovrapprezzo, così come comunque potrebbe essere convenuto un rapporto non proporzionale tra entità del conferimento ed entità della partecipazione al capitale sociale che ne deriva, *ex art.* 2468, comma 2.

⁶⁶ Per LUPI R., *La specificazione legislativa del concetto di reddito, riferimenti civilistici e le operazioni straordinarie*, in AA.VV. (a cura di LUPI R. e STEVANATO D.), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d’impresa*, Milano, 2002, 89, «il soggetto conferente non solo non monetizza alcunché ma neppure riceve, come nella permuta, beni dotati di un proprio valore intrinseco. Esso riceve semplicemente beni di secondo grado, che con brutale metafora potrebbero chiamarsi “pezzi di carta”, rappresentativi di un diverso bene, il patrimonio della società conferitaria. Qualora, come di solito accade, la beneficiaria di un conferimento d’azienda alimenti il proprio patrimonio pressoché esclusivamente con i beni apportati, la conferente si troverà a possedere né più né meno quanto possedeva prima, dietro il diaframma di una partecipazione totalitaria. In ogni caso, i beni di secondo grado ricevuti (partecipazioni sociali), idealmente rappresentano né più né meno il valore di quello che la conferente medesima ha apportato».

⁶⁷ CONFALONIERI M., *Conferimenti e fusioni nell’economia delle imprese*, Milano, 1983, 119;

tro tenuto nettamente distinto da quello della fusione, specie con riguardo al conferimento effettuato da una preesistente società [...]»⁶⁸.

Indubbiamente, in caso di conferimento, vi è dunque un mutamento soggettivo “a titolo particolare”⁶⁹, diversamente da quanto accade nelle operazioni meramente trasformativo (ove il soggetto non muta affatto, innovandosi solamente la sua struttura organizzativa)⁷⁰ oppure nelle ope-

CONFALONIERI M., *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società*, Milano, 2002, 375. Per Cass., 21 ottobre 1995, n. 10993, in *Giur. imp.*, 1996, 71; in *Riv. giur. edilizia*, 1996, I, 381 e in *Corriere trib.*, 1996, 348, «perché si abbia il conferimento d'azienda (o di ramo aziendale) è necessario che venga trasferito un complesso di beni di per sé idoneo a consentire lo svolgimento di una determinata attività d'impresa, anche se non necessariamente la stessa esercitata dal conferente. Tale fattispecie ricorre anche quando il nuovo titolare debba integrare l'insieme dei beni trasferiti con ulteriori fattori produttivi; in tal caso, occorre però che i beni mancanti non siano tali da alterare l'unità economica e funzionale del complesso aziendale, atteso che non basta che i beni conferiti abbiano fatto parte di un'azienda, ma è altresì necessario che essi, per le loro caratteristiche e il loro collegamento funzionale rendano possibile lo svolgimento di una specifica impresa».

⁶⁸ FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 143. Per Cass., 25 ottobre 1976, n. 3844, in *Giur. comm.*, 1977, II, 9, «il conferimento di azienda in società non costituisce fusione, ma conferimento in natura disciplinato dalle norme previste per tali conferimenti e per la cessazione di azienda».

⁶⁹ Il conferimento dell'azienda «importa un trasferimento a titolo particolare, da una società all'altra, con l'assunzione da parte della società trasferente di partecipazioni nella società destinataria del trasferimento, senza che la prima perda la propria individualità, come invece si verifica nel caso di fusione»: CAGNASSO O., IRRERA M., *Fusione e trasformazione delle società*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, vol. VI, Torino, 1991, 312; cfr. anche TANTINI G., *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. VIII, Padova, 1985, 185. Sotto il profilo fiscale, peraltro, l'operazione di conferimento è stata considerata come una caso di successione “universale” dalla Risoluzione ministeriale n. 363855 del 23 giugno 1979: «[...] considerato che come risulta dall'atto costitutivo, passano a favore e a carico della società concentrataria, le rendite e gli oneri, i diritti e gli obblighi e in genere tutti i rapporti di pertinenza del conferito ramo aziendale, compresi quelli di lavoro, si ritiene che, nella fattispecie, si realizza una successione a titolo universale della nuova società relativamente al conferito ramo aziendale».

⁷⁰ La trasformazione della società è operazione da alcuni Autori definita come «il passaggio, in senso giuridico, della società da uno ad altro tipo fra quelli ammessi dalla legge» (FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da VASSALLI F., vol. X, t. 3, Torino, 1985, 662; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 542) mentre altri preferiscono indicarla come «cambiamento o modificazione del tipo sociale» (COTTINO G., *Diritto commerciale*, Padova, 1976, 834). In particolare, CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 542, afferma che «la configurazione legislativa della trasformazione come semplice vicenda modificativa dell'atto costitutivo offre all'autonomia privata un duttile strumento per adattare l'assetto organizzativo della società alle nuove esigenze sopravvenute durante la vita della stessa. Consente infatti di realizzare tale obiettivo, senza che i soci siano costretti a liquidare la precedente società e a costituire una nuova, con notevoli vantaggi anche di carattere fiscale».

Per la tesi secondo cui la trasformazione della società implica una semplice modificazione dell'atto costitutivo, non comportando una novazione soggettiva, si vedano: GASPERONI N., *Trasformazione di società*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, 1018, il quale afferma che non vi sarebbe novazione soggettiva neppure nel caso di un passaggio della società da un tipo sfornito di personalità giuridica a un tipo personificato; SERRA A., *La trasformazione e la fusione della società*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, t. 3, Torino, 1985, 303, conclude che «il dubbio che tale modificazione implichi l'estinzione della società preesistente e la creazione di una società nuova e diversa deve ritenersi ormai superato»; SILVETTI C., voce *Trasformazione e fusione delle società*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 534; SIMONETTO E., *Della trasformazione e fusione della società. Delle società costituite all'estero*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2498-2510, 1976, 11; TANTINI G., *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. VIII, Padova, 1985, 188.

Anche la giurisprudenza si è definitivamente orientata in tal senso: Cass., 18 maggio 1967, n. 1070, in *Dir. fall.*, 1967, II, 233; Cass., 9 agosto 1972, n. 2657, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1963; Cass., 20 ottobre 1975, n. 3427, in *Giur. comm.*, 1976, II, 480; Cass., 8 marzo 1977, n. 953, in *Giur. comm.*, 1978, II, 309; Cass., 12 gennaio 1979, n. 254, in *Dir. fall.*, 1979, II, 214; Cass., 31 ottobre 1981, n. 5768, in *Giust. civ. Mass.*, 1981; Cass., 21 novembre 1983, n. 6931, in *Giust. civ. Mass.*, 1983; Cass., 12 aprile 1984, n. 2369, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, secondo cui «in tema di società, ogni specie di trasformazione (compresa quella di una società di persone in società di capitali) comporta soltanto il mutamento formale di un'organizzazione societaria già esistente, ma non la creazione di un nuovo ente che si distingue dal vecchio, sicché l'ente trasformato, quand'anche consegua la personalità giuridica di cui prima era sprovvisto, non si estingue per rinascere sotto altra forma, né dà luogo a un nuovo centro di imputazione di rapporti giuridici, ma sopravvive alla vicenda modificativa senza soluzione di continuità e senza perdere la sua identità soggettiva [...]».

Di diverso avviso invece le tesi risalenti (e oggi superate) di: BRUNETTI A., *Trattato del diritto delle società*, II, Milano, 1948, 611; GRECO P., *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 364; MOSSA L., *Trattato del nuovo diritto commerciale*, vol. IV, Padova, 1957, 599. In giurisprudenza si sono espresse nel senso della novazione: Cass., 20 ottobre 1958, n. 3369, in *Foro it.*, 1959, I, 64 e in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 188; App. Milano, 24 dicembre 1974, in *Giur. comm.*, 1976, II, 114.

È stato poi rimarcato che l'attenzione del legislatore si è concentrata sulla trasformazione volta a segnare il passaggio da un tipo di società non personificata ad altro avente invece la personalità giuridica e quindi su una trasformazione che, in quanto implicante evoluzione a una organizzazione societaria più complessa, viene qualificata come "progressiva" (così TONDO S., *Trasformazione da o in società semplice*, *Studio approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato nella seduta del 14 aprile 1989*).

La dottrina oggi unanime afferma peraltro l'ammissibilità – oltre che dell'ipotesi succitata ed espressamente prevista – tanto della trasformazione all'interno della medesima categoria (società di persone e società di capitali), quanto della trasformazione cosiddetta "regressiva", vale a dire la trasformazione di una società di capitali in società di persone. Cfr. CAGNASSO O., *La trasformazione delle società*, sub artt. 2498-2500, in *Codice civile. Commentario* diretto da SCHLESINGHER P., Milano, 1990, 74; SIMONETTO E., *Della trasformazione e fusione della società. Delle società costituite all'estero*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2498-2510, 1976, 7; TANTINI G., *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. VIII, Padova, 1985, 195. In giurisprudenza: Cass., 15 novembre 1985, n. 5602, in *Foro it.*, 1986, I, 1619; App. Bologna, 31 marzo 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, 255; App. Venezia, 30 gennaio 1992, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, 317. Diversamente: GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 511; e FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da VASSALLI F., vol. X, t. 3, Torino, 1985, 897, nota 3 (limitatamente al caso della trasformazione di società semplice in società registrate, che questo Autore non ammetteva).

razioni di scissione⁷¹ e fusione⁷² (ove dalla teoria più tradizionale, è riconosciuto accadere un fenomeno di mutamento soggettivo, ma a “titolo

⁷¹ Anche per la scissione, così come per la fusione, si registra un vivace dibattito circa la natura giuridica: BELVISO U., *La fattispecie della scissione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 521, propende per la configurazione della scissione come fenomeno di tipo successorio; SERRA A., SPOLIDORO M.S., *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, 204, sostengono invece che si tratterebbe di una semplice vicenda modificativa dell'atto costitutivo. In tema di scissione inoltre si vedano, tra gli altri: CABRAS G., *La scissione delle società*, in *Foro it.*, 1992, V, 269; CAMPOBASSO G.F., *La recente disciplina in materia di fusione e di scissione di società: profili civilistici*, in *Dir. lav.*, 1992, I, 375; DE FERRA G., *La scissione delle società*, in *Riv. soc.*, 1991, 213; FERRO-LUZZI P., *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1065; LAURINI G., *La scissione di società*, in *Riv. dir. impresa*, 1992, n. 1, n. 33; PAOLINI E., *Scissione di società*, in *Contratto e impresa*, 1991, 831; PEREGO E., *Profili privatistici della scissione delle società*, in *Quaderni giur. impr.*, 1993, 13; PICCIAU A., *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, in *Riv. soc.*, 1995, 1189; QUATRARO B., *La scissione*, in *Riv. dott. comm.*, 1995, 1085.

⁷² Vivace è stato il dibattito, sia in dottrina che in giurisprudenza, sulla natura giuridica della fusione.

Sotto l'abrogato codice di commercio, VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, Milano, 1929, 480, ne sosteneva la natura di successione universale *mortis causa*, fondando il suo convincimento sull'art. 189, n. 7, cod. commercio (norma che ricomprendeva la fusione tra le cause di scioglimento della società; la nuova società o la società incorporante succedeva, pertanto, rispettivamente alle vecchie società estinte o alla società incorporata). Un orientamento diverso era quello di ASCARELLI T., *Appunti di diritto commerciale*, II, Roma, 1936, 181, che ne sosteneva invece la natura di successione universale, ma per atto tra vivi. Qualificano la fusione quale fenomeno successorio a titolo universale: sotto la vigenza del codice di commercio, DE GREGORIO A., *Delle società e delle associazioni commerciali*, in *Codice di commercio commentato a cura di Bolaffis – Rocco – Vivante*, vol. IV, Torino, 1938, 670; nella vigenza del Codice civile, GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 523, che propende per la successione per atto tra vivi; MOSSA L., *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il Codice civile del 1942*, Milano, 1942-1953, 586; VISENTINI B., *La fusione tra società*, Roma, 1942, 41. Ricollega invece la fusione allo schema di una successione particolare: BRUNETTI A., *Trattato del diritto delle società*, vol. II, Milano, 1948, 649. Per GRECO P., *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 454, si dovrebbe ravvisare una successione universale nell'ipotesi in cui la società risultante dalla fusione succeda a società personificate e una successione a titolo particolare quando succeda a società non personificate.

La più recente dottrina, invece, ritiene che il fenomeno della fusione si inquadri nell'ambito delle modificazioni dell'atto costitutivo: CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 552; CORAPI D., *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971, 306; DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995, 608; FERRARA F. jr., CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, 737; GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 1994, 436; SALERNO S., CARDILLO A., *Fusione delle società: successione a titolo universale o modificazione statutaria*, in *Vita not.*, 1986, 304; SERRA A., *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, t. 3, Torino, 1985, 340; SIMONETTO E., *Della trasformazione e fusione della società. Delle società costituite all'estero*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2498-2510, 1976, 11; TANTINI G., *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle società per azioni*, Padova, 1973, 206. In particolare, MILONE L., BRUCCULERI M.I., *La fusione. Rassegna della giurisprudenza più recente e i contributi della dottrina*, in *Vita not.*, 1987, 599, rilevano che «in generale, la ricostruzione giuridica della fusione quale modificazione dell'atto costitutivo, è più rispondente alla realtà economica, poiché la fusione è rivelatrice delle volontà dinamiche e vitali delle imprese che,

universale”, con ciò che ne consegue in termini di incontestabile passaggio al successore o avente causa di ogni rapporto attivo e passivo già facente capo all'autore o dante causa)⁷³: una volta avvenuto il conferimento, cambia invero il soggetto⁷⁴ titolare del complesso aziendale trasferito, in quanto, con il conferimento, il soggetto conferente espelle dunque dalla sua sfera soggettiva l'insieme dei beni e dei rapporti che rappresentano l'azienda (o il ramo d'azienda) oggetto del conferimento stesso per ottenere, in sostituzione dei beni e dei rapporti conferiti, le partecipazioni rappresentanti, nella società conferitaria, l'aumento di capitale che si verifica appunto per effetto del conferimento⁷⁵.

spinte da precise esigenze economiche e di assetto imprenditoriale, partecipano all'operazione». In giurisprudenza, Trib. Lucca, 5 giugno 1984, in *Giur. comm.*, 1985, II, 664, qualifica la fusione come modificazione dell'atto costitutivo; mentre la giurisprudenza maggioritaria propende ancora per la tesi che vi ravvisa una successione a titolo universale: Cass., 25 ottobre 1977, n. 4565, in *Giur. comm.*, 1978, II, 352 e in *Giust. civ.*, 1978, I, 241; Cass., 17 maggio 1978, n. 2385, in *Giur. comm.*, 1978, II, 636; Cass., 28 maggio 1980, n. 3496, in *Dir. fall.*, 1980, II, 396; Cass., 1° settembre 1981, n. 5018, in *Giur. impr.*, 1981, 963; in *Arch. Civ.*, 1981, 972 e in *Rass. impr.*, 1982, 364; Cass., 13 dicembre 1982, n. 6048, in *Dir. fall.*, 1983, II, 37; Cass., 8 novembre 1983, n. 6612, in *Società*, 1984, 179; Cass., 10 febbraio 1984, in *Giur. comm.*, 1984, II, 393; Cass., 28 giugno 1984, n. 3836, in *Società*, 1984, 1219; Cass., 6 dicembre 1984, n. 3836, in *Società*, 1984, 1219; Trib. Milano, 13 giugno 1985, in *Società*, 1986, 155; Trib. Milano, 21 aprile 1986, in *Società*, 1986, 869; Cass., 28 luglio 1986, n. 4812, in *Foro it.*, 1988, I, 1275; Trib. Bologna, 13 gennaio 1987, in *Dir. fall.*, 1988, II, 531; Cass., 6 marzo 1987, n. 2381, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Società*, n. 743, la quale specifica che la fusione di società dà luogo alla «nascita di un nuovo ente, con la conseguente estinzione delle società fuse (o di quella incorporata) e l'attuazione, a favore della nuova persona giuridica, di una successione universale analoga a quella *mortis causa*»; Trib. Milano, 13 aprile 1987, in *Società*, 1987, 829; Trib. Tempio Pausania, 7 gennaio 1988, in *Foro pad.*, 1988, I, 459; Cass., 13 giugno 1991, n. 6702, in *Giust. civ. Mass.*, 1991; Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 1992, n. 969, in *Foro amm.*, 1992, 1662; Trib. Biella, 13 gennaio 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 3; Cass., 19 giugno 1996, n. 5679, in *Fall.*, 1997, 378; in *Giur. comm.*, 1997, II, 351; in *Dir. fall.*, 1996, II, 417; Cass., 22 settembre 1997, n. 9349, in *Studium iuris*, 1998, 191; in *Riv. Giur. circ. trasp.*, 1997, 827; Cons. Stato, Sez. IV, 4 ottobre 1999, n. 1515, in *Foro amm.*, 1999, 2045; in *Cons. Stato*, 1999, I, 1540.

⁷³ Ovviamente, ove si segua la più moderna tesi della fusione come mera modificazione della struttura statutaria delle società che all'operazione partecipano, ovviamente non vi è nemmeno luogo per parlare di mutamenti soggettivi e quindi di continuazione di rapporti da parte di un nuovo soggetto rispetto a un soggetto precedente: lì infatti c'è sempre lo stesso soggetto, che continua il proprio percorso imprenditoriale, sotto un assetto statutario diverso da quello *ante* fusione.

⁷⁴ Per VIGNOLI A., *La valutazione economica del conferimento nell'ottica della dottrina civilistica*, in AA.VV. (a cura di LUPI R. e STEVANATO D.), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, 299, «il conferimento attiene “ai beni”, anziché, come la fusione e la scissione, ai soggetti societari; [...] il patrimonio netto della società conferente [...] non subisce alcuna modificazione a seguito dell'operazione in esame; il conferimento, insomma, non modifica né il capitale sociale della società conferente né il resto del suo patrimonio netto, ma rileva solo nell'ambito della struttura dell'attivo patrimoniale, dove le azioni ricevute si sostituiscono ai beni conferiti».

⁷⁵ Per VIGNOLI A., *La valutazione economica del conferimento nell'ottica della dottrina civilistica*, in AA.VV. (a cura di LUPI R. e STEVANATO D.), *La fiscalità delle operazioni straordinarie*

3.3.1.1 *La trasmissione alla società conferitaria delle posizioni soggettive del soggetto conferente e acquisite con la gestione dell'azienda poi conferita*

Si tratta ora di approfondire se le caratteristiche soggettive maturatesi in capo al conferente per effetto della gestione della propria azienda, poi conferita, rimangano ancorate al soggetto in capo al quale tali situazioni si sono prodotte in relazione a detta attività di gestione oppure se quelle situazioni soggettive transitino invero in capo alla società conferitaria in uno con la trasmissione alla stessa del compendio patrimoniale oggetto di conferimento.

Si pensi, in campo non tributario, alla pacifica continuità⁷⁶ in capo all'avente causa di tutti i permessi, licenze, concessioni, autorizzazioni già di "titolarità" del dante causa (è il caso delle licenze di commercio o di auto-transporto come pure dei permessi a costruire, e così via)⁷⁷; si pensi altresì alla trasmissione al cessionario dell'azienda delle posizioni giuridiche derivanti dalla maturazione in capo al cedente, in funzione dell'attività svolta, dei requisiti in base ai quali si può ottenere (o mantenere) un'iscrizione in un dato albo o elenco⁷⁸ oppure partecipare a determinati eventi (per esem-

d'impresa, Milano, 2002, 302, «il conferente, a differenza dell'alienante non si priva della possibilità di continuare a godere delle utilità ritraibili dal bene, ma, "mettendo il bene a disposizione della società", modifica la situazione giuridica di appartenenza dei beni conferiti; si passa, infatti, da un regime di sfruttamento individuale, a uno sfruttamento collettivo secondo le regole che disciplinano lo svolgimento dell'attività sociale. Il collegamento tra il conferente e il bene conferito continua a esistere grazie alle partecipazioni che vengono attribuite al conferente in luogo del bene conferito. [...] Il trasferimento di beni e rapporti è, dunque, meramente strumentale a una riorganizzazione dell'attività, che prosegue senza soluzione di continuità nonostante la modifica dell'intestazione di beni e rapporti».

⁷⁶ Per CINTIOLI F., D'AMICO G., GUERRERA F., CATELLA P., *I trasferimenti d'azienda*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2000, 354, «il cessionario acquista il diritto a subentrare *ex tunc* nell'iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori del cedente e che [...] è proprio il cessionario che può presentare offerta di partecipazione alla gara per l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici. [...] la cessione dell'azienda importa, pressoché automaticamente, il passaggio in capo al cessionario di quel titolo giuridico che lo abilita come contraente qualificato dell'Amministrazione».

⁷⁷ Cfr. PAPPÀ MONTEFORTE V., *Trasferimento di azienda e successione nei rapporti pubblici*, in *Notariato*, 2/2002, 217.

⁷⁸ Vige il «principio della continuità tra l'iscrizione posseduta dall'avente causa rispetto a quella del dante causa»: Cons. Stato, 16 maggio 1995, n. 802, in *Cons. Stato*, 1995, I, 754). Identica anche la pronuncia del medesimo Cons. giust. amm. sic., 8 agosto 1998, n. 461, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1229 e in *Giust. amm. sic.*, 1998, 381, con nota di VIRGA. Si vedano anche LAURINI G., *A proposito del recupero dell'iscrizione all'albo nazionale costruttori nel passaggio dall'impresa edile individuale all'impresa collettiva*, in *Riv. not.*, 1990, 87, per il quale nelle ipotesi di «conferimento di azienda o di fusione si presume che la società conferitaria abbia la stessa idoneità a operare nel set-

pio, un pubblico appalto); oppure, si pensi, in campo tributario, alla possibile trasmissione all'avente causa della qualifica, spettante al cedente, di "impresa costruttrice"⁷⁹ di cui al n. 8-bis del comma 1 dell'art. 10 del D.P.R.

tores dei pubblici appalti in precedenza riconosciuta all'impresa conferente, con la quale sostanzialmente si identifica».

⁷⁹ Vediamo peraltro di precisare la nozione di "impresa costruttrice", concetto che rappresenta il fondamento del discorso che stiamo facendo. Per la nozione di "impresa costruttrice" si può vedere innanzitutto, per esempio, la circolare ministeriale 182/E dell'11 luglio 1996, ove si afferma, tra l'altro, che «impresa costruttrice deve ritenersi quella che anche occasionalmente realizza la costruzione di immobili per la successiva vendita [...]».

Questa configurazione definitoria dell'impresa costruttrice, del resto, è già stata assunta ai fini IVA, dalla circolare n. 45, protocollo 503519, del 2 agosto 1973». Detta circolare n. 45 a sua volta prevede che deve considerarsi impresa costruttrice «l'impresa la quale svolge, anche occasionalmente, attività di produzione di immobili per la successiva vendita». Da ciò si ricava innanzitutto che la nozione di "impresa costruttrice" non è impedita dall'occasionalità della costruzione. Quanto all'accennato elemento soggettivo (è costruttore chi costruisce "per la successiva rivendita"), pare che si tratti più di un elemento descrittivo della fattispecie, e cioè evidenziandosi con ciò quel che di regola accade ("normalmente", il costruttore è colui che rivende) che di un requisito indispensabile (si pensi a una banca che costruisca un palazzo composto al piano terreno dalla propria filiale e ai piani superiori da appartamenti per dipendenti, evidentemente non finalizzati alla vendita, poi però venduti ad anni di distanza, in ossequio a mutate politiche di patrimonializzazione della banca stessa: la banca non sarebbe in questo caso il costruttore?), anche perché, all'atto della costruzione, non è in alcuni casi per nulla facile stabilire se il risultato della costruzione sia o meno finalizzato alla vendita (e quale sarebbe poi la tempistica rilevante? sotto il profilo che «l'elemento intenzionale per il quale gli edifici sarebbero stati costruiti non rileva» per la qualificazione in termini di "impresa costruttrice" di una compagnia di assicurazioni, cfr. risoluzione ministeriale 29 novembre 1982, n. 391795).

Ora, nel senso che il costruttore non è necessariamente chi costruisce "per la rivendita" depone, oltre alla specifica – per il settore bancario – risoluzione ministeriale n. 430065 del 21 marzo 1990 (nella quale non vi è alcun cenno al fatto che l'immobile dovesse essere fin dall'origine venduto dalla banca, come si conferma nella circolare ABI Serie Tributaria n. 28/1996, di cui oltre), la fondamentale risoluzione ministeriale 29 novembre 1982, n. 391795, ove si legge, tra l'altro, che [i corsivi sono dell'Autore, n.d.a.] «può legittimamente applicare l'aliquota agevolata ogni imprenditore che comunque provveda alla costruzione di edifici aventi le caratteristiche prescritte, qualunque sia, cioè, l'oggetto della sua normale attività. E ciò in conformità al costante orientamento espresso da questo Ministero (vedi tra l'altro, risoluzione ministeriale 5 febbraio 1975, n. 502275, emanata in base alla circolare 45/503519 del 2 agosto 1973).

In tale prospettiva, l'elemento intenzionale per il quale gli edifici sarebbero stati costruiti (secondo i verbalizzanti, al fine di incrementare il patrimonio immobiliare della società), non rileva, in quanto con l'avvenuta constatazione che le costruzioni non di lusso cedute siano state di fatto realizzate dalla Società, è innegabile che nella fattispecie si sia concretizzato anche il presupposto soggettivo voluto dalla legge ai fini dell'applicazione dell'aliquota agevolata in questione». Nel senso che il costruire "ai fini della rivendita" non sia un elemento indispensabile per l'emersione del concetto di impresa costruttrice, cfr. Comm. Trib. Prov. di Piacenza, 23 maggio 2000, n. 51/01 (inedita e passata in giudicato), che si è occupata proprio del caso della banca che ha rivenduto appartamenti a 38 anni di distanza dalla loro costruzione; e pure la circolare Assonime n. 85 del 25 luglio 1996, ove si afferma che «per impresa costruttrice è da intendersi non solo un'impresa che svolge ordinariamente attività di costruzione, ma più in generale quella che comunque ha costruito, pure tramite

26 ottobre 1972, n. 633 in tema di operazioni esenti da imposta sul valore aggiunto: detta norma dispone invero l'esenzione da IVA delle «cessioni di fabbricati, o di porzioni di fabbricato, a destinazione abitativa, effettuate da soggetti diversi dalle imprese costruttrici degli stessi». E si osservino pure le seguenti fattispecie:

- a. «nel caso di successione nel compendio aziendale, nella specie per conferimento societario dell'azienda ad altro ente, l'impresa conferitaria, nelle more della procedura di "recupero" dell'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori, cui aveva titolo la società conferente, deve essere ammessa a partecipare alle pubbliche gare per l'aggiudicazione di lavori pubblici in appalto»⁸⁰;
- b. «le imprese che siano destinatarie di conferimento d'azienda, una volta richiesto il trasferimento dell'iscrizione all'ANC della ditta conferente,

appalto, il fabbricato, anche se la relativa cessione, che realizza l'immissione in consumo del fabbricato stesso, ha luogo a distanza di tempo dall'ultimazione dei lavori».

In sintesi, quindi, dalla lettura combinata della citata circolare ministeriale del 1973 e della risoluzione ministeriale n. 391795 del 1982, se ne ricava che, anche secondo l'Amministrazione finanziaria, a questi fini, deve considerarsi impresa costruttrice l'impresa la quale svolge, anche occasionalmente, attività di costruzione di immobili e che, indipendentemente dall'esistenza di una originaria volontà di futura alienazione degli immobili costruiti, procede, successivamente alla costruzione di tali immobili, alla loro vendita.

Va ricordato, a mente della circolare ministeriale 11 luglio 1996, n. 182/E «per quanto concerne il riferimento alle imprese che hanno costruito gli edifici oggetto della cessione, contenuto nelle norme in discorso, che impresa costruttrice deve ritenersi quella che anche occasionalmente realizza la costruzione di immobili per la successiva vendita, a nulla influendo che la materiale esecuzione dei lavori sia eventualmente da essa affidata, in tutto o in parte, ad altre imprese. Questa configurazione definitoria dell'impresa costruttrice, del resto, è già stata assunta ai fini dell'IVA, dalla circolare n. 45, protocollo n. 503519, del 2 agosto 1971, della soppressa Direzione generale delle tasse e Imposte Indirette sugli affari, ulteriormente precisata con la risoluzione n. 330083 del 14 marzo 1981. Si chiarisce, inoltre, che nella categoria delle imprese costruttrici rientrano a pieno titolo le società cooperative edilizie che costruiscono, anche avvalendosi di imprese appaltatrici, alloggi da assegnare ai propri soci»; su questo tema MISTÒ P.G., *Alcune considerazioni sulla nozione di impresa costruttrice*, in *Dir. e prat. trib.*, 1984, II, 50; SANGIORGI R., *L'impresa edile occasionale nella disciplina dell'IVA*, in *Rass. trib.*, 1986, II, 417. Secondo l'ABI, circolare Serie Tributaria n. 28/1996, «per quanto attiene alla nozione di "impresa costruttrice" è sostenibile che, in assenza di specifiche definizioni da parte della disciplina IVA, si possa continuare a fare riferimento agli indirizzi interpretativi formulati dall'Amministrazione finanziaria. È stato, per esempio, affermato che per "impresa costruttrice" "non deve considerarsi solo quella che ha per oggetto principale la costruzione di immobili, ma anche quella che occasionalmente svolge tale attività: può quindi applicare l'aliquota ridotta ogni imprenditore che comunque provveda alla costruzione di edifici aventi le caratteristiche prescritte, qualunque sia l'oggetto della sua normale attività" (Ris. min. 29 novembre 1982, n. 391795). Tale indirizzo è confermato dalla circolare ministeriale n. 182/E dell'11 luglio 1996».

⁸⁰ Cons. Stato, 16 marzo 1993, n. 247, in *Foro amm.*, 1993, 492 e in *Riv. Corte conti*, 1993, 214.

possono partecipare alle gare d'appalto avvalendosi dell'iscrizione conferita, anche prima che venga completato il procedimento di trasferimento e, quindi, sulla base della semplice domanda di trasferimento; in simili ipotesi tuttavia l'impresa, la quale partecipa alla gara avvalendosi dell'iscrizione dell'impresa conferente, deve presentare il certificato della sezione fallimentare del competente tribunale relativo all'impresa intestataria dell'iscrizione utilizzata per partecipare alla gara»⁸¹;

- c. «nel caso di decesso del titolare di impresa individuale, ovvero per effetto di atto di fusione, *di conferimento* o di cessione di complesso aziendale, è ammesso il recupero totale o parziale dell'iscrizione nell'albo nazionale dei costruttori, a favore dell'impresa avente causa, alla quale nel periodo compreso tra la variazione soggettiva e il successivo provvedimento di iscrizione deve essere consentita l'ammissione alle gare; peraltro, in detta ipotesi l'ammissione è subordinata alla produzione, da parte dell'impresa avente causa, dei certificati richiesti dai bandi ai concorrenti»⁸²;
- d. «l'impresa cessionaria, infatti, per la continuità fra le iscrizioni, viene, *ex tunc*, in possesso della qualità richiesta dalla legge [...]; si verifica una situazione assimilabile alla *successio in ius* con riferimento alla posizione giuridica costituita dall'iscrizione all'albo nazionale costruttori. [...] Nulla di diverso rispetto alla situazione esaminata v'è quando la cessione di azienda (o il conferimento di ramo aziendale) si verifichi nel corso del procedimento di individuazione del contraente: anche in tal caso la continuità delle iscrizioni consente alla cessionaria di partecipare alla procedura, atteso che *ex tunc* verrà in possesso della qualità necessaria fin dall'inizio del rapporto con la stazione appaltante intrattenuto dall'impresa dante causa»⁸³.

Il quesito è dunque: una volta avvenuto il conferimento dell'azienda di cui faccia parte un edificio costruito dal conferente, può il conferitario qualificarsi come "impresa costruttrice" e applicare ordinariamente l'IVA come l'applicherebbe il conferente, oppure la qualifica di "impresa costruttrice" permane inevitabilmente in capo alla società conferente e la vendita di

⁸¹ TAR Sicilia, sez. Catania, 24 marzo 1998, n. 477, in *Giust. amm. sic.*, 1998, 564.

⁸² Cons. giust. amm. sic., 13 novembre 1999, n. 445, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1752.

⁸³ TAR Puglia, sez. Lecce, 11 febbraio 1994, n. 104, in *TAR*, 1994, I, 1616. Specifica poi TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, 29 luglio / 9 settembre 1998, n. 1023, in *TAR*, 1998, 4263, che sussiste il «principio per cui, nel contrasto tra l'interesse dell'amministrazione a non subire modificazioni del contraente prescelto con il modello dell'evidenza pubblica e quello del cessionario di azienda a subentrare in tutti i rapporti che a essa fanno capo, prevale quest'ultimo interesse, a condizione che l'amministrazione possa verificare tutti i requisiti soggettivi del cessionario».

quell'immobile effettuata dalla società conferitaria è qualificabile in termini di operazione esente da IVA?

In altri termini, occorre verificare se le situazioni giuridiche soggettive fiscalmente rilevanti, maturatesi in capo al soggetto conferente, siano indiscutibilmente connesse al soggetto conferente stesso, in modo da non essere in alcun modo trasmissibili in capo alla società conferitaria; oppure se, pur trattandosi di posizioni soggettive proprie del conferente, esse abbiano comunque un ancoraggio oggettivo al compendio aziendale nel cui ambito esse si formano, di modo che si possa ritenere che esse ben transitino alla società conferitaria nel contesto dell'operazione di conferimento, come parte, in sostanza, del compendio aziendale trasmesso dal soggetto conferente al soggetto conferitario.

Ora, sotto un profilo di analisi strettamente civilistico, non paiono rinvenirsi ostacoli al transito in capo alla società conferitaria di tutte le posizioni giuridiche soggettive inerenti l'azienda conferita già facenti capo al conferente⁸⁴. Anzi, appare vero il contrario, e cioè che non vi sarebbe ragione di ritenere che, in caso di conferimento, vi siano situazioni soggettive che non si trasmettano alla società conferitaria e che invece rimangano in capo al soggetto conferente.

Si pensi, per meglio comprendere la questione sotto un profilo "pratico", a un conferimento "totale" della propria azienda da una società conferente a una società conferitaria, con devoluzione a quest'ultima dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi rappresentanti l'azienda oggetto di conferimento e con completa sostituzione, nel patrimonio della conferente, dei beni e dei rapporti conferiti con una partecipazione al capitale della società conferitaria rappresentante l'intervenuto conferimento (si pensi dunque a questo caso di conferimento "totale" per meglio comprendere la questione, che comunque non cambia in caso di conferimento "solo" di un ramo aziendale o di singoli beni, poiché il principio rimane pur sempre lo stesso, con l'unica variante relativa alla considerazione che, in quest'ultimo caso, occorrerà invero verificare la consistenza del patrimonio conferito e la ricomprendibilità, in detto ambito, delle posizioni soggettive del cui passaggio alla società conferitaria qui si discute).

Ebbene, il conferimento altro non rappresenta invero che la trasmissione alla conferitaria di tutti quei rapporti giuridici attivi e passivi (e quindi delle situazioni giuridiche soggettive attive e passive)⁸⁵ che, già facenti capo al

⁸⁴ Si vedano gli esempi sopra riportati in tema di traslazione sulla società conferitaria delle posizioni soggettive maturatesi in capo al conferente in tema di iscrizione all'oggi soppresso Albo Nazionale Costruttori.

⁸⁵ Se ne veda l'inquadramento sistematico, per esempio, in IUDICA G., ZATTI P., *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, 2001, 47 ss.

soggetto conferente, dopo il conferimento vanno a far capo al soggetto conferitario, il quale ne diviene il nuovo centro di imputazione; e così:

- *dal lato attivo* (e quindi sotto la visuale delle posizioni di favore o di vantaggio), alla conferitaria si trasmettono, per esempio, i diritti soggettivi di natura reale (si pensi alla titolarità di un diritto di proprietà, di un marchio, di un brevetto) o obbligatoria (si pensi al credito al risarcimento di un danno, a una riscossione, a un servizio o a un altro adempimento contrattuale), i diritti potestativi (si pensi al diritto di pretendere la divisione di una cosa comune a più comproprietari), gli interessi legittimi (si pensi all'interesse a ottenere un provvedimento da parte di una pubblica amministrazione), le aspettative (si pensi alla posizione di chi possa pretendere una prestazione altrui una volta verificatosi l'evento futuro e incerto dedotto in condizione), le facoltà (si pensi alla miriade di comportamenti che un soggetto può tenere nell'esercizio di un proprio diritto: il proprietario può usare, locare, vendere ecc.), le azioni (si pensi al diritto di iniziare o proseguire un giudizio); così come, di contro:
- *dal lato passivo* (e quindi sotto l'aspetto delle situazioni di dovere o di svantaggio), si trasmettono⁸⁶ gli obblighi (si pensi al dovere di adempiere a un impegno contrattuale), gli oneri (si pensi al dover tenere un dato comportamento al fine di conseguire un dato risultato, come il rispetto di un certo termine – quale quello dato per impugnare un avviso di accertamento – per non precludersi un effetto desiderato, e cioè, nel caso specifico, impedire la definitività dell'avviso stesso), le soggezioni (e cioè tutte le situazioni passive corrispondenti all'altrui diritto potestativo); e così via.

Insomma, se l'operazione di conferimento ha un indubbio e concreto profilo oggettivo (il conferimento ha per oggetto un aggregato di beni e rapporti considerabili unitariamente proprio per il loro obiettivo afferire all'organizzazione che, dei beni stessi, è stata apprestata da quel soggetto – l'imprenditore – il quale appunto finalizza quell'aggregato di beni e rapporti al-

⁸⁶ Secondo Cass., 29 aprile 1999, n. 4301, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Azienda*, n. 11, «in caso di trasferimento d'azienda, si verifica il trasferimento al soggetto acquirente di tutti i rapporti contrattuali a prestazioni corrispettive non aventi carattere personale, a norma dell'art. 2558 c.c., con conseguente responsabilità dell'acquirente dell'azienda per l'inadempimento dei relativi contratti, a prescindere dalla riscontrabilità delle relative poste passive nelle scritture contabili; nella specie, si era verificato il conferimento a una società del ramo di un'altra azienda comprensivo delle attività produttive e di commercializzazione inerenti a una lottizzazione immobiliare e il giudice di merito, con la sentenza confermata sul punto dalla suprema corte, aveva ritenuto la società cessionaria di tale ramo aziendale responsabile per l'inadempimento delle obbligazioni – relative all'esecuzione di opere di urbanizzazione – già contrattualmente assunte dal soggetto cedente nei confronti di acquirenti di unità immobiliari».

l'esplicazione della propria attività), il conferimento peraltro più propriamente consiste nella trasmissione dal precedente titolare (il conferente) al nuovo titolare (la società conferitaria) delle posizioni giuridiche soggettive inerenti quei beni e quei rapporti organizzati dall'imprenditore come propria azienda, posizioni che dunque, con il conferimento, vanno a comporre la sfera giuridica di un nuovo loro centro d'imputazione.

Quindi, seppur sia spontaneo osservare l'operazione di conferimento come un evento attinente l'oggetto del conferimento stesso, va più precisamente puntualizzato che conferire in effetti significa traslare dal conferente al conferitario (in cambio dell'ottenimento da parte del conferente di una data partecipazione al capitale sociale della società conferitaria medesima) le posizioni giuridiche soggettive già facenti capo al conferente stesso cosicché a un precedente proprietario di un dato bene si sostituirà un nuovo proprietario, come al precedente creditore subentrerà un nuovo creditore e al precedente debitore un nuovo debitore⁸⁷.

3.3.1.2 *La trasmissione alla società conferitaria delle posizioni soggettive fiscalmente rilevanti del soggetto conferente*

Già per queste brevi riflessioni, e cioè correttamente intuendo il concetto di "conferimento" come traslazione al soggetto conferitario delle posizioni giuridiche soggettive, di qualsiasi natura, già di titolarità del soggetto conferente, appare non plausibile ritenere che (salvo specifiche ragioni contrarie, che vanno comunque desunte esplicitamente o implicitamente dalla legge) determinate posizioni soggettive (quale la qualificazione di un soggetto in termini di "impresa costruttrice"), createsi in capo a quel soggetto per effetto dell'esercizio di una data attività imprenditoriale, non si trasmettano alla società conferitaria per effetto e in occasione della trasmissione alla stessa di quel compendio aziendale gestendo il quale l'imprenditore (poi dante causa nell'operazione di conferimento) abbia maturato in capo a sé quelle determinate caratteristiche soggettive (cioè appunto la verifica dei presupposti in base ai quali poter essere, per esempio, considerato in termini di "impresa costruttrice"); ma rimangano, dette posizioni, e poi per chissà quale ragione o disegno (appunto in assenza di normativa specificamente contraria sul punto), in capo al soggetto conferente, il qua-

⁸⁷ Per VIGNOLI A., *La valutazione economica del conferimento nell'ottica della dottrina civilistica*, in AA.VV. (a cura di LUPI R. e STEVANATO D.), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, 299, «guardare al conferimento esclusivamente in termini di operazione "sui beni" è esatto, ma insufficiente a dar conto interamente del fenomeno. Se si pone attenzione al patrimonio della conferitaria, infatti, l'operazione di conferimento risulta invece relativa alla nascita e allo sviluppo degli enti societari».

le, altrettanto inspiegabilmente, si troverebbe (si faccia sempre l'ipotesi del conferimento "totale") completamente privo di ogni suo bene o rapporto inerente l'azienda conferita ma dotato, nel caso che qui interessa, della qualificazione di impresa costruttrice, la quale dunque concorrerebbe a formare il suo patrimonio quale unica posizione soggettiva accanto a quella di titolare delle partecipazioni rinvenienti dal conferimento. Non v'è chi non veda, credo, come questo esito sia eccessivo.

Ma anche sotto il profilo più strettamente tributario, non si è pervenuti a conclusioni diverse da quelle fin qui raggiunte e si è, più volte e in più ambiti⁸⁸, accreditata la considerazione che le posizioni soggettive fiscalmente rilevanti già facenti capo al conferente⁸⁹ si trasmettono anch'esse, per effetto del conferimento, alla società conferitaria, essendo assai rilevante (e, anzi, assorbente) la loro connessione al complesso aziendale conferito e seguendo esse la stessa sorte di tutte le altre posizioni soggettive che vengono traslate dal conferente alla conferitaria, e ciò in quanto non è ritenuto affatto impediente e dirimente il profilo del mutamento soggettivo che avviene in occasione del conferimento⁹⁰.

Occorre anche ricordare il notevole indizio che su questa materia si evince

⁸⁸ Un indice assai probante è dato, per esempio, dal comma 7 dell'art. 19-*bis* del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, in tema di rettifica della detrazione, per il quale «se i beni ammortizzabili sono acquisiti in dipendenza di fusione, di scissione, di cessione o conferimento di aziende, compresi i complessi aziendali relativi a singoli rami dell'impresa, le disposizioni di cui ai commi precedenti si applicano con riferimento alla data in cui i beni sono stati acquistati dalla società incorporata o dalle società partecipanti alla fusione, dalla società scissa o dal soggetto cedente o conferente [...]». In altri termini, le posizioni maturate in capo al conferente si trasferiscono alla società conferitaria: il conferimento, sotto questo profilo, è neutro, in quanto ci si rifà alla data dell'acquisto del bene da parte del conferente. Sulla percentuale di detrazione cfr. anche risoluzione ministeriale n. 384073 del 6 dicembre 1980.

⁸⁹ Subentrando nei rapporti attivi e passivi del soggetto conferente, l'eventuale rimborso IVA può essere chiesto e ottenuto dalla società conferitaria: risoluzione ministeriale n. 353455 del 4 gennaio 1983 e n. 391031 dell'8 febbraio 1983. Inoltre, anche a seguito di ristrutturazione mediante conferimento esiste la possibilità dell'utilizzo della procedura della liquidazione IVA di gruppo: risoluzione ministeriale n. 521705 del 30 novembre 1988, n. 330689 del 28 maggio 1981, n. 353412 dell'8 febbraio 1983, n. 461391 del 20 luglio 1993 e circolare ministeriale n. 16/360711 del 28 febbraio 1986. Ancora, «nel conferimento si determina la continuazione nella società conferitaria dell'applicazione del pro-rata sull'IVA relativa ai beni acquistati dalla società conferente»: BASSANI C., *Cessione e conferimento d'azienda*, Milano, 1996, 435; e risoluzione ministeriale n. 384073 del 6 dicembre 1980.

⁹⁰ Cfr. EYNARD S., *Imposta Valore Aggiunto – Esercizio di impresa – Conferimento di azienda individuale in società – Adempimenti fiscali*, in *Casi e questioni della riforma tributaria – Caso n. 1560*, secondo cui «la società concentrataria subentra in tutti i diritti e obblighi del preesistente soggetto compresi quelli in materia di IVA: versamenti da effettuare, rimborsi da chiedere, utilizzazione del plafond per acquisti senza pagamento dell'imposta, percentuale provvisoria di indetraibilità ecc. La società concentrataria potrà continuare ad avvalersi della qualifica di "impresa costruttrice" già spettante al soggetto estinto».

nella Sesta Direttiva (n. 77/388 del 17 maggio 1977), ove l'art. 5, paragrafo 8, sancisce che «in caso di trasferimento a titolo oneroso o gratuito sotto forma di conferimento a una società di un'universalità totale o parziale di beni, gli Stati membri possono considerare⁹¹ l'operazione come non avvenuta e che il beneficiario continua la persona del cedente»⁹²: in altri termini, è proprio perché il beneficiario succede alla persona del cedente che il conferimento d'azienda non assume rilevanza ai fini IVA, «potendo qualificarsi come “non operazione”, in quanto vista come atto di organizzazione dell'attività imprenditoriale» in quanto il conferitario «è supposto esercitare, senza soluzione di continuità, la medesima attività già esercitata dal conferente». Pertanto «sulla base dei principi generali sopra esposti, l'effettuazione di un conferimento [...] d'azienda con trasferimento dei contratti aziendali e dei rapporti giuridici attivi e passivi implicherà, da un lato, la non assoggettabilità dell'operazione a IVA e, dall'altro, l'attribuibilità al conferitario [...] di tutti i diritti e gli obblighi Iva relativi all'azienda o ramo d'azienda oggetto di trasferimento»⁹³.

Ebbene, comprendendo il conferimento in una vasta categoria identificata come «trasformazione soggettiva sostanziale» l'amministrazione finanziaria accomuna, negli effetti di trascinarsi delle posizioni soggettive facenti capo al soggetto “preesistente”, le operazioni di fusione, trasformazione e appunto di conferimento. Nella circ. min. 9 giugno 1998, n. 144/E, valutandosi il caso del conferimento in società della propria azienda da parte di un imprenditore individuale, le Finanze affermano infatti che «nei casi succitati si verifica, in linea generale, una situazione di continuità tra i soggetti partecipanti alla trasformazione (modificazione di ditta individuale in società, donazione, successione ereditaria ecc.) [...]»⁹⁴; sulla stessa linea la risoluzione

⁹¹ Per il vero, il D.P.R. 633/1972, di recepimento della Sesta Direttiva, non ha esplicitamente riconosciuto, come noto, l'esistenza del principio di continuazione. Detto principio invero è stato solo ribadito in tema di scissione, *ex art.* 16, comma 11, legge 24 dicembre 1993, n. 537, ove la specificazione si è resa opportuna poiché, a differenza delle operazioni di fusione e di trasformazione, ove la continuazione dell'azienda avviene “per definizione”, nella scissione si verifica un fenomeno di dualismo soggettivo ove il legislatore ha appunto ritenuto opportuno specificare che gli obblighi IVA relativi al complesso aziendale trasferito nella società beneficiaria transitano nella beneficiaria stessa. «Ad ogni buon conto, in ipotesi di conferimento [...] d'azienda, pur in assenza di una norma di recepimento *ad hoc* che abbia esplicitamente riconosciuto l'esistenza del principio di continuazione, deve ritenersi che la successione del conferitario [...] nella posizione del conferente [...] non possa che avvenire, in ogni caso, senza soluzione di continuità».

⁹² Si ritrova il medesimo concetto nell'allegato A, paragrafo 3, della Seconda Direttiva IVA del 1967, secondo cui «gli Stati membri hanno la facoltà di considerare che, in caso di apporto a una società di una universalità totale o parziale di beni, la società beneficiaria è ritenuta continuare la persona del conferente».

⁹³ IAVANIGLIO M., *Le operazioni straordinarie nell'IVA*, in AA.VV. (a cura di LUPI R. e STEVANATO D.), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, 149 e 152.

⁹⁴ Si veda il commento di IAVANIGLIO M., *Cessione di ramo d'azienda: quando il conferitario*

ministeriale 29 luglio 1998, n. 93/E, ove viene confermato che «la scrivente ha precisato che nelle menzionate ipotesi di trasformazioni sostanziali soggettive si verifica, in linea generale, una situazione di continuità tra i contribuenti interessati, nel senso che il soggetto subentrante (società conferitaria, cessionario o donatario d'azienda) deve assolvere tutti gli adempimenti, agli effetti dell'IVA, successivi alla data di trasformazione».

Il concetto di «trasformazione sostanziale soggettiva» (accomunante dunque fusioni, scissioni, conferimento di impresa individuale in società, cessioni o donazioni d'azienda, successioni a causa di morte) è poi ripreso, per esempio, nelle istruzioni delle dichiarazioni IVA per il 2002 (ove si dice che in tali casi «si verifica, in linea generale, *una situazione di continuità* [corsivo dell'Autore, *n.d.a.*] tra i soggetti partecipanti alla trasformazione» e per il 2001, ove si afferma che «la società conferitaria *subentra*, in generale, *in tutti i diritti e obblighi* [corsivo dell'Autore, *n.d.a.*] della società conferente relativamente al complesso aziendale conferito».

Sulla medesima falsariga, occorre poi por mente al caso dell'assunzione da parte della conferitaria del volume d'affari per operazioni all'esportazione conseguito dalla conferente ai fini della qualifica di esportatore abituale⁹⁵ e al conseguente problema del “plafond”, e cioè della possibilità per l'esportatore abituale di effettuare acquisti senza l'applicazione dell'IVA nei limiti dell'importo delle esportazioni effettuate, e ciò al fine di beneficiare l'esportatore stesso il quale, vendendo senza applicare l'IVA, deve poter acquistare senza IVA per evitare di trovarsi in cronica situazione di credito. Orbene, in caso di conferimento, il diritto al “plafond” maturato dal conferente è pacificamente riconosciuto alla società conferitaria per effetto della traslazione patrimoniale che si verifica per effetto del conferimento stesso⁹⁶.

Per non parlare poi del fatto che spettano (ai fini della detrazione di cui all'art. 19, D.P.R. 633/1972) alla cessionaria le fatture dei fornitori che pervengono dopo il conferimento inerenti gli acquisti e le importazioni relative al complesso aziendale conferito⁹⁷; che gli eventuali rimborsi possono essere chiesti e ottenuti dalla società conferitaria, subentrando essa in tutti i rapporti attivi e passivi del conferente⁹⁸. «Il medesimo principio è applicabile inoltre

subentra nella posizione soggettiva IVA del conferente, in Azienda & Fisco, 8/2000, 411; pure si veda FERRANTE M., Trasferimento del credito IVA dalla società conferente alla conferitaria del ramo d'azienda, in Azienda & Fisco, 23/1997, 1185.

⁹⁵ Risoluzione ministeriale n. 360030 del 18 marzo 1977.

⁹⁶ Circolare ministeriale 5 luglio 1989, n. 590157; circolare ministeriale 4 luglio 1989, n. 621099; circolare ministeriale 7 novembre 1987, n. 505229.

⁹⁷ Risoluzione ministeriale 18 marzo 1977, n. 360030.

⁹⁸ Risoluzione ministeriale 4 gennaio 1983, n. 353455; risoluzione ministeriale 8 febbraio 1983, n. 3910312.

alle operazioni in itinere. Per esempio, una cessione di beni con documento di trasporto non ancora fatturata al momento in cui si perfeziona l'operazione straordinaria e il cui relativo credito sia passato con il trasferimento, dovrà essere completata ai fini degli obblighi IVA dal soggetto beneficiario, che provvederà a emettere la fattura, registrarla ecc. Anche le vicende successive all'operazione, si pensi, per esempio, alle variazioni dell'imponibile o dell'imposta, dovranno essere gestite nella sfera giuridica del beneficiario, ancorché la medesima operazione originaria sia stata fatturata e incassata dal soggetto trasferente, purché, naturalmente, i relativi rapporti giuridici siano passati a seguito dell'operazione»⁹⁹.

In altri termini, seppur nel conferimento non vi sia tecnicamente un fenomeno di successione universale (così come avviene, per esempio, in sede di fusione¹⁰⁰ o di scissione)¹⁰¹ né avvenga una perfetta continuazione, per "trasparenza" dell'evento, dei rapporti giuridici preesistenti (così come avviene nelle operazioni di trasformazione, ove vi è un formale cambiamento nelle sembianze esteriori della società che si trasforma, con assunzione dunque, da parte di un soggetto che rimane sempre il medesimo, di una struttura organizzativa diversa dalla precedente), è stato a più riprese ritenuto¹⁰² che l'azienda conferita si porta perfettamente in dote le qualificazioni soggettive che il conferente aveva in capo a sé maturato e di cui il conferente stesso poteva fregiarsi per l'esercizio della propria attività d'impresa mediante quel complesso aziendale (poi conferito) e che quindi il soggetto conferitario possa pianamente assumere in capo a sé quelle qualificazioni, senza che esse dunque rimangano inestricabilmente e imprescindibilmente (e, a questo punto, inspiegabilmente) incardinate in capo al conferente:

- a. nella risoluzione ministeriale n. 384073 del 6 dicembre 1980 si afferma che «nella fattispecie trattasi di concentrazione di azienda, con conseguente successione ai fini dell'IVA negli obblighi e diritti della società conferente»;

⁹⁹ IAVANIGLIO M., *Le operazioni straordinarie nell'IVA*, in AA.VV. (a cura di LUPI R. e STEVANATO D.), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, 154.

¹⁰⁰ Sul passaggio della qualità di "impresa costruttrice" alla società incorporante in caso di incorporazione della società che aveva costruito le abitazioni cfr. risoluzione ministeriale 16 gennaio 1974, n. 505315 secondo cui la detta qualità di "impresa costruttrice" si trasmette alla società incorporante «in quanto non è indissolubilmente collegato alla sopravvivenza della società incorporata, bensì al verificarsi di una condizione meramente obiettiva, quale è l'osservanza delle caratteristiche non di lusso delle case di abitazione da parte dell'impresa costruttrice incorporata».

¹⁰¹ Secondo Cour d'appel di Parigi, 24 giugno 1998, in *Società*, 1999, p. 501, con note di BIANCHI e PROVERBIO, «l'operazione di conferimento parziale di attività, se assoggettata al regime delle scissioni, opera un trasferimento universale del patrimonio relativo al ramo d'azienda conferito, con la conseguenza che il trasferimento delle obbligazioni inerenti al ramo di attività conferito avviene di pieno diritto, senza bisogno di particolari obblighi di informazione».

¹⁰² Vedasi anche risoluzione ministeriale n. 590157 del 5 luglio 1989.

- b. nella risoluzione ministeriale n. 353455 del 4 gennaio 1983 si afferma che «il conferitario [è, *n.d.a.*] subentrato in tutti i rapporti giuridici relativi al conferente»; nella risoluzione ministeriale n. 521705 del 30 novembre 1988 si afferma che «il conferimento di un ramo di azienda in una società appositamente costituita per ricevere tale apporto non interrompe il controllo già esercitato in modo diretto se, per effetto del conferimento, non viene meno il requisito del possesso di una percentuale superiore al 50 per cento del capitale»;
- c. nella risoluzione ministeriale n. 330689 del 28 maggio 1981, premesso «che l'art. 2 del D.M. 13 dicembre 1979 dispone tra l'altro, per motivi di cautela fiscale, che il possesso di quote o azioni in misura superiore al 50 per cento debba sussistere fin dall'inizio dell'anno solare precedente al fine di escludere dall'ambito di applicazione della cennata normativa gli enti e le società che solo occasionalmente e temporaneamente siano tra loro collegate», poiché «nella società di nuova costituzione, pur potendo affluire anche conferimenti di altri soggetti, aziendale, la partecipazione della società conferente l'azienda o il complesso costituisce, in ogni caso, la quota maggioritaria, si ritiene che la sussistenza della condizione temporale prevista dal citato art. 2 per finalità di cautela fiscale non possa essere esclusa soltanto perché al possesso diretto del complesso aziendale da parte della società conferente, si sostituisce il possesso indiretto del medesimo da parte di una società controllata e costituita al solo scopo di ricevere tale conferimento»;
- d. nella risoluzione ministeriale n. 353412 dell'8 febbraio 1983 si afferma che «per effetto del conferimento, al possesso diretto dell'azienda da parte del soggetto conferente, si è sostituito il possesso indiretto della medesima tramite una società controllata costituita allo scopo di ricevere tale apporto»;
- e. nella risoluzione ministeriale n. 475837 dell'11 ottobre 1991 si afferma che «la società conferitaria, come s'è già avuto modo di precisare in precedenti occasioni, subentra senza soluzione di continuità in tutti i rapporti di diritto e obbligo relativi al complesso aziendale oggetto del conferimento. [...] per effetto del conferimento il soggetto conferitario subentra in tutti i rapporti giuridici di cui era parte il complesso aziendale e, conseguentemente, eredita tutta la situazione attiva e passiva afferente al rapporto IVA.

Infine, sotto il particolare profilo della trasmissione della qualifica di impresa costruttrice dalla società conferente alla società conferitaria, l'amministrazione finanziaria anche di recente¹⁰³ ha risposto nel senso che la qualifica di impresa costruttrice si trasmette alla società conferitaria per effet-

¹⁰³ Risoluzione ministeriale n. 93/E del 23 aprile 2003.

to del conferimento; ma già in passato¹⁰⁴ le Finanze si erano espresse nel medesimo senso: «La Società in oggetto [...], ha fatto presente che la costituzione è avvenuta con conferimento di ramo aziendale. [...] Tra i beni oggetto del conferimento risultano, tra l'altro, compresi immobili, edificati dalla società conferente, aventi le caratteristiche non di lusso di cui all'art. 13 della legge 2 luglio 1949, n. 408 [...]. Al riguardo considerato che come risulta dall'atto costitutivo, passano a favore e a carico della società concentrataria, le rendite e gli oneri, i diritti e gli obblighi e in genere tutti i rapporti di pertinenza del conferito ramo aziendale, compresi quelli di lavoro, si ritiene che, nella fattispecie, si realizza una successione a titolo universale della nuova società relativamente al conferito ramo aziendale. Ne deriva che la qualifica di "impresa costruttrice" viene trasmessa, per effetto del cennato conferimento, alla società concentrataria trattandosi di un diritto legato non alla sopravvivenza della società o del ramo aziendale incorporati, bensì al verificarsi di una condizione meramente obiettiva, qual è l'osservanza delle caratteristiche non di lusso delle case di abitazione da parte dell'impresa costruttrice incorporata [...]»¹⁰⁵.

3.4 La stima dei conferimenti di beni in natura o di crediti

Nel caso di conferimenti di beni in natura o di crediti occorre che il socio conferente predisponga una «relazione giurata¹⁰⁶ di un esperto o di una società di revisione iscritti nel registro dei revisori contabili o di una società di revisione iscritta nell'apposito *registro albo*¹⁰⁷» (art. 2465, comma 1);

¹⁰⁴ Risoluzione ministeriale n. 363855 del 23 giugno 1979.

¹⁰⁵ Il tutto in palese deroga a quanto pare risultare in contrario senso dalla risoluzione ministeriale n. 360552 del 13 luglio 1976, ove peraltro si è preso in esame più il caso della cessione *sic et simpliciter* di uno o più immobili da parte del costruttore ad altra impresa agente nel commercio immobiliare che il caso del conferimento d'azienda, pure ivi considerato.

¹⁰⁶ Per App. Catania, 19 maggio 1989, in *Società*, 1990, 353, «l'esperto nella stima dei conferimenti designato dal presidente del tribunale ai sensi degli artt. 2343 e 2476, c.c., non assume le veste di ausiliario del giudice *ex art.* 68 c.p.c., né quella di consulente tecnico d'ufficio; di conseguenza, è da ritenersi valido il giuramento della relazione peritale prestato dall'esperto avanti il notaio rogante l'atto costitutivo della società, anziché innanzi al giudice che lo ha nominato»; anche per Trib. Udine, 8 marzo 1993, in *Vita not.*, 1993, 1512, «è legittima, e può ordinarsene l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la delibera di trasformazione di una società personale in società di capitali accompagnata da una relazione di stima del patrimonio sociale redatta a norma dell'art. 2343 c.c. e asseverata con giuramento reso dinanzi al notaio rogante».

¹⁰⁷ Le parole in corsivo vanno probabilmente intese come frutto di una svista redazionale (il "solito" – nel senso che è capitato a tutti, poiché la rapidità del computer poi gioca brutti scherzi – "taglia-incolla" mal riuscito, che evidentemente accade anche al Legislatore) in quanto (salvo l'*albo*

si tratta di una procedura evidentemente finalizzata sia alla tutela dei terzi, al fine di garantire loro l'integrità del capitale sociale, sia alla tutela di un equilibrato rapporto tra tutti i soci conferenti, in quanto il confronto tra il valore dei rispettivi conferimenti di regola determina l'entità delle rispettive quote di partecipazione al capitale sociale¹⁰⁸.

La relazione peritale¹⁰⁹, che deve essere allegata all'atto costitutivo¹¹⁰, deve dunque contenere¹¹¹:

1. la descrizione dei beni o dei crediti conferiti (la nuova norma non ripete,

di cui all'art. 161 del TUF) non esiste altro *registro* diverso dal *registro dei revisori contabili* (di cui all'art. 11, D.lgs. 27 gennaio 1992, n. 88) menzionato appena prima: cfr. ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2465*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 36. Cfr. infatti PARTESOTTI G., voce *Società di revisione*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIX, Roma, 1993, 1. Critiche sul *wording* della legge anche nelle *Osservazioni dell'Istituto di diritto Angelo Sraffa dell'Università Bocconi di Milano* a cura di BIANCHI L.A., GHEZZI F., MARCHETTI P., NOTARI M., in *Riv. soc.*, 2002, 1536.

¹⁰⁸ Cfr. CAVALLO BORGIA R., *Conferimenti in natura e conferimenti di crediti*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, 300; FERRARA F. jr., *Sulle modalità dell'aumento di capitale con conferimenti in natura nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 63; FERRARA F. jr., *Ancora sui conferimenti in natura*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, 260; PAVONE LA ROSA A., *Sulla valutazione dei conferimenti in natura*, in *Riv. soc.*, 1962, 732; PAVONE LA ROSA A., *Gli interessi tutelati nella disciplina dell'art. 2343*, in *Riv. soc.*, 1965, 765.

¹⁰⁹ La riforma non specifica, così come non avveniva con la "vecchia" normativa, il grado di aggiornamento temporale della perizia di stima dei conferimenti in natura che il socio conferente deve presentare in assemblea; occorre dunque ancora riferirsi alla massima interpretativa del Consiglio Notarile di Milano (la si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/masscnm.htm>), che fissa in quattro mesi il limite massimo temporale: «La stima richiesta dall'art. 2343 c.c. deve riferirsi a valori aggiornati rispetto alle operazioni per le quali è preordinata, e tali non possono ritenersi valori riferiti a oltre quattro mesi prima dell'atto costitutivo o dell'assemblea che delibera l'aumento di capitale. [...] In mancanza di indicazioni specifiche da parte del legislatore, il termine sopra determinato ha supporto: nel disposto dell'art. 2501-ter c.c., che in tema di fusioni e scissioni afferma l'idoneità di situazione patrimoniale di aggiornamento identico o addirittura più remoto, ove si tratti del bilancio di esercizio; e nel maggior termine, pari a sei mesi, che lo stesso art. 2343, terzo comma, stabilisce per il controllo delle valutazioni peritali, da svolgersi a cura degli amministratori e dei sindaci (o della società di revisione, in caso di società quotata presso mercato regolamentato). Sotto quest'ultimo profilo non può sfuggire che l'esigenza di aggiornamento della stima deve essere ragionevolmente correlata al periodo che il legislatore fissa per fare luogo alla revisione dell'operato del perito, apparendo sensato consentire quattro mesi per la preparazione di un elaborato destinato a essere verificato in sei mesi. Il riferimento all'art. 2501-ter del codice, e così alla data di aggiornamento della situazione patrimoniale di fusione (sulla cui base viene determinato il rapporto di cambio) appare ulteriormente significativo tenuto conto che fusione e conferimento realizzano, in termini economici, un analogo risultato di integrazione, che si manifesta con tutta evidenza allorché il conferimento in natura abbia a oggetto partecipazioni costituenti l'intero capitale di una società».

¹¹⁰ Secondo Trib. Verona, 12 novembre 1993, in *Gius.*, 1994, 6, 108, «è illegittimo, e non può pertanto disporsene l'omologa, l'atto costitutivo della società qualora risulti che una quota di capitale è stata

- come accadeva per la norma previgente¹¹², che occorre indicare il valore dei beni e dei crediti conferiti; ma è ovvio che detto valore vada comunque tuttora indicato, se non altro per permettere all'esperto di attestare, come sopra detto, che «il loro valore è almeno pari a quello a essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo»);
2. l'indicazione dei criteri di valutazione adottati¹¹³;
 3. l'attestazione che il loro valore¹¹⁴ è almeno pari¹¹⁵ a quello a essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo (ben potendo infatti il conferimento avvenire a fronte dell'ottenimento da parte del conferente di una quota di capitale di valore nominale inferiore al valore "reale" del conferimento, e ciò in quanto la parte residua del valore effettivo del conferimento sia passata a sovrapprezzo¹¹⁶ oppure sia man-

liberata con un conferimento di azienda e manchi la relazione giurata di stima ai sensi degli artt. 2343 e 2476 del Codice civile».

¹¹¹ Per le questioni di diritto transitorio cfr. VANETTI C.B., *Un problema di diritto transitorio: il controllo dei conferimenti in natura effettuati nel secondo semestre 2003*, in *Società*, 2003, 1075.

¹¹² Il "vecchio" art. 2343, comma 1, richiamato nella società a responsabilità limitata dal "vecchio" art. 2476, comma 1.

¹¹³ Secondo DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995, 282, la valutazione deve esser condotta ricorrendo ai parametri che la tecnica estimativa mette a disposizione (caratteristiche fisiche dei beni; costi di riproduzione dei beni conferiti; valore di mercato; valore risultante dalla destinazione dei beni all'attività produttiva che la società intende svolgere), mediando tra i valori ottenuti e facendo ricorso alle diverse metodologie valutative. Più restrittiva e garantistica invece la tesi (OLIVIERI G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Padova, 1989, 183) per la quale il valore peritato deve corrispondere al valore di scambio del bene, e quindi al suo prezzo di mercato oppure al costo che i terzi sarebbero disposti a sostenere per procurarselo.

¹¹⁴ Per Trib. Milano, 11 febbraio 1982, in *Società*, 1982, 433, «la valutazione di crediti conferiti in sede di costituzione di una società, o in occasione di un aumento di capitale della stessa, deve essere operata con riferimento al valore attuale di realizzo di detti crediti; non è poi indispensabile che sia predisposta la relazione giurata di stima, ai sensi dell'art. 2343, 1° comma c.c.»; secondo CAVALLO BORGIA R., *Conferimenti in natura e conferimento di crediti*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 302, si dovrebbero considerare il presumibile valore di realizzo, la solvibilità del creditore, l'esistenza di garanzie, l'ammontare degli interessi producibili, nonché la contingente situazione economica e l'andamento del settore bancario e creditizio.

¹¹⁵ Per Trib. Verona, 8 luglio 1986, in *Società*, 1986, 1363, «qualora in base alla stima dell'esperto, nominato a norma dell'art. 2343 c.c., i beni oggetto di conferimento in società abbiano un valore inferiore a quello della quota cui si riferiscono, il ricorso per l'iscrizione della società nel Registro delle Imprese deve essere respinto, anche se l'esperto in sede di informazioni assunte dal giudice relatore abbia dichiarato che il valore da lui stimato può essere elevato fino alla concorrenza del valore della quota».

¹¹⁶ Può trattarsi di un sovrapprezzo "formale" (e cioè iscritto come tale nel patrimonio netto della società conferitaria) oppure di un sovrapprezzo "sostanziale" e cioè quale si determina, per esempio, conferendo un bene peritato per un valore di 100 a fronte del quale si ottiene una partecipazione di valore 60 (e senza passare i restanti 40 né a sovrapprezzo "formale" né "a beneficio" di un altro

data a “comporre” il valore nominale della quota attribuita ad altro socio che abbia conferito un valore effettivo inferiore rispetto al valore nominale della quota attribuitagli: su questo punto vedasi *supra* il par. 3.1.1).

Rispetto al diritto previgente (ove per il perito la qualifica dell'iscrizione all'albo dei revisori contabili o all'albo delle società di revisione non compariva), inoltre, l'esperto deve necessariamente essere iscritto nell'albo dei revisori contabili o deve trattarsi di società di revisione, ma non occorre più (come invece accadeva prima)¹¹⁷ che la nomina provenga dal tribunale¹¹⁸; ora la nomina del perito è fatta direttamente dal conferente¹¹⁹, con il con-

socio, *ex art.* 2463, comma 1): così facendo, il valore di 40 rimane dunque “latente” a beneficio del patrimonio sociale, il quale è rappresentato da un capitale di 60 pur avendo un valore di 100.

¹¹⁷ Sempre nel “vecchio” art. 2343, comma 1, richiamato nella società a responsabilità limitata dal “vecchio” art. 2476, comma 1.

¹¹⁸ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «assume particolare rilievo la semplificazione adottata con il nuovo art. 2465. Esso, con riferimento ai conferimenti in natura, snellisce il procedimento di valutazione e non richiede più la nomina del perito da parte del presidente del tribunale: si è ritenuto infatti sufficiente garanzia, adeguata alle nuove caratteristiche del tipo societario, che il perito medesimo sia prescelto tra soggetti iscritti nell'albo dei revisori contabili». Il contrario vale invece per la società per azioni: lì non è infatti previsto che l'esperto sia iscritto all'albo dei revisori contabili, ma, a compensare i minori vincoli nell'individuazione del perito, è disposto che la nomina dello stesso resta di competenza del tribunale (art. 2343, comma 1).

¹¹⁹ In tal senso depone il testo dell'art. 2465, comma 1, quando afferma che «chi conferisce beni in natura o crediti deve presentare la relazione giurata [...]». Nel medesimo senso ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 24; AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 69. Secondo SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 198, la nomina è invece fatta dalla società conferitaria. Nel sistema previgente si è ritenuto sussistere per la nomina del perito un interesse concorrente del socio conferente e della società conferitaria: per esempio, per Trib. Milano, 15 ottobre 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 418, «la società destinataria di un conferimento di beni in natura ha una concorrente legittimazione e un autonomo interesse a chiedere al presidente del tribunale la nomina dell'esperto che proceda alla loro relazione giurata di stima»; mentre per l'esclusivo *ius postulandi* del conferente si è espressa Cass., 13 luglio 1979, n. 4082, in *Foro it. Mass.*, 1979, secondo cui «la perizia richiesta, per i conferimenti in natura, dall'art. 2343 c.c., è un elemento necessario per determinare la misura dell'aumento di capitale e del numero delle azioni da emettere correlativamente, e deve essere redatta su iniziativa esclusiva del conferente, e non anche della predetta società, salvo il successivo controllo degli amministratori e dei sindaci». L'opinione secondo cui la richiesta di nomina del perito avrebbe potuto provenire anche dal notaio incaricato della stipula (PROTETTI E., *L'esperto nella stima dei conferimenti*, in *Società*, 1986, 480), è stata criticata nel diritto previgente sotto il profilo che dalla normativa non emergerebbe altra legittimazione che quella del conferente (MORELLI M., *Conferimento di obbligazioni e relazione di stima*, in *Società*, 1988, 68).

trobilanciamento appunto della necessità che il perito abbia una particolare qualificazione professionale. Probabilmente la semplificazione della modalità di nomina del perito risponde all'intento del legislatore¹²⁰ di addossare il minor ammontare di costi possibile a un tipo societario indirizzato all'impresa medio-piccola e alla presa d'atto che dalla nomina da parte del tribunale (molto spesso veniva infatti nominato il perito "suggerito" dall'istante) non derivava poi quel contesto di garanzie che il legislatore probabilmente aveva immaginato¹²¹; ora, come prima della riforma, sul tema della "serietà" della perizia, resta da puntare, in generale, sulla professionalità del perito e, in particolare, sul richiamo che l'art. 2343, comma 2 (richiamato dall'art. 2465, comma 3), dopo aver sancito l'ovvia responsabilità dell'esperto per i danni che la sua attività provochi ai soci o ai terzi, opera all'art. 64 del Codice di procedura civile¹²², equiparando così il perito a un ausiliario del giudice, con le relative conseguenze.

Suscita peraltro una qualche perplessità la concentrazione della competenza a ricoprire il ruolo di perito nella società a responsabilità limitata ai soli revisori (o alle società di revisione); esiste infatti tutta una serie di tipologie di conferimenti (si pensi a un'azienda agricola, a un impianto industriale, a un edificio, a un'area edificabile, a un magazzino di merci, a una mandria di animali ecc.) per la cui valutazione evidentemente sarebbe necessario il possesso di specifiche competenze tecniche, che meglio potrebbero essere rinvenibili in professionisti appartenenti a diverse categorie professionali (per esempio, architetti, ingegneri, geometri, periti industriali e periti agronomi). Sarà dunque inevitabile che in tali casi il revisore nominato quale esperto estimatore a sua volta si avvalga di altri professionisti meglio vocati a stime con cui il revisore non abbia eccessiva dimestichezza.

Occorre infine notare che nella società per azioni (art. 2343, commi 3 e 4), ma non nella società a responsabilità limitata, è disposto che gli amministratori devono, nel termine di centottanta giorni dall'iscrizione della socie-

¹²⁰ L'art. 3, comma 2, lett. d) della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, afferma che la legge delegata avrebbe dovuto essere informata al criterio direttivo di «semplificare le procedure di valutazione dei conferimenti in natura nel rispetto del principio di certezza del valore a tutela dei terzi».

¹²¹ Per ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2465*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 36.

¹²² Secondo cui: «si applicano al consulente tecnico le disposizioni del Codice penale relative ai periti» (comma 1); e «in ogni caso, il consulente tecnico che incorra in colpa grave nell'esecuzione degli atti che gli sono richiesti, è punito con l'arresto fino a un anno o con l'ammenda fino a lire venti milioni. Si applica l'art. 35 del Codice penale. In ogni caso è dovuto il risarcimento dei danni causati alle parti» (comma 2).

tà, controllare le valutazioni contenute nella relazione di stima e, se sussistono fondati motivi, devono procedere alla revisione della stima (è anche disposto che fino a quando le valutazioni non siano state controllate, le azioni corrispondenti ai conferimenti sono inalienabili¹²³ e devono restare depositate presso la società); è inoltre disposto, sempre nella disciplina della società per azioni, che se nell'ambito di detta procedura di controllo risulta che il valore dei beni o dei crediti conferiti sia inferiore di oltre un quinto a quello per cui avvenne il conferimento, la società per azioni deve proporzionalmente ridurre il capitale sociale, annullando le azioni che risultano scoperte, salvo che il socio conferente versi la differenza in denaro o receda dalla società¹²⁴.

La mancanza di una procedura di controllo nella società a responsabilità limitata non pare destare un particolare allarme¹²⁵, in quanto, da un lato, chi deve controllare (l'amministratore) è espressione diretta del socio che ha conferito e quindi questa procedura di controllo in effetti può lasciare a desiderare, e, dall'altro, una "garanzia" indubbiamente si ha nell'inevitabile "conflitto d'interessi" riequilibratore che interviene tra i soci, in quanto, dipendendo la caratura delle quote di partecipazione dei vari soci dall'entità dei rispettivi conferimenti, sussiste un interesse di ciascun socio a che l'apporto degli altri sia esattamente stimato.

¹²³ Pertanto, deve ritenersi che nella società a responsabilità limitata le partecipazioni rinvenienti da conferimento sono immediatamente alienabili, senza alcun limite; va ricordato che anche nella società per azioni, nel caso di trasferimento delle azioni che esitano da un conferimento, si parla (cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 55) di trasferimento (non già nullo o annullabile bensì) valido ed efficace *inter partes*, ma inefficace verso la società.

¹²⁴ Il socio recedente ha diritto alla restituzione del conferimento, qualora sia possibile in tutto o in parte in natura; l'atto costitutivo può prevedere, salvo in ogni caso quanto disposto dal quinto comma dell'art. 2346, che per effetto del predetto annullamento delle azioni si determini una loro diversa ripartizione tra i soci.

¹²⁵ Se ne lamenta invece ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2465*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 37, affermando che si tratta di scelta «meno condivisibile, e anzi censurabile» e che «sarebbe stato sicuramente più coerente mantenere la necessità sia della revisione della stima che dell'adozione dei conseguenti provvedimenti sul capitale sociale in caso di abbattimento del valore del conferimento» seppur dopo aver constatato (a pag. 36) che «l'esperienza sembra aver dimostrato che la nomina da parte del presidente del tribunale non dà certo garanzia di esattezza della stima», considerazione cui va aggiunto che chi poi deve controllare la stima (l'amministratore) è diretta espressione del socio conferente (o è lo stesso socio conferente), per cui... non c'è molto da controllare. Cfr. anche DI SABATO F., *La società a responsabilità limitata come tipo intermedio fra società di persone e società di capitali*, in AFFERNI V., DE ANGELIS L. (a cura di), *Progetto Miro- ne: modelli organizzativi per la piccola e media impresa*, Milano, 2001, 11; e PORTALE G.B., *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal Governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 714.

Nell'abolire questa procedura di verifica in effetti il legislatore può invece aver pensato, come elementi di contrappeso per la garanzia di certezza dei conferimenti, sia al ruolo di controllo proprio del perito e alla sua responsabilità che ne deriva, sia al ruolo di controllo dei soci (ruolo che la riforma, come detto, promuove "a pieni voti": cfr. l'art. 2467, commi 2 e 3) i quali ben sanno che la sopravvalutazione dell'altrui conferimento determina non solo una corrispondente diminuzione della caratura della partecipazione degli altri consoci, ma pure, nel caso che vi sia da svalutare il conferimento per essersene accertato il minor valore, una possibile diminuzione del patrimonio complessivo della società, e quindi un evento a danno di tutti i soci.

Insomma: se con il sistema del controllo della perizia, il rischio della sopravvalutazione gravava esclusivamente sul conferente, essendo cessato detto controllo quel rischio va a gravare su tutti i soci e pertanto tutti i soci che assistono all'altrui conferimento sono stimolati ad attivarsi per impedire eventi a loro svantaggio.

Comunque, nella società a responsabilità limitata, per rimediare al vuoto normativo¹²⁶ (e sempre che di un vuoto si tratti, e cioè sempre che non si possa far ricorso a un procedimento di applicazione analogica delle norme sulla società per azioni)¹²⁷, non sarebbe inopportuna, comunque, una disci-

¹²⁶ Cfr. PORTALE G.B., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1506, secondo cui «resta completamente oscuro l'effetto della scoperta di una minusvalenza».

¹²⁷ Per l'applicazione analogica alla società a responsabilità limitata dei commi 3 e 4 dell'art. 2343, cfr. BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1073. Cfr. pure ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2465*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 38, per il quale l'analogia sarebbe sollecitata dalla considerazione della sussistenza, nella medesima materia (quella dell'effettività del capitale sociale, sulla quale, stante la sua "centralità, nei due tipi societari non dovrebbero aversi disparità di discipline), di regole «sensibilmente differenti», pur se contro l'applicabilità analogica alla società a responsabilità limitata delle norme sulla società per azioni si schiera l'intento del legislatore di apprestare una disciplina compiuta per la società a responsabilità limitata distinta da quella della società per azioni, com'è confermato anche dal fatto che, ove nella normativa della società a responsabilità limitata si fa richiamo a quella della società per azioni, si tratta sempre di un «richiamo [...] non [...] integrale, ma limitato ad alcuni specifici aspetti». Per l'applicazione analogica dell'art. 2343 opina anche MASTURZI S., *Sub Articolo 2473*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 89, che conclude quindi «con l'inedita conseguenza anche della possibile restituzione del bene sovrastimato al socio recedente». Per l'applicazione analogica pure SALAFIA V., *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 6. Contrario invece TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in *Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 16 (del dattiloscritto).

plina statutaria *ad hoc*, la quale, per esempio, “semplicemente” ricopi nello statuto della società a responsabilità limitata il dettato dell’art. 2343 oppure preveda soluzioni “innovative” quali l’esclusione del socio conferente che rifiuti di integrare in denaro la differenza di valore del conferimento emersa a seguito dell’intervenuto controllo.

Comunque, anche in assenza di questa disciplina statutaria finalizzata a introdurre quel controllo che la legge non dispone, va pur sempre considerato che è compito degli amministratori rappresentare correttamente nel bilancio della società il patrimonio di cui la società stessa dispone e di vigilare conseguentemente sulla corrispondenza tra patrimonio della società e valore nominale del capitale sociale, cosicché nel caso di un conferimento che si appalesi di valore inferiore a quello che è stato passato a capitale sociale, occorrerà senz’altro procedere con diligenza a manovre di pronto riequilibrio, anche, ove occorra, riducendo il capitale sociale (e cioè nel caso in cui la svalutazione del patrimonio a causa porti il bilancio in perdita): è chiaro che questa svalutazione impatta sul complessivo patrimonio della società e non unicamente sul singolo socio (come avviene invece nel caso della procedura di controllo di cui all’art. 2343, ove al socio che non integra il valore del conferimento non resta che recedere o subire la svalutazione della sua quota), e quindi “a danno” di tutti i soci, dal che, di nuovo, si “esalta” il ruolo di controllo che i soci debbono assumere con riguardo all’altrui conferimento in assenza di detta procedura di controllo (e correlativamente il valore nominale della quota) in misura pari al minor valore del conferimento (ma concedendo al conferente così diminuito – se mai lo voglia – di reintegrare in denaro il valore del conferimento)¹²⁸.

3.5 La stima degli acquisti “potenzialmente pericolosi”

Con la riforma la società a responsabilità limitata si dota pure di una propria disciplina¹²⁹ anche in materia di acquisti¹³⁰ da parte della società di

¹²⁸ Per PORTALE G.B., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell’Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1506, solo un «interprete spregiudicato» potrebbe dedurre «il risultato sorprendente» dell’introduzione nel nostro ordinamento del principio (cosiddetto *Differenzhaftung*) secondo cui il socio ha l’obbligo di integrare con denaro il valore mancante senza poter recedere né accettare la riduzione del valore nominale della sua partecipazione.

¹²⁹ Invero, nel diritto previgente, la disciplina degli acquisti potenzialmente pericolosi, disposta per la società per azioni dal “vecchio” art. 2343-*bis*, era ribaltata nella società a responsabilità limitata dal richiamo numerico a detto articolo operato dal successivo “vecchio” art. 2476, comma 1.

¹³⁰ Nell’art. 2465, comma 2, si parla «di acquisto da parte della società [...] di beni o di crediti dei soci fondatori, dei soci e degli amministratori [...]»: il legislatore non ha quindi colto l’occasione per

beni dei soci e degli amministratori, usualmente definiti “potenzialmente pericolosi” per i rischi di “elusione”¹³¹ dell’effettività del capitale che ne possono derivare; si pensi solo al caso del socio che, dopo la sottoscrizione del capitale, venda alla società un bene di sua titolarità per un prezzo volutamente sproporzionato rispetto al valore intrinseco del bene stesso, compensando poi il credito che egli ha verso la società al pagamento del prezzo con il debito verso la medesima per il versamento dei decimi, violando in tal modo i principi di effettività e integrità del capitale sociale¹³².

La nuova disciplina degli acquisti da parte della società a responsabilità limitata di beni e crediti da soci e amministratori, modellata quasi per intero sulla previgente normativa, presenta peraltro incisive novità che la distaccano con evidenza dalla corrispondente normativa che è prevista in materia per la società per azioni.

L’art. 2465 sancisce infatti che (eccezion fatta per l’ipotesi che si tratti di acquisti «effettuati a condizioni *normali*¹³³ nell’ambito delle operazioni *correnti*¹³⁴ della società né a quelli che avvengono nei mercati regolamentati o sotto il controllo dell’autorità giudiziaria o amministrativa») in caso di acquisto da parte della società, per un corrispettivo pari o superiore al decimo¹³⁵ del capitale sociale, di beni o di crediti dei soci fondatori, dei

aggiungere alla fattispecie dell’“acquisto di beni e crediti” anche quella della “prestazione di servizi” cui il socio si obblighi verso la società e con la quale si raggiungono i medesimi intenti elusivi. Peraltro, non appare impossibile estendere il significato del testo della norma anche alla materia dei contratti a effetti obbligatori, oltre che a quella dei contratti a effetti reali.

¹³¹ Per un caso di elusione cfr. Trib. Monza, 10 giugno 1997, in *Società*, 1997, 1433, secondo cui «è illegittima e non può essere omologata la deliberazione di aumento del capitale sociale eseguita mediante compensazione quando il credito del socio sia stato appositamente precostituito in modo tale da aggirare la disciplina cogente in tema di conferimenti di beni in natura e di crediti».

¹³² Cfr. BARAZZA E., PONTI L., *Note a margine dell’art. 2343-bis cod. civ.*, in *Dir. fall.*, 1991, I, 1146; DESIDERI S., *L’acquisto di beni da soci o amministratori. Analisi dei problemi relativi al contenuto e all’ambito di applicazione dell’art. 2343-bis, c.c.*, in *Società*, 1986, 1190; FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 179; GAVOSTO F., NOVELLI F., *Acquisto della società da promotori, fondatori, soci e amministratori*, in *Società*, 1986, 1291; SPOLIDORO M.S., *Commento all’art. 7 del D.P.R. n. 30/1986*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, 52.

¹³³ “Normali” sta per operazioni che risultino qualificabili come “ordinarie” in un dato momento di mercato.

¹³⁴ “Correnti” sta per operazioni abitualmente ripetute (o in futuro ripetibili, se si tratta della prima operazione) nell’ambito di una data attività d’impresa.

¹³⁵ La norma in esame scatta sia nel caso in cui il valore dell’operazione di cessione superi detto decimo oppure se la soglia del decimo sia complessivamente superata con successive operazioni (di “disegno unitario”) di valore singolarmente inferiore a tale soglia, di modo che tutte quelle che concorrono al superamento andranno sottoposte a perizia: cfr. SPOLIDORO M.S., *Commento all’art. 7 del D.P.R. n. 30/1986*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, 55.

soci e degli amministratori¹³⁶, nei due anni dall'iscrizione della società nel Registro delle Imprese, occorre rispettare la seguente procedura:

1. l'acquisto deve essere autorizzato con decisione dei soci a norma dell'art. 2479¹³⁷; salvo, ed è questo un ulteriore richiamo agli intenti semplificatori e all'ampia autonomia statutaria che la riforma attribuisce alla società a responsabilità limitata, che i soci introducano una clausola nell'atto costitutivo per la quale gli acquisti di beni da soci e amministratori possano perfezionarsi senza alcuna autorizzazione preventiva da parte dei soci stessi¹³⁸ (mentre nella società per azioni l'autorizzazione preventiva dell'assemblea ordinaria non è affatto rinunciabile);
2. il socio (o l'amministratore) che intende vendere il bene alla società deve presentare la relazione di stima di un esperto¹³⁹ del medesimo tenore¹⁴⁰ di quella prevista per il conferimento di beni in natura all'art. 2465, e sopra illustrata;
3. è sancito infine che l'esperto risponda dei danni causati alla società, ai soci

¹³⁶ Si ritiene che la norma si applichi sia che tali soggetti assumano direttamente il ruolo di cedenti, sia che lo assumano per interposta persona, ferma restando ovviamente la difficoltà di prova; l'interposizione fittizia non ricorre se invece il cedente sia la società controllante di quella che è socia della società cessionaria: cfr. FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 187; SPOLIDORO M.S., *Commento all'art. 7 del D.P.R. n. 30/1986*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, 54.

¹³⁷ Si tratta di una decisione assembleare ma, se l'atto costitutivo lo prevede, può trattarsi anche di una decisione "extrassembleare", adottabile con il metodo del "consenso scritto" o della consultazione espressa per iscritto (art. 2479, commi 3 e 4).

¹³⁸ Di scelta "opinabile" si parla nelle *Osservazioni dell'Istituto di diritto Angelo Sraffa dell'Università Bocconi di Milano* a cura di BIANCHI L.A., GHEZZI F., MARCHETTI P., NOTARI M., in *Riv. soc.*, 2002, 1527; peraltro questa facoltà di deroga non pare suscitare particolare allarme in quanto, dalla continuità e dall'intensità della "presenza" dei soci nella concreta vita di tutti i giorni della società a responsabilità limitata fuoriesce di per sé che i soci stessi ovviamente "controllano di fatto" qualsiasi acquisto che la società faccia dai soci stessi, e quindi senza che sia necessario anche il "controllo di diritto" mediante una decisione "formale"; e pure in quanto l'interesse che la norma in esame presidia è quello dell'integrità del capitale sociale, la quale è cautelata dalla perizia di stima, e non certo dalla decisione dei soci (la quale invero appare avere più che altro una valenza "interna", e cioè la valenza di un'autorizzazione che gli "altri" soci danno al socio "venditore" di avere il "privilegio" di cedere a titolo oneroso un proprio bene alla società).

¹³⁹ Anche in questo caso l'esperto deve necessariamente essere iscritto nell'albo dei revisori contabili o deve trattarsi di società di revisione, ma non occorre, come invece accade per la società per azioni, che la nomina provenga dal tribunale.

¹⁴⁰ Ovviamente, mentre nella perizia di conferimento l'obiettivo è quello di non sopravvalutare il capitale nominale rinveniente dal conferimento rispetto al valore effettivo dei beni conferiti, nella perizia degli "acquisti pericolosi" l'obiettivo è quello di evitare alla società acquirente il pagamento di un prezzo superiore al valore dei beni acquistati.

e ai terzi, così come gli amministratori e l'alienante sono solidalmente responsabili nei confronti della società, dei soci e dei terzi per i danni causati dalla mancata osservazione della prescritta procedura di acquisizione.

Questa affermazione di responsabilità civile, essendo l'esplicita "sanzione" comminata dal legislatore per il caso «di violazione delle disposizioni del presente articolo» (così il testo dell'ultimo comma dell'art. 2343-bis, richiamato nella società a responsabilità limitata dall'art. 2465, comma 3) dovrebbe chiudere¹⁴¹ ogni discussione circa l'eventuale invalidità dell'atto di acquisto compiuto in dispregio della prescritta procedura¹⁴²; anche perché ragionare nel senso della nullità è una conclusione che induce un'inevitabilmente grande incertezza nelle sorti giuridiche successive dei beni "acquistati" dalla società e che quindi si scontra con quell'intento di «rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi» (art. 3, comma 1, lett. c), legge 3 ottobre 2001, n. 366) che la riforma ha inteso perseguire.

Peraltro, qualche dubbio sulla ricorrenza di tale invalidità anche dopo la riforma comunque permane, poiché, da un lato, la norma in questione presidia il generale interesse (indisponibile dall'autonomia privata)¹⁴³ circa la non sovraesposizione del capitale nominale rispetto all'effettivo patrimonio della società e quindi si appalesa come norma di "ordine pubblico" (dalla cui infrazione non può non derivare la conseguenza della nullità degli atti compiuti infrangendola) e, d'altro lato, la "sanzione" della responsabilità

¹⁴¹ Cfr. in tal senso AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 69. Questo almeno sarebbe l'intento confessato dallo stesso legislatore nella *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 3, ove, al punto 6 si legge che «merita in particolare di essere segnalata la nuova previsione dell'ultimo comma della disposizione, la quale, affermando una responsabilità degli amministratori e dell'alienante per i danni arrecati a seguito della violazione della norma, chiarisce che da essa non consegue l'invalidità dell'acquisto e in tal modo, superando un dubbio interpretativo non univocamente fin qui risolto, rafforza la tutela dei terzi e assicura che i beni acquisiti non possono essere sottratti, e proprio da chi ha violato la norma, alla loro garanzia». Nel senso della non invalidità dell'atto compiuto senza rispetto delle prescrizioni di legge, cfr. TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 11 (del dattiloscritto).

¹⁴² Nel senso della validità, seppur con qualche dubbio, SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 62. Dubbi anche nelle *Osservazioni dell'Istituto di diritto Angelo Sraffa dell'Università Bocconi di Milano* a cura di BIANCHI L.A., GHEZZI F., MARCHETTI P., NOTARI M., in *Riv. soc.*, 2002, 1527, che lamentano la scarsa chiarezza della norma in questione.

¹⁴³ Se infatti lo statuto della società a responsabilità limitata può derogare alla necessità della preventiva autorizzazione dei soci (art. 2465, comma 2), resta comunque inderogabile (ciò che è ben più importante, poiché è lì il vero presidio per l'integrità del capitale sociale) la necessità della perizia di stima.

civile non è certo alternativa e assorbente rispetto alla “sanzione” della nullità¹⁴⁴, perché, se è vero che l’atto nullo non produce effetti, è pur vero che questa non produzione di effetti da sé non basta a non far insorgere danni; ed è quindi abbastanza semplice concludere che l’una conseguenza non esclude l’altra e che l’affermazione di responsabilità civile (al di là delle “spiegazioni” della *Relazione* accompagnatoria) potrebbe lasciare impregiudicata ogni considerazione in termini di giudizio di validità/invalidità dell’atto compiuto, per esempio, senza il rispetto della prescritta procedura in termini di redazione della perizia di stima.

Occorre infine notare che nella disciplina della società a responsabilità limitata non è ripetuta la disciplina per la quale, in materia di società per azioni (per il disposto dell’art. 2343-bis, comma 3):

- la relazione del perito deve essere depositata nella sede della società durante i quindici giorni che precedono l’assemblea (peraltro, ove lo statuto della società a responsabilità limitata non abbia disattivato la necessità della decisione dei soci, *ex art.* 2465, comma 2, secondo periodo, ai soci stessi, in vista della loro decisione, ovviamente la perizia deve essere pur sempre in qualche modo trasmessa e fatta conoscere);
- entro trenta giorni dall’autorizzazione il verbale dell’assemblea, corredato dalla relazione dell’esperto designato dal tribunale, deve essere depositato a cura degli amministratori presso l’ufficio del Registro delle Imprese.

3.6 I conferimenti d’opera e di servizi

Con l’utilizzo dell’espressione secondo cui ora possono «essere conferiti tutti gli elementi dell’attivo suscettibili di valutazione economica» (art. 2464, comma 6) il nuovo Codice civile apre dunque la strada alla conferibilità nel capitale delle società a responsabilità limitata delle prestazioni d’opera e di servizi.

Il conferimento d’opera, come noto, è sempre stato un “tabù” per le società di capitali: in ogni altro caso di conferimento, infatti, all’atto della stipula del contratto di conferimento il bene conferito passa dalla sfera del conferente alla sfera della conferitaria, e quest’ultima dunque ne acquisisce immediatamente il valore.

Nel caso del conferimento d’opera invece l’*effettiva* acquisizione del va-

¹⁴⁴ Per tale conseguenza cfr., nel diritto previgente, FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 201; e Trib. Treviso, 13 aprile 1977, in *Riv. dir. comm.*, 1977, II, 385.

lore da parte della conferitaria vi è solo con la materiale e quotidiana esecuzione dell'opera promessa dal conferente (ciò che comunque non toglie che, come si è visto *supra* al par. 2.2.6, anche il conferimento d'opera, come qualsiasi conferimento diverso dal danaro, debba intendersi liberato¹⁴⁵ all'atto stesso della sottoscrizione del contratto di conferimento dell'opera tra il socio conferente e la società conferitaria): con la conseguenza che se il conferente si rende, volontariamente o involontariamente inadempiente (per esempio, perché muoia o si infortuni in modo grave o semplicemente perché non intenda più lavorare), il valore nominale del capitale sociale, formato anche con il valore del promesso conferimento d'opera, risulta sovraesposto rispetto all'effettiva consistenza patrimoniale della società conferitaria, con ciò che ne deriva in ordine al possibile nocimento dei terzi creditori.

Il legislatore della riforma ha tuttavia voluto fare il possibile, da un lato, per fotografare la realtà delle piccole società a responsabilità limitata¹⁴⁶, ove il lavoro quotidiano dei soci è, come noto, di gran lunga prevalente sul capitale conferito; e, d'altro lato, per tutelare i terzi con la salvaguardia dell'integrità del capitale sociale: «può essere più importante» di un versamento immediatamente liquidato in termini monetari «che un socio con determinate qualità e professionalità entri nella compagine sociale» e che «il suo apporto sia considerato a disposizione della società» in quanto la nuova società a responsabilità limitata «il capitale strategicamente rilevante può essere rappresentato dalle caratteristiche delle persone, dalle loro capacità intellettive, dalle idee, dalla professionalità»¹⁴⁷.

Ebbene, questi interessi, apparentemente inconciliabili, sono stati messi su di un unico binario con l'utilizzo dell'"artificio" tecnico della fideiussione bancaria o della polizza assicurativa: secondo l'art. 2464, comma 6, infatti «il conferimento può anche avvenire mediante la prestazione di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria con cui vengono garantiti, per l'intero valore a essi assegnato, gli obblighi assunti dal socio aventi per oggetto la prestazione d'opera o di servizi a favore della società».

¹⁴⁵ Con ciò che ne consegue in ordine alla questione della responsabilità del socio unico, che si acquisisce, come noto, oltre che con l'effettuazione dei prescritti adempimenti pubblicitari, ove (art. 2462, comma 2) il capitale sociale sia per intero liberato; e alla questione dell'effettività di un'operazione di aumento di capitale, la quale come noto «non può essere attuata fin quando i conferimenti precedentemente dovuti non sono stati integralmente eseguiti» (art. 2481, comma 2).

¹⁴⁶ Non si deve peraltro obliterare una visione più "panoramica" del fenomeno: basti pensare alla conferibilità del servizio che un socio/società possa promettere alla società sua partecipata così come, su scala ancor più vasta, al caso della *holding* che presti servizi (tipico è il servizio di tesoreria e finanza) alle sue controllate.

¹⁴⁷ SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 196.

In altri termini, chi si obbliga a prestare la propria opera¹⁴⁸ deve garantire la società circa l'esecuzione dell'opera promessa mediante il deposito in società di una fideiussione bancaria o di una polizza assicurativa¹⁴⁹ che la società potrà dunque escutere¹⁵⁰ ove la prestazione promessa non venga

¹⁴⁸ Che non è qualificabile in termini di lavoratore subordinato (cfr. BUONOCORE V., *Società in nome collettivo*, in *Codice civile. Commentario* diretto da SCHLESINGER P., Milano, 1995, 173) e al quale quindi non appare applicabile la fiscalità propria del lavoratore subordinato: quindi quel "corrispettivo" della prestazione d'opera che è l'ottenimento di una partecipazione al capitale sociale non pare qualificabile in termini di reddito di lavoro dipendente o a esso assimilato, cosicché in tanto vi sarà per il conferente rilevanza fiscale dell'opera prestata solo in quanto, in sede di cessione della partecipazione così ottenuta, egli consegua un plusvalore, e cioè un prezzo superiore al valore fiscalmente riconosciuto della sua partecipazione, il quale è il valore dell'opera eseguita quale stimato nella perizia di conferimento e quale conseguentemente appostato nel patrimonio netto (capitale + eventuale riserva da sovrapprezzo) della società conferitaria. Cfr. in materia Cass., 2 luglio 1999, n. 6827, in *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 688, secondo cui «la qualità di socio di una società di capitali (quale, nella specie, una società a responsabilità limitata) non esclude la configurabilità di un rapporto di lavoro con la società stessa perché colui che intende far valere il rapporto di lavoro subordinato ne provi in modo certo l'elemento tipico qualificante e, cioè, il requisito della subordinazione, il quale deve essere inteso come il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, caratterizzato dall'emanazione di ordini specifici oltre che dall'esercizio di un'assidua attività di vigilanza e di controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative»; Cass., 21 maggio 2002, n. 7465, in *Foro it. Rep.*, 2002, voce *Lavoro*, n. 588, secondo cui «la qualità di socio e amministratore di una società di capitali composta da due soli soci, entrambi amministratori, è compatibile con la qualifica di lavoratore subordinato, anche a livello dirigenziale, ove il vincolo della subordinazione risulti da un concreto assoggettamento del socio-dirigente alle direttive e al controllo dell'organo collegiale amministrativo formato dai medesimi due soci».

¹⁴⁹ L'art. 2464, al comma 6, non ripete quanto detto nel precedente suo comma 4 (vedasi *supra* il par. 3.2): e cioè che la polizza/fideiussione deve avere le caratteristiche che dovranno risultare da un emanando decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, ed è assai problematico ritenere l'estensibilità al comma 6 della prescrizione di cui al comma 4 (nel senso della diversità delle due fattispecie cfr. TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 8, del dattiloscritto); certo è che, ove tale estensibilità non si rendesse plausibile, sarà inevitabilmente sotto la responsabilità degli altri soci (in sede di costituzione gli amministratori ancora debbono essere nominati e quindi la responsabilità ricade sui soci alla stessa stregua di quella per atti compiuti anteriormente all'iscrizione della società nel Registro delle Imprese: art. 2331, comma 2) oppure, se si tratta di un aumento di capitale, sotto la responsabilità degli amministratori, la valutazione della "congruità" della garanzia offerta a cautela del conferimento d'opera: e cioè la valutazione della qualità delle sue caratteristiche (qualità del garante, beneficio di preventiva escussione, opponibilità di eccezioni da parte del garante ecc.).

¹⁵⁰ In SALAFIA V., *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 5, si fa riferimento a un «impiego eventuale del valore della polizza o della fideiussione suddette o della cauzione, per soddisfare il creditore sociale»: ma credo si debba osservare che se la polizza/fideiussione siano a garanzia della prestazione dell'opera, esse sono escutibili solo ove l'opera non sia prestata, e non se la società abbia bisogno di pagare debiti; se invero così fosse, se ne avrebbe che la società potrebbe escutere la fideiussione in qualsiasi momento, ciò che provocherebbe, da un lato, l'azione di regresso del garante verso il garantito e, d'altro lato, la cessazione dell'obbligo di presta-

eseguita (e cioè per il valore corrispondente alla prestazione non eseguita e di cui la società quindi non si “arricchisca”)¹⁵¹: chi conferisce l’opera infatti promette di “arricchire” la società conferitaria con una prestazione “non retribuita” (il “corrispettivo” dell’opera non è infatti una controprestazione bensì è la partecipazione nel capitale sociale della società conferitaria che il conferente consegue) cosicché il valore corrispondente all’opera promessa in tanto transita dal socio conferente alla società conferitaria in quanto l’opera promessa sia in effetti eseguita: il prestatore d’opera lavorerà ora dopo ora, giorno dopo giorno, per la società e questa, ora dopo ora, giorno dopo giorno si “arricchirà” del valore corrispondente all’opera svolta dal socio conferente. Il conferimento d’opera non è che un costo che la società non paga o meglio che la società “paga” attribuendo “in cambio” al conferente una quota di partecipazione al proprio capitale sociale.

Si tratta dunque del conferimento di un “valore” (è il valore dell’opera promessa) che viene appostato nel capitale sociale a fronte dell’obbligo che il socio assume di eseguire una data opera: insomma, è la promessa di eseguire un’opera (e quindi un “conferimento d’opera”) che realizza un passaggio di valore dal soggetto conferente alla società conferitaria (e quindi un “conferimento di valore”) mediante l’esecuzione dell’opera promessa.

Si pensi a una costituenda società a responsabilità limitata di nome

zione d’opera, in quanto, con l’escussione della garanzia, la società avrebbe incamerato in un sol colpo il valore promessole (e non più mediante prestazione d’opera, ma mediante il denaro rinveniente dalla fideiussione); un panorama di eventi insomma che non appare plausibile.

¹⁵¹ Secondo l’art. 2464, comma 6, «se l’atto costitutivo lo prevede, la polizza o la fideiussione possono essere sostituite dal socio con il versamento a titolo di cauzione del corrispondente importo in danaro presso la società». Secondo ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2464*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 32, questa norma è «singolare» in quanto, da un lato, non si vede la ragione per la quale la sostituibilità della fideiussione/polizza dipenda da una esplicita previsione dell’atto costitutivo e, dall’altro, perché, se si faccia un versamento di denaro a titolo di “cauzione”, “tanto vale” farlo a titolo di vero e proprio versamento di “capitale”. Molto meglio normata (perché scevra da tali considerazioni) è quindi la previsione di sostituzione con denaro della polizza/fideiussione sostitutiva dei decimi di cui all’art. 2464, comma 4. Le stesse perplessità sono sollevate da PORTALE G.B., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell’Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1505. Invece TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 9 (del dattiloscritto), afferma acutamente che la previsione di una disciplina statutaria sul punto della sostituibilità della garanzia con un versamento in denaro troverebbe giustificazione nel rilievo secondo il quale agli altri soci potrebbe non essere indifferente che, invece della prestazione di un’opera, la società ne riceva il controvalore in denaro e che quindi l’autorizzazione statutaria della sostituibilità rappresenti il bilanciamento tra l’interesse del socio a spogliarsi dei costi di una garanzia e l’interesse della società a veder eseguita l’opera promessale.

Alfa avente a oggetto la realizzazione di grafiche pubblicitarie, formata da tre soci: Tizio e Caio che conferiscono 30mila euro ciascuno in denaro, mentre Sempronio si obbliga a conferire la propria opera di grafico¹⁵² per un anno¹⁵³.

¹⁵² Sulla necessità di specificare esattamente il contenuto della prestazione d'opera cfr. Trib. Vicenza, 10 luglio 1989, in *Società*, 1990, 356.

¹⁵³ La conferibilità nel capitale sociale di società a responsabilità limitata di prestazioni d'opera o servizi pone una serie di interessanti e nuove problematiche a livello contabile e fiscale: innanzitutto occorre verificare quale contropartita occorre iscrivere nell'attivo patrimoniale a fronte della quota di capitale oggetto del conferimento d'opera.

Una prima soluzione potrebbe essere quella di considerare l'impegno del socio a effettuare la prestazione d'opera (si pensi a un obbligo di durata biennale) quale immobilizzazione immateriale che cede la propria utilità appunto in un periodo di due anni. Questa soluzione assimila l'impegno assunto dal socio a una sorta di *know-how*, immobilizzazione che, in base al principio contabile 24, è soggetta ad ammortamento in base alla durata prevista dell'utilità cedibile; l'iscrizione potrebbe avvenire nella voce B I 7. Coerentemente con tale assunto la società dovrebbe imputare due quote d'ammortamento annuali, che costituiscono un costo transitante per il conto economico; per converso, la società che beneficia delle prestazioni del socio genera un ricavo, e quindi un utile, per la differenza tra il ricavo stesso e la quota d'ammortamento della prestazione del socio.

Una seconda soluzione potrebbe, invece, consistere nel trattare il conferimento d'opera alla stessa stregua di quello in denaro, cioè generare un credito verso il socio da iscrivere nella classe A dell'attivo patrimoniale, con separata evidenziazione rispetto al credito verso i soci per conferimenti in denaro. Questa soluzione permetterebbe di non imputare alcunché al conto economico e pertanto di considerare la prestazione d'opera del socio per la sua intrinseca natura patrimoniale, assimilandola a quella del conferimento in denaro. In fondo, tramite i ricavi generati dalla società per effetto della prestazione gratuita del socio, il conferimento si tramuta in crediti effettivi o liquidità. Tale credito è destinato a rimanere evidenziato fino alla cessazione della società, momento in cui i soci, nel ricevere la restituzione del conferimento iniziale, oltre ai plusvalori maturati nel tempo, azzereranno il credito stesso. Naturalmente occorrerebbe segnalare in nota integrativa la particolare natura di tale credito. In alternativa, si potrebbe considerare che l'utile prodotto grazie alla prestazione gratuita del socio rappresenti una sorta di conversione del credito in elemento dell'attivo circolante. Da qui una distribuzione figurativa dell'utile stesso che potrebbe elidere il credito verso il socio con la scrittura contabile "dare utile d'esercizio", "avere credito verso il socio".

Le due tesi sull'impostazione contabile riverberano effetti diversi sotto il profilo fiscale: coerentemente con la prima tesi, cioè imputazione a conto economico della quota d'ammortamento, sarebbe necessario considerare tassabile in capo al socio conferente l'ammontare del conferimento stesso. Tuttavia tale impostazione si scontra con l'obiettivo difficoltà di rinvenire nel Tuir una categoria reddituale nella quale comprendere il caso in questione: né l'art. 49 comma 2 (laddove dichiara imponibili i diritti di sfruttamento di brevetti e opere dell'ingegno) né l'art. 81 (quando tratta di redditi occasionali di lavoro autonomo o d'impresa) sembrano disposizioni idonee a ricomprendere l'intrinseca natura patrimoniale del sinallagma prestazione / partecipazione. Inoltre si verrebbe a creare una iniqua disparità a livello di quantificazione del costo della partecipazione ai fini del *capital gain*, poiché per chi conferisce denaro verrebbe tassato solo il differenziale plusvalente, mentre per chi conferisce l'opera si tasserebbe l'intero valore, parte quale imponibile ordinario, parte quale *capital gain*. In base alla seconda tesi, invece, la società non matura alcun costo per ciò che concerne la prestazione del socio, bensì evidenzia un credito, e ciò permette di trattare, in capo al socio conferente, quale elemento patrimoniale e non reddituale l'acquisizione della partecipazione in cambio della prestazione. Peraltro in tale impostazione non si genera alcun salto d'imposta poiché

Trattandosi per Sempronio di un conferimento diverso dal denaro, occorre innanzitutto che il conferente nomini un perito estimatore (da scegliersi nell'elenco dei revisori contabili o delle società di revisione e senza più la necessità che egli sia nominato dal tribunale).

Questo perito deve dunque stimare l'opera promessa (evidentemente prendendo a riferimento il valore riconosciuto sul mercato a una prestazione come quella che Sempronio intende svolgere) e giurare la sua stima ove va indicato il valore massimo da appostare nel capitale di Alfa a fronte del promesso conferimento (ovviamente detto valore, se non sia tutto "passato" a capitale sociale, può essere appostato nel patrimonio netto come sovrapprezzo per la parte restante; così come d'altronde è ben possibile che, data una stima di valore 100, se ne apposti a capitale solo 80 – o altra cifra inferiore a 100 – senza cioè creare un sovrapprezzo "formale" per 20, ma determinando un "arricchimento" latente della società per i restanti 20, e quindi creando nel patrimonio sociale un sovrapprezzo "sostanziale").

Alfine Sempronio, per un valore pari a quello peritato, deve munirsi di una fideiussione o di una polizza assicurativa¹⁵⁴ da consegnare ad Alfa, a garanzia dell'esecuzione dell'opera promessa, e quindi da escutere¹⁵⁵ se Sempronio, colpevolmente o meno, si renda inadempiente.

Se poi nella perizia di stima siano indicate anche le "unità di misura" per il computo del valore dell'opera promessa (si pensi a un valore stimato "a ore", "a giorno", "a mese" oppure a "stati di avanzamento" da verificare in contraddittorio) si rende plausibile anche una fideiussione "a scalare", che cioè possa essere diminuita man mano che la prestazione sia eseguita.

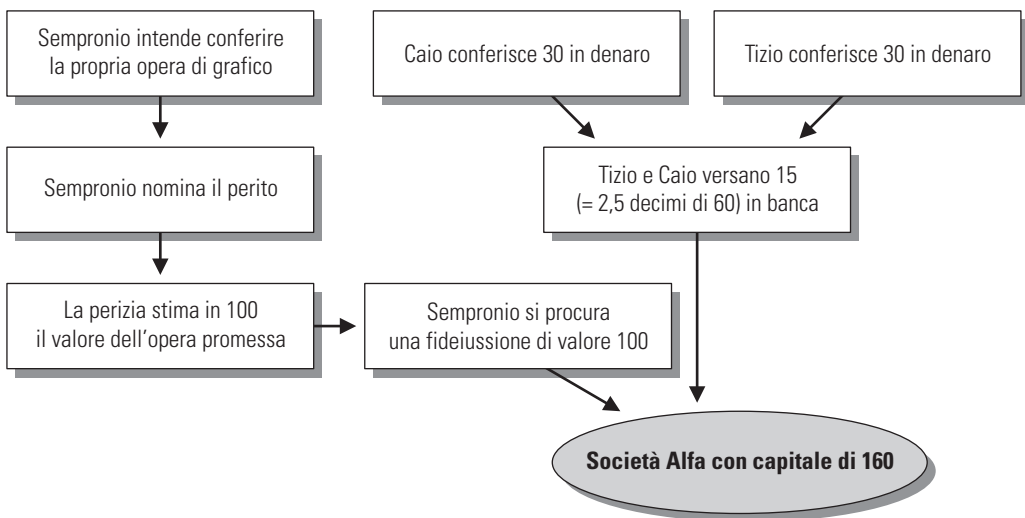
Qualora peraltro Sempronio ceda la propria partecipazione "in corso d'opera", evidentemente (a meno di non ritenere che il cedente continui a prestare l'opera fino al compimento del suo obbligo) sull'acquirente grava¹⁵⁶ la

la società sottopone a tassazione l'intero ricavo prodotto grazie alla prestazione del socio, a fronte del quale non genera alcun costo. Ai fini del *capital gain* sarebbe necessario riconoscere quale costo il valore del capitale sociale assegnato, affinché sia sottoposto a tassazione da *capital gain* solo il differenziale plusvalente tra conferimento iniziale e valore di cessione della quota.

¹⁵⁴ Va ricordato che ai sensi dell'art. 2466, comma 5, le disposizioni dell'art. 2466 medesimo, in tema di morosità del socio nell'esecuzione del conferimento promesso, paiono applicarsi anche nel caso in cui per qualsiasi motivo siano scadute o divengano inefficaci la polizza assicurativa o la garanzia bancaria prestate a supporto di un conferimento d'opera; in tal caso resta salva tuttavia la possibilità del socio di sostituirle con il versamento del corrispondente importo di denaro.

¹⁵⁵ Secondo SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 194, nota 10, «può dunque affermarsi che in caso di sottovalutazione o impossibilità originaria o sopravvenuta della prestazione resta escutibile la garanzia personale».

¹⁵⁶ In tal senso SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 203.

Figura 3.2 Il conferimento del socio d'industria

parte di prestazione non ancora completata dal cedente, salvo che si tratti di prestazione infungibile (ove vi è dunque da far luogo all'escussione della garanzia o al versamento in denaro da parte del cedente) oppure che si sia comunque prevista in tal caso (qualora il cedente non versi in società un importo di denaro di valore pari al valore dell'opera ancora da eseguire) l'escussione della garanzia prestata a servizio del conferimento d'opera (ma sulla cessione della quota del socio d'industria vedasi *infra* il par. 3.11.9).

Se dunque nella società a responsabilità limitata il legislatore ha compiuto il passo dell'ammissibilità del conferimento d'opera, nella società per azioni è invece rimasto il previgente divieto, con soluzione necessariamente coerente con i vincoli posti dalla Seconda Direttiva comunitaria che imperativamente vieta il conferimento di opere e servizi. Peraltro, nel mondo della società per azioni le prestazioni di servizio non sono completamente fuori gioco: se non sono appostabili nel capitale sociale, esse hanno pur sempre modo di realizzarsi ove le esigenze del caso concreto lo richiedano. Si pensi:

- a. al tradizionale argomento delle "prestazioni accessorie" (art. 2345), che già erano possibili nel "vecchio" diritto e che ora la riforma ripropone¹⁵⁷: si trat-

¹⁵⁷ Le "prestazioni accessorie" scompaiono invece dalla disciplina della società a responsabilità limitata: nel diritto previgente, il "vecchio" art. 2478 sanciva che l'atto costitutivo poteva prevedere l'obbligo dei soci al compimento di prestazioni accessorie e disponeva in tal caso l'applicabilità dell'art. 2345 in tema di società per azioni. Oggi invece questo richiamo più non compare, evidentemente-

ta invero delle ipotesi in cui, oltre l'obbligo dei conferimenti, l'atto costitutivo stabilisca l'obbligo dei soci di eseguire prestazioni accessorie non consistenti in denaro, determinandone il contenuto, la durata, le modalità e il compenso, e stabilendo particolari sanzioni per il caso di inadempimento;

- b. alla radicale novità (nel diritto previgente infatti di ciò non vi era traccia) secondo cui la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opere o servizi, può emettere strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o di diritti amministrativi (escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti)¹⁵⁸; in tal caso lo statuto ne deve disciplinare le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione.

3.7 La stima dei conferimenti delle prestazioni d'opera o di servizi

Nulla viene esplicitamente previsto nella disciplina riformata con riguardo

te perché il legislatore ha considerato la materia delle "prestazioni accessorie" assorbita dalla conferibilità di opere e di servizi nel capitale sociale della società a responsabilità limitata: cfr., per esempio, ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 63, per il quale «appare coerente al sistema, se così si può dire, la mancata riproposizione dell'art. 2478 e ciò perché il vecchio contenuto della prestazione accessoria diventa, nella riforma, il contenuto di un corrente - e autonomo - conferimento». Sulle prestazioni accessorie nella "vecchia" società a responsabilità limitata vedasi Trib. Udine, 4 giugno 1997, in *Società*, 1997, 1426, secondo cui «atteso che, a norma dell'art. 2478 c.c., l'atto costitutivo delle società a responsabilità limitata può prevedere l'obbligo dei soci al compimento di prestazioni accessorie, appare legittimo che tale speciale categoria quote venga istituita anche in epoca successiva alla costituzione della società, con atto deliberato dall'unanimità dei soci. È parimenti legittimo che le prestazioni accessorie facciano carico solo ad alcuni dei soci e che venga istituita una assemblea speciale per tali soci pur non essendo espressamente richiamato dalle norme relative alla s.r.l. il disposto dell'art. 2376, c.c., atteso che l'assemblea separata è prevista al fine di garantire meglio gli interessi dei soci appartenenti a una speciale categoria e tale funzione di garanzia non può ritenersi propria delle sole società per azioni e merita di venir perseguita anche nelle s.r.l.».

¹⁵⁸ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 3, n. 4, «si è espressamente ammessa la possibilità che [...], fermo rimanendo il divieto di loro imputazione a capitale, siano emessi strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o partecipativi [...]. Ovviamente si apre così un ampio spazio per l'autonomia statutaria per definire i diritti spettanti ai possessori dei suddetti strumenti finanziari, i quali potranno essere i più vari e comprendere pertanto anche il diritto di conversione in altri strumenti finanziari o in partecipazioni azionarie. In tal modo si è ricercato un punto di equilibrio tra il divieto imposto dall'ordinamento comunitario e l'esigenza di consentire pure l'acquisizione alla società di valori a volte di notevole rilievo; senza però pervenire alla soluzione, che in altri ordinamenti è stata fonte di insuperabili difficoltà applicative e sistematiche, di ammettere l'emissione di "azioni di industria"».

alla determinazione del valore della prestazione d'opera o di servizi da conferirsi in società; il punto da chiarire è dunque se anche nel caso del conferimento d'opera occorra o meno la "normale" relazione giurata dell'esperto nominato ai sensi dell'art. 2465 che pertanto contenga la descrizione della prestazione d'opera o di servizio che il socio si obbliga a conferire in società, l'indicazione dei criteri di valutazione adottati e l'attestazione che il valore peritato è almeno pari a quello attribuito al conferimento al fine del suo concorso alla formazione del capitale sociale.

Ebbene, si lascia invero evidentemente preferire la tesi per cui sia comunque necessario procedere alla stima della prestazione d'opera del socio come se fosse (ma in realtà lo è) un "normale" conferimento in natura: nulla la nuova norma dice sul punto, ma appunto forse perché nulla essa deve dire, in quanto a questi conferimenti si debbono applicare le procedure proprie di tutti i conferimenti diversi dal denaro¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Ritengono necessaria la stima TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 8 (del dattiloscritto); e AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 67. Contra invece SALVATORE L., *La nuova s.r.l.: la disciplina dei conferimenti e delle partecipazioni sociali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 230, nota 5. Per la non necessità della stima cfr. anche SALAFIA V., *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 6, secondo il quale «la capitalizzazione del relativo valore [dell'opera promessa, n.d.a.] deve essere negoziata fra i soci liberamente, senza che ne derivi alcun danno per i terzi, dato che, come si è già detto, il socio dovrà anche presentare alla società una polizza assicurativa o una fideiussione bancaria ovvero depositare una cauzione in rapporto al valore assegnato alla prestazione o al servizio». Rischi invece ve ne sono, in quanto, sovrastimando l'opera (e, d'accordo, producendo alla società una garanzia di correlativo valore), si genererebbe una conseguente sovraesposizione del capitale: dal che i terzi potrebbero ritrarre un indubbio nocumento. Cfr. invece MONTAGNANI C., *Sub Articolo 2463*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 18, secondo cui va ritenuto, «trattandosi di conferimenti non in contanti e non comprendendo, diversamente, come potrebbe operare il meccanismo della garanzia, il cui "valore" sarebbe rimesso alla quantificazione del garante stesso, che sia necessaria la stima ai sensi dell'art. 2465, sulla quale il notaio sarà tenuto a operare il controllo che il valore attribuito dall'esperto e "garantito" dalla polizza corrisponda a quello delle quote sottoscritte dal socio d'opera, e che questa corrispondenza sia il risultato di una corretta valorizzazione, *id est* di conclusioni coerenti con i criteri di valutazione che, sempre sulla base di una scelta logica, l'esperto dichiara di aver prescelto»; pensiero condivisibile, ma non fino al punto in cui il notaio dovrebbe controllare la «corretta valorizzazione», ciò che, da un lato, non appartiene alla cultura e al ruolo del notaio, e d'altro lato, rappresenta un controllo di merito e non di legittimità, tale insomma da non rientrare nell'ambito di quei compiti che la legge attribuisce al notaio in sede di verifica dei requisiti di legittimità dell'atto costitutivo e delle deliberazioni assembleari. Dispone infatti l'art. 138-bis, legge 16 febbraio 1913, n. 89, introdotto dall'art. 32, comma 5, della legge 24 novembre 2000, n. 340, che «il notaio che chiede l'iscrizione nel Registro delle Imprese delle deliberazioni di società di capitali, dallo stesso notaio verbalizzate, quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge, viola l'art. 28, primo comma, n. 1, della presente legge, ed è punito con la sospensione prevista dal secondo comma dell'art. 138 e con

Pertanto, il perito deve procedere alla valutazione degli obblighi che il socio si assume, e il valore così periziato serve dunque per determinare sia l'entità del conferimento nel capitale sociale sia l'importo della polizza di assicurazione o della fideiussione bancaria (o del deposito cauzionale in denaro) che debbono assistere il conferimento della prestazione d'opera o di servizi.

3.8 La "quota" di "partecipazione" al capitale sociale

In linea con il principio che la società a responsabilità limitata, a differenza della società per azioni, non è orientata al mercato del capitale di rischio e che pertanto non appartengono al mondo della società a responsabilità limitata quei valori "centrali", propri appunto della sola società per azioni, rappresentati dall'incorporazione in azioni delle carature del capitale sociale spettanti ai vari soci e dalla massimizzazione del favore per la loro libera circolazione, anche la riforma ribadisce, all'art. 2468, comma 1, che le quote della società a responsabilità limitata non possono essere rappresentate da azioni.

Ora, mentre l'entità dei diritti di *voice* (il diritto di prender parte alle decisioni dei soci, di partecipare alle assemblee e di votarvi, il diritto a promuovere le decisioni dei soci e a richiedere la convocazione delle assemblee, il diritto di impugnare le deliberazioni invalide, il diritto di compiere atti di ispezione, il diritto di agire in responsabilità contro gli amministratori ecc.) e patrimoniali (il diritto agli utili, il diritto di opzione, il diritto alla quota di liquidazione, il diritto di rimborso in caso di recesso, esclusione o di riduzione del capitale, il diritto di recedere ecc., cui fa da contraltare l'obbligo di eseguire i conferimenti promessi) del socio di società per azioni deriva, di regola, dal maggiore o minor numero di azioni (in cui è suddiviso il capitale sociale della società per azioni e) di cui il socio sia titolare, nella società a responsabilità limitata, non potendosi suddividere il capitale in azioni¹⁶⁰, il legislatore ricorre ai termini "quota di partecipazione", "partecipa-

la sanzione amministrativa da lire 1.000.000 a lire 30.000.000» (comma 1); e che «con sanzione amministrativa pari a quella di cui al comma 1 è punito il notaio che chiede l'iscrizione nel Registro delle Imprese di un atto costitutivo di società di capitali, da lui rogato, quando risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge» (comma 2).

¹⁶⁰ Sulla possibilità di emettere certificati rappresentativi di quote di società a responsabilità limitata, che non assumono la qualità di titolo di credito, la cui circolazione non determina pertanto il trasferimento della partecipazione che essi "incorporano" (viceversa, il trasferimento della partecipazione è indipendente dalla trasmissione del certificato) e che hanno quindi solo valore probatorio e documentale, cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto*

zione”, “quota”, quando intende esplicitare la connessione tra una società e un dato soggetto, per attribuire a questi la qualità di socio, oppure quando intende riferirsi all’incidenza di un dato socio nella vita sociale, e quindi misurare la sua “caratura” rispetto a quella degli altri soci: «quota è la qualità di socio nella sua considerazione quantitativa, data dal valore della frazione di capitale sottoscritta»¹⁶¹.

Nell’art. 2468, comma 2, è esplicitato, per esempio, il principio che i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla “partecipazione” da ciascuno posseduta e che di regola le “partecipazioni” dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento.

Sempre, per esempio, nell’art. 2463, comma 2, n. 6 si dice che l’atto costitutivo deve indicare «la *quota di partecipazione* di ciascun socio»; nell’art. 2466, in tema di socio moroso nell’effettuazione del conferimento, si legge che gli amministratori possono vendere agli altri soci «in proporzione della loro *partecipazione* la *quota* del socio moroso». Nell’art. 2469, intitolato “Trasferimento delle *partecipazioni*”, si afferma al comma 1 che le *partecipazioni* sono liberamente trasmissibili per atto tra vivi e per successione a causa di morte, salvo contraria disposizione dell’atto costitutivo»; nell’art. 2470, comma 1, si parla di «trasferimento delle *partecipazioni*»; nel comma 3 si affronta il caso della «*quota* [...] alienata con successivi contratti a più persone»; e nel comma 4 si contempla l’ipotesi della «intera *partecipazione* [che, *n.d.a.*] appartiene a un solo socio»; nell’art. 2471, comma 1, si sancisce che «la *partecipazione* può formare oggetto di espropriazione» e nell’art. 2471-bis, comma 1, che «la *partecipazione* può formare oggetto di pegno, usufrutto e sequestro»; nell’art. 2473, comma 3, si stabilisce che in caso di recesso i soci «hanno diritto di ottenere il rimborso della propria *partecipazione*»; nell’art. 2479, comma 5, si dispone che «ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni previste dal presente articolo e il suo voto vale in misura proporzionale alla sua *partecipazione*»; e così via.

Più in particolare, occorre probabilmente annotare che quando il legislatore nella rubrica dell’art. 2468 (ma anche altrove) ha parlato di “quote di partecipazione” ha voluto con ciò esplicitare che la “quota” è insieme il mezzo e la misura della “partecipazione” del socio alla vita sociale: sono socio se ho una “quota” e nella vita societaria tanto di più ho un peso quanto più è ingente quella “quota”; la quota quindi connette (e questa connessione

civile e commerciale diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 290; BIONDI B., *Osservazioni circa la natura giuridica della quota di società a responsabilità limitata*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1957, I, 543; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 519.

¹⁶¹ GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 478.

si chiama appunto “partecipazione”) un dato soggetto a una data società e permettendo la qualificazione di quel soggetto in termini di “socio”. La “quota” crea il socio e gli permette di “partecipare” in misura pari all’entità appunto della sua “quota”.

3.8.1 Il valore della quota

La quota di società a responsabilità limitata ha un valore “nominale” (che esprime il rapporto tra il complessivo valore nominale del capitale sociale e l’entità della partecipazione del socio che ne è il titolare)¹⁶² e un valore “effettivo” (che è pari al valore complessivo del patrimonio sociale rapportato all’entità della partecipazione di titolarità di un dato socio). Di quest’ultimo valore ci si occupa quando vi è una trasmissione delle partecipazioni sociali oppure vi è la necessità di una loro liquidazione (morte, recesso, esclusione); del valore “nominale” si parla invece qui di seguito.

Ora se nel previgente ordinamento:

1. l’art. 2474, sanciva che:

- a. le quote di conferimento dei soci relative alle società di nuova costituzione potevano essere di diverso ammontare, ma in nessun caso dovevano essere di valore inferiore a un euro (comma 2);
- b. se la quota di conferimento fosse stata superiore a detto minimo, essa avrebbe dovuto essere costituita da un ammontare multiplo di un euro (comma 3); e che:
- c. se il valore di un conferimento in natura non avesse raggiunto l’ammontare minimo o un multiplo di questo, la differenza avrebbe dovuto essere integrata mediante conferimento in denaro (comma 4);

2. l’art. 2485, invece, stabiliva che ogni socio aveva diritto ad almeno un voto nell’assemblea e che se la quota fosse stata multipla di un euro, il socio aveva diritto a un voto per ogni euro di quota posseduta;

nella legge riformata non appare più la previsione secondo la quale le quote

¹⁶² Sul problema (che ora appare risolto positivamente dalle nuove norme) se statutariamente si potesse disporre che il capitale sociale fosse diviso in quote di pari importo (una per ciascun socio) e che detto importo dovesse rimanere immutato durante tutto il corso della vita societaria cfr. in senso positivo RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 157; in senso contrario SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 37; e Trib. Bari, 28 gennaio 1974, in *Dir. fall.*, 1975, II, 184. Dopo la riforma cfr. ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 89, che esclude «probabilmente» la divisibilità del capitale in tante quote eguali.

di partecipazione al capitale sociale di una società a responsabilità limitata debbono essere espresse in un euro o in multipli di un euro.

Pertanto, oltre a potersi ora esprimere l'entità delle quote (cosiddette "quote senza valore nominale")¹⁶³ mediante un riferimento frazionario (un mezzo, un terzo, un quarto ecc.) o percentuale (il venti, il trenta, il settanta per cento) rispetto al capitale sociale¹⁶⁴, si possono avere quote espresse in decimali di euro e, in particolare, si può seguire la prassi decimale che si usa con la moneta corrente, e cioè l'utilizzo delle espressioni in centesimi di euro (senza nulla togliere al caso che, ove occorra, i numeri a destra della virgola possano eccedere i centesimi).

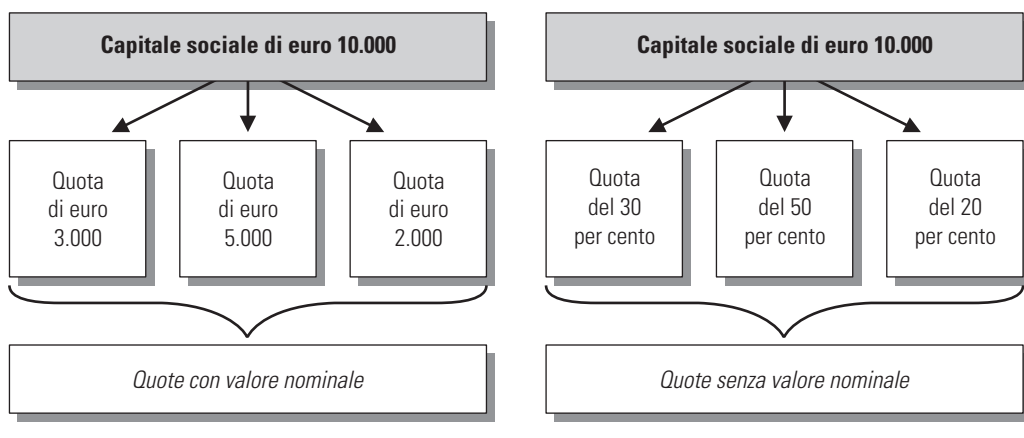
Con riguardo alle quote senza valore nominale, occorre sottolineare che lo statuto (originariamente o per effetto di una sua successiva modifica, adottata con le regole proprie delle deliberazioni di modificazione statutaria)¹⁶⁵ della società a responsabilità limitata, la quale abbia appunto il suo capitale suddiviso in quote prive di valore nominale, può prevedere che (vedasi *infra* il par. 7.6.1) la riduzione del capitale per perdite (una volta decorso l'anno "di grazia") sia deliberata dall'organo amministrativo della società (art. 2482-*bis*, ultimo comma, che richiama l'ultimo comma dell'art. 2446 in tema di società per azioni), il quale, in tal caso, se sia di composizione pluripersonale, trattandosi di operazione di modifica statutaria, deve probabilmente operare collegialmente (ciò potendosi forse argomentare dall'art. 2475, ultimo comma, e dall'art. 2481, comma 1).

Con riguardo invece alle quote espresse con un valore nominale, non appare inammissibile, per semplificare i calcoli (si pensi al "classico" caso del capitale sociale di 10mila euro diviso paritariamente tra tre soci, a cia-

¹⁶³ Quando la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 3, n. 3, si occupa delle azioni prive di valore nominale, essa afferma che «diviene definitivamente chiaro che quello che conta sia ai fini della posizione dei soci sia ai fini della tutela del capitale sociale non è la cifra individuata come valore nominale delle azioni, ma il numero di quelle emesse e quindi la percentuale che ciascuna rappresenta rispetto al totale. Deve a questo proposito anche segnalarsi che, seguendo una strada già adottata dalla maggior parte degli ordinamenti europei, ne risulta una sostanziale equivalenza tra le due tecniche delle azioni con valore nominale e senza valore nominale, il cui significato economico viene sostanzialmente a coincidere».

¹⁶⁴ Nel regime previgente prevaleva invece l'opinione secondo cui le quote avrebbero dovuto essere indicate in cifre, non in frazioni del capitale sociale: cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MES-SINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 37; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-*bis*, Bologna-Roma, 1992, 28; GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 454.

¹⁶⁵ In tal senso va "tradotta", nel "gergo" della società a responsabilità limitata, l'espressione "assemblea straordinaria" di cui all'art. 2446, ultimo comma.

Figura 3.3 Le quote di partecipazione al capitale sociale

scuno dei quali spetti dunque una quota pari a euro 3.333,33 periodico), che lo statuto sociale, per ragioni di semplicità di calcolo e di quadratura dei conti, rechi una previsione di arrotondamento automatico della quota all'unità (o al centesimo) inferiore o all'unità (o al centesimo) superiore ove si verificano casi, come quello suaccennato, di decimali senza fine; ma con la previsione che detto arrotondamento non dovrebbe operare ove esso eventualmente si ripercuota in un'alterazione del computo del *quorum* di maggioranza, favorendo chi beneficia dell'arrotondamento per eccesso e punendo chi invece subisca quello per difetto.

3.8.2 Unitarietà della quota di partecipazione al capitale sociale e sua natura giuridica

Sull'argomento dell'unitarietà o meno della quota (dalla cui impostazione derivano le importanti conseguenze applicative circa l'inammissibilità del voto parziale o "divergente", il recesso "parziale" e l'esecuzione "parziale" sulla quota del credito sociale di apporto), anche dopo la riforma¹⁶⁶ dovrebbe essere perpetuata la prevalente opinione¹⁶⁷ secondo cui in capo a cia-

¹⁶⁶ Cfr. ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 89; GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 479; FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 53.

¹⁶⁷ Cfr. GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 449; ZANARONE G., *Società a responsa-*

scun socio vi è una sola quota (seppur di valore nominale diverso) e non una pluralità di quote¹⁶⁸; una sola quota espressione (e misura) quindi della presenza del socio nella società, della «unitaria situazione soggettiva di ciascun socio nell'organizzazione societaria, [... del, *n.d.a.*] modo di essere del socio in tale organizzazione»¹⁶⁹, discendente dal rapporto “personalistico” che il socio ha con la società; una sola quota che è pertanto divisibile solo in caso di eventi traslativi (quali morte, compravendita, donazione) ove vi sia una pluralità di aventi causa che non acquistino *ab indiviso*¹⁷⁰.

Insomma, mentre nella società per azioni un socio può avere (e normalmente ha) una pluralità di azioni, nella società a responsabilità limitata il numero delle quote e il numero dei soci coincidono¹⁷¹; cosicché dovrebbe ritenersi illegittima (a meno di non intravederne la liceità nell'acquisita vasta autonomia che beneficia la mano di chi scrive le norme statutarie della nuova società a responsabilità limitata) la clausola statutaria che disponga (come spesso accadeva nei “vecchi” statuti, che pure presentavano sotto questo aspetto indubbi profili di illegittimità) che a ogni socio spettano tante quote quante sono le unità di misura adottate come parametro di suddivisione (nel vecchio ordinamento queste unità di misura erano invariabilmente (prima) le mille lire e (poi) l'unità di euro: “vecchio” art. 2474, comma 2)¹⁷².

bilità limitata, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., Padova, 1985, vol. VIII, 81; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 517. Cfr. anche Trib. Napoli, 24 gennaio 1989, in *Giur. comm.*, 1989, II, 592, secondo cui «la quota di s.r.l., quale espressione della partecipazione sociale di ciascuno dei titolari, costituisce un'entità unica in funzione della persona del socio e non oggettivamente caratterizzata e predeterminata» e Trib. Catania, 20 marzo 1986, in *Società*, 1986, 759, secondo cui «non può essere ordinata l'iscrizione nel Registro delle Imprese della deliberazione assembleare con la quale una società per azioni disponga la propria trasformazione in società a responsabilità limitata, in quanto dal carattere sintetico di tale atto non è consentito desumere né il numero dei soci né l'entità della quota sociale a ciascuno spettante, né l'osservanza del limite di cui all'art. 2474, c.c., per l'assegnazione ai soci del capitale sociale». Cfr. pure RUMMO R., *In tema di divisibilità della quota di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 1983, 318.

¹⁶⁸ Per la tesi “pluralistica” cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 159.

¹⁶⁹ Cass., 12 dicembre 1986, n. 7409, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, 499.

¹⁷⁰ Cfr. LICHERI E., *Società a responsabilità limitata*, Torino, 1994, 69.

¹⁷¹ Cfr. SPOLIDORO M.S., *La nuova struttura finanziaria della s.r.l.*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di S.p.A.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 1 (del dattiloscritto); e CAMPOBASSO G.F., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2003, 328.

¹⁷² Cfr. TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 12 (del dattiloscritto).

La riforma infatti in questa materia offre un probante indizio¹⁷³ nel senso della scelta di campo a favore dell'unitarietà della partecipazione facente capo a un dato socio, e ciò in quanto, in tema di responsabilità limitata dell'unico socio, al previgente testo del "vecchio" art. 2497, comma 2, per il quale «in caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui *le quote sono appartenute a un solo socio*, questi risponde illimitatamente [...]», si sostituisce ora l'espressione di cui all'art. 2462, comma 2, per il quale «in caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui *l'intera partecipazione è appartenuta a una sola persona*, questa risponde illimitatamente quando [...]».

Da questa impostazione discendono almeno un paio di corollari, conseguenti dunque alla tesi dell'unitarietà della partecipazione:

- in caso di decesso del socio, la quota già appartenutagli si devolve *pro indiviso* ai suoi eredi, i quali, pertanto, ove intendano cessare questo stato di comunione tra loro, debbono procedere a un atto di divisione (sottoponendosi alla relativa imposizione indiretta), senza poter contare sul fatto che l'evento successorio di per sé rappresenti il presupposto della suddivisione (cosiddetta "divisione anomala")¹⁷⁴ dell'unica quota del defunto in tante quote quanti sono gli eredi¹⁷⁵;
- qualora un socio si renda acquirente di una (ulteriore) quota essendo già titolare di un'altra quota, si ritiene prevalentemente che egli "subisca" pertanto in capo a sé un fenomeno di "accorpamento" della "vecchia" quota con la "nuova" quota¹⁷⁶; di contro, dato che unitarietà non vuol dire indivisibilità, la quota è divisibile «in caso di alienazione o di successione a causa di morte: si può cedere una parte soltanto della propria quota; si possono lasciare in eredità o legato frazioni della propria quota a più persone¹⁷⁷; e

¹⁷³ Oltre al dato pur sempre letterale, ma pur sempre significativo, offerto dall'art. 2481-ter, comma 2, il quale dispone che, in caso di aumento gratuito del capitale sociale, «la quota di partecipazione di ciascun socio resta immutata» (quindi non si aggiungono "nuove" quote a quelle "precedenti", ma si accresce il valore nominale dell'"unica" quota già posseduta).

¹⁷⁴ Cfr. AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 71.

¹⁷⁵ Cfr. Trib. Roma, 2 maggio 2001, in *Società*, 2002, 609, secondo cui, da un lato, «gli eredi del socio di una società a responsabilità limitata subentrano *pro quota* nella titolarità della partecipazione relitta e devono iscrivere nel libro dei soci l'acquisto *mortis causa* della quota indivisa già detenuta dal *de cuius*»; e, d'altro lato, «la divisione tra gli eredi del socio di una società a responsabilità limitata comporta l'acquisto da parte di ciascuno di quote in proprietà esclusiva e deve quindi essere iscritta a norma dell'art. 2479 c.c.».

¹⁷⁶ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 518.

¹⁷⁷ Nel senso: attribuendo "specificamente" con testamento una data quota a un dato soggetto (ciò che, per esempio, non accade ove vi sia una successione *ab intestato* di una pluralità di soggetti nella titolarità di una sola quota o, ciò che è lo stesso, una disposizione testamentaria che non distribui-

ciascuna frazione di quota ceduta o lasciata in successione è destinata a costituire una quota a sé. Del pari si può espropriare o sottoporre a pegno, usufrutto o sequestro una frazione aritmetica della quota»¹⁷⁸.

La riforma inoltre apporta notevoli novità (e cioè l'introduzione di una particolare disciplina per il caso della doppia alienazione della medesima quota da parte dello stesso autore a favore di due diversi aventi causa, di cui all'art. 2470, comma 3¹⁷⁹, di una specifica disciplina per le fattispecie del pegno, dell'usufrutto e del sequestro di quote, di cui all'art. 2471-*bis*¹⁸⁰, e del definitivo chiarimento che l'espropriazione della quota è equiparata a un'espropriazione presso terzi, di cui all'art. 2471)¹⁸¹ sul punto dell'individuazione della natura giuridica della quota di partecipazione al capitale sociale della società a responsabilità limitata¹⁸², questione non solo dogmatica, ma anche "applicativa", in quanto essa evidentemente si riverbera sul regime giuridico della circolazione delle partecipazioni, "condizionato" – è inevitabile – dalla natura dell'oggetto (diritto di credito, posizione contrattuale, bene mobile immateriale ecc.) di detta circolazione.

Come noto, le tesi più risalenti o ascrivono alle quote di società a responsabilità limitata la natura di diritti di credito del socio verso la società¹⁸³ o discettano in termini di un diritto *sui generis*, "a cavallo" tra diritti reali e diritti di credito¹⁸⁴; mentre, successivamente, nella quota di società a responsabilità limitata è stato, volta a volta, intravisto:

- "il diritto alla qualità di socio"¹⁸⁵;

sca porzioni di quota ma attribuisca indivisamente una data quota a una pluralità di soggetti; sul che deve qui ripetersi quanto appena detto in tema di successione *pro indiviso* di quella collettività di soggetti nella titolarità di un'unica quota).

¹⁷⁸ GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 479.

¹⁷⁹ Su tale argomento vedasi *infra* il par. 3.11.10.

¹⁸⁰ Su tale argomento vedasi *infra* il par. 3.11.13.7.

¹⁸¹ Su tale argomento vedasi *infra* il par. 3.11.14.

¹⁸² Cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 95.

¹⁸³ Cfr. BRUNETTI A., *Trattato del diritto delle società. La società a responsabilità limitata*, vol. III, Milano, 1948-1950, 116; VALERI G., *Manuale di diritto commerciale*, vol. I, Firenze, 1945, 183; Cass., 14 marzo 1957, n. 858, in *Giur. comm.*, 1957, I, 1284; Cass., 28 febbraio 1964, n. 454, in *Giur. comm.*, 1964, I, 745.

¹⁸⁴ Cfr. ASQUINI A., *Usufrutto di quote sociali e di azioni*, in *Scritti Giuridici*, Milano, 1961, vol. III, 184.

¹⁸⁵ Cfr. BUONOCORE V., *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, 101 e 170.

- l'insieme dei rapporti (diritti, obblighi, interessi, aspettative ecc.) che in capo a un soggetto si determinano a causa dell'appartenenza a una società (e la quota sarebbe quindi la posizione contrattuale del socio scaturente dal contratto di società¹⁸⁶);
- l'espressione riassuntiva della pluralità delle situazioni soggettive facenti capo al socio, da intravedere nella sua consistenza quantitativa in rapporto alla consistenza spettante agli altri soci¹⁸⁷.

La giurisprudenza di legittimità ha, dal canto suo, sulla scorta di più recente dottrina¹⁸⁸ mostrato di preferire un ragionamento teso a "oggettivare"¹⁸⁹ la quota di società a responsabilità limitata, considerandola come un *bene* immateriale "equiparato" ai beni mobili non registrati ai sensi degli artt. 812 e 813 e, come tale, soggetta alle regole di appartenenza e di circolazione proprie degli "ordinari" beni mobili¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 19; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 274.

¹⁸⁷ Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 261. Per Trib. Ascoli Piceno, 12 aprile 1994, in *Società*, 1994, 1380, «nelle società a responsabilità limitata le quote di ciascun socio non rappresentano soltanto una frazione di partecipazione al patrimonio sociale, ma soprattutto tutti i doveri, poteri e rapporti che scaturiscono direttamente e indirettamente dal contratto di società, la cui essenza è l'unitaria situazione giuridica soggettiva di ciascun socio nell'organizzazione sociale».

¹⁸⁸ Cfr. FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da VASSALLI F., vol. X, t. 3, Torino, 1985, 189; CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 552.

¹⁸⁹ Di «processo di reificazione» parla GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 478, il quale inoltre afferma che «la riforma del 2003, ammettendo all'art. 2471-bis che la quota possa essere oggetto di pegno, usufrutto o sequestro ha definitivamente sciolto ogni dubbio sulla natura della quota quale cosa mobile».

¹⁹⁰ Cfr. Cass., 12 dicembre 1986, n. 7409, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 499; per Cass., 23 gennaio 1997, n. 697, in *Società*, 1997, 647, «l'affermazione si collega a quella impostazione che qualifica la quota di partecipazione nella società a responsabilità limitata come posizione contrattuale del socio, comprensiva di tutte le situazioni giuridiche attive e passive che a esso fanno capo, con la conseguente assimilazione della stessa alla cessione del contratto, la cui struttura plurilaterale è affermata dalla prevalente dottrina e dalla giurisprudenza. La tesi è, peraltro, contrastata dalla diversa ricostruzione del fenomeno per la quale la quota esprime una posizione contrattuale obiettivamente che va considerata come un bene immateriale equiparato ai beni mobili, ai sensi dell'art. 812 c.c., il cui trasferimento è validamente ed efficacemente attuato attraverso un contratto del quale sono parti l'alienante, titolare della quota, e l'acquirente, mentre la società è terza indipendentemente dall'iscrizione nel libro dei soci la cui unica funzione è quella di renderlo efficace nei confronti della società»; e Cass., 26 maggio 2000, n. 6957, in *Società*, 2000, 1331, e in *Giur. it.*, 2000,

Comunque, anche a tacere del fatto che l'introduzione dell'atto costitutivo unilaterale rende difficile disquisire i termini di quota come posizione contrattuale, da ultimo, dopo l'entrata in vigore della legge 12 agosto 1993, n. 310, che ha introdotto la pubblicità degli atti traslativi di partecipazioni di società a responsabilità limitata nel Registro delle Imprese, e della legge 29 dicembre 1993, n. 580, in tema di istituzione del Registro delle Imprese, le quote di società a responsabilità limitata sono definitivamente entrate nel riquadro dei beni mobili immateriali iscritti in un pubblico registro¹⁹¹; tesi, questa, della "quota" come "bene" (che è evidentemente "immateriale", "mobile" e "registrato", e che rappresenta sinteticamente tutte quelle posizioni giuridiche attive e passive di cui il socio è centro di imputazione nei confronti della società a responsabilità limitata nel cui libro soci egli è iscritto)¹⁹² che trova appunto evidente conferma nella richiamata nuova disciplina della regola di conflitto tra una pluralità di acquirenti della stessa quota (avendo come dante causa il medesimo autore), dell'usufrutto, pegno e sequestro di quote e dell'espropriazione della partecipazione da parte del creditore del socio.

2309, secondo cui «la quota di partecipazione in una società a responsabilità limitata esprime una posizione contrattuale obiettivata che va considerata come bene immateriale equiparabile al bene mobile non iscritto in pubblico registro ai sensi dell'art. 812 c.c., onde a essa possono applicarsi, a norma dell'art. 813 c.c., le disposizioni concernenti i beni mobili e, in particolare, la disciplina delle situazioni soggettive reali e dei conflitti tra di esse sul medesimo bene, giacché la quota, pur non configurandosi come bene materiale al pari dell'azione, ha tuttavia un valore patrimoniale oggettivo, costituito dalla frazione del patrimonio che rappresenta, e va perciò configurata come oggetto unitario di diritti e non come mero diritto di credito; ne consegue che le quote di partecipazione a una s.r.l. possono essere oggetto di sequestro giudiziario e, avendo il sequestro a oggetto i diritti inerenti la suddetta quota, ben può il giudice del sequestro attribuire al custode l'esercizio del diritto di voto nell'assemblea dei soci ed eventualmente, in relazione all'oggetto dell'assemblea, stabilire i criteri e i limiti in cui tale diritto debba essere esercitato nell'interesse della custodia». Conformi anche Trib. Bologna, 2 agosto 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 1044; per Trib. Modena, 15 marzo 1996, in *Giur. comm.*, 1998, II, 98, «la separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede nel caso in cui gli stessi siano quote di società a responsabilità limitata si attua con le modalità previste per i beni mobili».

¹⁹¹ Cfr. Pret. Carpi, 6 novembre 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, II, 10, secondo cui «a seguito dell'entrata in vigore della legge 12 agosto 1993, n. 310 – recante norme per la trasparenza nella cessione di partecipazioni e nella composizione della base sociale delle società di capitali, nonché nella cessione di esercizi commerciali e nei trasferimenti di proprietà dei suoli – e della legge 29 dicembre 1993, n. 580 – sul riordino delle Camere di commercio e sull'istituzione del Registro delle Imprese – le quote di società a responsabilità limitata devono essere giuridicamente qualificate quali beni mobili immateriali iscritti in un pubblico registro».

¹⁹² Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 208, secondo il quale, confrontando Cass., 4 giugno 1999, n. 5494, in *Giur. it.*, 2000, 101, stante la natura della quota come "bene", si rende plausibile, come vendita di "cosa futura", la vendita della quota prima della costituzione della società.

3.8.3 Comproprietà della quota di partecipazione

In luogo del previgente mero rinvio numerico alla disciplina della società per azioni (il “vecchio” art. 2482, comma 2, infatti rinviava, nel caso di comunione di quota, al “vecchio” art. 2437), nella disciplina della riforma la comproprietà della quota di partecipazione al capitale sociale della società a responsabilità limitata riceve una propria disciplina (e così risolvendosi le questioni insorte nell’ordinamento previgente)¹⁹³: e cioè quella secondo cui, da un lato, occorre la nomina del rappresentante comune dei comunisti (mediante il quale «i diritti dei comproprietari *devono*¹⁹⁴ essere esercitati»), e secondo cui, d’altro lato, la disciplina dell’amministrazione della quota in comproprietà è da ricavarsi dal diritto “comune”, e cioè dagli artt. 1105 e 1106 del Codice civile.

La riforma scioglie quindi ogni residuo dubbio se al caso della comproprietà della quota di società a responsabilità limitata (e delle azioni di società per azioni) fossero applicabili le norme della comunione ordinaria¹⁹⁵.

In sintesi, la regola di base è quella della spettanza collettiva¹⁹⁶ del potere

¹⁹³ Cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 334.

¹⁹⁴ Secondo FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 225, se il rappresentante comune non sia nominato i contitolari della quota non possono esercitare quei diritti (per esempio, il voto) il cui esercizio presuppone appunto la presenza del rappresentante comune (contrario è FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da VASSALLI F., vol. X, t. 3, Torino, 1985, 482); d’altro canto, le comunicazioni loro dirette non devono essere fatte a ciascun comunista, ma sono efficaci nei confronti di tutti dal momento in cui siano effettuate anche a uno solo di essi. Invece, secondo Cass., 16 luglio 1976, n. 2815, in *Giust. civ.*, 1976, I, 1580, «la mancata nomina del rappresentante comune dei contitolari di quote o di azioni sociali non impedisce a ciascun contitolare l’esercizio dei diritti connessi alla posizione di socio, tanto più quando, attuandosi il diritto attraverso la proposizione di un’azione giudiziaria, l’esercizio collettivo di esso non è suscettibile di arrecare alcun intralcio o nocimento al regolare svolgimento dell’attività interna della società».

¹⁹⁵ Cfr. ANGELICI C., *Le azioni*, in *Codice civile. Commentario* diretto da SCHLESINGHER P., Milano, 1992, 42. Infatti, mentre per App. Trieste, 22 novembre 1957, in *Giust. civ.*, 1958, I, 177, «non è applicabile per analogia alla nomina non concordata di un rappresentante comune di quote sociali cadute in una comunione ereditaria l’ultimo comma dell’art. 1105 c.c., perché mentre non ricorre, in senso tecnico, il difetto di una norma regolatrice, manca altresì quella somiglianza fra caso previsto e caso imprevisto tale da consentire il convincimento che le ragioni ispiratrici della disciplina del primo giustificano una stessa disciplina per il secondo» e per App. Roma, 24 febbraio 1987, in *Giur. mer.*, 1987, I, 575, «non è prevista nel nostro ordinamento la nomina giudiziale del rappresentante comune dei comproprietari delle azioni, né possono applicarsi per analogia le norme sulla nomina del rappresentante degli obbligazionisti o dell’amministratore della comunione»; invece per Trib. Verona, 1° marzo 1990, in *Società*, 1990, 1085, «il rappresentante comune degli azionisti in comunione può essere nominato a maggioranza, in applicazione della disciplina sulla comproprietà dei beni».

¹⁹⁶ Il patto diretto a escludere uno dei compartecipi, alcuni o tutti dall’amministrazione è nullo per-

di amministrazione, in base al quale (art. 1105, comma 1) tutti i partecipanti hanno il diritto di concorrere¹⁹⁷ all'amministrazione della cosa comune secondo il criterio della maggioranza, ciò che implica, per ciascun comunista, il diritto di essere chiamato a esprimere la propria volontà su ogni atto di gestione¹⁹⁸.

Fa peraltro eccezione a questo principio di amministrazione collettiva la norma (art. 1110) secondo cui ha diritto al rimborso delle spese sostenute restando *necessarie* alla "conservazione" del bene comune (si pensi all'esercizio di un diritto di opzione) il comunista che ha agito individualmente in caso di *trascuranza* degli altri partecipanti o dell'amministratore: la *necessità* è alla base del diritto al rimborso, la *trascuratezza* giustifica le spese¹⁹⁹; invero, il concetto di *trascuranza* rappresenta la giustificazione delle spese e non del diritto al rimborso, il quale sorge in conseguenza della loro necessità per la conservazione della cosa; la necessità della spesa implica che essa, ancorché non urgente, non possa non essere effettuata senza grave pregiudizio per la cosa comune²⁰⁰.

Inoltre possono essere esercitati direttamente dai soci, e non necessariamente dal rappresentante comune, tutti quei diritti, derivanti dalla partecipazione sociale, la realizzazione dei quali non presuppone una determinazione di volontà unitaria: quindi, per esempio, è stato ritenuto²⁰¹ che se la

ché la facoltà di gestione è strettamente collegata con la facoltà di uso e godimento del partecipante, della quale egli non può validamente privarsi: cfr. FEDELE A., *La comunione*, Torino, 1986, 257.

¹⁹⁷ Seppur quindi tutti i partecipi vadano "convocati" (per Cass., 28 gennaio 1995, n. 1033, in *Riv. giur. edilizia*, 1995, I, 586, «la comunicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea dei condomini può essere data con qualsiasi forma idonea al raggiungimento dello scopo e può essere provata anche da univoci elementi dai quali risulti che il condomino ha, in concreto, ricevuta la notizia») per tempo (cfr. Cass., 5 agosto 1992, n. 9291, in *Arch. loc.*, 1993, 88, secondo cui «l'art. 66, 3° comma, disp. att. c.c. dettato in tema di condominio di edifici, il quale fissa in cinque giorni il termine minimo per la comunicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea ai partecipanti, non è applicabile analogicamente alla convocazione dell'assemblea della comunione, che è disciplinata dall'art. 1105 c.c. il quale non prevede un termine di convocazione e, quindi, demanda al giudice la valutazione della congruità del termine in concreto concesso») e coinvolti nella decisione, secondo Cass., 27 ottobre 2000, n. 14162, in *Riv. giur. edil.*, 2001, I, 43, «in tema di comunione [...] gli art. 1105 e 1108 c.c. non prevedono la costituzione formale dell'assemblea, ma semplicemente la decisione a maggioranza dei partecipanti».

¹⁹⁸ Cfr. FAVALE R., *La comunione ordinaria*, Milano, 1997, 241 e 244; FRAGALI M., *La comunione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XIII, t. 3, Milano, 1983, 109.

¹⁹⁹ Cfr. BRANCA G., *Comunione. Condominio negli edifici*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Terzo – Della proprietà, artt. 1100-1139, Bologna-Roma, 1982, 172.

²⁰⁰ Cfr. FAVALE R., *La comunione ordinaria*, Milano, 1997, 476-477.

²⁰¹ App. Bologna, 12 aprile 1999, in *Notariato*, 2000, 158.

quota di contitolarità delle azioni spettanti a un socio corrisponde idealmente al quinto del capitale sociale, prima e indipendentemente dalla divisione, il singolo socio comunista è individualmente legittimato a chiedere la convocazione giudiziale dell'assemblea ai sensi del "vecchio" art. 2367.

Con il consenso della maggioranza dei partecipanti (calcolata a seconda dell'entità delle rispettive quote), fermo restando che per la validità delle deliberazioni è richiesto che tutti i partecipanti siano stati preventivamente informati dell'oggetto della deliberazione (art. 1105, comma 3):

- a. si può formare un regolamento per l'ordinaria amministrazione e per il miglior godimento della cosa comune (art. 1106, comma 1);
- b. si possono nominare uno o più amministratori della cosa comune (che possono essere scelti sia tra i comunisti che all'infuori di essi)²⁰² definendone compiti e doveri (art. 1106, comma 2);
- c. si adottano le decisioni di amministrazione ordinaria (art. 1105, comma 2)²⁰³.

Invece, le decisioni eccedenti l'ordinarietà vanno assunte, a seconda dei casi, con maggioranza qualificata o all'unanimità (art. 1108).

Qualora non si formi una maggioranza o comunque non si adottino i provvedimenti necessari (oppure, ancora, se non venga eseguita una deliberazione validamente adottata) ciascun partecipante può ricorrere all'autorità giudiziaria in sede di giurisdizione volontaria, la quale provvede in camera di consiglio e può anche nominare un amministratore (art. 1105, ultimo comma).

Va infine sottolineato che la disciplina della comproprietà in parola si estende alla fattispecie del cossufrutto, come concordemente ritenuto nella normativa previgente.

3.8.4 Le operazioni sulle proprie partecipazioni

La riforma (art. 2474) conferma la previgente normativa ("vecchio" art. 2483)²⁰⁴ per la quale in nessun caso²⁰⁵ la società²⁰⁶:

- a. può acquistare o accettare in garanzia partecipazioni proprie; ovvero:

²⁰² Cfr. Trib. Firenze, 8 gennaio 1948, in *Foro pad.*, 1948, I, 193.

²⁰³ Hanno natura di amministrazione ordinaria gli atti finalizzati alla conservazione, alla normale utilizzazione e al miglior godimento della cosa; la conservazione comprende gli atti diretti a ottenere provvedimenti cautelari o conservativi, la normale utilizzazione concerne la percezione e la riscossione di frutti: FAVALE R., *La comunione ordinaria*, Milano, 1997, 257.

²⁰⁴ Cfr. PARTESOTTI G.B., *Le operazioni sulle azioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO G.E., PORTALE G.B., vol. II, t. 1, Torino, 1991, 340; DI RIENZO M., *Il divieto di ope-*

b. può accordare prestiti o fornire garanzia per il loro acquisto²⁰⁷ o la loro sottoscrizione²⁰⁸.

E ciò poiché²⁰⁹:

a. da un lato, non vi è infatti ragione, per una partecipazione, come quella al capitale di una società a responsabilità limitata, non tendenzialmente destinata alla circolazione, per accordare le deroghe, previste per la società per azioni, per l'acquisizione da parte della società medesima, di quote del pro-

razioni sulle proprie quote nella società a responsabilità limitata, in *Riv. soc.*, 1992, 162; SALAFIA V., *Acquisto da parte di s.r.l. di quote proprie*, in *Società*, 1992, 1059; SANTORO M., *Portata del divieto per le s.r.l. di acquisto di proprie quote*, in *Società*, 2000, 1093; RACUGNO G., *Le operazioni sulle proprie quote nell'attuazione della Seconda Direttiva CEE*, in *Riv. soc.*, 1987, 68; DI RIENZO M., *Il divieto di operazioni sulle proprie quote nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1992, 162. Cfr. pure Cass., 4 ottobre 1984, n. 4916, in *Foro it.*, 1985, I, 2069; in *Riv. not.*, 1985, 220; in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 593, secondo cui «il principio inderogabile enunciato dall'art. 2483 c.c., per il quale in nessun caso la società a responsabilità limitata può acquistare o ricevere in pegno le proprie quote, posto a tutela degli interessi dei creditori, dei soci e della società, comporta l'invalidità di ogni operazione che, comunque eseguita, tenda a conseguire risultati analoghi; pertanto, in caso di cessione di quote di una società a responsabilità limitata, la stessa società non può validamente accollarsi il pagamento dovuto da chi ha acquistato tali quote»; Cass., 13 luglio 1981, n. 4540, in *Foro it.*, 1982, I, 148; in *Riv. not.*, 1981, 928; in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, 287.

²⁰⁵ Determinandosi altrimenti la nullità dell'atto: SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 180; Cass., 4 ottobre 1984, n. 4916, in *Giur. comm.*, 1986, II, 203.

²⁰⁶ Sul tema se invece la società possa ricevere le proprie quote per effetto di un trasferimento a titolo gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 180, nota 3.

²⁰⁷ Cfr., per una fattispecie particolare, Cass., 25 gennaio 2000, n. 796, in *Società*, 2000, 1092, secondo cui, «in tema di società a responsabilità limitata, la disposizione dell'art. 2483 c.c. – la quale fa divieto alla società, a garanzia dell'integrità del capitale sociale, di acquistare proprie quote – non osta a che essa possa vendere le quote del socio quali beni altrui, ai sensi dell'art. 1478 c.c., ossia assumendo l'obbligo di procurarne l'acquisto al compratore, dato che l'automatismo e l'immediatezza del trasferimento al compratore stesso di dette quote evita, nel momento in cui siano conseguite dalla società, che questa divenga "partecipante di se stessa", con pregiudizio della consistenza del capitale». Nel medesimo senso Cass., 11 dicembre 1992, n. 13123, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 1009.

²⁰⁸ Sullo "sdoganamento" del *leveraged buy out* a opera della legge di riforma del diritto societario cfr. DOLMETTA A., *Il merger leveraged buy out nella legge delega n. 366/2001: la target da S.p.A. a s.r.l.*, in *Corr. giur.*, 2002, 239.

²⁰⁹ Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 179; RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno di Courmayeur del 27-28 settembre 2002*, 2, 8 (del dattiloscritto).

prio stesso capitale: detto acquisto, «dando vita a una forma di recesso mascherato»²¹⁰, si tradurrebbe quindi in un inammissibile annacquamento del patrimonio della società rispetto a quanto esplicitato dal valore nominale del suo capitale sociale²¹¹;

- b. d'altro lato, anche nella società a responsabilità limitata vi è la necessità di impedire che la società, concedendo garanzie a terzi per l'acquisto delle quote di partecipazione al proprio capitale sociale, di fatto svuoti, con la concessione di dette garanzie, il divieto di acquisto di proprie partecipazioni;
- c. d'ultimo lato vi è da considerare che, in mancanza di un titolo rappresentativo delle partecipazioni in esame (che non si estingue quando si cumula nello stesso soggetto la qualità di creditore e di debitore), quando la società le acquistasse, esse, di fatto, si annullerebbero²¹² in quanto è difficile concepire un rapporto tra esse quote e la società, la quale verrebbe così infatti a essere contraddittoriamente "titolare di una parte di se stessa".

Da quanto precede dovrebbe conseguire che, per esempio, non sia di plausibile attuazione nella società a responsabilità limitata l'operazione di acquisto di proprie partecipazioni al fine poi di annullarle e di ridurre corrispondentemente il capitale sociale²¹³.

Alla società a responsabilità limitata devono infine intendersi estensibili per analogia²¹⁴ anche le seguenti altre norme dettate in materia di società per azioni:

- l'art. 2357-*quater* in tema di sottoscrizione indiretta delle proprie partici-

²¹⁰ Cfr. MASTURZI S., *Sub Articolo 2474*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 98.

²¹¹ Cfr. RACUGNO G., *Operazioni sulle proprie partecipazioni nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 373.

²¹² Cfr. GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 484; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 179.

²¹³ Cfr. DELLE VERGINI L., *Acquisto di quote proprie di società a responsabilità limitata finalizzato alla riduzione di capitale*, in *Riv. not.*, 1995, 1060; PINNARÒ M., *Sub Articolo 2482*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 206. L'operazione è invece ammessa da RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 378; e da Trib. Casale Monferrato, 12 marzo 1993, in *Riv. not.*, 1995, 1059. Cfr. pure RACUGNO G., *Operazioni sulle proprie partecipazioni nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 374.

²¹⁴ In tal senso cfr. RACUGNO G., *Operazioni sulle proprie partecipazioni nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 374.

zioni (di modo che la sottoscrizione si intende effettuata, e la liberazione è dovuta, dai soci fondatori o, in caso di aumento del capitale sociale, dagli amministratori; e che, in caso di sottoscrizione in nome proprio, ma per conto della società, il sottoscrittore è considerato a tutti gli effetti sottoscrittore per conto proprio);

- gli artt. 2359-*bis* e 2360 in tema di partecipazioni “incrociate”²¹⁵.

3.9 L'inadempimento della sottoscrizione

In caso di mancata esecuzione dei versamenti promessi²¹⁶ nel termine prescritto²¹⁷ (oppure nel caso del venir meno dell'efficacia della polizza assicurativa o della fideiussione bancaria prestate a garanzia del conferimento d'opera o del versamento dei decimi)²¹⁸, gli amministratori²¹⁹ diffidano (previa deliberazione dell'organo amministrativo, a meno che il potere di diffidare competa *ex se* a taluno dei componenti di quell'organo:

²¹⁵ Cfr. ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 84, nota 36.

²¹⁶ Nella «infelice formulazione» (RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 249) del “vecchio” art. 2477 si parlava invero di «mancato pagamento della quota».

²¹⁷ Ai fini qui in esame, è pertanto opportuno inserire, nel contratto di sottoscrizione, un termine per l'esecuzione del conferimento, ciò che normalmente invece non accade. Peraltro, vi è pur sempre la regola generale secondo la quale, ove un termine per l'esecuzione dell'obbligazione non sia stabilito, essa di regola si intende da adempiere immediatamente (art. 1183).

²¹⁸ Nonostante che l'art. 2466, comma 5, faccia generico riferimento alla polizza assicurativa o alla fideiussione bancaria «prestate ai sensi dell'art. 2464» (ove invero sono previste la polizza/fideiussione “solutorie” di cui al comma 4, sostitutive dei decimi, e la polizza/fideiussione a garanzia dei conferimenti d'opera, di cui al comma 6), può essere dubbio se tale riferimento dell'art. 2466 si intenda fatto al solo comma 4, e non al comma 6, dell'art. 2464, e quindi alle sole polizza/fideiussione “a garanzia”. Nel senso del riferimento alla sola fattispecie della garanzia “solutoria” cfr. TASSINARI F., *La determinazione del capitale sociale nelle società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di S.p.A.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 11 (del dattiloscritto), il quale però cambia parere (nel senso della riferibilità del richiamo sia al comma 4 che al comma 6) in TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in *Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 18 (del dattiloscritto).

²¹⁹ Cfr. Trib. Milano, 23 ottobre 1989, in *Società*, 1990, 611, secondo cui «per procedere alla vendita forzata delle quote del socio moroso ai sensi dell'art. 2477, c.c., non è necessaria una preventiva deliberazione assembleare, potendovi provvedere direttamente l'amministratore seguendo l'iter previsto dalla citata norma».

per esempio, un amministratore delegato) il socio moroso²²⁰ a eseguirlo nel termine di trenta giorni (art. 2466, comma 1), termine che, se da un lato non è accorciabile, poiché disposto a cautela delle ragioni del socio, è per ciò statutariamente ampliabile²²¹; la diffida è atto unilaterale recettizio, che non soffre particolari prescrizioni formali²²² e il cui onere probatorio grava sulla società diffidente.

Il socio in mora²²³ non può intanto «partecipare alle decisioni dei soci» (art. 2466, comma 4)²²⁴: nel senso che non solo non può votare, ma non può nemmeno intervenire nei procedimenti decisionali, assembleari o meno²²⁵.

²²⁰ Per MASTURZI S., *Sub Articolo 2466*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 42, «la procedura inizia con la costituzione in mora del socio inadempiente (e, come accennato, dell'eventuale garante) che deve sempre avvenire mediante diffida», con ciò dunque facendosi intendere come la diffida sia un presupposto della costituzione in mora, quando invece è lo stato di mora (e cioè non aver eseguito «il conferimento nel termine prescritto») il presupposto della diffida in parola.

²²¹ Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 96.

²²² Trib. Roma, 6 novembre 1975, in *Giur. comm.*, 1977, II, 421.

²²³ Il socio deve considerarsi “moroso” dal momento in cui vengono a scadere i termini previsti per il versamento dei decimi non ancora liberati e non dopo la “diffida”: quest'ultima *presuppone* la morosità, non ne è la *cagione* (cfr. GENNARI F., *La società a responsabilità limitata*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1999, 114). Cfr. anche Cass., 21 febbraio 1995, n. 1874, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 249; in *Società*, 1995, 785, secondo cui «la diffida degli amministratori di società a responsabilità limitata al socio moroso, a eseguire, nel termine di trenta giorni, il pagamento della quota di capitale sottoscritta, non rappresenta un atto di costituzione in mora nei confronti del socio, agli effetti della sospensione dall'esercizio del diritto di voto, in quanto essa può rivolgersi soltanto al socio già moroso e ha l'unico fine di dare inizio alla procedura di vendita in suo danno della quota da lui sottoscritta, vendita della quale costituisce il presupposto indispensabile».

²²⁴ E ciò (ma, *contra*, MASTURZI S., *Sub Articolo 2466*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 43, la quale interpreta restrittivamente il tenore letterale della norma in questione, ritenendola limitata appunto alla sola materia dell'impedimento alla partecipazione alle decisioni dei soci), stante una ritenuta funzione “sanzionatoria” dell'art. 2466, nell'ambito di una generale cessazione per il socio moroso di tutti i diritti spettatigli nella vita societaria, e quindi sia dei diritti “amministrativi” che di quelli “patrimoniali” (cfr. Trib. Milano, 7 luglio 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 834; e App. Milano, 9 giugno 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 591; cfr. pure SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 104-105; JAEGER P.G., DENOZZA F., *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 1992, 261; DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995, 279; PISANI MASSAMORMILE A., *I conferimenti nelle società per azioni*, in *Codice civile. Commentario diretto da SCHLESINGER P.*, Milano, 1994, 333).

²²⁵ Cfr. in tal senso TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione*

Decorso inutilmente questo termine²²⁶, gli amministratori²²⁷, qualora non ritengano utile promuovere azione per l'esecuzione dei conferimenti dovuti (e fatta comunque salva l'azione per l'eventuale risarcimento danni)²²⁸, possono vendere agli altri soci, in proporzione della partecipazione a ciascuno di essi spettante nel capitale sociale, la quota del socio moroso²²⁹.

La vendita «agli altri soci» è effettuata «a rischio e pericolo» del socio moroso (e cioè gli eventuali effetti patrimoniali negativi si riverberano irrimediabilmente nel suo patrimonio) «per il valore risultante dall'ultimo bilancio approvato» (la nuova norma pare quindi legittimare una sua lettura nel senso di doversi potersi far riferimento anche a un bilancio straordinario, e non solo al bilancio dell'ultimo esercizio, cioè apprestato – ma ovviamente con le “ordinarie” regole del bilancio d'esercizio²³⁰ – appositamente per la vendita della quota del socio moroso)²³¹.

del capitale, partecipazione sociale, in Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative, Bologna, 6 dicembre 2002, 18 (del dattiloscritto).

²²⁶ Nel diritto previgente si riteneva (cfr. Cass., 12 maggio 1965, n. 909, in *Foro it.*, 1965, I, 2020) che «nell'ipotesi di alienazione della sola parte già pagata della sua quota, l'alienante resta, per il residuo, socio della società a responsabilità limitata e unico obbligato ai versamenti ancora dovuti. La diffida al socio moroso, prevista dall'art. 2477 c.c., non costituisce, a carico degli amministratori di società a responsabilità limitata, un obbligo bensì un semplice onere» al fine di procedere con la vendita coattiva; ora che invece l'espressione «possono diffidare» (“vecchio” art. 2477, comma 1) è stata sostituita dall'espressione «diffidano» (art. 2466, comma 1) e che per il successivo comma 2 «decorso inutilmente questo termine gli amministratori, qualora non ritengano utile promuovere azione per l'esecuzione dei conferimenti dovuti, possono vendere [...]» (ove pare intendersi che la diffida è il presupposto sia per agire per l'adempimento sia per effettuare la vendita o – ai sensi del comma 3 – l'esclusione), quell'opinione (su cui cfr. anche Cass., 21 febbraio 1995, n. 1874, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 249; e GIANNATTASIO C., *Responsabilità del socio della s.r.l. per i versamenti ancora dovuti nel caso di cessione parziale della quota*, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1428) va probabilmente superata (in tal senso cfr. FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, vol. 3, Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 53).

²²⁷ Cfr. VIDIRI G., *Sugli obblighi dell'amministratore nella vendita della quota del socio moroso ex art. 2477 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3451.

²²⁸ Sull'alternativa, nel previgente ordinamento, tra l'ordinaria azione per ottenere l'adempimento e l'azione esecutiva specifica qui in esame, cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 250.

²²⁹ A differenza della società per azioni, ove la vendita è diretta al pubblico, qui si privilegia l'interesse dei soci a mantenere inalterata la composizione della compagine sociale: cfr. PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 264.

²³⁰ Dal quale quindi fuoriesce un valore “di libro” della quota, e non un valore “corrente”.

²³¹ In tal senso MASTURZI S., *Sub Articolo 2466*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La*

In mancanza di offerte per l'acquisto provenienti dagli altri soci, ma solo se l'atto costitutivo lo consente²³² (ecco qui un'altra prova dell'impronta "personalistica" della nuova società a responsabilità limitata), la quota è venduta all'incanto (con la procedura di cui agli artt. 534 e seguenti c.p.c.) a terzi estranei alla compagine sociale (art. 2466, comma 2).

Fino all'avvenuta aggiudicazione, così come il socio moroso mantiene la possibilità di effettuare il versamento dal medesimo dovuto, gli amministratori mantengono pur sempre la possibilità di agire per l'esecuzione coattiva del socio moroso e pure gli altri soci possono chiedere di esercitare il loro diritto di preferenza nell'acquisto delle quote in questione.

Il cambiamento di disciplina rispetto al sistema previgente ("vecchio" art. 2477) è radicale, perché:

1. l'espressione "vendita a rischio e pericolo" è stata sostituita alla previgente espressione "vendita a rischio e per conto";
2. nel vecchio diritto si diceva che gli amministratori «possono vendere, a rischio e per conto del socio moroso, la sua quota», che «i soci hanno diritto di preferenza nell'acquisto» e che «in mancanza di offerte per l'acquisto, la quota è venduta all'incanto» mentre ora si dice che gli amministratori «possono vendere agli altri soci [...]» la quota del socio moroso, a suo rischio e pericolo, «per il valore risultante dall'ultimo bilancio approvato» e che solo «in mancanza di offerte per l'acquisto, se l'atto costitutivo lo consente, la quota è venduta all'incanto».

In altri termini, dapprima l'amministratore ora si deve rivolgere ai soci, per il prezzo risultante dai valori di bilancio²³³ (e quindi non pare più esservi, come nel sistema previgente, alcuna "competizione" sul prezzo tra soci e terzi²³⁴, con la preferenza per i soci a parità di prezzo, ma solo una possibile

riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, vol. 3, Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione, Torino, 2003, 44.

²³² Risolvendosi così un dissidio interpretativo originatosi nell'ordinamento previgente: cfr., per esempio, Pret. Roma, 24 marzo 1962, in *Giust. civ.*, 1963, I, 466.

²³³ Siamo qui in una fase costitutiva della società, e quindi il valore di bilancio della quota non può che essere quello dato dalla somma dell'importo dei decimi versati (e dell'eventuale sovrapprezzo) e dell'importo dei decimi mancanti. Ma il discorso non muta se la norma, come pare, si applichi, *mutatis mutandis*, alla morosità che si verifichi dopo la sottoscrizione di un aumento del capitale sociale.

²³⁴ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 512; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 252-253. Secondo Trib. Roma, 20 luglio 1999, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3449, «nella vendita di quota a rischio e per conto del socio moroso, disciplinata dall'art. 2477 c.c., l'amministratore della società, operando

“competizione” tra i soci, con “aggiudicazione” al socio miglior offerente)²³⁵ e solo se²³⁶ questa offerta ai soci non dia frutto, per esempio, perché non vi sia nessuno disponibile all’acquisto o il prezzo proposto sia troppo basso (e sempre che lo statuto lo consenta; il silenzio vale come diniego di questa possibilità), gli amministratori si possono rivolgere a terzi (l’esclusione di *default* dei terzi dal poter concorrere a questa esecuzione del socio moroso è un’ulteriore conferma che il loro concorso, oltre che eventuale, è anche successivo rispetto al coinvolgimento dei soci).

Insomma, l’amministratore non è più un mandatario *ex lege*²³⁷ del socio

come mandatario *ex lege* del suddetto socio, deve perseguire l’interesse di questi; non può, pertanto, vendere la quota al socio che offra di acquistarla al valore risultante dal bilancio ma, dovendo perseguire l’interesse del socio moroso ad alienare la quota al prezzo massimo ricavabile, deve invece provocare delle offerte di acquisto sia da parte dei soci che dei terzi».

²³⁵ Cfr. Trib. Roma, 6 agosto 1968, in *Giur. merito*, 1969, I, 144. Se vi sia una pluralità di soci aggiudicatari, la quota viene “spalmata” su ciascuno di essi in base alla rispettiva quota di partecipazione al capitale sociale: cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 253.

²³⁶ Contra MASTURZI S., *Sub Articolo 2466*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 444-45, la quale sostiene che «se l’atto costitutivo non vieta il trasferimento della quota a terzi e mancano offerte di acquisto da parte dei soci o il prezzo da questi offerto è inferiore all’importo dei conferimenti non ancora eseguiti, non escluderei la possibilità di vendita della quota del socio moroso a chiunque, terzo e/o socio, consentisse di evitare alla società la riduzione del capitale». Si può osservare che questo ragionamento, invero informato sulla considerazione che una conclusione contraria parrebbe «configgere con il principio dell’effettività e integrità del capitale sociale», e quindi su una considerazione di diritto imperativo, non disponibile dall’autonomia privata, “cade” sul profilo che, a sua premessa, viene messo il presupposto che «l’atto costitutivo non vieti il trasferimento della quota a terzi», il che subordina dunque la validità di siffatto ragionamento – e appare esser dunque questa la “contraddizione” – a un atto di autonomia.

²³⁷ Secondo Trib. Roma, 20 luglio 1999, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3449, «nella vendita di quota a rischio e per conto del socio moroso, disciplinata dall’art. 2477 c.c., l’amministratore della società, operando come mandatario *ex lege* del suddetto socio, deve perseguire l’interesse di questi. Non può, pertanto, vendere la quota al socio che offra di acquistarla al valore risultante dal bilancio ma, dovendo perseguire l’interesse del socio moroso ad alienare la quota al prezzo massimo ricavabile, deve invece provocare delle offerte di acquisto sia da parte dei soci che dei terzi»; cosicché l’acquisto si perfezionerà solo con l’accettazione dell’offerta da parte della società, che potrà preferire offerte più vantaggiose provenienti da terzi. Cfr. CAVAZZUTI F., *Società a responsabilità limitata*, in *Nss. dig. it.*, *Appendice*, VII, Torino, 1987, 308; FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 160; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 252; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 90; VIDIRI E., *Sugli obblighi dell’amministratore nella vendita della quota del socio moroso ex art. 2477 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 1442.

moroso (così come era quando l'amministratore doveva vendere "a rischio" ma anche "per conto" del socio moroso e quindi nel suo interesse) ma è un organo della società incaricato di un'esecuzione nell'interesse (esclusivo) della società stessa (e indirettamente dei suoi creditori)²³⁸, la quale avviene dunque non più "a rischio e per conto" ma "a rischio e pericolo" (cioè il socio moroso non può lamentarsi del prezzo ricavato).

La somma ricavata dalla vendita va imputata dapprima alle spese sostenute per la procedura, agli interessi, all'eventuale danno e per il resto al capitale (i decimi versati e i decimi mancanti)²³⁹; il resto va versato all'"esecutato".

Se infine la vendita non può aver luogo per mancanza di compratori (e cioè per mancanza di compratori soci, per mancanza di compratori estranei o per impossibilità, a causa di un divieto statutario, di esperire l'incanto, in caso di mancanza di compratori soci)²⁴⁰ gli amministratori escludono il socio, trattenendo le somme riscosse e il capitale deve essere ridotto in misura corrispondente (art. 2466, comma 3): l'esclusione è un provvedimento degli amministratori (che l'"esecutato" può ovviamente contestare, per esempio, per carenza di presupposti, sospendendone gli effetti) che ha effetto *ex nunc* dal momento in cui il socio moroso ne riceve comunicazione, cui deve evidentemente seguire una decisione dei soci²⁴¹ di "presa d'atto" della riduzione del capitale che consegue alla pronunciata esclusione.

3.10 Proporzionalità tra valore dei conferimenti ed entità dei diritti di *voice* dei soci

I diritti dei soci di partecipare alla vita societaria (comunemente sintetizzati con l'espressione "diritti di *voice*")²⁴² ricevono dalla disciplina di riforma

²³⁸ Cfr. MASTURZI S., *Sub Articolo 2466*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 44.

²³⁹ Che infatti il prezzo della quota si formi con riferimento al bilancio, significa che nel prezzo di vendita va compreso sia il valore che è stato appostato nel patrimonio netto del bilancio (e cioè i decimi versati) sia il valore che è stato appostato nell'attivo del bilancio (nella voce crediti verso soci), e cioè a titolo di decimi "mancanti".

²⁴⁰ Cfr. FERRARA F., CORSI G., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, 872.

²⁴¹ Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto - Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 103.

²⁴² Cfr., per esempio, ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 165.

una notevolissima innovazione, rispetto alla previgente normativa, sotto il profilo innanzitutto della necessaria proporzionalità tra il valore dei conferimenti, l'entità della partecipazione al capitale sociale e i diritti spettanti ai soci nella vita societaria.

In altri termini, dati in 40, 100 e 60 i conferimenti di Tizio, Caio e Sempronio, nel vecchio sistema altro risultato non si conseguiva che quello:

- a. di rapportare al valore del conferimento la caratura della partecipazione del socio al capitale sociale (e così, nell'esempio, al capitale di 200 Tizio partecipava al 20 per cento, Caio al 50 per cento e Sempronio al 30 per cento);
- b. di discendere da ciò il "peso" del socio nell'attività della società (partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci²⁴³, diritto agli utili, entità della partecipazione alla ripartizione del patrimonio della società in liquidazione).

L'unica "deviazione" rispetto a questo percorso obbligato era rappresentata dalla norma di cui al "vecchio" art. 2492, comma 1, per la quale lo statuto poteva disporre una ripartizione degli utili non proporzionale alle rispettive quote di conferimento dei soci²⁴⁴.

Questo panorama dunque muta radicalmente, in quanto il nuovo art. 2468, comma 2, dispone ora che, di regola, in mancanza di contrarie previsioni statutarie:

- 1. le partecipazioni dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento;
- 2. i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta.

Seppure quindi la normativa che il legislatore ora offre come *default* disponga, come in passato, la proporzionalità tra conferimenti, partecipazioni al capitale sociale ed esercizio dei diritti societari, la stessa normativa tuttavia offre oggi agli operatori una clausola di radicale disattivazione di queste proporzionalità, consentendo:

- a. la confezione di quote di partecipazione al capitale sociale non proporzionali ai conferimenti;

²⁴³ Secondo il "vecchio" art. 2485, «ogni socio ha diritto ad almeno un voto nell'assemblea. Se la quota è multipla di un euro, il socio ha diritto a un voto per ogni euro»; mentre per il successivo "vecchio" art. 2492, «salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, la ripartizione degli utili ai soci è fatta in proporzione delle rispettive quote di conferimento».

²⁴⁴ In tema di quote privilegiate negli utili cfr. Trib. Monza, 15 maggio 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, 786; Trib. Udine, 11 ottobre 1994, in *Dir. fall.*, 1995, II, 699.

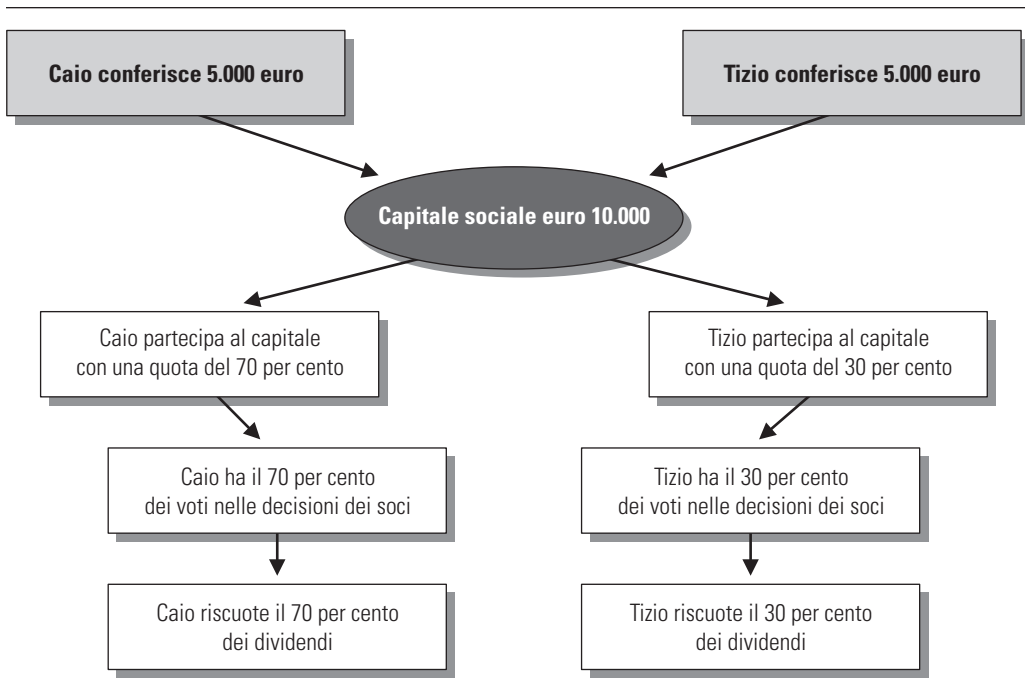
- b. la possibilità di esercizio dei diritti sociali non corrispondente all'entità della partecipazione al capitale sociale.

Ma andiamo con ordine.

3.10.1 Proporzionalità tra conferimenti e partecipazioni

Nonostante quindi che il sistema-base preveda la corrispondenza tra valore dei conferimenti e valore delle quote (e quindi la definizione dei "rapporti di forza" tra i vari soci in base al confronto tra il valore dei rispettivi conferimenti), l'autonomia statutaria concessa dal legislatore al mondo delle società a responsabilità limitata è tale da rendere ora possibile il disancoramento da questa relazione proporzionale²⁴⁵.

Figura 3.4 Esempio di partecipazione al capitale non proporzionale rispetto al valore dei conferimenti



²⁴⁵ Occorre ricordare che l'art. 2482, comma 1, dispone che la società possa far luogo a una discrezionale riduzione del capitale sociale, oltretutto liberando i soci dai versamenti ancora dovuti, anche mediante «rimborso ai soci delle quote pagate», e quindi facendosi riferimento all'entità dei conferimenti (e non all'entità delle quote di partecipazione che, ottenute proporzionalmente o meno rispetto al valore dei conferimenti, ai soci spettano nel capitale sociale).

Si pensi al caso della costituzione di una società a responsabilità limitata tra un socio giovane, privo di esperienze, e un socio già “navigato” e quindi munito di intensi rapporti con possibili clienti e possibili fornitori, dotato di un “nome” già conosciuto e affidato sul mercato e nel mondo del credito, insomma munito di un notevole “avviamento” personale.

Ebbene, se il giovane Tizio e il navigato Caio si mettono d'accordo di conferire entrambi 5mila euro nella nuova società a responsabilità limitata, è abbastanza scontato che però Caio faccia “pagare” a Tizio il prezzo di questa sua maggior esperienza: cosicché egli potrà, per esempio, ottenere da Tizio, nonostante la parità di valore dei rispettivi conferimenti, di avere, nel capitale sociale di 10mila euro, una quota del 70 per cento, “confinando” Tizio in un modesto 30 per cento.

3.10.2 Proporzionalità tra quote e diritti sociali

Una volta stabilita l'entità della partecipazione di ciascun socio al capitale sociale (sia essa proporzionale o meno rispetto al valore dei conferimenti), si tratta di passare poi alla materia dell'esercizio dei “diritti sociali” (e, principalmente, il diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci e il diritto alla percezione dei dividendi).

Ebbene, anche qui, di nuovo, una *regola* e un'*eccezione*:

- la *regola* è quella secondo cui «i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta» (da questa previsione dunque discende che, fatti salvi i “particolari diritti” di cui oltre, la “quantità” di diritti sociali spettanti ai soci discende invariabilmente²⁴⁶ dall'entità della partecipazione al capitale di ciascuno di essi, la quale, a sua volta, come detto, può essere o meno proporzionale all'entità del conferimento);
- l'*eccezione* è che l'art. 2468, comma 2, rende disponibile questa proporzionalità all'autonomia dei soci, facendo «salvo quanto disposto dal terzo²⁴⁷ comma del presente articolo».

²⁴⁶ Cfr. in tal senso FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 54.

²⁴⁷ Il riferimento al terzo comma è conseguenza dell'“l'errata corrige” di cui all'«avviso di rettifica» pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 153 del 4 luglio 2003. Antecedentemente a questo errata corrige l'art. 2468, comma 2, richiamava il successivo «quarto comma»; ma si trattava di un evidente refuso che derivava banalmente dal fatto che quello che è l'odierno “terzo” comma, nella bozza di decreto delegato diffusa dalla Commissione Vietti il 29-30 settembre 2002, era in effetti il “quarto” comma, poi però divenuto “terzo” comma, in quanto, l'allora “terzo” comma (secondo il quale «La partecipazione di ciascun socio non può in nessun caso essere di ammontare inferiore a un euro») è stato oggetto di soppressione della bozza di decreto poi entrata effettivamente in vigore (con conse-

Ebbene, detto terzo comma dell'art. 2468 del Codice civile dice dunque che «resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a *singoli soci* di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili».

In altri termini, dati in 5mila euro il valore dei due conferimenti e come sopra stabilite nel 70 e nel 30 per cento le partecipazioni di Caio e Tizio al capitale sociale, i diritti sociali di costoro si esercitano proporzionalmente all'entità delle rispettive quote, salvo che nello statuto vi siano previsioni derogatrici di questa proporzionalità; ma ciò tuttavia "solo" in ordine:

- ai "diritti amministrativi"²⁴⁸: e cioè, per esempio, il diritto di nomina dell'organo amministrativo o di una sua parte²⁴⁹, il diritto di porre il veto²⁵⁰ su determinate nomine o su determinate materie gestionali, il diritto di avere particolari informazioni o di svolgere particolari controlli, il diritto di convocare organi societari ecc.²⁵¹; non pare invece ricomprensibile²⁵², tra que-

guente rinumerazione come attuale "terzo" comma dell'allora "quarto" comma), nella quale, come noto, non si è ancora più il valore nominale della partecipazione all'unità di euro.

²⁴⁸ Sulla liceità, nel diritto previgente, di un privilegio collegato ai diritti di amministrazione cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 174.

²⁴⁹ Il che comprende anche il diritto di un socio di nominare se stesso quale amministratore o tra gli amministratori: ciò che peraltro non comporta ovviamente un caso di conflitto di interessi, in quanto la nomina di se stessi è appunto il contenuto del "particolare diritto" in questione. Cfr. RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 666.

²⁵⁰ Cfr. RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 666.

²⁵¹ È dubbio se possa rientrare in questa categoria il diritto di "gradimento" in caso di accesso di nuovi soci: AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 70.

²⁵² Nel sistema previgente, la clausola statutaria che avesse introdotto quote a voto limitato era prevalentemente considerata invalida, ritenendosi il "vecchio" art. 2485 norma imperativa e quindi inderogabile: cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 171; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 182. Anche la clausola che avesse introdotto quote a voto plurimo era ritenuta invalida dalla dottrina prevalente: RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 72; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 181; in senso contrario, sul presupposto della connotazione personalistica e non strettamente capitalistica della s.r.l., ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., Padova, 1985, vol. VIII, 90; LICHERI E., *Società a responsabilità limitata*, Torino, 1994, 71. Sulla possibilità nel diritto previgente di creare quote "a voto plurimo" o "a voto limitato" cfr. PAOLUCCI L.F., *Le società*

sti “diritti amministrativi”, anche l’alterazione della proporzionalità tra diritto di voto ed entità della partecipazione²⁵³ (salvo che ovviamente si tratti del voto su materie oggetto di “particolari diritti”: se il socio Tizio gode del “particolare diritto” di nomina di amministratori, questo “particolare diritto” evidentemente altera le “ordinarie” proporzioni di voto quando si tratta appunto di far luogo alla decisione dei soci di nominare nuovi amministratori), stante il disposto del comma 5 dell’art. 2479, per il quale «ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni previste dal presente articolo e il suo voto *vale in misura proporzionale* alla sua partecipazione»;

- ai *diritti inerenti la distribuzione degli utili*²⁵⁴ (come il diritto a riscuotere utili in misura variamente più elevata²⁵⁵ rispetto al mero riferimento per-

a responsabilità limitata, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 277; RACUGNO G., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 1056.

²⁵³ Secondo FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 58, sarebbe da escludere «la possibilità di riservare il diritto di voto, che priverebbe taluni soci dei loro diritti (seppur limitatamente a dette materie), e quella di una riserva del potere di amministrazione in favore di alcuni soci». Cfr. anche TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 14 (del dattiloscritto). Esclude la possibilità di creare quote “a voto limitato”, stante il principio di necessario concorso di tutti i soci alle decisioni dei soci *ex art. 2479-ter*, comma 3, anche RESTAINO L., *Sub Articolo 2479*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 165.

²⁵⁴ Sull’ammissibilità di quote “privilegiate” favorevole si dimostrò Trib. Monza, 15 gennaio 1997, in *Società*, 1997, 588; contrario Trib. Udine, 11 ottobre 1994, in *Dir. fall.*, 1995, II, 699; Trib. Trieste, 2 giugno 1994, in *Società*, 1995, 87, ritenne la legittimità, a favore di una data quota, della clausola di postergazione nella partecipazione alle perdite in quanto essa «non urta con il divieto del patto leonino per il decisivo rilievo che l’art. 2265 Codice civile, commina di nullità il patto di esenzione da “ogni partecipazione” alle perdite, onde una sua violazione si può configurare solo quando non vi è alcuna possibilità, ovvero quando non vi è un’apprezzabile possibilità di partecipazione alle perdite, mentre la postergazione non si risolve affatto in quella esclusione da ogni partecipazione alle perdite, quanto invece nella loro sopportazione nella sola misura eccedente la parte di capitale sociale rappresentata dalle quote ordinarie e perciò, in definitiva, in una mera graduazione del rischio d’impresa».

²⁵⁵ E quindi si può trattare di una quota di utili percentualmente maggiore di quella che ordinariamente deriverebbe dal rapporto tra intero capitale sociale e quota di partecipazione di un dato socio; oppure di una quantità (in valore assoluto) di utili in misura fissa o variabile superiore all’importo che ordinariamente spetterebbe a quel socio in base all’entità della sua quota di partecipazione; e ancora si può pensare al privilegio di conseguire dividendi in via prioritaria rispetto ad altri soci (per esempio, fino a un certo limite di utile distribuibile concorrono certi soci, mentre gli altri entrano in campo solo se quella soglia venga superata) oppure alla previsione di “recupero” in esercizi successivi di ciò che non sia stato conseguito in esercizi precedenti, e così via. Si può pensare

centuale alla quota di partecipazione al capitale sociale di un dato socio, il diritto di partecipare al ripianamento delle perdite in via variamente postergata²⁵⁶, il diritto a particolari privilegi nella distribuzione di quanto fuoriesca da una riduzione del capitale “esuberante”, il diritto alla sottoscrizione di futuri aumenti di capitale in misura eccedente quella che spetterebbe a un dato socio in relazione alla sua percentuale di partecipazione al capitale sociale e pure il diritto a una maggior partecipazione, sempre rispetto a quella che spetterebbe al socio in base a un mero calcolo matematico, alla ripartizione dell’attivo residuo di liquidazione²⁵⁷ ecc.) (fermo ovviamente restando il limite del cosiddetto “patto leonino” di cui all’art. 2265)²⁵⁸.

Si pensi per esempio al caso²⁵⁹ che il “povero” Tizio dell’esempio prece-

anche alla creazione di un fondo di riserva (cfr. FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 60, nota 21) cui eventualmente attingere in caso di necessità (per esempio, se in un dato esercizio non vi siano utili da distribuire).

²⁵⁶ Sulla postergabilità nel concorso al ripianamento delle perdite nel previgente ordinamento cfr. Trib. Trieste, 2 giugno 1994, in *Società*, 1995, 87, sopra riportata. Non è impossibile far rientrare la postergabilità nella partecipazione alle perdite nel novero dei “particolari diritti” di cui all’art. 2468, comma 3 (ove invero si parla solo di “particolari diritti” inerenti la “distribuzione degli utili”), in quanto “basta” intendere la postergazione come una “indiretta” modalità di partecipazione ai benefici economici che comporta l’appartenenza a una data compagine sociale: così come il privilegio negli utili costituisce una modalità “diretta” di partecipazione a quel beneficio, così la postergazione nelle perdite ne rappresenterebbe appunto una modalità di partecipazione “indiretta”. Contrario alla postergabilità è FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 60, il quale si basa sia sul dettato dell’art. 2468, comma 3, sia sul disposto dell’art. 2482-*quater* ove è sancito, invero abbastanza categoricamente, che «in tutti i casi di riduzione del capitale per perdite è esclusa ogni modificazione delle quote di partecipazione e dei diritti spettanti ai soci»; peraltro, non appare difficile sostenere che, ove lo statuto disponga la postergazione come “particolare diritto” ex art. 2468, comma 3, ciò valga come deroga di detto art. 2482-*quater*. Favorevole alla postergabilità è invece ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 281.

²⁵⁷ Cfr. TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 13-14 (del dattiloscritto).

²⁵⁸ Con la riforma infatti nulla muta sull’illiceità di una previsione che escluda a priori taluno dei soci dalla partecipazione agli utili: cfr. ABRIANI N., *Il divieto del patto leonino*, Milano, 1994, 69.

²⁵⁹ BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 151, si esprime nel senso che la società a responsabilità limitata «diverrà il regno della fantasia dei soci e dei loro professionisti nella creazione di “golden quote” – letteralmente “quote d’oro” – utili, per esempio, per delineare una joint venture paritaria o, in un’impresa a struttura familiare, per assicu-

dente, pur avendo accettato di essere compreso nella sua partecipazione nominale al capitale sociale, nonostante la più corposa entità del suo conferimento, “spunti” comunque da Caio la concessione:

- a. di avere un “diritto di veto” sulle operazioni societarie che abbiano a oggetto immobili e comunque per tutte le operazioni societarie di valore superiore a 50mila euro;
- b. di avere il diritto di nomina della metà dei componenti del consiglio di amministrazione;
- c. di avere un diritto agli utili del 40 per cento, così comprimendo del 10 per cento il diritto che teoricamente spetterebbe a Caio in base all’entità della sua partecipazione.

E si potrebbe continuare a lungo nella confezione di possibili altri esempi (si pensi anche a possibili “graduazioni”, e cioè, in ipotesi, alla spettanza di “particolari diritti” allo “scattare” di certe soglie di possesso di capitale sociale, del tipo: nomina di un amministratore ogni 20 per cento di capitale posseduto), che la legge dunque consegna alla “fantasia” degli operatori, che li dovranno derivare in base ai concreti interessi “in campo” nelle situazioni societarie che, volta a volta, si dovranno pattiziamente governare.

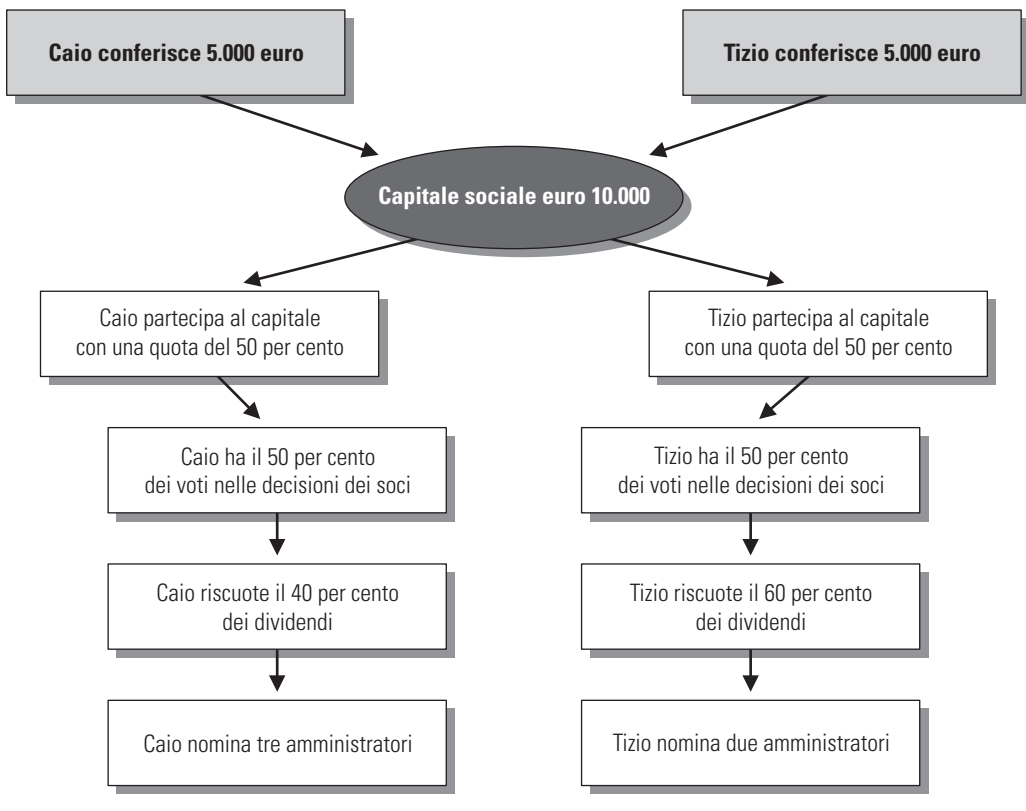
Ovviamente, quando si verte in tema di «attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti [...] la distribuzione degli utili» (art. 2468, comma 3) si fa riferimento al diritto del socio di percepire dividendi in misura superiore a quello che normalmente gli spetterebbe poiché, come detto «i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta» (art. 2468, comma 2); e quindi si tratta di un “diritto a un dividendo” (e cioè a dividere una parte degli utili che la società abbia conseguito) che non può essere messo in gioco (perché occorrerebbe l’unanimità dei consensi, *ex* art. 2468, comma 4, salvo regole maggioritarie eventualmente introdotte in statuto) a ogni sessione di bilancio, ove, a “colpi di maggioranza”, si possa discutere “se” distribuire l’utile maturatosi in capo alla società.

L’attribuibilità di questi “particolari diritti” dovrebbe dunque mettere la parola “fine”²⁶⁰ a ogni discussione, insorta nel previgente ordinamento sul

rare al socio fondatore diritti particolari che ne rafforzino il potere decisionale all’interno della società».

²⁶⁰ Esclude la creazione di categorie di quote la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, secondo cui «per quanto concerne la disciplina della partecipazione sociale, adottata con il secondo comma dell’art. 2468 la soluzione indicata nella legge di delega che consente una sua attribuzione al socio non necessariamente proporzionale al conferimento, si è

Figura 3.5 Esempio di diritti amministrativi e agli utili non proporzionali rispetto alle quote di partecipazione al capitale sociale



tema della creabilità di “categorie” di quote (per esempio, quote privilegiate negli utili e nella liquidazione del capitale, quote di godimento, quote a favore dei prestatori di lavoro, quote con prestazioni accessorie, quote privilegiate in ordine ai diritti di informazione e di controllo)²⁶¹.

ritenuto coerente con le caratteristiche personali del tipo societario della società a responsabilità limitata da un lato non prevedere la possibilità di categorie di quote, che implicherebbe una loro oggettivizzazione e quindi una perdita del collegamento con la persona del socio richiesta dal primo comma, lett. a), art. 3 della legge di delega, dall'altro consentire con il quarto comma dell'art. 2468 che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci, quindi in considerazione della loro posizione personale, particolari diritti concernenti sia i poteri nella società sia la partecipazione agli utili».

²⁶¹ In senso favorevole, in assenza, nella previgente normativa, di qualsiasi norma al riguardo, si esprimevano per esempio SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A.,

Tuttavia, alla luce delle nuove norme, potrebbero avere dignità sia una tesi “oggettivistica”, secondo cui se al socio sono conferibili “particolari diritti” *ad personam*, allora si potrebbero creare categorie di quote dotate, come loro qualità *oggettiva*, di “particolari diritti”, e cioè meno inscindibilmente correlate al *soggetto-socio*²⁶²; sia, al contrario, un’opinione “soggettivistica” (invero probabilmente meglio suffragata dalla nuove norme), secondo cui, avendo l’ordinamento offerto la possibilità di dotare *il socio* di questi “particolari diritti”, in consonanza con il carattere maggiormente personalistico della società a responsabilità limitata, allora «nelle società a responsabilità limitata non sarà legittimo creare categorie di quote»²⁶³.

3.10.3 La circolazione dei “particolari diritti”

Se nel comma 2 dell’art. 2468 l’entità dei “diritti sociali” spettanti al singolo socio è dunque connessa alla *quota* di partecipazione (essendo a essa proporzionale), nel comma 3 si parla dell’attribuzione di “particolari diritti” a *singoli soci*, in deroga dunque alla regola di proporzionalità tra diritti sociali e quantità della partecipazione al capitale sociale.

Quindi, evidentemente, questi “particolari diritti” non sono un attributo della quota, ma una “concessione” alla “persona” del socio. E parrebbe gioco facile a questo punto concludere che, essendo questi “particolari diritti”

BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 39; e PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 276; in senso contrario – sulla base essenzialmente della considerazione che il “vecchio” art. 2348, in tema di “categorie di azioni” nella società per azioni, non era nella società a responsabilità limitata espressamente richiamato, né sarebbe stato applicabile per analogia, dal momento che le quote, a differenza delle azioni, non sarebbero in linea di principio eguali tra loro, anzi potrebbero essere tutte diverse sia per ammontare che per la posizione organizzativa che esprimerebbero – opinavano RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 161; e ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* diretto da GALGANO F., Padova, 1985, vol. VIII, 61. Cfr. anche GENNARI F., *La società a responsabilità limitata*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1999, 96.

²⁶² Tesi cui pare aderire FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 58.

²⁶³ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 202; RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G., *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 41.

connessi alla “persona” del socio, se viene meno quella figura (per cessione *inter vivos* o per morte) anche quei diritti fanno la stessa fine, e cioè si spengono²⁶⁴.

Peraltro, non è implausibile nemmeno l’argomentazione contraria²⁶⁵: se Tizio invero abbia “spuntato” per sé quei diritti e quindi se la sua quota sia dotata di un “peso” maggiore di quella che essa avrebbe se quei “particolari diritti” non vi fossero (e quindi essa “valga di più” rispetto a quanto accadrebbe se quei “particolari diritti” non vi fossero), appare eccessivo concludere che quel maggior valore debba venir meno proprio nel momento della sua “sublimazione” e cioè al momento della sua liquidazione monetaria.

Insomma, se Tizio ha una quota del 30 per cento, ma riscuote utili per il 40 per cento, perché mai improvvisamente gli utili dovrebbero tornare a distribuirsi ai vari soci secondo l’entità delle rispettive partecipazioni al capitale sociale per il solo fatto che Tizio muoia o ceda le proprie partecipazioni?

Tra l’altro, su questa presunta cessazione dei “particolari diritti” per il caso di morte ci sarebbe da interrogarsi con un po’ di attenzione: se è verso infatti che l’erede subentra *in universum ius defuncti*, ebbene bisognerebbe spiegargli come questi particolari diritti, di contenuto evidentemente patrimoniale, si spengano in capo al defunto senza poter passare a chi gli subentra a titolo universale.

Insomma, parificare questa situazione a quei pochissimi altri casi (per esempio, il diritto “morale” d’autore, i diritti della personalità quali il diritto

²⁶⁴ Secondo SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 203, «proprio l’inerenza della speciale posizione partecipativa alla persona del socio e non alla quota» fa «riflettere sulla trasferibilità di questa: invero, con la quota ceduta non potrebbero essere trasferiti quei diritti particolari che trovano la loro giustificazione nella persona del socio cedente». Il medesimo concetto («la inerenza della speciale partecipazione alla persona del socio e non alla quota comporta che con questa non potranno essere automaticamente trasferiti i diritti particolari») è ripetuto da questo Autore, in SANTOSUOSSO D.U., *Società a responsabilità limitata, blindate le partecipazioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 gennaio 2003. Nel senso della pertinenza dei “particolari diritti” alla “persona del socio” cfr. anche SALVATORE L., *La nuova s.r.l.: la disciplina dei conferimenti e delle partecipazioni sociali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 240.

²⁶⁵ Per FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 58, non si vede «come possa negarsi che i “particolari diritti” attribuiti a un socio si oggettivizzano nella sua partecipazione e ne seguano le sorti. Non trattandosi, però, di diritti coessenziali alla partecipazione sociale, l’atto costitutivo può limitarne la durata o sancirne il venir meno in caso di trasferimento della partecipazione cui accedono o in altre ipotesi»; per esempio (nota 17) le prerogative gestorie possono essere subordinate al possesso di una partecipazione di una data entità (“il socio “Y” può nominare un amministratore per ogni 15 per cento di capitale posseduto”) venendo meno la quale (si pensi a una cessione parziale della quota) si perderebbero dunque i “particolari diritti”.

all'onore, all'integrità morale, all'identità personale ecc.) in cui le posizioni soggettive proprie di un soggetto si estinguono con l'estinzione del soggetto stesso appare francamente eccessivo, perché in quei casi si punta, per addurne l'estinzione, proprio sulla natura "personalissima" di certe situazioni che, per questo, sono insuscettibili di trasmissione ereditaria. Ma qui di così "personalissimo" non appare esservi nulla, seppur si tratti di "particolari diritti" concessi al socio *ad personam*.

Con la conseguenza, insomma, che bisognerebbe ragionare di cessazione di questi "particolari diritti" dell'art. 2468, comma 3, solamente ove la quota di società a responsabilità limitata fosse oggetto di trasmissione a titolo particolare (e cioè per atto tra vivi o a causa di morte a fronte di un legato), mentre si dovrebbe ritenere la permanenza dei "particolari diritti" in caso di successione a titolo universale?²⁶⁶

In conclusione, visto che rischia di essere asperissima questa tenzone tra le varie tesi in tema di permanenza o di cessazione dei "particolari diritti" in caso di variazione della persona del socio, probabilmente la soluzione giusta sta nell'adottare²⁶⁷ una semplice clausoletta nello statuto sociale ove i soci una volta per tutte stabiliscano a priori se, in caso di trasmissione della quota sociale del socio dotato dei "particolari diritti", anche questi diritti passino o meno all'avente causa: cosicché la questione sarebbe risolta in anticipo prima che si scatenino i dissidi che inevitabilmente si verificherebbero se del problema tra i soci non si fosse mai parlato prima.

3.10.4 La modificazione dei "particolari diritti"

Nel caso dell'attribuzione al socio dei "particolari diritti" di cui all'art. 2468, comma 3, il successivo quarto comma sancisce che, salvo diversa contraria disposizione dell'atto costitutivo / statuto, detti diritti «possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci»²⁶⁸, ivi compreso quindi il consen-

²⁶⁶ Altro "inconveniente" della cessazione dei "particolari diritti", in caso di cessione della partecipazione da parte del socio attributario di quei diritti, è quello delle modalità da seguire per "depurare" l'atto costitutivo/statuto della previsione dei "particolari diritti".

²⁶⁷ Secondo GENNARI F., *La società a responsabilità limitata*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1999, 103, circa la circolazione delle quote "privilegiate" nel previgente ordinamento, «è lasciato alla volontà dei contraenti, come per le quote ordinarie, stabilire eventuali limitazioni al loro trasferimento o decidere se il privilegio circoli unitamente alla quota ovvero si estingua in capo all'originario titolare».

²⁶⁸ In tema di consenso unanime per variazioni statutarie si può osservare che in Francia per la *société par actions simplifiée* il *Code de commerce* (art. L227-14) stabilisce la piena legittimità di clausole di gradimento o (art. L227-13) di inalienabilità ma stabilisce che dette clausole non possono essere modificate o adottate se non con il consenso di tutti i soci. Inoltre, nella legge spagnola sulle *sociedades de responsabilidad limitada* non solo è richiesto il consenso unanime dei soci

so del socio che è dotato dei “particolari diritti” e di cui sia “in gioco” la modifica: è questa un’evidente derivazione del (in questo caso fortissimo) nesso personalistico che lega i soci alla nuova società a responsabilità limitata, di cui è pure espressione il diritto di recesso che l’art. 2473, comma 1, dispone «in ogni caso» (cioè inderogabilmente) ove appunto sia decisa²⁶⁹ una «rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell’art. 2468, quarto comma²⁷⁰».

Va notato quindi come l’unanimità²⁷¹ sia necessaria per *qualsiasi* modifica, a meno che tale regola di unanimità non sia derogata dall’atto costitutivo/statuto della società a responsabilità limitata, mentre il diritto di recesso (che è inderogabile) compete solo per modificazioni qualificabili come «rilevanti» (stupisce²⁷² pertanto che, in caso di modificabilità a maggioranza, il socio che sia diminuito nei propri particolari diritti abbia diritto di recesso solo in caso di modificazioni “rilevanti” e non “in ogni caso”, quando invece la regola di unanimità vale, come detto, per “qualsiasi” modificazione; tuttavia a tale imperfezione, ove la si ritenga tale, si può pur sempre perfettamente rimediare con un apposito “intervento” statutario); e va pure osservato che quando si parla di “unanimità” ovviamente si comprende, come già detto, il consenso anche del socio titolare dei “particolari diritti” (senza cioè che se ne possa pretendere l’astensione per un preteso conflitto d’interessi).

Circa queste modifiche ai “particolari diritti” e alla necessità di unanimità che, di regola, ne consegue, occorre osservare pure che alla regola di unanimità non sono sottoposte solo le decisioni “direttamente” modificative di quei diritti, ma – evidentemente – anche tutte quelle che impattino su

per l’introduzione di clausole limitative alla circolazione delle quote (art. 30) ma è richiesto il consenso dei soci “pregiudicati” per ogni modifica statutaria che concerna i diritti individuali dei soci (art. 71).

²⁶⁹ Essendo questa un’ipotesi di recesso di socio non assenziente (cioè “assente”, “astenuito” o “dissenziente”), evidentemente deve trattarsi di una decisione a maggioranza, abilitata dallo statuto (*ex art.* 2468, comma 4) in deroga alla previsione che le modificazioni inerenti i “particolari diritti” debbono appunto essere adottate all’unanimità.

²⁷⁰ Si tratta invero del “terzo” comma. L’errore è dovuto al fatto che quando venne scritto l’art. 2473, comma 1, i “particolari diritti” in parola non erano contemplati nel terzo ma nel quarto comma dell’art. 2468; il terzo comma riguardava invece l’espressione del valore nominale delle quote in decimali di euro, norma che, presente nella bozza licenziata dalla Commissione Vietti il 29-30 settembre 2002, è poi scomparsa dal testo definitivo del decreto legislativo effettivamente entrato in vigore.

²⁷¹ Nel previgente ordinamento, un caso di unanimità richiesta *ex lege* si aveva per la modificazione delle “prestazioni accessorie” a causa del richiamo nella società a responsabilità limitata che il “vecchio” art. 2478, comma 1, operava con riferimento al terzo comma del “vecchio” art. 2345.

²⁷² Cfr. FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 59.

di essi in modo anche “indiretto”: si pensi al caso della società a responsabilità limitata con capitale di 10mila euro (partecipata da tre soci, in per cento: 40, 30 e 30) che attribuisca al socio che sia possessore del 40 per cento del capitale sociale il “particolare diritto” di nominare tre amministratori su cinque, la quale decida (e questa decisione non dovrebbe poter essere appunto assunta a maggioranza) un aumento di capitale di 3mila euro riservato a un estraneo, con conseguente degradazione sotto il 40 per cento della quota del socio dotato di quel “particolare diritto”²⁷³.

Un’identica regola di unanimità, inoltre, dovrebbe caratterizzare pure la decisione dei soci di introdurre nello statuto la previsione che i diritti particolari di cui all’art. 2468, comma 3, possono essere modificati a maggioranza (in luogo del consenso di tutti i soci richiesto dall’art. 2468, comma 4).

Occorre infine aggiungere che la materia delle operazioni «che comportano una [...] *rilevante* modificazione dei diritti dei soci» è contemplata nel n. 5 del comma 2 dell’art. 2479 nell’elenco di quelle materie per le quali:

- a. vi è «in ogni caso» una competenza decisionale dei soci (art. 2479, comma 2) (e cioè si tratta di materia non statutariamente delegabile all’organo amministrativo);
- b. vi è «in ogni caso» la necessità che la decisione sia assunta con il metodo assembleare (art. 2479, comma 4) (e cioè lo statuto non può abilitare procedure di raccolta del volere dei soci mediante il metodo del “consenso scritto” o della “consultazione espressa per iscritto”).

3.11 I mutamenti nella composizione della compagine sociale

Anche la materia del trasferimento delle partecipazioni al capitale sociale della società a responsabilità limitata riceve una notevole rivisitazione da parte della normativa di riforma del diritto societario.

La nuova disciplina innanzitutto ribadisce la norma per la quale le partecipazioni di società a responsabilità limitata «sono liberamente²⁷⁴ trasmis-

²⁷³ Cfr. FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 59, il quale esemplifica con il caso del socio cui spetti di nominare due amministratori su tre in presenza di una decisione societaria che innalzi da tre a cinque il numero dei componenti dell’organo amministrativo.

²⁷⁴ Inutile questo avverbio, la cui apposizione (innovativamente rispetto al testo previgente) viene quasi a rappresentare una *excusatio non petita* di un legislatore che, pur avendo disegnato un tipo societario connotato da fortissime tinte personalistiche, conserva pur sempre il ricordo del primigenio amore (facendocelo appunto subito notare) verso le radici capitalistiche della società a responsabilità limitata: cfr. ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a

sibili per atto tra vivi e per successione a causa di morte, salvo contraria disposizione dell'atto costitutivo» (art. 2469, comma 1), dal che si può dunque continuare²⁷⁵ a desumere che:

- a. l'atto costitutivo può non disporre nulla per il caso della trasmissione (a titolo particolare o a titolo universale, per atto tra vivi o a causa di morte) delle partecipazioni; in tal caso le partecipazioni sono "liberamente" trasmissibili, senza eccezioni;
- b. l'atto costitutivo può vietare "radicalmente" la trasmissione delle partecipazioni, sia per atto tra vivi che a causa di morte²⁷⁶;
- c. l'atto costitutivo può infine assumere posizioni "intermedie" rispetto alla "libera" trasmissibilità e alla "radicale" intrasmissibilità, prevedendo, per esempio, clausole di prelazione, di gradimento e, per il caso di morte del socio, di "consolidazione" nei superstiti;
- d. è perfettamente lecito qualsiasi patto di sindacato, sia di blocco che di gestione, che abbia a riferimento la partecipazione al capitale sociale di una società a responsabilità limitata²⁷⁷.

3.11.1 Il trasferimento *inter vivos* della quota di partecipazione

L'atto di trasferimento (compravendita²⁷⁸, permuta, conferimento, donazio-

cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 63.

²⁷⁵ Il testo del "vecchio" art. 2479, comma 1, era pressoché identico a quello dell'attuale art. 2469, comma 1: le uniche "differenze" sono che nel nuovo testo, come detto, fa mostra di sé l'avverbio "liberamente" trasferibili in luogo del semplice "trasferibili" del vecchio testo, e che la parola "quote" è ora sostituita dal termine "partecipazioni".

²⁷⁶ Sull'intrasferibilità nel previgente regime: Cass., 12 gennaio 1989, n. 93, in *Giur. comm.*, 1990, II, 563; Trib. Firenze, 27 settembre 1988, in *Riv. not.*, 1988, 136; CARBONARA C., *La clausola di divieto assoluto della circolazione delle quote di società a responsabilità limitata.*, in *Dir. e giur.*, 1997, 297; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 111; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 275; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 519. Cfr. invece RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 214, per la concessione di un diritto di recesso al fine di evitare "l'imprigionamento" del socio.

²⁷⁷ Cfr. ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 64.

²⁷⁸ Sulla vendita con patto di riscatto cfr. Cass., 18 ottobre 1980, n. 5607, in *Vita not.*, 1981, 681, per la quale nel caso in cui le quote di partecipazione a una società a responsabilità limitata siano state

ne, costituzione di rendita vitalizia, dazione in pagamento ecc.) della partecipazione al capitale sociale della società a responsabilità limitata è un *contratto consensuale a efficacia reale*, e cioè un contratto:

- che si *perfeziona* (senza che per detta perfezione occorra²⁷⁹ l'espletamento delle formalità di iscrizione dell'atto traslativo nel Registro delle Imprese e nel libro dei soci)²⁸⁰ con la sola espressione del *consenso* dei contraenti²⁸¹, legittimamente manifestato (art. 1376 del Codice civile)²⁸²; e:

oggetto di vendita con patto di riscatto, il venditore che, avendo esercitato tale diritto, intenda ottenerne il rilascio dai subacquirenti, ha l'onere di provare che le quote di cui chiede la restituzione sono quelle stesse da lui alienate al compratore.

²⁷⁹ Per Trib. Milano, 19 gennaio 1999, in *Società*, 1999, 967, «la cessione delle quote di una società a responsabilità limitata deve ritenersi valida ed efficace tra le parti contraenti anche in caso di mancata iscrizione nel libro dei soci, giacché tale iscrizione, ai sensi dell'art. 2479 c.c., è finalizzata a rendere opponibile il trasferimento delle quote alla società».

²⁸⁰ Cfr. Cass., 25 maggio 1981, n. 3419, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 350, secondo cui «a norma dell'art. 2479 c.c., il trasferimento della quota della società a responsabilità limitata è valido ed efficace *inter partes* indipendentemente dalla sua iscrizione nel libro dei soci, la quale invece è necessaria unicamente affinché il trasferimento sia efficace anche nei confronti della società e dei terzi»; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 1° luglio 1997, in *Società*, 1998, 315, secondo cui «la cessione di quota è da ritenersi un contratto bilaterale consensuale sottoposto alla disciplina dell'art. 1376 c.c. (la proprietà o il diritto si trasferiscono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato). L'atto notarile, quindi, serve a rendere opponibile ai terzi la cessione di quote laddove l'iscrizione nel libro soci mira solamente alla legittimazione del socio (nello stesso senso v. Circolare Consiglio Nazionale del notariato 16 dicembre 1993), legittimazione che attribuisce al socio il diritto di partecipare all'assemblea e a compiere tutti gli atti sociali che ineriscono allo *status* di socio (cosiddetta circolazione della legittimazione). Tale impostazione è stata di recente confermata dalla sentenza 697/1997 della Suprema Corte, con la quale (in linea con l'impostazione assunta da Cass. 7409/1986, Cass. 1355/1985, Cass. 3419/1981) si è stabilito che la quota di partecipazione nella società a responsabilità limitata esprime una posizione contrattuale obiettivata che va considerata come un bene immateriale equiparato ai beni mobili, ai sensi dell'art. 812 c.c., il cui trasferimento è validamente ed efficacemente attuato attraverso un contratto del quale sono parti l'alienante, titolare della quota, e l'acquirente, mentre la società è terza, e il trasferimento è produttivo di effetti indipendentemente dall'iscrizione nel libro dei soci, la cui unica funzione è quella di renderlo efficace nei confronti della società, efficacia, che, si ripete, è finalizzata soltanto a legittimare l'acquirente nei confronti della società attribuendogli il diritto di partecipare all'assemblea e gli altri diritti inerenti allo *status* di socio»; Cass., 10 novembre 1998, n. 11296, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1717, secondo cui nel rapporto tra i contraenti, l'incontro delle rispettive volontà negoziali può legittimamente determinarsi anche per effetto di un semplice telegramma. Cfr. pure Trib. Milano, 19 gennaio 1999, in *Società*, 1999, 967.

²⁸¹ Cfr. GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 481; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 215-216; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 115; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino,

- che ha come *effetto* quello del trasferimento della partecipazione oggetto del contratto stesso dalla sfera di titolarità del dante causa a quella di titolarità dell'avente causa²⁸³.

Già s'è detto (vedasi *supra* il par. 3.8.2) come dalla ritenuta natura della quota di partecipazione al capitale sociale di una società a responsabilità limitata in termini di posizione contrattuale, deriverebbe dunque che il trasferimento della quota integrerebbe una cessione di contratto²⁸⁴; mentre,

1985, 281; RACUGNO G., *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 1057; REVIGLIONE P., *Il trasferimento della quota di società a responsabilità limitata*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 186, Milano, 1998, 101; ANGELICI C., *Sul nuovo testo dell'art. 2479 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 325; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 520.

²⁸² Per un corrispondente principio in materia di trasferimento di azioni, cfr. Cass., 5 settembre 1995, n. 9314, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1997, II, 130, secondo cui «in tema di azioni di società, le formalità previste dalla prima parte dell'art. 2022 c.c. (cosiddetto *transfert*), per cui il trasferimento del titolo nominativo si opera mediante l'annotazione del nome dell'acquirente sul titolo e sul registro dell'emittente, sono necessarie soltanto per l'acquisto della legittimazione all'esercizio dei diritti sociali, mentre per l'acquisto della proprietà del titolo è sufficiente il semplice consenso delle parti legittimamente manifestato, secondo la regola generale di cui all'art. 1376 c.c. In particolare, l'iscrizione nel libro dei soci è necessaria a dimostrare la qualità di socio anche nel rapporto con la società e ha, perciò una funzione meramente certificativa ed esecutiva»; Cass., 7 novembre 1989, n. 4647, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, «la qualità di socio, nel rapporto con società per azioni, anche al fine della legittimazione con riguardo alle controversie inerenti al rapporto stesso, va individuata esclusivamente sulla base delle indicazioni del libro dei soci, senza che rilevi l'eventuale vendita dei titoli azionari a terzi, in considerazione dell'inopponibilità del relativo atto alla società medesima, prima del perfezionarsi del cosiddetto *transfert* con l'iscrizione nel suddetto libro».

²⁸³ Cfr. Cass., 23 gennaio 1997, n. 697, in *Società*, 1997, 647, in *Corriere giur.*, 1997, 684, e in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 720, secondo cui «la quota di partecipazione nella società a responsabilità limitata esprime una posizione contrattuale obiettivata che va considerata come un bene immateriale equiparato ai beni mobili, ai sensi dell'art. 812 c.c., il cui trasferimento è validamente ed efficacemente attuato attraverso un contratto del quale sono parti l'alienante, titolare della quota, e l'acquirente, mentre la società è terza e il trasferimento è produttivo di effetti indipendentemente dall'iscrizione nel libro dei soci, la cui unica funzione è quella di renderlo efficace nei confronti della società».

²⁸⁴ Si tratterebbe, ai sensi degli artt. 1406 e 1407, di una cessione preventivamente consentita dal contraente ceduto, e l'iscrizione del nuovo socio nel libro dei soci varrebbe come notifica al contraente ceduto: cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 101; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 274. *Contra* RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 202. Per Trib. Roma, 23 marzo 1988, in *Società*, 1988, 627, «nelle società a responsabilità limitata, nelle quali il trasferimento delle quote viene inquadrato nell'ambito della cessione del contratto, è legittima la clausola che limita la trasferibilità della quota al mero gradimento anche immotivato degli organi sociali, dato che tale clausola si basa sul principio della necessità del consenso del contraente ceduto alla cessione del contratto».

dalla più moderna e preferibile tesi che obiettivizza (o “reifica”) il fascio delle situazioni giuridiche che fanno capo al socio, deve discendersi che l'atto traslativo della quota va considerato alla stessa stregua di un atto di trasferimento di un qualsiasi altro bene mobile (registrato) (e si vedano *infra* i parr. 3.11.10 e 3.11.11 le questioni circa la doppia vendita della medesima quota e l'acquisto della quota *a non domino*).

L'atto traslativo non ha vincoli di forma²⁸⁵ (e così pure i negozi a esso “collegati”, quali procura e contratto preliminare), fatta ovviamente eccezione per il caso della donazione o altri negozi per la cui validità siano prescritti, anche convenzionalmente, requisiti formali²⁸⁶; tale libertà formale ovviamente non subisce restrizioni a seconda dei beni di cui la società a responsabilità limitata, le cui partecipazioni siano oggetto di cessione, sia titolare²⁸⁷.

Tuttavia un onere di forma è imposto per rendere la cessione efficace sia nei confronti della società che dei terzi in genere²⁸⁸. Infatti:

a. dato che il trasferimento delle partecipazioni ha effetto di fronte alla socie-

²⁸⁵ GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 481. Per Cass., 10 novembre 1998, n. 11296, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1717, «il trasferimento delle quote di una società a responsabilità limitata (art. 2479 c.c.) è atto negoziale a forma libera, da documentarsi per iscritto ai soli e limitati fini dell'opponibilità alla società stessa. Ne consegue che, nel rapporto tra i contraenti, l'incontro delle rispettive volontà negoziali può legittimamente determinarsi anche per effetto di un semplice telegramma, quantunque privo dei requisiti formali di cui all'art. 2705 c.c., requisiti che, condizionando l'equiparazione del telegramma alla scrittura privata, sono indispensabili solo quando si esiga “ad substantiam” la consacrazione della volontà dei contraenti in atti dai medesimi sottoscritti»; secondo Trib. Catania, 11 novembre 1999, in *Arch. civ.*, 2000, 69, «il negozio traslativo di quote di una società a responsabilità limitata, riconducibili alla categoria dei beni mobili ex art. 812, ultimo comma, c.c., si perfeziona con il semplice incontro delle volontà manifestate dalle parti, secondo la norma generale di cui all'art. 1376 c.c.». Cfr. anche App. Bologna, 14 settembre 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, 912, per il quale il trasferimento delle quote può essere provato anche per testimoni.

²⁸⁶ Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 215.

²⁸⁷ Cfr. App. Roma, 29 maggio 2001, in *Società*, 2001, 1354, secondo cui «la cessione delle quote di partecipazione a una società non equivale alla vendita dei beni da questa posseduti; ne consegue che le regole che caratterizzano il trasferimento di tali beni non si estendono alla cessione delle quote della società medesima. In particolare, la prelazione agraria non può essere invocata in caso di cessione di quote di s.r.l. proprietaria di un terreno agricolo».

²⁸⁸ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 206; BARALIS G., BOERO P., *Le vicende delle quote di società a r.l. nella disciplina della legge 310 del 1993*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 295; FERRI G., *In tema di pubblicità del trasferimento di quota di società a responsabilità limitata secondo la legge n. 310*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 335; MASSA FELSANI F., *In tema di forma*

tà²⁸⁹ dal momento²⁹⁰ dell'iscrizione nel libro dei soci (art. 2470, comma 1)²⁹¹, a detta iscrizione si giunge (art. 2470, comma 2) redigendo l'atto traslativo

dei trasferimenti di quote di società a responsabilità limitata (a proposito della legge 12 agosto 1993 n. 310), in Riv. dir. comm., 1994, I, 309; PROTO PISANI A., Appunti sulla modifica dell'art. 2479 c.c., in Riv. dir. comm., 1994, I, 331; SALAFIA V., Gli artt. 2479 e 2479-bis sul trasferimento di quote di società a responsabilità limitata dopo la novella del 1993, in Società, 1997, 932.

²⁸⁹ Cfr. BIONDI B., *Trasferimento di quote e funzione del libro dei soci nella società a responsabilità limitata*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1959, II, 228; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 281; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 217; Cass., 23 gennaio 1997, n. 697, in *Società*, 1997, 647; in *Corr. giur.*, 1997, 684; in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 720, secondo cui «la quota di partecipazione nella società a responsabilità limitata esprime una posizione contrattuale obbiettivata che va considerata come un bene immateriale equiparato ai beni mobili, ai sensi dell'art. 812 c.c., il cui trasferimento è validamente ed efficacemente attuato attraverso un contratto del quale sono parti l'alienante, titolare della quota, e l'acquirente, mentre la società è terza e il trasferimento è produttivo di effetti indipendentemente dall'iscrizione nel libro dei soci, la cui unica funzione è quella di renderlo efficace nei confronti della società»; Trib. Ascoli Piceno, 12 aprile 1994, in *Società*, 1994, 1380, per cui «il negozio traslativo per atto tra vivi della quota sociale di società a responsabilità limitata, nei rapporti "inter partes", è contratto a forma libera, valida ed efficace dal momento del suo perfezionamento; nei confronti della società, a norma dell'art. 2479 comma 2 c.c., è efficace soltanto dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci»; e Trib. Cosenza, 23 febbraio 1994, in *Società*, 1994, 955, secondo cui «la qualità di socio di un società a responsabilità limitata si assume esclusivamente con l'iscrizione nel libro dei soci, ex art. 2490 comma 1 c.c., come prescrive l'art. 2479 c.c., secondo cui il trasferimento di quote sociali ha effetto di fronte alla società (solo) dal momento dell'iscrizione nel libro dei soci».

²⁹⁰ Era errata nei vecchi statuti (perché immotivatamente derivata dalla disciplina della società per azioni) la frequente clausola (che talora è stata, tra l'altro, ritenuta anche illegittima: cfr. Trib. Roma, 2 febbraio 1984, in *Società*, 1985, 192; cfr. per la validità della clausola in questione invece App. Venezia, 27 maggio 1993, in *Società*, 1994, 51; App. Roma, 19 aprile 1984, in *Vita not.*, 1984, 467) secondo cui la partecipazione alle assemblee era possibile solo a chi fosse stato iscritto nel libro soci da oltre cinque giorni, in quanto la legittimazione alla partecipazione all'assemblea avrebbe dovuto sorgere nel momento stesso dell'iscrizione del nuovo socio nel libro soci (cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 309): quella clausola è ancor più errata oggi, in quanto quel vincolo di iscrizione da almeno cinque giorni è stato abrogato e sostituito con facoltative previsioni dello statuto sociale (art. 2370). Da ultimo, cfr. Trib. Napoli, 14 giugno 2000, in *Notariato*, 2001, 39; in *Vita not.*, 2001, 324, secondo cui «per le società a responsabilità limitata non è ammissibile una clausola statutaria che riproduca il contenuto dell'art. 2370 c.c. in quanto viene in rilievo una limitazione che, anche se temporanea, sovverte un principio fondamentale del funzionamento delle società, quale il diritto del socio di esprimere il voto nelle adunanze assembleari, diritto che va considerato intangibile perché espressione di un principio che può ricondursi all'"ordine pubblico economico"».

²⁹¹ Un'applicazione è, per esempio, quella di cui all'art. 2472, per il quale, nel caso di cessione di una partecipazione non integralmente liberata, l'alienante è obbligato solidalmente con l'acquirente, per il periodo di tre anni dall'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci, per i versamenti ancora dovuti.

in forma pubblica²⁹² o nella forma della scrittura privata autenticata²⁹³, il quale deve poi essere depositato entro trenta giorni, a cura del notaio rogante/autenticante, presso l'ufficio del Registro delle Imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale²⁹⁴; l'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci²⁹⁵ ha dunque luogo, su richiesta (per la quale non sussistono vincoli di forma, e che quindi – salvo evidenti problemi probatori – è ammissibile anche in forma orale)²⁹⁶ dell'alienante o dell'acquirente, a cura²⁹⁷ dell'organo amministrativo²⁹⁸, verso esibizione del titolo da cui risultino il trasferimento e l'avvenuto deposito al Registro delle Imprese²⁹⁹;

²⁹² La legge parla invero solo della scrittura privata autenticata e non dell'atto pubblico: ma... *ubi maior...*

²⁹³ L'autenticazione deve concernere entrambe le firme e non, come sembra dire FICO D., *Brevi riflessioni sul trasferimento di quote di s.r.l. alla luce della riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 17, solo quella del cedente.

²⁹⁴ Cfr. D'ALESSANDRO L.F., *Nuove norme per la società per azioni nella cessione di partecipazioni sociali e trasformazione della società*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 343; GUIDOTTI R., *Brevi osservazioni sulla separazione di quote di società a responsabilità limitata ex art. 512 c.c. e sulla pubblicità di cui al 4° comma dell'art. 2479 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1998, II, 99.

²⁹⁵ Che è un'attività propria dell'organo amministrativo e che non necessita quindi dell'intervento (né tantomeno della firma) dei contraenti.

²⁹⁶ Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 220.

²⁹⁷ L'annotazione del libro soci è un *dovere*, oltre che un *potere*, dell'organo amministrativo: cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 221; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 137; PAOLUCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 283. Circa la forma di tale annotazione e, in particolare, circa la necessità della firma (ma la firma non è "solo" un'attribuzione di paternità della scrittura? e quindi essa forse non è così indispensabile per il compiersi della fattispecie, la quale potrebbe intendersi integrata anche dalla mera scritturazione senza firma) dell'amministratore che annota, cfr. FICO D., *Brevi riflessioni sul trasferimento di quote di s.r.l. alla luce della riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 17.

²⁹⁸ Cfr. App. Milano, 29 novembre 1991, in *Foro it.*, 1992, I, 3400, secondo cui «è invalida l'annotazione sul libro soci dei trasferimenti di quote qualora sia eseguita da persona del tutto estranea all'organo preposto all'amministrazione della società e senza che, in nessun modo, tale organo abbia manifestato la propria volontà in proposito»; e Pret. Roma, 21 marzo 1988, in *Tem. rom.*, 1988, 146, secondo cui «l'iscrizione della cessione delle quote nelle società a responsabilità limitata è un atto dovuto e l'amministratore deve provvedervi senza avere alcun diritto di sindacato sul contenuto della cessione» ed è quindi «esperibile la procedura d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. per imporre agli amministratori di società a responsabilità limitata l'iscrizione nel libro soci del trasferimento di quote ai sensi dell'art. 2479 c.c.»; nel medesimo senso dell'esperibilità della procedura di cui all'art. 700 c.p.c. cfr. Trib. Milano, 8 febbraio 1974, in *Giur. comm.*, 1974, II, 438; e Trib. Santa Maria Capua Vetere, 1° luglio 1997, in *Società*, 1998, 313. Secondo RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continua-

- b. se la quota è alienata con successivi contratti a più persone (sul che vedasi *infra* il par. 3.11.10), quella tra esse che per prima ha effettuato in buona fede la suddetta iscrizione nel Registro delle Imprese è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore (art. 2470, comma 3).

3.11.2 Le garanzie dovute dal cedente

Se il cedente è tenuto ovviamente a garantire che la quota esiste, che egli ne è il legittimo titolare, che essa non è gravata da alcun peso o vincolo a favore di terzi, egli peraltro (a meno che non ne abbia esplicitamente assunto la garanzia) non deve pure garantirne il valore e cioè non deve garantire la consistenza del patrimonio della società del cui capitale la quota in questione è parte: infatti, la cessione della quota non è intendibile in termini di cessione della società o dell'azienda sociale³⁰⁰ a meno che la cessione dell'inte-

to da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 223, nota 67, la cautela *ex art.* 700 può essere invocata anche da chi tema il pregiudizio conseguente alla sua possibile "estromissione" dal libro soci (a causa dell'effettuazione di una imminente scritturazione del libro stesso) e quindi alla perdita della qualità di socio.

²⁹⁹ Secondo Trib. Roma, 8 luglio 1997, in *Società*, 1998, 77, «l'acquirente di azioni ha un diritto soggettivo perfetto all'iscrizione del trasferimento nel libro soci, soggetto al controllo formale dell'esistenza e regolarità del negozio traslativo. È invece inammissibile qualsivoglia sindacato sostanziale sulla natura giuridica del contratto di compravendita delle azioni che non si traduca in inesistenza o nullità suscettibile di essere fatta valere anche dalla società sulla base di un interesse concreto; pertanto, sono del tutto irrilevanti riferimenti a una presunta simulazione relativa soggettiva o a forme di interposizione reale».

³⁰⁰ Cfr. Cass., 14 febbraio 1963, n. 325, in *Giust. civ.*, 1963, I, 743; Cass., 28 gennaio 1986, n. 424, in *Giur. comm.*, 1986, II, 277; Trib. Milano, 17 aprile 1989, in *Società*, 1989, 939; Cass., 21 febbraio 1993, in *Giur. it.*, 1995, II, 576, secondo cui «la società a responsabilità limitata è un autonomo soggetto di diritto, distinto dai singoli soci ed è titolare di un proprio patrimonio, costituito dal complesso degli elementi attivi e passivi facenti capo al soggetto societario; il diritto alla quota, che ha natura obbligatoria, attiene, a sua volta, alla porzione dei singoli soci e ha a oggetto non una frazione ideale degli elementi attivi del patrimonio sociale – che appartengono, invece, alla società – ma una percentuale degli utili di ogni esercizio e l'eventuale eccedenza attiva in caso di liquidazione»; App. Milano, 9 settembre 1994, in *Società*, 1995, 531; e in *Vita not.*, 1995, 889, secondo cui «la cessione di azioni di una società immobiliare comporta il subingresso dell'acquirente nello *status* di socio, ma non anche nella proprietà dell'immobile, con conseguente insussistenza dei diritti di prelazione vantati dall'affittuario sullo stesso immobile»; Cass., 16 novembre 2000, n. 14870, in *Giur. it.*, 2001, 306, «il fatto che un socio disponga, direttamente o indirettamente, dell'intero capitale di una società di capitali non determina confusione tra il patrimonio di questa e il patrimonio personale del socio; non può perciò essere attribuita al socio la proprietà di beni appartenenti alla società»; App. Roma, 29 maggio 2001, in *Società*, 2001, 1354, secondo cui «la cessione delle quote di partecipazione a una società non equivale alla vendita dei beni da questa posseduti; ne consegue che le regole che caratterizzano il trasferimento di tali beni non si estendono alla cessione delle quote della società medesima; in particolare, la prelazione agraria non può essere invocata in caso di cessione di quote di società a responsabilità limitata proprietaria di un terreno agricolo»; Trib. Milano, 26 novembre 2001, in *Società*, 2002, 568, «nel caso di compravendita di azioni o quote di società di capitali, l'og-

ro capitale sociale non sia in effetti sostanzialmente rappresentabile come cessione dell'azienda sociale³⁰¹.

Nella prassi, specie nel caso di cessione dell'intero capitale sociale oppure di una quota di maggioranza del capitale stesso, la contrattazione usa³⁰² quindi distribuire tra i contraenti (e far assistere da garanzie questa distribuzione) il rischio di eventuali sopravvenienze passive o minusvalenze, specie di natura fiscale o previdenziale (così come pure l'inesistenza di liti attuali o potenziali, la validità e la corrente regolare esecuzione dei contratti stipulati per l'attività d'impresa, e via dicendo)³⁰³.

Ove dunque nel contratto di cessione non sia diversamente previsto, il cedente della partecipazione non può essere chiamato a rispondere (fatto salvo il ricorrere di fattispecie di frodolenzia) di un eventuale minor valore della società rispetto alle aspettative del cessionario o della sopravvenienza di eventi che menomino il valore "atteso" dal medesimo. Il contratto di compravendita di quote di società a responsabilità limitata ha come oggetto immediato la partecipazione sociale e solo quale oggetto mediato la quota parte del patrimonio sociale che la partecipazione rappresenta; conseguentemente il difetto di qualità della cosa venduta – rilevante ai fini del-

getto immediato del contratto è rappresentato dalla quota di partecipazione nella società – quota intesa come insieme di diritti, poteri e obblighi sia di natura patrimoniale, sia di natura cosiddetta amministrativa, nei quali si compendia lo *status* di socio – e non dai singoli beni facenti parte del patrimonio sociale; tali beni, pur rappresentando la partecipazione di una quota parte del patrimonio sociale, possono costituire l'oggetto "mediato" della cessione con la conseguenza che il cessionario, ove le quote non abbiano le qualità promesse per essere il patrimonio sociale – o i singoli beni da cui è composto – risultato diverso da quello rappresentato dal venditore al momento della stipulazione del contratto, non può far valere gli eventuali vizi o la mancanza delle qualità promesse con l'azione di risoluzione o di annullamento del contratto, salva l'ipotesi in cui le parti abbiano espressamente previsto garanzie in ordine alla consistenza patrimoniale della società, ovvero si verta in materia di dolo; solo in tali ultimi casi sono esperibili le azioni di risoluzione per inadempimento dell'obbligazione di garanzia o di annullamento se il consenso è stato carpito con artifici e raggiri».

³⁰¹ Cfr. Cass., 24 luglio 2000, n. 9682, in *Foro it.*, 2000, I, 3115, secondo cui «in caso di cessione delle quote di una società di capitali (nella specie, di una società a responsabilità limitata), qualora il giudice di merito accerti che le parti hanno in realtà inteso trasferire l'azienda di cui la società è titolare, con conseguente pericolo di sviamento della clientela, deve applicarsi, in via analogica, il divieto di concorrenza previsto dalla legge per l'ipotesi di alienazione dell'azienda».

³⁰² Cfr. BONELLI F., DE ANDRÈ M. (a cura di), *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Milano, 1990, 17; IACCARINO G., MATTERA G., *Clausole di garanzie nei trasferimenti di aziende come oggetto immediato o mediato*, in *Riv. not.*, 1997, 1395.

³⁰³ Cfr. ROMANO PAVONI G., *In tema di azioni e di quote di società: vendita di aliud pro alio*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1953, II, 150. Cfr. pure Cass., 28 agosto 1952, n. 2784, in *Dir. fall.*, 1952, II, 473, nel senso di annullamento del contratto per errore essenziale; Cass., 16 febbraio 1977, n. 721, in *Dir. fall.*, 1977, II, 424, in tema di risoluzione del contratto per mancanza di qualità o vizi della cosa venduta; e Trib. Milano, 30 aprile 1987, in MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 177.

l'annullamento del contratto per errore o della sua risoluzione – deve attere unicamente alla “qualità” dei diritti e obblighi che in concreto la partecipazione sociale sia idonea ad attribuire, mentre non può riguardare il suo valore economico, in quanto esso non attiene all’oggetto del contratto ma alla sfera delle valutazioni motivazionali delle parti e può quindi assumere rilievo solo ove siano state previste esplicite garanzie contrattuali in relazione alla consistenza economica della partecipazione ovvero nel caso di dolo di un contraente e di ogni tipo di errore determinante del consenso³⁰⁴.

³⁰⁴ Cfr. Cass., 21 giugno 1996, n. 5773, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 163; in *Foro it.*, 1996, I, 3382; in *Società*, 1997, I, 33, secondo cui «il contratto ha come oggetto immediato la partecipazione sociale, e solo quale oggetto mediato la quota parte del patrimonio sociale che la partecipazione rappresenta. Con la conseguenza che la disciplina degli artt. 1427 ss. e 1497 c.c., riguardando l’oggetto del contratto in senso giuridico, va applicata tenendo presente che oggetto della compravendita della partecipazione sociale è quest’ultima. Ne deriva che il difetto di qualità – previsto dall’art. 1427 come causa di annullamento e dall’art. 1497 come causa di risoluzione del contratto – in relazione alla compravendita di partecipazioni sociali, essendo queste attributive di un insieme di diritti e obblighi in relazione a una società, può attere unicamente alla “qualità” dei diritti e obblighi che in concreto la partecipazione sociale sia idonea ad attribuire. Non può riguardare, invece, il suo valore economico». Secondo App. Milano, 15 marzo 1991, in *Società*, 1991, 969, «in relazione a una cessione di quote sociali, gli acquirenti, al fine di lamentare fondatamente il diritto alla riduzione del prezzo per inidoneità del bene alienato (quota sociale), in ordine alla qualità promessa, devono dimostrare che vi fosse stata una promessa di qualità del bene alienato»; per Cass., 29 agosto 1995, n. 9067, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1997, II, 18, «in caso di compravendita delle azioni di una società, che si assume stipulata a un prezzo non corrispondente al loro effettivo valore, senza che il venditore abbia prestato alcuna garanzia in ordine alla situazione patrimoniale della società stessa, il valore economico dell’azione non rientra tra le qualità di cui all’art. 1429 n. 2 c.c. relativo all’errore essenziale. Pertanto, non è configurabile un’azione di annullamento della compravendita, basata su una pretesa revisione del prezzo mediante la revisione di atti contabili (bilancio e conto profitti e perdite ex art. 2423 ss. c.c.), per dimostrare che quello non è altro che un errore di valutazione da parte dell’acquirente, anche quando il bilancio della società pubblicato prima della vendita sia falso e nasconda una situazione in forza della quale devono applicarsi gli artt. 2447 e 2448 n. 4 c.c.». Secondo Trib. Milano, 14 settembre 1992, in *Società*, 1993, 511, «la cessione delle partecipazioni sociali è un atto di disposizione patrimoniale che non ha per oggetto direttamente i beni sociali, poiché il bene mobile (e immateriale) trasferito è dato dalla stessa partecipazione sociale, la quale esprime l’insieme dei diritti patrimoniali e amministrativi che qualificano, secondo la tipica disciplina legale, lo status di socio. Da questa premessa deriva una prima generale conseguenza rispetto all’oggetto negoziato: la differente consistenza dei beni patrimoniali della società non incide sull’oggetto del contratto, o sulla qualità della partecipazione, e la sopravvenienza di passività, o la minusvalenza di cespiti attivi, per effetto dei quali il valore del patrimonio sociale risulti diminuito, non possono costituire un vizio rilevante ai sensi della disposizione prevista dall’art. 1490 Codice civile, qualora l’alienante non abbia espressamente assunto la garanzia circa la consistenza del patrimonio sociale».

Invece per Trib. Milano, 27 giugno 1988, in *Società*, 1988, 1164, «un contratto di compravendita dell’intero pacchetto azionario di una società per azioni, in cui la parte venditrice dà espressa garanzia della precisa estensione di un terreno agricolo costituente l’unico reale valore della società è assimilabile a una vendita immobiliare ed è soggetta alle norme di legge in materia di vendita immobiliare»; comunque, secondo Cass., 28 ottobre 1993, n. 10718, in *Foro it.*, 1994, I, 423, «il dolo che vizia la volontà e causa l’annullamento del contratto può consistere nel “mendacio”, purché, valuta-

3.11.3 I limiti statuari alla trasmissione delle quote di partecipazione al capitale sociale e il diritto di recesso

Nel sistema previgente, se lo statuto della società a responsabilità limitata avesse vietato il trasferimento delle partecipazioni, il socio sarebbe rimasto, senza rimedio, “prigioniero” della propria società: non avrebbe potuto pretendere la liquidazione della propria quota né avrebbe avuto alcun rimedio per fuoriuscire dalla società stessa³⁰⁵.

Accettando di essere socio di una società caratterizzata da una previsione statutaria di quel tipo, egli doveva subire le conseguenze di questa situazione; in tale sistema, in sostanza, vi era il principio della prevalenza dell'interesse della società a non subire la depatrimonializzazione conseguente alla fuoriuscita del socio (per la necessità di liquidarlo) rispetto all'interesse del socio di monetizzare la propria partecipazione³⁰⁶.

Questo clima normativo ora subisce invece un mutamento radicale³⁰⁷:

to in relazione alle circostanze di fatto e alle qualità e condizioni dell'altra parte, sia accompagnato da una condotta maliziosa e astuta capace di realizzare l'inganno voluto e a sorprendere la buona fede di una persona di normale diligenza e buon senso, posto che l'affidamento non può ricevere tutela giuridica se è fondato sulla negligenza (nella specie, con la sentenza cassata, il giudice di merito aveva identificato il dolo nel “mendacio” del venditore circa il valore di azioni vendute, senza alcun accertamento della condotta posta in essere dal venditore per rendere credibili le sue affermazioni); e inoltre, per Cass., 3 dicembre 1991, n. 12921, in *Foro it. Mass.*, 1991, «il venir meno o il mancato avveramento delle circostanze di fatto o di diritto non dipendenti dalla volontà dei contraenti ma a questi comuni perché tenute da loro presenti nella formazione del consenso come presupposto del volere determinante ai fini della persistenza del vincolo contrattuale (cosiddetta presupposizione), è causa di risoluzione del contratto anche se non collegato sotto il profilo causale alla violazione delle obbligazioni contrattuali delle parti, dalla volontà delle quali la situazione presupposta deve essere anzi, del tutto indipendente (nella specie, enunciando l'esposto principio, la corte suprema ha ritenuto che il contratto di acquisto delle azioni di una società proprietaria di un panfilo, stipulato allo scopo, comune a entrambe le parti, di procurare all'acquirente la disponibilità dell'imbarcazione, potesse essere risolto per il venir meno del presupposto dell'immediata utilizzabilità di tale imbarcazione in seguito al sequestro giudiziario eseguito da un terzo, anche se tale sequestro non poteva essere addebitabile al venditore delle azioni)».

³⁰⁵ Cfr. BUTTARO L., *Sull'ampiezza e sulle conseguenze delle limitazioni alla circolazione delle quote di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1992, 489.

³⁰⁶ Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 214, per la concessione di un diritto di recesso al fine di evitare “l'imprigionamento” del socio; cfr. sul tema pure BUTTARO L., *Sull'ampiezza e sulle conseguenze delle limitazioni alla circolazione delle quote di s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 1992, 488; e CENNI D., *La cessione di quote di s.r.l. per atto tra vivi*, in *Contr. e impr.*, 1993, 1124.

³⁰⁷ Per la *società per azioni* il nuovo art. 2355-bis dispone che nel caso di azioni nominative e in quello di mancata emissione dei titoli azionari, lo statuto «può sottoporre a particolari condizioni il loro trasferimento e può, per un periodo non superiore a cinque anni dalla costituzione della società o dal momento in cui il divieto viene introdotto, vietarne il trasferimento» (comma 1); e

dispone infatti il comma 2 dell'art. 2469 che qualora l'atto costitutivo preveda l'intrasferibilità (o altri rilevanti limiti al trasferimento, di cui oltre) delle partecipazioni, il socio può esercitare il diritto di recesso³⁰⁸, con l'unico temperamento che l'atto costitutivo (o lo statuto, che dir si voglia) può stabilire un termine, non superiore a due anni dalla costituzione della società o dalla sottoscrizione della partecipazione, prima del quale il recesso non può essere esercitato³⁰⁹; si tratta evidentemente di un termine che la legge consente di prevedere a tutela della coesione di una data compagine socia-

che le clausole dello statuto che subordinano il trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali o di altri soci sono inefficaci se non prevedono, a carico della società o degli altri soci, un obbligo di acquisto oppure il diritto di recesso dell'alienante (comma 2) (questa disposizione pure si applica, ai sensi del comma 3, in ogni ipotesi di clausole che sottopongono a particolari condizioni il trasferimento a causa di morte delle azioni, salvo che sia previsto il gradimento e questo sia concesso).

Per le *società cooperative*, l'art. 2530, ultimo comma, dispone che «qualora l'atto costitutivo vieti la cessione della quota o delle azioni il socio può recedere dalla società, con preavviso di novanta giorni. Il diritto di recesso, in caso di divieto statutario di trasferimento della partecipazione, non può essere esercitato prima che siano decorsi due anni dall'ingresso del socio nella società».

³⁰⁸ Esercitare il diritto di recesso significa domandare da parte del socio la liquidazione della propria partecipazione, in quanto «i soci che recedono dalla società hanno diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione in proporzione del patrimonio sociale» (art. 2473, comma 3), la cui entità va dunque determinata tenendo conto del suo valore "corrente". Quindi, a meno di introdurre clausole statutarie che dispongano i criteri in base ai quali questa valutazione vada effettuata e quali siano le voci da considerare per comporre questo patrimonio, il criterio che la legge indica come *default* è indubbiamente quello della valutazione "venale" e quindi non certo al valore nominale né al valore meramente contabile. Tra l'altro, il medesimo terzo comma dell'art. 2473 dispone che, se vi sia disaccordo tra i soci in ordine alla determinazione del valore della quota del recedente, questa valutazione deve essere compiuta mediante una «relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente». A questo arbitraggio sul valore, aggiunge la norma in questione, si applica il primo comma dell'art. 1349 del Codice civile, con la conseguenza quindi che: a) l'arbitratore deve procedere con "equo apprezzamento" e non con mero arbitrio; b) se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice; c) non si applica la norma, propria dell'arbitratore che opera con "mero arbitrio" secondo cui la determinazione rimessa al terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede, conseguendosene dunque che per l'impugnativa è "sufficiente" addurre l'iniquità della valutazione.

³⁰⁹ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «nel secondo comma dell'art. 2469 si è espressamente previsto, in attuazione del secondo comma, lett. f), art. 3 della legge di delega, che nel caso in cui l'atto costitutivo prevede l'intrasferibilità della partecipazione o la assoggetti senza alcuna condizione o limite al gradimento di organi sociali, degli altri soci o di terzi spetta inderogabilmente al socio il diritto di recesso. È solo possibile, a tutela della buona fede contrattuale, porre limiti temporali per l'esercizio di tale diritto e impedire così comportamenti che pregiudichino l'interesse delle altre parti di un rapporto come quello societario: perciò si è ammessa la possibilità che l'atto costitutivo impedisca per i primi due anni dalla costituzione della società o dall'adesione a essa l'esercizio del diritto di recesso».

le³¹⁰ nella sua fase di *start-up*³¹¹ fino a un limite (quello di due anni) oltrepassato il quale, se la società non è in grado di far fronte alla richiesta di liquidazione delle partecipazioni di un dato socio, nel bilanciamento degli interessi che occorre contemperare (tra quelli del socio al suo non imprigionamento e quelli della società a non subire svuotamenti del suo patrimonio), il legislatore ritiene dunque opportuno far prevalere quelli del socio, il tutto, ancora una volta, come affermazione del clima di “centralità” della persona del socio e delle sue esigenze che di sé ammantano, come più volte detto, tutta la riforma della società a responsabilità limitata.

Più precisamente, la previsione della normativa di riforma del diritto societario che attribuisce al socio il diritto di recesso nel caso di presenza nello statuto di clausole di intrasferibilità delle partecipazioni al capitale sociale della società a responsabilità limitata accomuna, sotto il profilo della facoltà di recesso dei soci che le “subiscano”, alle clausole di vera e propria intrasferibilità anche quelle previsioni statuarie da cui discendano:

- a. la subordinazione del trasferimento delle quote di società a responsabilità limitata al gradimento di organi sociali, di soci o di terzi «senza prevederne condizioni e limiti» (è questa la definizione che dunque il legislatore usa per la clausola cosiddetta di “mero gradimento”, e cioè la clausola che appunto subordini la trasmissione della partecipazione al gradimento di un dato soggetto/organo senza che appunto l’espressione di detto gradimento sia subordinata “a condizioni o limiti” dai quali chi deve dare il *placet* sia condizionato);
- b. la subordinazione del trasferimento delle partecipazioni a causa di morte a «condizioni o limiti» che l’impediscano «nel caso concreto»³¹².

³¹⁰ Secondo TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in *Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 25 (del dattiloscritto), «il diritto di recesso costituisce oggetto di una previsione avente carattere imperativo, nei confronti della quale l’autonomia privata, mediante apposita clausola dell’atto costitutivo, può soltanto stabilire un termine, non superiore a due anni dalla costituzione della società o dalla sottoscrizione della partecipazione, prima del quale il recesso non può essere esercitato (la facoltà dell’atto costitutivo di introdurre tale specifica limitazione sembra da riconoscere, in forza di un’interpretazione estensiva della norma, anche nell’ipotesi di ingresso di un nuovo socio a seguito di acquisto della partecipazione anziché di sua sottoscrizione in sede di aumento del capitale, dal momento che, nell’uno e nell’altro caso, le esigenze di stabilità della partecipazione che giustificano sul piano astratto la temporanea limitazione del diritto di recesso del socio impedito di cedere la propria partecipazione sembrano meritevoli di una eguale disciplina)».

³¹¹ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 203.

³¹² “Nel caso concreto” significherebbe che ha diritto di recesso sia il socio di una società nel cui

In altri termini, può recedere dalla società a responsabilità limitata il socio che trovi nello statuto della società cui egli partecipa sia clausole che vietino radicalmente il trasferimento della partecipazione sia clausole di gradimento “mero”, per mero” intendendosi dunque che il gradimento non è sottoposto a “condizioni o limiti” (va notato che il recesso compete “in astratto” e cioè in ogni momento, per il solo effetto della presenza di una clausola siffatta nello statuto sociale, e che quindi il recesso non è “in concreto” connesso, per esempio, a un diniego di gradimento)³¹³; allo stesso modo, può recedere il socio (o gli eredi del socio: ma per questi non si tratta di un vero e proprio recesso, quanto di un diritto alla liquidazione della quota nel cui subentro essi sono impediti, come *infra* specificato al par. 3.11.8) in presenza di clausole statutarie che impediscono agli eredi medesimi di subentrare nel capitale sociale al posto del socio defunto.

Attribuire il diritto di recesso³¹⁴ significa dunque invertire radicalmente lo spirito che caratterizzava il diritto previgente: prima, come detto, prevaleva l'interesse della società a preservare le proprie consistenze patrimoniali (e ciò anche nell'interesse dei suoi creditori), senza dover far fronte alla necessità di liquidare il socio o i suoi eredi³¹⁵, e quindi prevaleva l'inte-

statuto vi sia una clausola di intrasmissibilità *mortis causa*, sia il socio (in ipotesi privo di discendenti) di una società nel cui statuto sia, per esempio, consentita la successione dei soli “discendenti” dei soci: in astratto, la successione è consentita, ma “nel caso concreto”, appunto, tale successione è impedita. Cfr. sul punto TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 17 (del dattiloscritto).

³¹³ Cfr. invece AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 63, la quale accampa dubbi sul punto se il diritto al recesso competa per la sola *generica* presenza della clausola di gradimento nell'atto costitutivo/statuto o se invero debba concretarsi uno *specifico* diniego rispetto a una richiesta di gradimento.

³¹⁴ La previsione di recesso in presenza di quelle clausole è di diritto imperativo e quindi inderogabile: in tal senso ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 65.

³¹⁵ Chi esercita il diritto di recesso a causa della presenza nelle tavole statutarie della società di una clausola di intrasferibilità delle partecipazioni, ha diritto a essere liquidato entro sei mesi dall'effettuazione della comunicazione di recesso. Il rimborso delle partecipazioni può avvenire:

- in primo luogo, a opera degli altri soci, i quali, in sostanza, si fanno carico in questo caso dell'acquisto delle partecipazioni del recedente; evidentemente, ciascun socio effettuerà questo acquisto delle partecipazioni del recedente in misura proporzionale alla caratura della propria partecipazione al capitale sociale, ma è pure possibile che i soci si accordino di effettuare un acquisto non proporzionale (e quindi che uno o più soci acquistino in misura maggiore o minore rispetto agli altri) oppure che solo taluni dei soci acquistino le partecipazioni del recedente mentre altri non acquistino nulla; più problematico è invece stabilire se, mancando l'accordo sull'acquisto non proporzionale, i soci che non intendano acquistare e che non vogliano vedere annacquata la loro caratura possano pretendere che sia la società a provvedere alla liquidazione del recedente,

resse a mantenere in vita la società per il “valore aggiunto” che, nel mondo economico, consegue all’esistenza stessa di un ente societario, rispetto all’interesse del socio a liberarsi dalle “catene” che gli derivano dalla sua iscrizione nel libro dei soci (si sa che è assai spesso difficile liquidare una partecipazione, stanti la scarsa disponibilità di mezzi finanziari utilizzabili a tal fine e la notoria scarsa patrimonializzazione delle società a responsabilità limitata, e che quindi lo scenario assai probabile, in questi casi, è addirittura quello dello scioglimento della società, appunto incapace di trovare le risorse necessarie a provvedere a quella liquidazione).

Oggi invece si instaura un clima normativo perfettamente antipodico rispetto a quello previgente: la riforma, come noto, mette al centro della situazione (pur tenendo sempre presenti le esigenze di tutela dei terzi connesse all’integrità del patrimonio sociale) la persona del socio e le sue esigenze, cosicché tutte le nuove norme sono indirizzate a tenere sempre in primo piano la figura del socio e a fargli ruotare attorno ogni altro interesse. Il legislatore non punta più, come prima, sull’interesse della società a

così impedendo agli altri soci, disponibili all’acquisto, di aumentare l’incidenza della propria partecipazione al capitale sociale sommando le quote già possedute con quelle acquistate dal recedente;

- in secondo luogo, a opera di un terzo, che (dice l’art. 2473, penultimo comma) deve essere «concordemente individuato da soci medesimi» e che quindi subentra nella compagine sociale sostituendosi al recedente: qui, in altri termini, non v’è spazio per decisioni a maggioranza, in quanto il terzo acquirente va, appunto “concordemente” individuato, e pertanto scelto dai soci non recedenti all’unanimità;
- in terzo luogo, una volta inutilmente esperiti i tentativi che precedono, a opera della società, la quale, a tal fine, deve utilizzare le riserve disponibili alla liquidazione del recedente o, se queste mancano, procedere a una corrispondente riduzione del capitale sociale, seguendo le medesime norme che presidono la decisione dei soci di ridurre il capitale sociale (e quindi in particolare la regola circa l’eseguità della riduzione soltanto dopo tre mesi dal giorno dell’iscrizione nel Registro delle Imprese della decisione medesima, purché entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all’iscrizione abbia fatto opposizione).

Infine, ove anche quest’ultima modalità sia impraticabile, la società incapace di soddisfare l’istanza di liquidazione del recedente deve essere radicalmente liquidata: quindi, vanno pagati i debiti, vanno riscossi i crediti e il patrimonio che residua va ripartito tra tutti i soci, sia quello che ha chiesto il recesso sia gli altri. È qui dunque evidente che va in frantumi sotto l’impatto di queste previsioni il principio che aveva caratterizzato il diritto previgente circa la preminenza, sugli interessi personali del socio, dell’interesse della società all’integrità del proprio patrimonio e alla sua stessa esistenza: la società a responsabilità limitata, sotto questo aspetto, diventa nel nuovo diritto una vera e propria società di persone e il socio assume in questa struttura societaria una figura di «rilevanza centrale» (art. 3, comma 1, lett. a), D.lgs. 366/2001), con la conseguenza che (ferme restando le garanzie per i terzi circa la tutela della consistenza del patrimonio sociale) tutto può e deve essere piegato ai suoi interessi e che la società non è più un’entità che si sovrappone al socio e che ne comprime gli interessi ma è una forma organizzativa dell’attività imprenditoriale talmente impregnata delle persone dei suoi soci da dover essere il loro personale strumento operativo e da non poter né dover avere una missione diversa da quella del perseguimento degli obiettivi che il socio si propone giorno per giorno di raggiungere.

ogni costo, ma a ritagliare su misura per il socio le situazioni in cui egli si viene a trovare, senza più subordinare i suoi interessi a quelli della società della quale egli si trova a far parte.

3.11.4 Le clausole di intrasferibilità (“assoluta” e “relativa”)

Come detto, dunque, dall’inserzione³¹⁶ nello statuto di una clausola di intrasferibilità delle partecipazioni deriva per qualsiasi³¹⁷ socio il diritto di recesso, con il solo (possibile, cioè se statutariamente previsto) temperamento del termine biennale (dalla data dell’atto costitutivo o dalla sottoscrizione della partecipazione) durante il quale il recesso non può essere esercitato.

Se senz’altro questa nuova previsione legislativa si applica dunque a una clausola di intrasferibilità “assoluta” (del tipo: «Le quote di partecipazione al capitale sociale sono intrasferibili»), cioè “senza confini”, occorre ragionare un momento sulle conseguenze, a livello di recesso, che si determinerebbero per clausole che invece dispongano un’intrasferibilità “relativa”, cioè limitata entro un dato “perimetro” di possibili eventi; per esempio:

- un’intrasferibilità *solo per un certo periodo* (del tipo: «Le quote di partecipazione al capitale sociale non possono essere trasferite per un triennio dal loro acquisto»);
- un’intrasferibilità *solo mediante certi negozi giuridici* (del tipo: «Le quote di partecipazione al capitale sociale non possono essere trasferite che per negozio giuridico a titolo oneroso»);
- un’intrasferibilità *solo verso certi soggetti* (del tipo: «Le quote di partecipazione al capitale sociale possono / non possono essere trasferite a soggetti diversi dai soci e dai loro parenti entro il quarto grado»);

eccetera (la casistica è ovviamente sterminata, stante l’infinito novero dei peculiari interessi personali dei soci che lo statuto della nuova società a responsabilità limitata è vocato a “ospitare”).

³¹⁶ Originaria (e cioè con l’introduzione di dette clausole già direttamente nell’atto costitutivo/statuto) o sopravvenuta (e cioè introducendole con una modificazione successiva dell’atto costitutivo/statuto, per il che pare occorrere l’unanimità dei consensi dei soci, in linea con quanto è prevalentemente ritenuto per l’introduzione di clausole di gradimento o di prelazione, sul che vedansi *infra* i parr. 3.11.6.3 e 3.11.7.4).

³¹⁷ Si tratta cioè di un diritto di recesso che non deriva al socio dal suo non aver partecipato all’adozione di una data decisione, ma che deriva (e quindi anche per il socio di maggioranza) dal “semplice” fatto della presenza nello statuto sociale di dette clausole.

Ritenere che qualsiasi previsione di intrasferibilità “relativa” (per assurdo: «Le quote di partecipazione al capitale sociale non sono trasferibili per il periodo di una settimana dal loro acquisto») generi le stesse conseguenze (cioè ne scaturisca il diritto di recesso) che si determinano per effetto delle clausole di intrasferibilità “assoluta” è evidentemente eccessivo, senza che vi sia bisogno di motivare particolarmente questa affermazione; in altri termini, quando l’art. 2469, comma 2, si esprime nel senso che «qualora l’atto costitutivo preveda l’intrasferibilità delle partecipazioni o ne subordini il trasferimento al gradimento di organi sociali, di soci o di terzi *senza prevederne condizioni e limiti*, o ponga condizioni o limiti che nel caso concreto impediscono il trasferimento a causa di morte», occorre probabilmente leggere questa norma in modo che l’espressione «senza prevederne condizioni e limiti» non sia scritta come se riferita al solo caso della clausola di gradimento ma anche³¹⁸ al caso della clausola di intrasferibilità assoluta, con la conseguenza che, se si ha una clausola di *mera intrasferibilità*, così come accade per la clausola di *mero gradimento*, allora ben vi è il diritto di recesso, ma se si ha una clausola di *intrasferibilità “relativa”* (così come quando si ha una clausola di *gradimento non “mero”*) allora le porte del recesso si dovrebbero aprire solamente se si tratti di *condizioni e limiti di intrasferibilità* talmente “vasti” da determinare la qualificazione di quella clausola in termini di clausola di *mera intrasferibilità*.

Due considerazioni almeno discendono poi da questo ragionamento:

- a. la prima considerazione riguarda la clausola di prelazione, che è anch’essa una clausola che pone *condizioni e limiti* alla circolazione delle quote di partecipazione al capitale sociale della società a responsabilità limitata³¹⁹; ebbene, anche qui non si ha certo diritto di recesso ove i limiti previsti dalla clausola di prelazione non si traducano di fatto nella necessità di riqualificare quella clausola in termini di clausola di intrasferibilità assoluta ma dovrebbe nascere invece il diritto di recesso ogni qualvolta la clausola preveda condizioni di trasferibilità talmente limitate da impedire di fatto la circolazione delle partecipazioni³²⁰;

³¹⁸ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 204.

³¹⁹ *Contra* SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 205, per il quale invece le clausole di prelazione «dovranno in via di principio considerarsi valide e ininfluenti ai fini dell’attribuzione del diritto di recesso in quanto, in generale, non comprimono il diritto all’*exit*».

³²⁰ Per fare un esempio, si può prendere a riferimento il caso esaminato da App. Bologna, 6 febbraio 2001, in *Società*, 2001, 1069, ove quella Corte ha ritenuto che «costituisce un patto di prelazione a favore dei soci cedenti della società a responsabilità limitata, giustificato dal fine di impedire opera-

b. la seconda considerazione riguarda l'evidentissima difficoltà redazionale di queste clausole, dal cui letterale tenore dunque dipende l'attribuibilità ai soci del diritto di recesso: se esse vengano quindi inconsapevolmente scritte senza avvedutezza e senza la necessaria perizia oppure se esse, al contrario, vengano scritte avvedutamente ma creino una situazione di sostanziale intrasferibilità ecco che il giudice investito della questione se, stante un dato statuto, ai soci di quella società spetti o meno di essere liquidati, non potrà probabilmente non decidere nel senso della recedibilità.

È infatti inevitabile (e non potrebbe essere altrimenti, al cospetto delle infinite situazioni che nella pratica si presentano sotto questo profilo) ritenere che *le condizioni e i limiti* di cui all'art. 2469, comma 2, siano da qualificare nei termini di una vera e propria "clausola generale" di cui volta per volta la giurisprudenza pratica dovrà valutare la ricorrenza per attribuire o meno il diritto di recesso al socio della società nel cui statuto detti *condizioni e limiti* siano apposti. Ed è oltremodo difficile, a priori, indicare le linee guida del ragionamento che occorrerà sviluppare per giungere al risultato di consentire o di negare in queste fattispecie il diritto di recesso.

Tuttavia, qualche piccolo passo può fin da ora cominciare a compiersi.

Per esempio, può qui ripetersi che i concetti di intrasferibilità assoluta (e di gradimento mero) sono senz'altro da equiparare a un'intrasferibilità talmente difficoltosa³²¹ (o a un giudizio di gradimento talmente irragionevole o discrezionale) da non permetterne che una qualificazione in termini di clausole «che nel caso concreto impediscono il trasferimento».

Ancora, all'intrasferibilità assoluta è da equiparare un'intrasferibilità per un periodo troppo lungo³²²: sicuramente non è lungo un periodo di due anni (tanto è vero che la legge, sempre all'art. 2469, comma 2, come già detto, consente di introdurre nello statuto di società a responsabilità

zioni speculative della società acquirente e retrovedente, la scrittura privata con la quale si conviene: che alcuni fra i soci di una società a responsabilità limitata cedano le rispettive quote di partecipazione in una società a responsabilità limitata a una società per azioni; che la società per azioni, in data posteriore, con il "coinvolgimento" dei cedenti, verifichi, alla luce delle prospettive di sviluppi sinergici con le proprie attività, la sussistenza del proprio interesse a mantenere le partecipazioni acquisite; che tutti i soggetti titolari delle quote della società a responsabilità limitata non debbano cedere le proprie partecipazioni fino al momento della verifica; che la società per azioni avrà facoltà di retrovendere, a un prezzo predeterminato, le quote ai precedenti titolari qualora, in sede di verifica, manifesti disinteresse a rimanerne titolare».

³²¹ Circa una fattispecie di "combinazione" tra clausole di prelazione e clausole di gradimento cfr. Cass., 22 agosto 1997, n. 7857, in *Foro it.*, 1998, I, 878; in *Società*, 1998, 284; in *Contratti*, 1998, 113; in *Notariato*, 1998, 422.

³²² Ed è inevitabile a questo punto evocare i «convenienti limiti di tempo» di cui all'art. 1379.

limitata il divieto di recesso per un biennio nel caso in cui lo statuto stesso contenga clausole limitative della trasferibilità da cui discenda appunto il diritto di recesso), così come, probabilmente, non è lungo un periodo di cinque anni³²³, che è un termine normalmente tollerato dal legislatore (si vedano, per esempio, la durata quinquennale dei patti parasociali di cui all'art. 2341-*bis*, ove significativamente si prevede – di contro – il diritto di recesso dal contratto parasociale stipulato a tempo indeterminato, segno evidente che fino al quinquennio il legislatore tollera l'impegno; nonché, la durata quinquennale del patto di non concorrenza di cui all'art. 2596 e all'art. 2557; e ancora la disposizione del testatore di non dividere prima del passaggio di cinque anni dalla sua morte, di cui all'art. 713, comma 3; così come dall'art. 1111, comma 1, si desume che l'autorità giudiziaria può disporre la dilazione di un quinquennio rispetto alla domanda di un comunista di addivenire allo scioglimento della comunione).

A favore della plausibilità del termine quinquennale depone pure l'art. 2355-*bis*, comma 1, secondo cui lo statuto di società per azioni può sottoporre a particolari condizioni il trasferimento delle azioni «e può, per un periodo non superiore a cinque anni dalla costituzione della società o dal momento in cui il divieto viene introdotto, vietarne il trasferimento».

Meno favore è invece probabilmente concedibile a un termine decennale, pur se un argomento non trascurabile è ritraibile dall'art. 1111, comma 2, ove si sancisce che «il patto di rimanere in comunione per un tempo non maggiore di dieci anni è valido e ha effetto anche per gli aventi causa dai partecipanti» e che «se è stato stipulato per un termine maggiore, questo si riduce a dieci anni» (pur se il successivo comma 3 fa salva, ed è da qui che può trarsi un argomento sfavorevole, la facoltà dell'autorità giudiziaria di «ordinare lo scioglimento della comunione prima del tempo convenuto» ove «gravi circostanze» lo richiedano). Invero, appare ardito “pescare” dal Libro (*statico*) “della Proprietà” argomenti limitativi della *dinamica* del Libro “del Lavoro”.

³²³ Per SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 205, se il limite di due anni è tollerabile, il suo superamento, per esempio, fino a cinque anni, può essere connesso «in relazione a determinati risultati che ragionevolmente possono attendersi (o non attendersi) dall'impresa, senza che possa scattare il recesso in quanto appunto la clausola non sarebbe di assoluta intrasferibilità né impedirebbe concretamente di vendere se non a certe “condizioni” e “limiti”». In altri termini, lo scavalco del biennio sarebbe consentito, senza cioè darsi luogo a recesso nei casi in cui l'intrasferibilità fosse disposta «*ad libitum* o irragionevolmente per un periodo di tempo superiore a due anni. Prospettiva cioè che apre la strada alla legittimità di clausole di “irragionevole intrasferibilità” senza facoltà di recesso, ossia per un periodo maggiore di due anni, purché (in ciò dovrebbe consistere la ragionevolezza) vi sia una giustificazione nell'interesse di impresa o dei soci, e in ogni caso il periodo non sia troppo lungo».

3.11.5 Intrasferibilità delle quote nei “vecchi” statuti e diritto di recesso

Se dunque l'introduzione nei nuovi statuti della previsione di intrasferibilità delle partecipazioni genera questa “ingombrante” facoltà di recesso del socio, è legittimo chiedersi come la riforma impatti con i “vecchi” statuti che contengano clausole di intrasferibilità delle partecipazioni al capitale di una data società a responsabilità limitata.

In altri termini: essendo state scritte (ed essendo state da tutti i soci accettate) quelle clausole di intrasferibilità in quel clima normativo che permetteva l'irrevocabile “prigionia” del socio nel libro dei soci, si applica dunque a queste situazioni la nuova norma che consente al socio “prigioniero” la facoltà di chiedere la liquidazione della quota di partecipazione? oppure questa nuova (e rivoluzionaria) normativa si applica solo alle clausole di intrasferibilità scritte dopo l'entrata in vigore della riforma?

A prima vista, quest'ultima tesi sembra più equa: se io ho accettato di “imprigionarmi” nel libro dei soci e quindi i miei consoci e io abbiamo puntato sul fatto che la società (e i suoi soci di conseguenza) non debbano trovarsi nella situazione, un bel giorno, di dover far fronte alla liquidazione della quota di chi pretenda di recedere, allora può sembrare iniquo che le regole con le quali questa partita è iniziata improvvisamente subiscano un radicale mutamento; sarebbe come se, in sostanza, scese in campo le squadre con undici giocatori a maglia azzurra contro altri undici a maglia verde, a un certo punto del primo tempo l'arbitro si togliesse la giacchetta nera e indossasse la maglia di una delle due squadre.

A questa visione, che è comunque suggestiva e che indubbiamente lascia il segno, va peraltro contrapposto il “freddo” ragionamento secondo cui la nuova norma non contiene previsioni di una sua applicazione solo per le clausole statutarie di intrasferibilità firmate dopo l'entrata in vigore della riforma e che quindi, a parte il ragionamento appena fatto (che peraltro punta molto su considerazioni di natura “economica” ma che di “giuridico” non appare poi essere granché dotato), non sembrano esservi fondate ragioni per non estendere l'applicazione della nuova norma sul diritto di recesso anche ai “vecchi” statuti, oltre che ovviamente applicarsi a quelli nuovi: se una legge “nuova” entra in vigore, inevitabilmente essa si applica anche alle situazioni “vecchie” sovrapponendosi a esse, a meno che in base a espliciti dettati normativi o a principi generali (del tipo: *nullum crimen, sine lege*) essa appunto non possa riverberare sulle partite che sono già iniziate. Ma se queste norme o questi principi manchino, come pare accada qui, ebbene è difficile lo sforzo di riassorbire questa esondazione della nuova norma entro gli argini degli statuti prima d'ora sottoscritti.

E quindi chi aveva fino a ora scommesso su queste clausole per puntare sulla necessaria permanenza in società di tutti i soci, senza che nessuno di essi (di maggioranza o di minoranza) potesse chiedere di essere liquidato,

ora dovrà probabilmente mutare le proprie strategie e ripensare i rapporti di forza, gli assetti e le situazioni alla luce della (indubbiamente) imbarazzante (sotto questo profilo) entrata in vigore del nuovo diritto.

3.11.6 La clausola di gradimento nella società a responsabilità limitata

La clausola di gradimento è la clausola per la quale il trasferimento della partecipazione è, caso per caso, subordinato:

- al *placet* immotivato del soggetto o dell'organo cui lo statuto attribuisce il potere di gradimento (è la cosiddetta clausola di "mero gradimento");
- al *placet* del soggetto o dell'organo cui lo statuto attribuisce il potere di verificare la sussistenza nel cessionario di determinati requisiti, oggettivi o soggettivi (cosiddetto gradimento "non mero").

Deputato al gradimento può essere un organo sociale (per esempio: l'organo amministrativo, l'assemblea dei soci, il collegio sindacale) o extrasociale (si pensi a un collegio di arbitratori), un singolo membro di quegli organi o anche un terzo estraneo rispetto alla società³²⁴.

La clausola di gradimento aveva finora rappresentato un problema solo nella società per azioni. Nella società a responsabilità limitata, infatti, potendosi addirittura prevedere statutariamente il divieto di circolazione delle quote di partecipazione al capitale sociale, l'inserzione della clausola di gradimento (sia che si trattasse di un gradimento "mero" sia che lo "sgradimento" fosse da suffragare con una motivazione) era, "per derivazione", ritenuta perfettamente valida³²⁵ e non dava luogo a nessun problema: chi

³²⁴ Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 110.

³²⁵ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 519; Trib. Napoli, 28 maggio 1997, in *Società*, 1998, 71, secondo cui «la libera trasmissibilità non costituisce connotato essenziale delle quote di una s.r.l., ben potendo essere questa limitata al mero gradimento degli organi sociali o degli altri soci (Cass. n. 2054/1954, Cass. n. 11057/93). In questa stessa prospettiva si è giunti anche ad affermare la legittimità di una previsione di intrasmissibilità assoluta (Cass. n. 2637/93). A ulteriore corollario dell'orientamento indicato si è anche soliti ricordare che nelle società a responsabilità limitata, rispetto alle società per azioni, è più rilevante l'apporto personale, pur nel medesimo contesto di generale distacco della quota di partecipazione dalla persona fisica del socio quale minimo comun denominatore delle società di capitali; talché sembra più giustificato un orientamento di maggiore favore verso clausole che in qualche misura tendano alla salvaguardia della composizione sociale»; Trib. Roma, 23 marzo 1988, in *Società*, 1988, 627; Cass., 9 novembre 1993, n. 11057, in *Foro it.*, 1994, I, 1456; in *Società*, 1994, 475; in *Vita not.*, 1994, 820; App. Torino, 19 gennaio 2001, in *Notariato*, 2001, 374; e in *Riv. not.*, 2001, 935, secondo cui «stante la for-

avesse aderito a una società dotata di una tal clausola nel proprio statuto sapeva perfettamente di poter divenire “prigioniero” della società ove il soggetto deputato all’espressione del gradimento circa l’entrata in società di un nuovo soggetto non avesse espresso appunto parere favorevole.

Né avrebbe potuto invocarsi per analogia la disciplina positiva disposta per le clausole di gradimento nella circolazione di partecipazioni in società azionarie, per il motivo che alle società a responsabilità limitata non era ritenuta applicabile la normativa in tema di clausole di gradimento prevista espressamente per le società per azioni, anche in considerazione del rapporto più personalistico esistente tra socio e società³²⁶.

I problemi del gradimento invece sussistevano nella società per azioni, ove la questione era addirittura divenuta oggetto di una specifica previsione normativa (l’art. 22 della legge 4 giugno 1985 n. 281), in base alla quale si dichiarava «l’inefficacia» di clausole statutarie che avessero subordinato «gli effetti del trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali»; di modo che nella società per azioni era introducibile solamente una clausola di gradimento “non mero” (e cioè una clausola che prevedesse le ragioni in base alle quali l’organo o il soggetto preposti al gradimento avrebbero potuto negare, motivando l’opinione negativa, il proprio favore all’ingresso di un nuovo socio, il cessionario, al posto del socio cedente), fermo restando che non era da ritenersi viziata³²⁷ la delibera con cui l’organo amministrativo di una società di capitali, nell’esercizio del potere statutario di deliberare sull’ammissione di nuovi soci, avesse concesso il gradimento senza però indicare o esigere l’indicazione dell’acquirente (posto che tale omissione era da interpretarsi come apprezzamento di irrilevanza dell’identificazione del nuovo socio ai fini della concessione del gradimento).

Ora, anche nella società a responsabilità limitata riformata fa dunque

mulazione dell’art. 2479 c.c., il quale consente la previsione statutaria dell’assoluta inceditibilità delle partecipazioni, è da ritenere ammissibile la previsione della necessità del gradimento degli altri soci per l’efficacia della cessione di quote a favore di un soggetto estraneo alla compagine sociale, e ciò anche in assenza di oneri di motivazione e di termini perentori entro i quali esprimere o negare il consenso». *Contra* Trib. Novara, 7 novembre 2000, in *Notariato*, 2001, 371; e in *Riv. not.*, 2001, 935, secondo cui «la clausola che subordina l’efficacia del trasferimento delle quote di società a responsabilità limitata a favore di soggetti diversi dai soci attuali al gradimento immotivato e insindacabile dei medesimi, deve ritenersi illegittima poiché non impedisce la violazione del dovere di buona fede nell’esecuzione dei contratti; perché possa validamente essere introdotta quale norma statutaria occorre espressamente prevedere un termine per l’espressione del gradimento alla cessione; decorso tale termine deve dirsi se, nel silenzio degli altri soci, il consenso si intende accordato o negato».

³²⁶ App. Milano, 29 settembre 1987, in MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata, in Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 183.

³²⁷ Cass., 15 novembre 1993, n. 11278, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 873.

prepotente ingresso questa articolazione della clausola di gradimento in clausola di gradimento “mero” (ove l’espressione del gradimento non subisce né “condizioni” né “limiti”, la cui presenza comporta dunque l’attribuzione del diritto di recesso) e clausola di gradimento che invece preveda «condizioni e limiti» in base ai quali il gradimento possa essere negato, e ciò in quanto, appunto, nel primo caso il socio ha facoltà di recesso in ogni tempo (a meno che, come noto, lo statuto non disponga un termine, comunque non superiore a due anni dalla costituzione della società o dalla sottoscrizione della partecipazione, prima del quale il recesso non possa essere esercitato)³²⁸.

Come già detto per la clausola di intrasferibilità, anche per la clausola di gradimento si pone il problema di qualificare, in termini di attribuzione o meno del diritto di recesso, tutte quelle situazioni di gradimento “non mero” che nella realtà pratica possono variamente presentarsi (e che, anzi, massimamente nella materia del gradimento si presentano in mille sfaccettature proprio perché, trattandosi appunto “di gradimento”, e quindi spesso di un soggettivo giudizio di compatibilità tra il nuovo socio e i vecchi soci, le caratteristiche che il nuovo socio deve possedere per essere accolto in una data compagine sociale variano evidentemente da caso a caso): e si può trattare di requisiti che spaziano da quelli “più oggettivi” possibili, e che quindi non danno luogo a margini di discrezionalità (determinate qualifiche di studio o professionali, qualità personali come l’età, il sesso o la nazionalità) a quelli “più soggettivi” possibili, ove invece la discrezionalità è massima (per esempio, una clausola del tipo «la rispondenza delle qualità personali e professionali del futuro socio alle caratteristiche della società e della sua attività»).

Anche qui può essere dunque rilevato che il dato discriminante tra i casi in cui viene a spettare un diritto di recesso e quelli in cui tale diritto non compete è indicato dalla legge nella considerazione che si deve o meno trattare di «condizioni e limiti [...] che nel caso concreto impediscono il trasferimento» delle partecipazioni; e appare quindi inevitabile intravedere questo “impedimento” ogni qualvolta la discrezionalità del gradimento ecceda limiti di ordinaria ragionevolezza³²⁹.

³²⁸ Si veda, per esempio, quanto elaborato per il gradimento “non mero” nella società per azioni da App. Milano, 29 settembre 1987, in *Foro pad.*, 1988, I, 282, secondo cui «la subordinazione del rifiuto di gradimento» deve essere condizionata «alla presenza di elementi obiettivi e specifici» in quanto «la ratio dell’inefficacia va individuata da un lato nell’interesse del socio uscente a non rimanere prigioniero del suo titolo, dall’altro nell’interesse dei soci che esprimono la maggioranza e gli organi sociali a impedire le cosiddette “scalate” da parte di terzi estranei collegati all’interesse dell’impresa sociale di conservare un’autonomia omogenea».

³²⁹ SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme impera-*

Infine, visto che l'istituto del recesso è deputato a tutelare il diritto del socio all'*exit* a fronte dell'imprigionamento che altrimenti gli deriverebbe da clausole di gradimento che non recassero "condizioni" e "limiti" per l'espressione del gradimento stesso, va probabilmente affermato, pur nel silenzio della legge, che questo diritto a fuoriuscire pare ricevere tutela anche ogni qualvolta la clausola di gradimento "mero" predisponga un meccanismo di acquisizione delle partecipazioni di titolarità del socio che intende uscire (su questo punto si veda anche l'art. 2355-*bis*, comma 2, per il quale «le clausole dello statuto che subordinano il trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali o di altri soci sono inefficaci se non prevedono, a carico della società o degli altri soci, un obbligo di acquisto oppure il diritto di recesso dell'alienante»)³³⁰. E così non dovrebbe dare diritto a recesso³³¹, per esempio, la clausola di gradimento, seppur espressa in termini di gradimento assolutamente "mero", per effetto della quale o gli altri soci o un terzo "presentato" al "recedente" dai soci stessi, si candidino per l'acquisto a prezzo "di mercato" delle quote del "recedente" medesimo.

3.11.6.1 *Il soggetto deputato al gradimento*

La nuova norma è interessante anche sotto il profilo che essa espressamente prevede una vasta scelta di soggetti cui l'espressione del gradimento³³² può essere delegata (facendo detta norma invero riferimento al «gradimento di organi sociali, di soci o di terzi»): pertanto, non solo organi societari (e quindi sia l'assemblea dei soci, sia il consiglio di amministrazione, sia – probabilmente – l'organo di controllo, con l'ovvia conseguenza del conflitto d'interessi di colui che si trovi contemporaneamente ad assumere la qualità di potenziale cedente o di membro dell'organo che deve esprimere il gradimento), ma anche singoli soci o addirittura soggetti estranei alla compagi-

tive nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6, Milano, 2003, 205, parla di «requisiti così capricciosi e slegati all'interesse della società da configurare una intrasferibilità di fatto».

³³⁰ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 4, n. 3.6, il socio in tal modo non è «prigioniero del suo titolo ed è così in grado di realizzare quell'interesse all'agevole disinvestimento che costituisce uno dei motivi essenziali della scelta della società per azioni e della sua diffusione».

³³¹ In tal senso cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 205.

³³² Secondo App. Milano, 29 settembre 1987, in *Foro pad.*, 1988, I, 282, «la manifestazione di gradimento, come ogni altra manifestazione di volontà, può essere tacita e desumersi da comportamenti e dichiarazioni univoci che presuppongano necessariamente il consenso del gruppo ad accettare il nuovo socio nella compagine sociale».

ne sociale³³³ (si pensi, per esempio, al gradimento della *holding* sull'ingresso di nuovi soci nelle società del gruppo), cui sia dunque attribuito l'incarico di esprimere il gradimento nel caso che uno dei soci intenda cedere a terzi le proprie partecipazioni.

3.11.6.2 *Il gradimento "mero"*

Dovendosi d'ora in poi distinguere anche nella società a responsabilità limitata tra gradimento "mero" (solo qui vi è infatti, come si è detto, il diritto di recesso) e gradimento "non mero", è inevitabile andare a "pescare" nell'elaborazione sinora operata dalla giurisprudenza teorica e da quella pratica in ordine alla clausola di gradimento contemplata negli statuti delle società per azioni, per distinguere tra clausole efficaci e clausole inefficaci.

Ebbene, la legge 281/1985, che ha decretato l'inefficacia delle clausole di mero gradimento, è stata interpretata dalla dottrina, da un lato, nel senso che per clausole di gradimento "non mero" debbano intendersi quelle contenenti i criteri obbiettivi cui il gradimento debba ispirarsi; ma, d'altro lato, si è pure ritenuto che, a rendere il gradimento "non mero" sarebbe sufficiente l'indicazione di un acquirente gradito o, comunque, una motivazione del rifiuto obbiettivamente ispirata all'interesse sociale³³⁴.

La giurisprudenza³³⁵ ha privilegiato l'interpretazione secondo cui il contemperamento tra l'interesse della società a impedire l'ingresso di elementi potenzialmente pregiudizievoli per la compagine sociale e il principio di libera trasferibilità delle partecipazioni può considerarsi compiuto mediante una clausola che, pur non indicando criteri prestabiliti per la concessio-

³³³ Conforme ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 66. Giudica invece «singolare [...] il gradimento del terzo», RESCIGNO M., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1499.

³³⁴ Cfr. CORSI F., *Il fantasma della clausola di gradimento*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 20; GAMBINO A., *Le clausole di gradimento dopo la legge 4 giugno 1985 n. 281*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 5; SANTOSUOSSO D.U., *Il principio di libera trasferibilità delle azioni*, Milano, 1993, 229.

³³⁵ Per Cass., 20 luglio 1995, n. 7890, in *Società*, 1996, 155, «data la necessità di contemperamento delle opposte esigenze di assicurare, da un lato, l'alienabilità delle azioni e tutelare, d'altro lato, l'interesse della società a impedire l'ingresso di elementi potenzialmente pregiudizievoli per la compagine sociale, è valida ed efficace una clausola di gradimento che, quantunque non collegata a criteri statutariamente prestabiliti, prescriva l'obbligo, in caso di rifiuto, della designazione di altro acquirente gradito. In ipotesi di validità della clausola di gradimento è legittimato a chiedere l'autorizzazione per l'alienazione dei titoli azionari il solo socio alienante; qualora invece la clausola sia ritenuta nulla o il rifiuto illegittimo, anche il socio acquirente sarà legittimato a far valere l'opponibilità del trasferimento alla società».

ne o la negazione del gradimento, prescriva l'obbligo di designare un altro acquirente gradito; peraltro è stato pure sancito³³⁶ che se la clausola di gradimento, ai fini della concessione del *placet*, facesse esclusivo riferimento "all'interesse sociale", ciò equivarrebbe a una sostanziale riserva di mero gradimento stante l'estrema genericità di una tale previsione.

3.11.6.3 *L'introduzione e la soppressione della clausola di gradimento*

Su questa materia la riforma non apporta espressamente alcuna novità³³⁷, cosicché (salvo intervenire sulla materia con apposite prescrizioni statutarie) si potrebbe perpetuare anche *post* riforma³³⁸ il previgente orientamento secondo cui:

1. l'introduzione di una clausola di gradimento necessita del consenso di tutti i soci, in quanto incide sul diritto del socio di disporre della propria quota³³⁹;
2. per la rimozione della clausola di gradimento è sufficiente la maggioranza per le modifiche statutarie, in quanto, una volta introdotta, detta clausola concorre, al pari di ogni altra, alla regolamentazione della vita societaria e

³³⁶ Cfr. Trib. Napoli, 9 febbraio 1993, in *Società*, 1993, 967, secondo cui «è illegittima, perché non rispettosa del dettato normativo, la clausola statutaria formulata con termini vaghi e ampi (nella fattispecie la concessione del gradimento è condizionata dalla verifica della conformità all'interesse sociale dell'ingresso nella società di quel determinato acquirente) da tradursi in una clausola di stile meramente apparente perché, formalmente rispettosa della disposizione, si traduce, in realtà, in una sostanziale affermazione di riserva di un gradimento mero».

³³⁷ Conforme ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 66.

³³⁸ *Contra* SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 205, nota 32, per il quale sia per l'introduzione che per la soppressione varrà il *quorum* disposto dall'art. 2479, ultimo comma (almeno la metà del capitale sociale); e pure TASSINARI F., *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 18 (del dattiloscritto), il quale, dallo spirito della riforma, ritiene di desumere lo sfavore per le soluzioni unanimitiche, ove non le preveda il legislatore.

³³⁹ Cfr. Cass., 9 novembre 1993, n. 11057, in *Foro it.*, 1994, I, 1456; in *Società*, 1994, 475; in *Dir. fall.*, 1994, II, 773, secondo cui «l'introduzione nello statuto di una società a responsabilità limitata della clausola di gradimento dell'assemblea ordinaria per il caso di donazione della quota da parte di un socio, incidendo sul diritto del socio di disporre della propria quota in modo gratuito, non può aver luogo senza il consenso unanime dei soci»; Trib. Latina, 9 luglio 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, 444, secondo cui «non può essere omologata in una società a responsabilità limitata la delibera, adottata a maggioranza, con la quale si introduca l'intrasferibilità assoluta delle quote sociali, essendo invece necessario il consenso unanime dei soci».

si presta a essere modificata come qualsiasi altra clausola regolatrice di detta vita societaria³⁴⁰.

Invero, con la riforma vengono in considerazione una serie di osservazioni che non possono non lasciare il segno; e almeno:

- da un lato il rilievo che, ove il legislatore abbia ritenuto indispensabile una decisione unanime, ha dato mostra di avere la capacità di espressamente disporla (art. 2468, comma 4);
- d'altro lato il rilievo che l'art. 2437, in tema di recesso dalla società per azioni, ha previsto quale fattispecie di recesso il caso dell'introduzione e quello della rimozione di vincoli alla circolazione delle azioni (dal che deve derivarsi che dette modifiche statutarie evidentemente possono essere assunte a maggioranza);
- d'ultimo lato il rilievo che a tutela del socio e del suo non imprigionamento è ora disposto il diritto di recesso e quindi tale tutela non dovrebbe più essere ricercata con la prescrizione di decisioni unanimi.

Insomma, in base a queste considerazioni dovrebbe potersi derivare che con decisione a maggioranza non solo si potrebbe (come prima) rimuovere dallo statuto una preesistente clausola di gradimento, ma pure che si potrebbe inserirla *ex novo*³⁴¹.

Peraltro, potrebbe obiettarsi che la mancata ripetizione, nella disciplina della società a responsabilità limitata, della previsione di recesso apposta nella disciplina della società per azioni (per il caso dell'introduzione/rimozione dei vincoli alla circolazione delle partecipazioni), sarebbe un probante indizio per ritenere che, stante il carattere fortemente personalistico dei rapporti tra i soci della società a responsabilità limitata, in questo tipo

³⁴⁰ Cfr. Trib. Milano, 4 giugno 1982, in BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C., *Codice civile ipertestuale*, Torino, aggiornamento 2003, secondo cui «la deliberazione con la quale, modificando lo statuto sociale, l'assemblea di una società per azioni sopprime una preesistente clausola di gradimento contenuta nello statuto, non richiede, per la sua validità, il consenso unanime di tutti i soci». Cfr. però anche App. Milano, 29 gennaio 1993, in *Società*, 1993, 1213, secondo cui «il principio affermato in materia di società per azioni secondo il quale le clausole di gradimento introdotte all'unanimità negli statuti possono essere poi modificate anche a maggioranza, non trova automatica applicazione in tema di società a responsabilità limitata, in considerazione del carattere personalistico proprio di tale tipo di società che tende a configurarle come un ristretto gruppo di soci all'interno del quale l'identità personale di ciascuno acquista una rilevanza particolare e determina il consenso degli altri».

³⁴¹ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 205, nota 32, il quale sostiene l'applicabilità del *quorum* di cui al nuovo art. 223-bis, comma 2, delle disposizioni di attuazione del Codice civile, introdotto dalla legge di riforma, sia per introdurre che per sopprimere clausole di prelazione e gradimento.

societario sia pur sempre necessaria una decisione unanime (e, a questo punto, sia per l'introduzione nello statuto che per la rimozione dallo statuto della clausola di gradimento).

3.11.7 La clausola di prelazione

La nuova norma secondo la quale le quote di partecipazione al capitale sociale «sono liberamente trasmissibili per atto tra vivi e per successione a causa di morte, salvo contraria disposizione dell'atto costitutivo» (art. 2469, comma 1) legittima la previsione statutaria, oltre che di soluzioni "estreme" (e cioè di clausole che vietino radicalmente l'alienazione delle quote), anche di soluzioni "intermedie" tra il tassativo divieto di circolazione e la completa libertà di trasmissione delle partecipazioni, come per esempio capita per le clausole di gradimento e quelle di prelazione.

Quest'ultima clausola, tipicamente presente nell'assoluta maggioranza degli statuti di società a responsabilità limitata, è finalizzata a consentire ai soci, nel caso uno di loro intenda³⁴² alienare le proprie partecipazioni, di

³⁴² Sulla *denuntiatio*, cfr. Trib. Napoli, 21 gennaio 1995, in *Giur. merito*, 1997, 82, secondo cui «la *denuntiatio*, prevista dallo statuto societario in caso di trasferimento delle quote, non può consistere nell'enunciazione, da parte del promittente, della mera intenzione di vendere, ma comporta la comunicazione dei precisi termini del contratto che si intende concludere con il terzo, cioè di una proposta concreta rispondente ai requisiti previsti dall'art. 1325 c.c. e contenente le condizioni accettate dal terzo per procedere all'acquisto e che il destinatario può soltanto accettare o rifiutare; laddove la *denuntiatio* non risulti conforme a queste prescrizioni, non decorre lo *spatium deliberandi* fissato per l'esercizio del diritto di prelazione.»; Trib. Cassino, 9 settembre 1997, in *Società*, 1998, 415, secondo cui «la funzione della clausola di prelazione è quella di obbligare il socio che intende alienare tutta o parte della propria partecipazione sociale a comunicare agli altri soci tutti gli elementi dell'offerta pervenuta dal terzo (indicando eventualmente anche l'identità di quest'ultimo), che si rendono necessari per dare loro la piena consapevolezza dei termini dell'affare, e quindi la possibilità di valutare la convenienza o meno dell'esercizio della prelazione. La comunicazione dell'offerta (cosiddetta *denuntiatio*), pertanto, non può limitarsi alla mera enunciazione dell'intenzione di addivenire a quell'affare, ma deve indicare tutti gli elementi dell'accordo, sì da tradursi in una vera e propria proposta contrattuale. Non può ritenersi validamente effettuata, pertanto, la comunicazione compiuta congiuntamente da due o più soci, attraverso la quale costoro manifestano la propria volontà di alienare inscindibilmente l'insieme delle proprie partecipazioni, e indicano agli altri soci la percentuale unitaria dei rispettivi pacchetti azionari, nonché il prezzo unitario dell'offerta ricevuta dal terzo, senza individuare la quota di quest'ultimo specificamente riservata a ciascun pacchetto azionario»; Cass., 29 agosto 1998, n. 8645, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Società*, n. 717, secondo cui «in tema di vendita di azioni di una società, qualora il diritto di prelazione riconosciuto ai singoli soci da apposita clausola statutaria riguardi ogni singolo contratto avente a oggetto le azioni di ciascun socio, non è consentita la vendita in modo congiunto e per un prezzo globale delle azioni appartenenti a più soci, non operando, in tal caso, la regola della cosiddetta "inscindibilità della prelazione"; infatti, detta clausola statutaria, al pari di qualsiasi altra pattuizione riguardante posizioni soggettive individuali dei soci che venga iscritta nello statuto della società, ha efficacia reale, sicché i suoi effetti sono opponibili anche al terzo acquirente, e pertanto il patto "parasocia-

essere preferiti come acquirenti delle quote oggetto di alienazione, a parità di condizioni rispetto a terzi estranei alla compagine sociale.

Ma se è facile, come si è appena fatto, individuare quali sono le finalità di questa clausola (preferire come acquirenti i consoci dell'alienante ai terzi non iscritti a libro soci), la redazione della clausola di prelazione è oltremodo difficoltosa in quanto le casistiche che si possono presentare nella prassi sono le più varie e quindi si possono verificare (come in effetti spesso si verificano) situazioni in cui la clausola di prelazione non riesce a raggiungere il suo scopo proprio perché il caso che in concreto si presenta (o che viene "confezionato ad arte" dal socio cedente) fuoriesce dalla previsione statutaria e non si presta a trovare in essa la propria disciplina.

3.11.71 *I vari casi di "alienazione"*

Il primo problema con il quale le clausole di prelazione spesso si "scontrano" nella prassi concreta è quello dell'individuazione delle situazioni giuridiche nelle quali la prelazione deve scattare: spesso infatti le clausole di prelazione, mal redatte sotto questo profilo³⁴³, si limitano a prevedere il solo caso della "compravendita" del diritto di "piena proprietà" delle quote di partecipazione al capitale sociale, quando invece la fuoriuscita di un socio dalla società (con il conseguente sorgere dell'interesse degli altri soci all'acquisizione delle sue partecipazioni) può avvenire in una miriade di altri casi. Infatti, si può trattare:

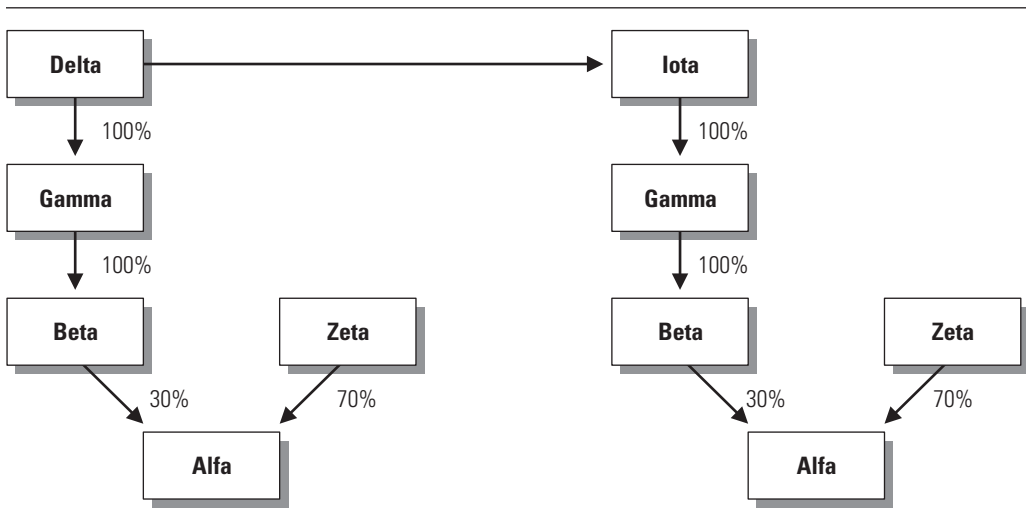
- a. in primo luogo, di una compravendita, ma non del diritto di piena proprietà, quanto del diritto di usufrutto o di nuda proprietà delle quote di partecipazione al capitale sociale della società a responsabilità limitata;
- b. in secondo luogo, di negozi a titolo oneroso, come la compravendita, ma senza la previsione di un corrispettivo "fungibile" (qual è il denaro nella

le", con il quale alcuni soci si accordino per vendere congiuntamente le azioni di loro proprietà per un prezzo globale, intervenuto successivamente alla stipulazione della clausola di prelazione, non potrebbe legittimare la violazione del diritto di prelazione riconosciuto dalla stessa clausola ai soci che non abbiano aderito a detto patto parasociale». Cfr. pure CENICCOLA A., *Profili strutturali e funzionali della denuntiatio nella prelazione societaria*, in *Dir. e giur.*, 1997, 277.

³⁴³ Cfr. Trib. Trieste, 14 agosto 1998, in *Giur. comm.*, 1998, II, 736, secondo cui «una clausola statutaria di prelazione che utilizza il termine "trasferimento di quote per atto tra vivi", [...] non consente di individuare con precisione le specifiche fattispecie traslative sulle quali la clausola deve spiegare i propri effetti; deve dunque essere senz'altro accertata quale fosse stata al momento della redazione dello statuto la comune intenzione delle parti che, nella specie, induce decisamente a ritenere che, nella generica espressione "trasferimento", i soci intendessero ricomprendere non soltanto la cessione della titolarità delle quote, ma anche la costituzione di diritti reali minori quali il pegno o l'usufrutto; le quote sociali conferite in pegno sono quindi sequestrabili».

- compravendita medesima): si pensi alla permuta, alla dazione in pagamento, alla costituzione di una rendita, al conferimento delle quote in una società ecc.³⁴⁴;
- c. in terzo luogo, di negozi da cui “indirettamente” derivi l’effetto della trasmissione delle partecipazioni al capitale di una società a responsabilità limitata: si pensi a una fusione ove la società incorporata detenga quelle partecipazioni, a una cessione d’azienda al cui novero esse appartengono, a una scissione ove alla società “beneficiaria” siano attribuite le quote di partecipazione già di titolarità della società “scissa”;
- d. in quarto luogo (qui la complicazione raggiunge probabilmente il massimo grado), delle ipotesi in cui, trattandosi di quote della società Alfa società a responsabilità limitata possedute dalla Beta società per azioni, avvenga una cessione delle partecipazioni di controllo della Beta società per azioni, con

Figura 3.6 Cessione indiretta delle partecipazioni della società controllata mediante cessione delle partecipazioni della controllante



³⁴⁴ Cfr. Trib. Milano, 6 febbraio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 1220, secondo cui «presupposto di applicabilità della clausola statutaria di prelazione, stabilita “a parità di condizioni” è l’indifferenza della sostituzione del cessionario rispetto alle altre componenti negoziali della cessione; non costituisce quindi violazione della clausola la cessione delle quote sociali effettuata mediante loro conferimento in altra società, poiché essa realizza un negozio di tipo associativo e non un semplice contratto di scambio».

³⁴⁵ Sulle possibili “interferenze” tra il negozio di donazione e la clausola di prelazione cfr. Trib. Milano, 24 maggio 1982, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1982, II, 338. Cfr. pure Cass., 12 gennaio 1989, n. 93, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1340, secondo cui «la clausola dell’atto costitutivo di una società a responsa-

il che deriva un'altra ipotesi di *indiretta* "cessione" delle quote dell'Alfa società a responsabilità limitata;

e. in ultimo luogo, di negozi a titolo gratuito, quali una donazione³⁴⁵.

Ebbene, se una clausola di prelazione sia redatta, come spesso purtroppo accade, solamente con riferimento all'ipotesi che uno dei soci "venda" le proprie quote, è facile derivarne che in tutti i casi in cui il corrispettivo del negozio alienativo non sia "fungibile" (come accade invece nella compravendita) oppure in cui addirittura il corrispettivo non esista (trattandosi di un atto a titolo gratuito), quella clausola di prelazione è destinata a non funzionare e gli altri soci si trovano impotenti di fronte al subentro in società del soggetto che ha approfittato del negozio alienativo non prelazionabile dai consoci dell'alienante.

Se invece si voglia fare in modo che la clausola di prelazione "copra" anche ogni ipotesi di alienazione delle quote diversa da quella della vera e propria compravendita, occorre che essa sia redatta in modo da:

- "trasformare" in corrispettivo fungibile (cioè in denaro) tutti quei casi in cui il negozio alienativo non preveda la fungibilità del corrispettivo: per esempio, in caso di permuta, occorrerà prevedere che, a chi dovrebbe ricevere in permuta la quota del socio cedente, sia trasferibile, da parte dei soci che intendono esercitare la prelazione, una somma di denaro di valore pari a quello della quota oggetto di permuta;
- sostituire, nel patrimonio del donatario, al valore della quota oggetto di donazione, un valore in denaro di misura pari a quello della quota stessa, in modo che anche in caso di donazione della quota siano soddisfatti gli interessi dei consoci del donante (a non vedere entrare il donatario in società)

bilità limitata, la quale contempra il diritto di prelazione degli altri soci in caso di trasferimenti di quote sociali per atti tra vivi, è concettualmente riferibile ai soli trasferimenti onerosi, mentre una sua estensione a quelli a titolo gratuito sarebbe ammissibile solo in presenza di un'espressa previsione in tal senso; ciò in quanto la libera trasferibilità delle quote di società a responsabilità limitata è da vedersi come regola, mentre un divieto di disposizione a titolo gratuito, in cui si risolverebbe sostanzialmente l'estensione della prelazione ai trasferimenti di quel tipo, è da ritenersi eccezione, certamente consentita, ma a condizione di una pattuizione esplicita»; Trib. Verona, 21 luglio 1995, in *Riv. not.*, 1996, 945, secondo cui «poiché la successione non può identificarsi con l'alienazione intesa come trasferimento a titolo particolare dei diritti sulle azioni, non è consentita in alcun modo la limitazione della circolazione delle azioni *mortis causa*; conseguentemente, la clausola statutaria che preveda la facoltà, per i soci superstiti di una società di capitali, di accettare o meno l'ingresso degli eredi del socio defunto non appare legittima ai sensi dell'art. 2355 c.c.»; Trib. Milano, 20 marzo 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, 250, secondo cui «sembra opinabile la contestabilità da parte della società di una violazione di una clausola statutaria di prelazione che non preveda espressamente l'ipotesi traslativa della donazione e non indichi i criteri per la determinazione del corrispettivo della cessione».

e quelli del donatario (a vedere composto il proprio patrimonio di un valore corrispondente a quello della quota oggetto di donazione).

3.11.7.2 *Il prezzo della quota proposta in vendita*

Un altro problema che spesso si genera a causa della redazione di clausole di prelazione non scritte con la dovuta precisione è quello del possibile “aggiramento” della clausola stessa mediante la simulazione del prezzo di cessione.

In altri termini, per scoraggiare i consoci del cedente a esercitare il diritto di prelazione, il cedente stesso può essere indotto a esagerare il prezzo di cessione rispetto al valore effettivo della partecipazione (salvo poi non riscuoterlo mai, sul che gli altri soci hanno scarsissime possibilità di controllo).

Anche qui è dunque opportuno procedere mediante adeguate previsioni statutarie, come quella secondo cui gli altri soci, che “subiscono” la pretesa del socio alienante di un prezzo ritenuto spropositato, possono attivare un giudizio di arbitraggio del prezzo stesso, in modo da poter acquisire le quote proposte in vendita pagando il prezzo stabilito dall’arbitratore, o ancor meglio quelle secondo cui:

- a. ove il prezzo proposto dal socio cedente sia maggiore del valore stabilito dal collegio di arbitraggio, la proposta si intenda fatta per il prezzo pari al valore stabilito dal collegio di arbitraggio;
- b. ove il prezzo proposto dal socio cedente sia minore del valore stabilito dal collegio di arbitraggio, la proposta si intenda fatta per il prezzo proposto dal proponente.

Si può inoltre incrementare il disincentivo per chi intenda cedere le proprie quote pensando di aggirare il diritto di prelazione dei consoci mediante queste manovre di innalzamento ingiustificato del prezzo di cessione prevedendo, per esempio, che le spese del collegio di arbitraggio siano a carico per metà del socio che intende trasferire la propria partecipazione e per metà a carico di coloro che esercitano la prelazione; e che, peraltro, qualora dall’arbitraggio emerga che il valore della partecipazione stimata sia inferiore di oltre una certa percentuale al prezzo richiesto dal socio cedente, l’intero costo dell’arbitraggio gravi sul socio cedente stesso.

3.11.7.3 *La valutazione della quota ceduta*

Sia nel caso appena visto, e cioè quello dell’arbitraggio sul prezzo di cessione, sia quando i consoci del cedente intendono esercitare il proprio diritto di prelazione nel caso di alienazione delle quote senza corrispettivo (cioè per donazione) o con corrispettivo infungibile (come nel caso di permuta,

rendita, conferimento ecc.), si deve dunque far luogo a una valutazione della quota oggetto di cessione al fine della sua monetizzazione in denaro.

Su questo punto, nel diritto previgente è mancato qualsiasi riferimento normativo mentre nell'ordinamento discendente dalla riforma si può probabilmente trovare un punto di ancoraggio nel disposto del nuovo art. 2437-ter, ove si disciplina la valutazione delle azioni nel caso di recesso del socio dalla società per azioni: in quella norma dunque si dice che il valore delle azioni è determinato tenendo conto «della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali» e che «lo statuto può stabilire criteri diversi di determinazione del valore di liquidazione, indicando gli elementi dell'attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal bilancio, unitamente ai criteri di rettifica, nonché altri elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in considerazione».

Ebbene, quando si tratti di disciplinare la valutazione delle quote del socio cedente per permettere l'esercizio del diritto di prelazione da parte dei suoi consoci, è dunque opportuno inserire nello statuto della società la previsione secondo cui, per esempio, quel valore deve essere computato tenendo in considerazione la redditività della società, il valore attuale dei suoi beni materiali e immateriali e di ogni altra circostanza e condizione che siano normalmente tenute in considerazione nella tecnica valutativa delle partecipazioni societarie, ivi compresa la circostanza che, ove si tratti di valutare una quota di partecipazione da cui derivi il controllo della società, al suo valore è da aggiungere anche quello che viene comunemente definito quale "premio di maggioranza".

È inoltre da prevedere che nel calcolo del valore della società sia pure computato quello che deriva dall'avviamento della società, da determinarsi con le formule di calcolo ritenute maggiormente adeguate a seconda dello specifico comparto economico in cui la società opera o dell'attività che in concreto la società svolge, non dimenticando (forse come criterio residuale) la formuletta, spesso cara al fisco, secondo la quale l'avviamento si considera valere in misura pari alla media, ridotta alla metà, tra l'ammontare totale del fatturato degli ultimi tre esercizi e l'ammontare totale degli utili conseguiti negli ultimi tre esercizi.

3.11.7.4 *L'introduzione e la rimozione della clausola di prelazione*

Così come rilevato in tema di clausola di gradimento, anche sotto il profilo dell'introduzione/rimozione della clausola di prelazione la riforma non apporta esplicitamente alcuna novità.

Pertanto, ove si ritenga di riproporre (a meno che gli argomenti di cui *supra* al par. 3.11.6.3 non legittimino decisioni a maggioranza circa l'introduzione/rimozione di clausole di prelazione) il previgente orientamento, va

qui ripetuto che l'introduzione della clausola di prelazione in uno statuto che non preveda alcuna disciplina sul punto va adottata con l'unanime consenso dei soci³⁴⁶, in quanto si tratta dell'introduzione di un vincolo alla libertà di trasferimento delle proprie partecipazioni; quando invece la modificazione di una clausola di prelazione già vigente in un dato statuto nonché la sua soppressione sono eventi da qualificare alla stregua di ordinarie decisioni di modifica dello statuto sociale, da adottarsi pertanto con le maggioranze che nel caso specifico sono richieste³⁴⁷.

³⁴⁶ Cfr. Cass., 15 luglio 1993 n. 7859, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 235, secondo cui «la soppressione nello statuto di una società per azioni della clausola di prelazione in caso di vendita delle azioni non richiede il consenso di tutti gli azionisti, atteso che essa ripristina il regime legale di libera circolazione delle azioni (art. 2022 c.c.), a differenza dell'introduzione della medesima clausola, che limita il potere dispositivo dell'azionista; la maggioranza necessaria per la soppressione della prelazione è quella prevista in via generale per il funzionamento dell'assemblea straordinaria (art. 2346, in relazione agli artt. 2365, 2368, 2369 e 2369-bis c.c.), senza che sia applicabile per quanto concerne le deliberazioni in seconda e terza convocazione, la regola maggioritaria fissata dall'art. 2441 comma 5 c.c. per la soppressione dell'opzione, poiché, nonostante l'analogia tra le due ipotesi di soppressione, la natura eccezionale di quest'ultima disposizione non ne consente un'estensione analogica»; Trib. Verona, 16 gennaio 1992, in *Società*, 1992, 828, secondo cui «le clausole limitative della circolazione delle quote sociali (in particolare quelle che sanciscono il diritto di prelazione dei soci in caso di alienazione delle quote) possono essere introdotte nell'atto costitutivo mediante deliberazione adottata con il voto unanime dei soci». *Contra* tuttavia App. Milano, 1° luglio 1998, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 257, per il quale «la clausola di prelazione non è una fattispecie contrattuale estranea al contratto sociale ma costituisce una clausola organizzativa posta a tutela dell'interesse sociale. Pertanto, ne è legittima l'introduzione nello statuto di una società per azioni con una deliberazione assembleare approvata a maggioranza»; e Trib. Milano, 4 novembre 1993, in *Giur. comm.*, 1994, II, 866.

³⁴⁷ Cfr. Cass., 15 luglio 1993, n. 7859, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 235, sopra riportata; App. Bologna, 15 settembre 1993, in *Vita Not.*, 1994, I, 295, per il quale «le clausole di prelazione, una volta inserite nello statuto, diventano patti sociali che oltre a riguardare i soci *uti singuli* riguardano anche la società in quanto fanno sorgere l'interesse di questa al corretto svolgersi del procedimento di inserimento di terzi nella compagine sociale; è pertanto ammissibile la soppressione di una clausola statutaria di prelazione con deliberazione dell'assemblea che vincoli anche la minoranza dissenziente»; App. Bologna, 15 settembre 1993, in *Vita not.*, 1994, I, 295; Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, in *Società*, 1997, 390; in *Giust. civ.*, 1997, I, 107; in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 586; in *Riv. not.*, 1997, 534, secondo cui «è valida la deliberazione assembleare di società a responsabilità limitata, adottata con le maggioranze prescritte per la modificazione dell'atto costitutivo, soppressiva della clausola con cui viene attribuito a ciascun socio un diritto di prelazione sulle quote degli altri in caso di cessione a terzi delle stesse, clausola contenuta nel medesimo atto costitutivo o nello statuto della società, ancorché tale deliberazione non sia di per sé idonea a incidere sugli effetti parasociali del patto di prelazione intercorso tra i soci». Cfr. però App. Bari, 15 aprile 1988, in *Foro it.*, 1989, I, 1231, secondo cui «la delibera con la quale l'assemblea di una società a responsabilità limitata esclude a maggioranza il diritto di prelazione attribuito ai soci dallo statuto è contraria alla legge e non può essere omologata, in quanto dispone di un diritto soggettivo del socio che non può essere eliminato senza il suo consenso»; e Trib. Ascoli Piceno, 22 novembre 1988, in *Società*, 1989, 186, «può essere soppressa con il consenso di tutti i soci, e non con voto a maggioranza, la clausola statutaria conferente ai soci il diritto di prelazione nell'acquisto delle quote, la quale attribuisce ai soci *uti singuli* il dirit-

Infatti, una volta fatto il suo ingresso in uno statuto, la clausola di prelazione regola la vita sociale come qualsiasi altra norma statutaria e quindi è soggetta alle procedure di emendamento o di abrogazione alla stessa stregua di ogni altra clausola dello statuto stesso.

3.11.75 *Il trasferimento di partecipazioni attuato in dispregio al diritto di (gradimento e di) prelazione*

Se una quota di partecipazione sia trasferita senza permettere agli aventi diritto l'esercizio del diritto di prelazione, pur dovendosi rilevare la diffusa opinione che l'atto in questione sia inefficace sia *inter partes* che *erga omnes*³⁴⁸ e quindi anche verso la società, che può pertanto legittimamente rifiutarsi di annottarlo nel libro dei soci³⁴⁹, va sottolineato il pregio della tesi (in quanto l'altra opinione, appena riferita, sconta evidentemente troppo l'idea che la cessione della quota sia inquadrabile come una cessione di contratto, che è pertanto inefficace in caso di mancanza di consenso del contraente ceduto) che invece vuole il trasferimento valido *inter partes* ma inopponibile nei confronti della società³⁵⁰.

to soggettivo sia a escludere l'intrusione di estranei nella società, sia quello patrimoniale ad accrescere proporzionalmente la loro partecipazione sociale acquisendo i titoli posti in vendita».

³⁴⁸ Cfr. Trib. Napoli, 4 giugno 1993, in *Giur. comm.*, 1994, II, 705, secondo cui «la violazione del patto stipulato tra le parti produce conseguenze rilevanti esclusivamente tra le parti stesse, mentre l'acquisto effettuato dal terzo in violazione della clausola convenzionale resta pienamente efficace (cosiddetta efficacia obbligatoria del patto di prelazione). Nel campo societario, tuttavia, tale tesi viene completamente sovvertita dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti le quali tendono a riconoscere alla clausola statutaria la cosiddetta efficacia reale (cfr., per esempio, Cass. n. 3702 del 1957; Cass. n. 2763 del 1973; Trib. Napoli, 2 maggio 1975; Trib. Milano, 25 febbraio 1988 ecc.). [...] il fondamento e la legittimità della clausola di prelazione inserita negli statuti societari trova la sua ragion d'essere nella legge stessa la quale all'art. 2479 c.c. espressamente prevede il limite pattizio alla libera circolazione delle azioni; orbene, una volta considerato che l'atto costitutivo e lo statuto della società a responsabilità limitata sono resi pubblici mediante il loro deposito presso la cancelleria commerciale, non si vede come il terzo acquirente possa invocare la propria buona fede per far salvo il proprio acquisto».

³⁴⁹ Cfr. Trib. Milano, 23 settembre 1991, in *Società*, 1992, 357, secondo cui in caso di violazione del diritto di prelazione, la società ha legittimazione e interesse a negare all'acquirente l'iscrizione nel libro dei soci e, in caso di contestazione, a ottenere una pronuncia giudiziale che statuisca l'inefficacia del negozio di trasferimento della partecipazione. Per la tesi dell'inefficacia cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 37; e Trib. Bari, 28 giugno 1974, in *Dir. fall.*, 1975, II, 122; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 280.

³⁵⁰ Cfr. nel senso della validità del trasferimento *inter partes* App. Milano, 18 luglio 1952, in *Foro it.*, 1953, I, 905; e Cass., 16 giugno 1954, n. 1054, in *Temì*, 1955, 451.

La tesi della nullità³⁵¹ appare infatti eccessiva (la sanzione della nullità deve invero discendere o da una specifica previsione normativa in tal senso o dalla violazione di una norma imperativa, posta a presidio di interessi superiori ai contraenti e da essi non disponibili, e nulla di tutto ciò appare esservi in questo caso)³⁵²; così come eccessiva appare l'opinione della "riscattabilità"³⁵³ della quota alienata a terzi da parte dell'avente diritto alla prelazione, in quanto derivare una siffatta efficacia dalla pubblicazione nel Registro Imprese dello statuto recante la clausola di prelazione sembra appunto derivare troppo³⁵⁴.

³⁵¹ Cfr. Cass., 16 giugno 1954, n. 2054, in *Foro it.*, 1955, I, 209, secondo cui «se le quote di una società a responsabilità limitata non sono cedibili senza il consenso dell'assemblea, una cessione senza tale consenso è inefficace rispetto alla società, che può però sempre concedere successivamente tale consenso anche in via implicita approvando la cessione successivamente fatta dal primo cessionario. Il socio di una società a responsabilità limitata, le cui quote siano cedibili solo con il consenso dell'assemblea, non è legittimato a far dichiarare la nullità di una cessione di quote avvenuta senza il consenso dell'assemblea»; Cass., 21 ottobre 1973, n. 2763, in MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata, in Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 192; Trib. Milano, 27 febbraio 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, 564, secondo cui «è nulla la vendita di quote sociali effettuata in violazione del patto statutario di prelazione»; App. Bari, 29 aprile 1989, in *Società*, 1989, 1165, secondo cui «la clausola di prelazione concernente il trasferimento di quote sociali, contenuta nello statuto sociale regolarmente pubblicato, opera in modo reale, creando un vero e proprio vincolo obiettivo di intrasferibilità che, se inosservato, produce la nullità del contratto stipulato in violazione di esso e rende ammissibile la condanna del terzo acquirente al risarcimento del danno»; Trib. Cagliari, 7 gennaio 2001, in *Riv. giur. sarda*, 2002, 125.

³⁵² Cfr. ancora Trib. Napoli, 4 giugno 1993, in *Giur. comm.*, 1994, II, 705, secondo cui «la nullità è un vizio che attiene all'essenza stessa del negozio ed è prevista dalla legge solo nelle ipotesi più gravi: per esempio, in mancanza di forma *a substantiam*, nel caso in cui l'oggetto sia mancante, impossibile, illecito, indeterminato; per quanto riguarda la causa, quando essa manchi o sia illecita o nel caso in cui il motivo, comune a entrambe le parti, sia illecito ecc. Nel caso di specie, il negozio stipulato dalle parti non è intrinsecamente affetto da vizi radicali, né pare possa parlarsi di causa illecita perché non si vede quali norme imperative siano state violate, né convenzionalmente le parti hanno inteso stabilire come conseguenza della violazione tale sanzione. Per gli stessi motivi ci sembra ancor più azzardato parlare di annullabilità del negozio, mancando qualsiasi norma dalla quale far discendere tale conseguenza. Più corretto appare inquadrare la fattispecie nell'ambito dell'inefficacia dell'atto».

³⁵³ Cfr. Cass., 30 marzo 1963, n. 794, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2449; Cass., 26 aprile 1968, n. 1270, in *Giust. civ.*, 1968, I, 1670; Pret. Roma, 25 febbraio 1981, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1981, II, 485; Pret. Terni, 29 ottobre 1999, in *Rass. giur. umbra*, 2000, 90, secondo cui «qualora una quota di s.r.l. sia stata ceduta senza rispettare il diritto di prelazione dei soci, la cessione stessa è inefficace nei confronti del socio prelazionario pretermesso il quale, ove il trasferimento non sia venuto meno sì che il socio alienante abbia riacquisito la titolarità delle quote cedute, può esercitare il diritto di riscatto». Cfr. anche ZUDDAS G., *Vendita a un terzo attuata senza rispettare il diritto di prelazione dei soci*, in *Dir. e giur.*, 1971, 771; MELI V., *La clausola di prelazione negli statuti di S.p.A.*, Napoli, 1991, 175. Nel senso della pretendibilità del solo risarcimento dei danni patiti, cfr. D'ALESSANDRO F., *Obbligo di risarcire i danni a carico del terzo acquirente di quota sociale per mancato rispetto del patto di prelazione*, in *Giur. comm.*, 1975, II, 27.

³⁵⁴ Cfr. Trib. Napoli, 4 giugno 1993, in *Giur. comm.*, 1994, II, 705, secondo cui «la clausola statuta-

3.11.8 La clausola di “consolidazione” o di “accrescimento” in caso di morte

Nella materia dei trasferimenti delle partecipazioni al capitale della società a responsabilità limitata, la riforma incide anche su un altro tema, quello della sorte delle partecipazioni al capitale sociale nel caso di morte del socio, su cui finora non vi erano mai state esplicite previsioni normative e che pertanto era materia esclusivamente riservata all'elaborazione statutaria, in base ai principi generali dell'ordinamento³⁵⁵.

Il risultato cui questa elaborazione era giunta è dunque il seguente:

- a. le quote di partecipazione al capitale sociale di una società a responsabilità limitata possono essere oggetto (si veda *supra* al par. 3.8.2. la questione della divisibilità della quota tra i successori) di una “normale” successione a causa di morte, sia come parte del patrimonio ereditario dimesso dal defunto a favore degli eredi, sia come oggetto di uno specifico legato³⁵⁶;
- b. lo statuto può radicalmente vietare la trasmissione *mortis causa* delle partecipazioni al capitale di società a responsabilità limitata (in tal caso

ria che attribuisce ai soci il diritto di prelazione sulla quota alienata da un consocio ha efficacia reale. Il trasferimento di una quota in violazione della clausola statutaria che attribuisce ai soci il diritto di prelazione è inefficace e la società è legittimata a rifiutare l'iscrizione nel libro dei soci. Il socio pretermesso è legittimato a far valere l'inefficacia del trasferimento ma non può riscattare la quota alienata»; Trib. Roma, 18 marzo 1998, in *Società*, 1998, 1185, secondo cui «la clausola dello statuto di società per azioni che attribuisce ai soci il diritto di prelazione sulle azioni alienate da un altro membro della compagine sociale legittima il socio pretermesso a far valere l'inefficacia del trasferimento in violazione di detta clausola, nei confronti tanto del socio inadempiente quanto del terzo acquirente, ma non a esercitare il diritto di riscatto delle azioni alienate in dispregio della clausola».

³⁵⁵ Cfr. CALVOSA L., *Clausole di riscatto di azioni e divieto dei patti successori*, in *Banca, borsa tit. di cred.*, 1992, I, 635; PICONE L., *Trasferibilità della quota del socio defunto ai soci superstiti*, in *Società*, 1997, 414; per Cass., 16 aprile 1994, n. 3609, in *Società*, 1994, 1185, «la clausola statutaria che attribuisce ai soci superstiti di una società di capitali, in caso di morte di uno di essi, il diritto di acquistare – entro un determinato periodo di tempo e secondo un valore da determinarsi secondo criteri prestabiliti – dagli eredi del *de cuius* le azioni già appartenute a quest'ultimo e pervenute *iure successionis* agli eredi medesimi, non viola il divieto di patti successori di cui all'art. 458 c.c., in quanto il vincolo che ne deriva a carico reciprocamente dei soci è destinato a produrre effetti solo dopo il verificarsi della vicenda successoria e dopo il trasferimento (per legge o per testamento) delle azioni agli eredi, con la conseguenza che la morte di uno dei soci costituisce soltanto il momento a decorrere dal quale può essere esercitata l'opzione per l'acquisto suddetta, senza che ne risulti incisa la disciplina legale della delazione ereditaria o che si configurino gli estremi di un patto di consolidazione delle azioni fra soci, caratterizzandosi, invece, la clausola soltanto come atto *inter vivos*, non contrastante, in quanto tale, neanche con la norma dell'art. 2355, comma 3 c.c., che legittima disposizioni statutarie intese a sottoporre a particolari condizioni l'alienazione di azioni nominative».

³⁵⁶ Su una fattispecie di legato di quote di società a responsabilità limitata cfr. T. Roma, 11 gennaio 2001, in *Arch. civ.*, 2001, 771.

- agli eredi spetta la liquidazione del valore della quota già di titolarità del defunto);
- c. le quote di società a responsabilità limitata possono infine “consolidarsi” (cioè accrescersi) sugli altri soci³⁵⁷, con la conseguente necessità di liquidare gli eredi del socio defunto³⁵⁸, i quali, pertanto, non subentrano in società³⁵⁹.

Nel diritto previgente non è invece stata ritenuta ammissibile³⁶⁰ la fattispecie “contraria”, e cioè l’attribuzione agli eredi della facoltà alternativa di subentrare in società o di pretendere la liquidazione della quota, poiché ciò – si riteneva – sarebbe equivalso alla concessione di un diritto di recesso (ma questo scenario oggi ovviamente può cambiare essendo i casi di recesso statutariamente “addomesticabili”: cfr. *infra* il par. 4.2.1).

³⁵⁷ La liquidazione avviene a opera degli altri soci (ciascuno in proporzione alla sua quota di partecipazione al capitale sociale) e non a opera della società, poiché, se il debito della liquidazione della quota fosse in capo alla società, se ne avrebbe una riduzione del capitale sociale al di fuori dei casi consentiti: cfr. SALAFIA V., *Liquidazione della quota agli eredi del socio di s.r.l.*, in *Società*, 1987, 904.

³⁵⁸ La clausola in esame pertanto “convertirebbe” la quota in un credito e detto credito (in luogo della quota) sarebbe dunque oggetto di trasmissione ereditaria: cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MES-SINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 214. Sulla questione della validità della clausola sotto il profilo “civilistico”, cfr. da ultimo, D’AURIA M., *Clausole di consolidazione societaria e patti successori*, in *Riv. not.*, 2003, 657.

³⁵⁹ Cfr. App. Bologna, 23 settembre 1996, in *Società*, 1997, 420, secondo cui «lo scopo evidente dell’intera clausola è quello di circoscrivere la compagine sociale ai soli soci e di mantenere inalterata la proporzionalità delle quote, conseguendo in via pattizia la soluzione di recente indicata da un giudice di merito (Trib. Verona, 27 giugno 1989, ric. soc. Verivet) e facendo salva unicamente una diversa valutazione dell’interesse della società da parte dei soci superstiti al momento del verificarsi della successione a titolo particolare o universale (mancato esercizio della prelazione nel caso di vendita e facoltà di proseguire la società con gli eredi). Già da tale annotazione discende che lo scopo comune perseguito dalle parti del contratto di società non è quello di regolare la successione dei contraenti o di disporre di diritti successori, ma unicamente quello di conferire un determinato assetto alla società dopo che si fosse verificato l’evento morte, individuando sin dall’origine il diritto trasmissibile nel suo contenuto (il credito monetario e non la quota) e nel soggetto obbligato (i soci). In sostanza – come affermato dalla Cassazione in una fattispecie sotto qualche aspetto analogo, anche se certamente non in tutto assimilabile alla presente (cfr. Cass., 16 aprile 1994, n. 3609) – con la stipulazione di tale clausola “nasce un vincolo che trova la propria giustificazione causale solamente nell’esigenza di consentire ai soci superstiti una valutazione circa l’interesse societario e l’opportunità di fare entrare nella compagine sociale soggetti estranei [...]. Di tal che la morte del socio non assume una rilevanza causale, ma meramente temporale e accidentale”; la morte, quindi, anche nel caso che ne occupa, viene considerata unicamente come l’evento che determina l’operatività della clausola e non come causa della stessa, secondo la struttura, pienamente lecita dei negozi *post mortem*».

³⁶⁰ Cfr. Trib. Napoli, 21 ottobre 1983, in *Società*, 1984, 667; PAPPÀ MONTEFORTE V., *Limiti dell’autonomia statutaria nella trasmissione mortis causa di quote di s.r.l.*, in *Dir. e giur.*, 1984, 1040.

Nella prassi statutaria, infine, venivano variamente risolti i problemi (che vengono trattati oltre, nei paragrafi successivi a questo):

1. dell'automaticità o meno di questa "esclusione" degli eredi del socio defunto dalla società (se cioè il loro subentro in società o la loro liquidazione fosse da decidersi dai soci "superstiti" o se la liquidazione fosse una conseguenza "automatica" in caso di morte);
2. della quantificazione del valore da liquidare al defunto;
3. dei termini temporali in base ai quali questa liquidazione avrebbe dovuto concretamente avvenire.

La nuova disciplina del diritto societario prefigura dunque due scenari in ordine alla morte del socio e alla conseguente sorte della sua partecipazione:

- a. lo statuto nulla preveda: in tal caso, l'erede (o il legatario) deve essere iscritto a libro soci (per l'art. 7 del R.D. 29 marzo 1942, n. 239, implicitamente richiamato dal nuovo art. 2470, comma 2, detta iscrizione deve avvenire su presentazione del certificato di morte, di copia del testamento, se esista, e di un atto di notorietà giudiziale o notarile, attestante la qualità di erede o di legatario);
- b. lo statuto preveda o il divieto di trasmissione *mortis causa* o «ponga condizioni o limiti che nel caso concreto impediscono il trasferimento a causa di morte» (si pensi a un diritto di "consolidazione" – o di "accrescimento" – dei soci superstiti)³⁶¹; in tal caso, secondo la riforma, al socio (se ovviamente è in vita) oppure agli eredi o ai legatari (se il socio è defunto) spetta il diritto di recesso.

In quest'ultimo caso va osservato, evidentemente, che il diritto "di recesso" degli eredi (e la conseguente valorizzazione e liquidazione della loro quota) è disposto dalla riforma in modo assai atecnico in quanto:

- sia nel caso che lo statuto si limiti a prevedere l'intrasferibilità della partecipazione per successione a causa di morte o l'accrescimento della quota del defunto sui soci superstiti senza nulla dire della sorte degli eredi;

³⁶¹ Si deve invero trattare di un limite che "impedisca" la trasmissione *mortis causa*: e così, per esempio, una clausola di consolidazione "automatica" (del tipo: «in caso di morte del socio la sua quota si accresce ai soci superstiti») mentre una clausola di consolidazione "opzionale" (del tipo: «in caso di morte i soci superstiti possono decidere se liquidare gli eredi o se consentirne il subentro in società») non "impedendo" il trasferimento della quota agli eredi, ma preconizzandone solamente l'eventualità, non pare essere ascrivibile nel novero di quelle che danno luogo a diritto di recesso.

- sia nel caso in cui lo statuto preveda già di per sé la possibilità dei soci superstiti di consolidarsi la quota del defunto e di liquidare gli eredi;

a costoro non spetta alcun diritto “di recesso” (e, come detto, si rivela quindi atecnica, nella sua brevità, la norma di cui all’art. 2469, comma 2)³⁶², mancandone i presupposti: essi, infatti, sono già fuori dalla società (per effetto di automatismo statutario o per effetto di una decisione dei soci superstiti che, in base allo statuto, vogliono impedire l’ingresso degli eredi in società) e non può porsi appunto una questione di recesso per chi non sia mai subentrato in società per essergli stato questo subingresso impedito.

3.11.8.1 *Il consolidamento “automatico” o “opzionale”*

La riforma incide peraltro solo sul diritto alla liquidazione per gli eredi impediti all’ingresso in società, ma nulla dice su una serie di altre questioni, che quindi rimangono affidate, com’è sinora avvenuto, all’elaborazione della prassi statutaria, prima fra tutte quella di stabilire se l’impedimento al subentro degli eredi in società al posto del socio defunto sia un accadimento automatico, per effetto stesso della morte, o sia invece una conseguenza di una decisione da adottarsi dagli altri soci.

Per dirimere ogni possibile dubbio operativo su questo punto, è dunque opportuno che la questione sia espressamente disciplinata e risolta negli statuti: e così, si potranno volta a volta introdurre previsioni in base alle quali, a causa della morte, la quota del defunto automaticamente si consolida sui superstiti (e agli eredi ne è dovuta la monetizzazione) oppure previsioni circa la mera eventualità di una tale conseguenza di impedimento al subentro; in altri termini, per via statutaria si può disporre che, in caso di

³⁶² Cfr. ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 65, secondo cui «suscita perplessità, cospicua anche se di ordine meramente concettuale e senza implicazioni operative, la previsione di eredi da un lato non ammessi a succedere *mortis causa* nella posizione associativa del socio defunto, e ciò per la ricorrenza delle previste fattispecie condizionanti, dall’altro ammessi al recesso in quanto tali e sulla base, incidentalmente, di una regolamentazione intitolata (cfr. art. 2473) “recesso del socio”. È innegabile che si è persa nella specie la corretta misura terminologica nella definizione del rapporto tra eredi del socio e rimborso della partecipazione di quest’ultimo»; e ancora (a pag. 66) «la previsione di un diritto di recesso a favore dell’erede del socio non ammesso in società per effetto di un vincolo di intransmissibilità è la rappresentazione di una norma concettualmente opinabile perché presuppone una qualità associativa che non appartiene, per quanto ovvio, all’erede. Ne consegue che essa va letta alla stregua di un’indicazione tecnico-operativa utile a rappresentare il diritto dell’erede alla liquidazione della quota».

morte, siano i soci superstiti a decidere (e con quale *quorum*) se gli eredi possano subentrare o meno.

Si tratta ovviamente di una decisione che gli eredi debbono “subire”, non potendo essi in tal caso invocare comunque un diritto di recesso, in quanto la previsione statutaria impedisce solo eventualmente il subentro al defunto e non è quindi ascrivibile al novero di quelle previsioni di intrasferibilità della partecipazione da cui discende la facoltà di recesso.

3.11.8.2 *Il valore da liquidare agli eredi del socio defunto*

Dato che «i soci che recedono dalla società hanno diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione in proporzione del patrimonio sociale» (art. 2473, comma 3), la valutazione della partecipazione va dunque effettuata tenendo conto del suo valore “corrente”.

Quindi, a meno che si possano introdurre clausole statutarie (sul che vedasi *infra* il par. 4.6.1) che dispongano i criteri in base ai quali questa valutazione vada effettuata e quali siano le voci da considerare per comporre questo patrimonio (in questa materia c'è sempre, tra l'altro, da stabilire come individuare il valore d'avviamento), il criterio che la legge indica è indubbiamente quello della valutazione “venale” e quindi non si riferisce certo al valore nominale né al valore meramente contabile.

Va infine ricordato che l'art. 2473, comma 3, dispone che, se vi sia disaccordo tra i soci in ordine alla determinazione del valore della quota del recedente, questa valutazione deve essere compiuta mediante una «relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente».

3.11.8.3 *La tempistica della liquidazione degli eredi*

Questa materia, finora delegata alla prassi statutaria, riceve ora un deciso *input* da parte del legislatore: l'art. 2473, comma 4, dispone infatti che il rimborso delle partecipazioni per cui è stato esercitato il diritto di recesso deve essere eseguito entro sei mesi dalla comunicazione di recesso che il socio inoltra alla società. Si tratta di una norma che non prevede deroghe, ma è da credere che statutariamente si potranno senz'altro introdurre abbreviazioni (e probabilmente anche dilazioni).

È poi evidente che, se siano i soci superstiti a decidere la liquidazione degli eredi o se essa sia disposta “in automatico” dallo statuto, devono essere i soci stessi a far fronte di tasca propria (godendo essi dell'accrescimento) alla liquidazione degli eredi.

Se invece gli eredi maturano (ed esercitano) un “diritto di recesso” per effetto della presenza di clausole statutarie che impediscano *tout court* la

trasmissione *mortis causa* ecco che si dovranno seguire le “ordinarie” norme in tema di liquidazione del socio recedente:

- a. la liquidazione può avvenire mediante acquisto da parte degli altri soci proporzionalmente alle loro partecipazioni oppure da parte di un terzo concordemente individuato dai soci medesimi;
- b. qualora ciò non avvenga, il rimborso è effettuato utilizzando riserve disponibili o in mancanza corrispondentemente riducendo il capitale sociale;
- c. qualora le procedure predette non risultino possibili, la società deve essere posta in liquidazione.

3.11.9 Il trasferimento della quota del socio d'opera

Un nuovo problema che la riforma solleva (stante l'impraticabilità dei conferimenti d'opera nel previgente ordinamento) è quello del trasferimento della quota che un dato socio abbia acquisito promettendo alla società la propria opera (e fintantoché l'opera sia in corso di esecuzione, poiché, a opera terminata, nessun problema appare prospettarsi).

Questo nuovo problema si pone sotto una pluralità di profili, tra cui:

1. se la quota del socio d'opera sia trasferibile “in corso d'opera”;
2. se in caso di trasferibilità l'acquirente subentri in una quota interamente liberata;
3. se in caso di trasferibilità all'acquirente faccia carico di eseguire la parte di opera che il cedente non abbia ancora eseguito.

L'ordinamento pare non offrire indizi in materia, se non i seguenti rilievi:

- l'enunciazione della regola generale in base alla quale (art. 2469, comma 1) «le partecipazioni sono liberamente trasmissibili per atto tra vivi e per successione a causa di morte, salvo contraria disposizione dell'atto costitutivo»;
- l'abolizione a opera della riforma della previgente previsione di cui al “vecchio” art. 2478, comma 2, in base al quale le quote cui era connesso l'obbligo delle “prestazioni accessorie” potevano essere trasferite solo con il consenso degli amministratori.

Altra premessa è quella secondo cui, ovviamente, se ai problemi di cui sopra sia stata data soluzione statutaria (che, stante il vuoto in cui la materia in commento si dibatte, si appalesa vieppiù opportuna), nessuna questione più si porrebbe (e che l'addomesticabilità statutaria di questa materia sia possibile, lo dimostrano sia il predetto vuoto normativo che il clima di tendenziale autonomia statutaria che pervade tutta la disciplina della

società a responsabilità limitata fino al limite del diritto imperativo che, su date tematiche, sia esplicitamente imposto dal legislatore).

Il problema che qui ci si pone è dunque quello della disciplina di questa materia in assenza di apposite previsioni statutarie. Ora, nell'affrontarlo, non si può prescindere dalla natura del conferimento d'opera, se cioè si tratti di un "vero e proprio" conferimento di un'opera o di un servizio oppure invece si tratti di un conferimento di "valore", e cioè del "valore" dell'opera promessa.

Già si è opinato in questo secondo senso, quando (si veda *supra* il par. 2.2.6) si è affrontato il tema del conferimento d'opera dell'unico socio per verificare se, in quel caso, a fronte dell'opera promessa ma non ancora interamente eseguita, si potesse o meno affermare di essere in presenza di un capitale per intero liberato, con ciò che da questa considerazione consegue in termini di responsabilità dell'unico socio per le obbligazioni sociali in caso di insolvenza della società e in termini di eseguibilità di futuri aumenti di capitale sociale, che invero non possono essere eseguiti finché il capitale precedentemente sottoscritto non sia stato versato per l'intero.

Quelle conclusioni qui si richiamano e per brevità non si ripetono, ma si danno per acquisite: esse permettono di contribuire dunque anche alla risoluzione della questione qui in esame. Infatti, se anche in caso di conferimento d'opera il conferimento stesso si intenda per liberato all'atto della sottoscrizione (e quindi anche prima che l'opera promessa venga per intero portata esattamente a termine), non si pone alcun problema di trasmissione di una quota non liberata.

Restano però le altre questioni:

- chi eseguirà l'opera dopo il trasferimento della quota?
- è possibile pensare che la società "subisca" il trasferimento della quota e si trovi ad avere un esecutore dell'opera diverso da quello con il quale la prestazione dell'opera era stata concordata?
- più in generale, non è forse che tutte queste problematiche conducano a far ritenere che la trasmissione della quota non sia possibile?

Ebbene, la risposta è che la quota del socio d'opera è invero liberamente trasmissibile³⁶³) in quanto non vi sono preclusioni (a meno che esse siano

³⁶³ Per ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 64, «parrebbe lecito ritenere che la quota assegnata al socio d'opera non rifletta un'intrinseca intrasferibilità sino a quando detto socio resti tale».

statutariamente pattuite) al trasferimento di una quota del socio d'opera che non abbia ancora completato il suo adempimento; e che detta quota è trasmissibile, come detto, quale quota per intero liberata.

Resta poi il problema del completamento dell'opera promessa da parte del socio d'industria cedente.

Immaginandoci per ora una prestazione d'opera che le parti (conferente e conferitaria) non abbiano ritenuto e non ritengano tuttora "fungibile" (e cioè eseguibile anche da soggetti diversi dall'originario socio d'industria), se dunque Tizio, facchino "provetto", dopo aver contratto con la società Alfa (avente a oggetto l'esecuzione di traslochi) l'impegno di conferire, per 6mila euro, la propria opera di facchino per quattro mesi (il perito ha infatti stabilito che il lavoro di facchinaggio per otto ore al giorno per cinque giorni alla settimana ha un valore di millecinquecento euro al mese e Tizio ha così consegnato alla società una polizza assicurativa per l'esecuzione di questo suo impegno), trascorso un mese, non si trovi già più a suo agio e intenda andarsene dalla società (avendo trovato per la propria quota un acquirente, Caio, che non può lavorare avendo perduto una gamba in un incidente d'auto, il quale punta tuttavia sugli utili che potrebbero derivare dall'attività di facchinaggio, in quanto la società opera in una località ove sta sorgendo un importante polo logistico) egli – come detto – può tranquillamente cedere la sua quota a Caio (che evidentemente non potrà/dovrà prestare alcuna sua opera).

Nel caso di conferimento d'opera, infatti, il soggetto "socio" stipula con il soggetto "società" un contratto avente a oggetto la prestazione di un'opera che come "corrispettivo" ha l'ottenimento, da parte del conferente, di una quota di partecipazione al capitale della società conferitaria.

Ora, è difficile affermare (anzi è da escludere), perché nessun dato normativo vi è in tal senso, che l'obbligo di eseguire una data prestazione da parte del *soggetto-socio* divenga una qualità *oggettiva* della quota ottenuta in corrispettivo.

Più che immaginare dunque che un obbligo personale del socio divenga una caratteristica oggettiva della sua partecipazione³⁶⁴ e che con essa quin-

³⁶⁴ Che le attribuzioni personali (attive o passive) dei soci non divengano caratteristiche delle loro quote (sul che vedasi *supra* il par. 3.10.3) lo conferma anche l'art. 2468, comma 3, ove si contempla «l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili». Nel senso della "oggettivazione" delle prestazioni nelle quote era invece il "vecchio" art. 2477, che come detto necessitava il consenso degli amministratori, in caso di assunzione da parte di taluno dei soci di effettuare "prestazioni accessorie", per la cessione delle «quote a cui è connesso l'obbligo delle prestazioni anzidette». Nel medesimo senso anche l'attuale art. 2344, in tema di prestazioni accessorie nella società per azioni, per il quale «le azioni alle quali è connesso l'obbligo delle prestazioni anzidette devono essere nominative e non sono trasferibili senza il consenso degli amministratori».

di quell'obbligo si trasferisca, occorre immaginare invece che la prestazione e la quota siano due mondi che tra sé non comunicano: la quota ottenuta a fronte del conferimento è identica a tutte le altre quote, non incorpora in sé le particolari posizioni soggettive attive e passive di cui il suo titolare fosse centro di imputazione e, se circola, circola senza trascinare con sé alcun obbligo di prestazione di servizio³⁶⁵.

Quest'obbligo permane invero in capo al cedente/conferente l'opera, il quale, anche in caso di cessione della partecipazione ottenuta a fronte del suo conferimento non ancora eseguito per l'intero, resta tuttavia obbligato a effettuarlo (e, se si renda inadempiente, colpevolmente o meno, a presidio dell'integrità del capitale sociale vi è pur sempre il rimedio dell'escussione della fideiussione/polizza che venne depositata in società all'atto della sottoscrizione del conferimento d'opera); implausibile sarebbe, di contro, ritenere che, cessata la qualità di socio, cessi anche l'obbligo di prestazione d'opera.

Fino a qui si è dunque immaginata una prestazione che non sia stata considerata "fungibile" (cioè eseguibile anche da un eventuale avente causa del socio d'industria) nel contratto stipulato tra il conferente e la società conferitaria: in tal caso, pertanto, non potendosi immaginare una continuazione dell'opera da parte dell'avente causa (o di terzi), infatti non resta che l'alternativa tra la continuazione dell'opera da parte dell'originario socio d'industria (che pur abbia ceduto la sua quota) e l'escussione della garanzia a fronte del mancato completamento dell'opera promessa da parte del socio d'industria medesimo.

Ma sono immaginabili anche altre situazioni, "intermedie" rispetto a quelle di cui finora si è parlato, e che vengano volta a volta negoziate tra i soggetti coinvolti: si pensi al caso della prestazione di servizio fungibile (esempio: effettuare una fornitura di un cereale di una certa qualità per

³⁶⁵ Mi pare invece che ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2469*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 63, immagini una circolazione dell'obbligo di prestazione unitamente alla circolazione della partecipazione, quando afferma che «nel senso della libera trasferibilità della quota del socio d'opera si pongono sia la mancata riproduzione del comma 2 del precedente art. 2478, con il conseguente venir meno dell'unico vincolo che l'assisteva nel sistema previgente, sia, e non secondariamente, l'essere la società sollevata dai riflessi patrimoniali connessi all'inadempimento del cessionario della quota o alla morte del socio in virtù della possibilità di escutere la garanzia bancaria o assicurativa di cui al citato art. 2464». Più esplicito il medesimo Autore alla successiva pag. 75 (*sub art. 2471*) ove, nella fattispecie dell'espropriazione della partecipazione, afferma che «sia la fase amichevole che la designazione societaria *ex asta* dovranno farsi carico degli elementi anche statuari che caratterizzano le quote interessate dall'espropriazione, così che, [...] quote non liberate o con prestazioni accessorie implicheranno l'assunzione dei relativi obblighi».

un dato periodo a determinate scadenze) ove sarà possibile prevedere *ab origine* nel contratto di conferimento tra socio e società (cui ovviamente il cessionario dovrà poi aderire) oppure pattuire (tra società, cedente e cessionario), all'atto della cessione della quota del socio d'industria, la continuazione (evidentemente a spese del cedente) dell'esecuzione dell'opera ancora incompiuta da parte del cessionario (che sia quindi ritenuto in grado di effettuare la stessa fornitura) o di terzi.

Così anche nel caso di decesso del socio d'industria; in tale ipotesi infatti si aprono i seguenti possibili scenari:

- escussione della polizza/fideiussione da parte della società a causa del mancato completamento dell'opera (oppure: versamento da parte degli eredi alla società del controvalore dell'opera ancora da eseguire);
- continuazione dell'opera da parte dell'erede (se la prestazione sia "fungibile", l'erede sia d'accordo e la società l'abbia consentito *ab origine* o lo consenta all'atto della successione);
- continuazione (a spese dell'eredità) dell'opera da parte di terzi (ove vi consentano eredi e società).

3.11.10 La doppia alienazione della quota di società a responsabilità limitata

La riforma del diritto societario innova radicalmente il trattamento della doppia alienazione di quota di società a responsabilità limitata a opera del medesimo venditore a favore di due diversi acquirenti: il caso è quello del venditore Tizio che vende la sua quota di partecipazione al capitale sociale dell'Alfa società a responsabilità limitata prima all'acquirente Caio e poi all'acquirente Sempronio.

Prima della riforma si era ritenuto principalmente che questo caso fosse regolato³⁶⁶ dal principio generale (*prior in tempore potior in iure*) in base

³⁶⁶ Cfr. Cass., 21 febbraio 1966, n. 540, in *Giust. civ.*, 1966, I, 436; Cass., 18 febbraio 1985, n. 1355, in *Giur. comm.*, 1985, II, 437; in *Dir. fall.*, 1985, II, 346, secondo cui «per l'opponibilità alla massa fallimentare del trasferimento di quota di società a responsabilità limitata è sufficiente che lo stesso risulti da atto scritto avente data certa anche in mancanza di iscrizione nel libro dei soci»; RORDORF R., *Opponibilità al creditore pignorante del trasferimento di quote di s.r.l. non trascritto nel libro dei soci*, in *Società*, 1985, 950.

Per la tesi invece della risoluzione del conflitto in base alla priorità nell'iscrizione del trasferimento nel libro soci cfr., per esempio, RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 218; Trib. Bologna, 2 agosto 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 1044, secondo cui «il conflitto tra più acquirenti di quote di società a responsabilità limitata va risolto sulla base della priorità della valida iscrizione sul libro dei soci; analogamente deve risolversi il conflitto tra il successivo acquirente e il titolare originario, quando questi ne riacquisti la proprietà per effetto della risoluzione del negozio di cessione».

al quale tra i due acquirenti prevale Caio, e cioè colui che per primo ha stipulato il contratto di acquisto, sulla base della considerazione che quando il doppio venditore Tizio si presenta a firmare la seconda vendita con l'acquirente Sempronio, Tizio in quel momento non può vendere più nulla avendo già venduto a Caio; il doppio venditore, in sostanza, con la prima vendita perde la legittimazione a disporre della quota, avendola già alienata, con il risultato che Sempronio non può quindi acquistare nulla, avendo Tizio già effettuato l'acquisto della quota medesima³⁶⁷.

Questo modo di risolvere la questione della doppia vendita della stessa partecipazione sociale, che viene ora innovato dalla riforma, non ha mai subito variazioni dall'entrata del Codice civile del 1942 in avanti, e ciò nemmeno a seguito della cosiddetta "Legge Mancino" (legge 12 agosto 1993 n. 310), che introdusse, come noto, il principio della necessità (non beninteso ai fini della validità della cessione bensì "solo" ai fini dell'iscrizione della cessione a libro soci) dell'atto traslativo in forma autentica e della sua conseguente pubblicazione nel Registro delle Imprese (prima infatti non vi era

Sull'applicabilità al trasferimento di quote di società a responsabilità limitata dell'art. 1155 in tema di possesso di buona fede di beni mobili cfr. BIONDI B., *Trasferimento di quote e funzione del libro dei soci nella società a responsabilità limitata*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1959, II, 228.

Cfr. anche Cass., 12 dicembre 1986, n. 7409, in *Foro it.*, 1987, I, 1101; in *Giust. civ.*, 1987, I, 36; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 499; in *Riv. not.*, 1987, 567; in *Giur. comm.*, 1987, II, 741, secondo cui «è inopponibile al terzo che in buona fede abbia acquistato una quota di società a responsabilità limitata e iscritto l'acquisto sul libro soci, il precedente pignoramento (nella specie, non iscritto sul libro soci) della quota stessa eseguito nelle forme del pignoramento presso terzi»; Cass., 27 gennaio 1984, n. 640, in *Giur. comm.*, 1984, II, 520, secondo cui «qualora il creditore di un preteso socio di una società a responsabilità limitata proceda a pignoramento della quota sociale del debitore, nelle forme dell'espropriazione forzata presso terzi, l'opponibilità al creditore medesimo, da parte della società, della scrittura privata non autenticata, con la quale detto socio abbia trasferito ad altri la propria quota, come mezzo al fine di disconoscere l'esistenza di un debito di essa società terza pignorata, nei confronti del debitore escusso, resta regolata non dalle disposizioni dell'art. 2479 c.c., circa l'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci e le relative modalità, che sono rilevanti solo con riguardo all'opponibilità del trasferimento stesso alla società, bensì dalla norma di cui all'art. 2914, n. 4 c.c., in tema di efficacia nei confronti del creditore pignorante delle alienazioni anteriori al pignoramento; in applicazione di tale norma, pertanto, e vertendosi in ipotesi di trasferimento di un bene per il quale non è configurabile una materiale trasmissione di possesso, la suddetta opponibilità deve essere riconosciuta quando la società provi l'autenticità della sottoscrizione dell'indicata scrittura, e la medesima presenti inoltre una data certa anteriore al pignoramento, secondo i criteri fissati dall'art. 2704 c.c. (nella specie: per morte del sottoscrittore)».

³⁶⁷ Cfr. GUIDOTTI R., *In tema di pubblicità, forma e nullità del contratto di trasferimento di quote di s.r.l.*, in *Contr. e impr.*, 1996, 519. Per la rilevanza della formalità presso il Registro delle Imprese anche nel regime previgente cfr. invece CENNI D., *L'iscrizione nel Registro delle Imprese e doppia alienazione di azienda e di quote di s.r.l.*, in *Contr. e impr.*, 1996, 467. Per la prevalenza dell'avente causa che, indipendentemente dalla data del contratto traslativo, abbia per primo iscritto detto atto nel Registro delle Imprese: Trib. Milano, 2 febbraio 1995, in *Notariato*, 1995, 599.

necessità dell'atto notarile, nessuna pubblicità della cessione veniva fatta nel Registro delle Imprese, tutto si svolgeva nel "segreto" del libro soci)³⁶⁸.

In sostanza, anche dopo la legge 310/1993, in assenza di una norma specifica, non si è mai potuto ritenere il Registro Imprese dotato delle medesime peculiarità dei registri immobiliari, ove la formalità eseguita per prima (anche se discendente da un atto stipulato posteriormente) prevale su quella eseguita dopo (art. 2644 del Codice civile). Al massimo, infatti, il Registro Imprese ha la funzione di rendere opponibili ai terzi gli eventi di cui è disposta la pubblicizzazione: secondo l'art. 2193 del Codice civile «i fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione, se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai terzi da chi è obbligato a richiederne l'iscrizione, a meno che questo provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza».

La riforma predisposta dalla "Commissione Vietti" opera invece in questo campo una radicale innovazione³⁶⁹: viene infatti introdotta la "rivoluzionaria" previsione che anche la pubblicità nel Registro Imprese (analoga a quella dei registri immobiliari) ha effetto "dichiarativo" per gli acquisti (e cioè di consentire la prevalenza di chi per primo effettua l'adempimento pubblicitario, indipendentemente dalla priorità nella data di stipula del contratto traslativo), di modo che viene previsto che «se la quota è alienata con successivi contratti a più persone, quella tra esse che ha effettuato in buona fede l'iscrizione nel Registro delle Imprese è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore» (art. 2470, comma 3)³⁷⁰; questa regola di conflitto serve³⁷¹ anche, ovviamente, a dirimere

³⁶⁸ Per Trib. Bologna, 30 gennaio 1997, in *Società*, 1997, 932, anche alla luce della normativa di cui alla legge 310/1993, «sembra doversi riconfermare l'estraneità delle formalità previste ad altri fini (pubblicitari) rispetto al perfezionamento del negozio traslativo come contratto a forma libera e comunque pienamente efficace *inter partes* (v. Cass. 3419/1981), e neppure il carattere costitutivo dell'annotazione nel libro dei soci del trasferimento (v. Trib. Bologna, 5 febbraio 1992), quanto piuttosto la valutazione del perfezionamento dell'*iter* previsto dalla nuova normativa per prevenire e rendere opponibile anche alla società e ai terzi il trasferimento stesso, sia *inter vivos* che *mortis causa*, con prescrizione di una serie di vincoli formali che vanno inquadrati nella categoria delle cosiddette forme a *regulartatem* in cui queste assumono l'unico significato di presupposto legale per il raggiungimento di effetti ulteriori che altrimenti il negozio, pur perfetto, non potrebbe ottenere».

³⁶⁹ Anticipano la riforma Trib. Perugia, 25 febbraio 2002, in *Società*, 2002, 1008; e in *Notariato*, 2002, 591, secondo cui «la trascrizione della domanda giudiziale volta a far accertare la simulazione di un atto di trasferimento di quote di società a responsabilità limitata, al fine di risolvere il conflitto con eventuali acquirenti delle quote, deve essere iscritta nel Registro delle Imprese»; Trib. Milano, 4 aprile 2001, in *Giur. it.*, 2001, 1196; e in *Giur. comm.*, 2001, II, 635, secondo cui «può iscriversi nel Registro delle Imprese la domanda del creditore del simulato alienante diretta a ottenere l'accertamento della simulazione della cessione della quota di una società a responsabilità limitata».

³⁷⁰ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «nell'art. 2470, oltre ad affrontare alcuni aspetti tecnici, ci si è posto il problema se e quale tutela

il contrasto, per esempio, tra un creditore che esegua un sequestro o che consegua un pegno e l'acquirente della piena proprietà di una partecipazione o di un diritto di usufrutto su di essa.

Assunta dunque questa funzione dichiarativa, l'obbligo di eseguire l'adempiamento pubblicitario diviene ancor più stringente e assai maggiore la responsabilità di chi, indugiano, causerà l'altrui prevalenza e quindi una situazione di danno a carico del primo acquirente/secondo trascrivente. Vi è dunque una radicale svolta nel servizio pubblicitario offerto dal Registro delle Imprese, esaltandosene con questa innovazione la funzione di sicurezza³⁷² nella contrattazione che ha a oggetto la cessione di partecipazioni al capitale delle società a responsabilità limitata. Ciò che evidentemente riddonda pure sulla delicatezza del compito di chi introduce atti nel Registro stesso: infatti, tanto più la pubblicità legale funziona quanto più vi è un'efficiente veicolazione privilegiata degli atti da pubblicare attraverso un novero ben individuato di soggetti preposti (con conseguenti gravami di responsabilità) al vaglio della loro conformità all'ordinamento e quindi a costituire una sorta di filtro in nome della complessiva efficienza del sistema.

A dire il vero, non vi è peraltro una completa equiparazione del Registro delle Imprese al sistema di pubblicità immobiliare, ove la buona fede del secondo acquirente – primo trascrivente non conta (ai fini della prevalenza sul primo acquirente, in quanto ben conta invece in tema di sua responsabilità per danni): nel campo del trasferimento delle partecipazioni invece la

debba riconoscersi all'acquirente della partecipazione sociale. Al riguardo si è ritenuto che, pur essendo la loro circolazione sottoposta a un regime di pubblicità presso il Registro delle Imprese, non si potesse adottare la soluzione tradizionale per la pubblicità immobiliare. Si è osservato infatti, al di là di ogni problema dogmatico che sarà compito della dottrina e giurisprudenza affrontare, che siffatta soluzione avrebbe condotto al risultato paradossale secondo cui l'acquirente di una partecipazione in società a responsabilità limitata verrebbe a godere di una tutela persino maggiore rispetto a quella di cui gode chi acquista un titolo di credito o uno strumento finanziario dematerializzato: il risultato paradossale, cioè, di tutelare maggiormente chi acquista una posizione giuridica non tipicamente destinata alla circolazione, come la partecipazione in società a responsabilità limitata, rispetto a chi acquista un titolo azionario che invece si caratterizza per quella tipica destinazione. Perciò, nel terzo comma dell'art. 2470 si è adottata una soluzione che appare equilibrata sul piano di una valutazione degli interessi e che viene sostanzialmente a riprodurre quella dell'art. 1155 per la circolazione dei beni mobili: nel caso di conflitto tra acquirenti della partecipazione la prevalenza di colui che per primo ottiene l'iscrizione del trasferimento nel Registro delle Imprese non consegue semplicemente alla sua priorità temporale, ma richiede inoltre il requisito soggettivo della buona fede».

³⁷¹ Cfr. GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 483.

³⁷² Che sarà tanto più effettiva quanto più il Registro sia aggiornato ed esauriente; è poi scontata qualsiasi considerazione circa la fondamentale necessità di rigorosità nell'ordine di *iscrizione* dei vari atti a seconda della protocollazione dei ricevuti *depositi* degli atti stessi.

prevalenza del primo trascrivente è infatti corroborata da un mix (tra le regole della pubblicità immobiliare e quelle di circolazione dei beni mobili e dei titoli di credito: artt. 2644, 1153 e 1155) dato dalla più tempestiva esecuzione dell'onere pubblicitario e dalla sua condizione di buona fede.

Forse, prescrivendo questo requisito della buona fede, si è persa l'occasione di consegnare la questione della doppia vendita al giudizio oggettivo delle date e si è conferita rilevanza a un elemento soggettivo (quello appunto della "buona fede") su cui inevitabilmente non si perderà l'occasione di incardinare controversie giudiziarie di lungo e dubbio esito.

Peraltro, così facendo il legislatore ha voluto evidentemente esprimere (seppur con i "costi" di cui sopra) uno sforzo "sistematico"; e cioè:

- da un lato, non ha inteso apprestare per le quote di società a responsabilità limitata (tendenzialmente vocate ad avere infrequenti vicende traslative) un regime di circolazione "più favorevole" rispetto a quello delle azioni di società per azioni, tendenzialmente vocate invece ad avere un regime circolatorio addirittura "frenetico"³⁷³: se quindi la circolazione delle azioni, in caso di "doppia vendita" è subordinata al principio di "buona fede" (*ex art.* 1155, se taluno con successivi contratti aliena a più persone un bene mobile, quella tra esse che ne ha acquistato in buona fede il possesso è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore), è stato ritenuto che al medesimo principio dovesse soggiacere la traslazione di quote di società a responsabilità limitata;
- d'altro lato, ha inteso utilizzare il Registro delle Imprese per le funzioni che gli sono proprie: e quindi, così come il fatto/atto non iscritto nel Registro può essere opposto ai terzi, anche se non trascritto, purché si dimostri che essi ne erano ugualmente a conoscenza (art. 2193), così anche chi iscrive per secondo un acquisto anteriore è ammesso a provare che chi ha iscritto per primo sapeva della cessione già fatta ad altri e che quindi si tratta di una pubblicità non eseguita in buona fede³⁷⁴.

Occorre inoltre notare che la buona fede è un requisito che deve sussistere

³⁷³ Secondo ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2470*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 71, si tratta di un «assunto sorprendente perché è difficile apprezzare la consistenza di un rapporto possibile tra maggiore o minore destinazione alla circolazione da un lato ed entità della tutela dall'altro, essendo peraltro evidente che non è questo il metro per definire i livelli di protezione delle posizioni giuridiche soggettive».

³⁷⁴ Cfr. GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 482.

re in capo all'acquirente (non solo evidentemente all'atto della stipula del contratto traslativo, ma anche) al momento dell'esecuzione della formalità pubblicitaria (dice infatti l'art. 2470, comma 3, che «se la quota è alienata con successivi contratti a più persone, quella tra esse che per prima *ha effettuato in buona fede l'iscrizione* nel Registro delle Imprese è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore): quindi la regola in base alla quale è sufficiente che la buona fede «vi sia stata al tempo dell'acquisto» (art. 1147, comma 3), nel senso che non rileva la “mala fede sopravvenuta” (cioè non perde gli effetti della propria originaria buona fede chi sia, successivamente all'acquisto, venuto a conoscenza della già intervenuta vendita ad altri), va “adattata” al caso in esame ove va quindi detto che la “mala fede” sopravvenuta tra la data dell'acquisto e la data di “iscrizione” nel Registro delle Imprese (e quindi anche dopo il “deposito” della pratica presso il Registro stesso) pregiudica l'acquisto di chi abbia stipulato successivamente a un altro contratto traslativo avente a oggetto le medesime partecipazioni.

Resta comunque fermo che, com'è regola generale (mancando nella legge di riforma un esplicito addossamento dell'onere probatorio in capo al primo trascrivente) la buona fede «è presunta» (art. 1147, comma 3)³⁷⁵ e che quindi è onere probatorio del primo acquirente “leso” dall'altrui più tempestiva pubblicità provare lo stato di mala fede della controparte, per impedirne l'acquisto.

3.11.11 L'acquisto *a non domino* della quota di società a responsabilità limitata?

La predetta introduzione della norma di conflitto tra più acquirenti della medesima quota di partecipazione al capitale sociale di società a responsabilità limitata, avendo come autore un medesimo dante causa, sollecita una riflessione anche sulla questione se si possa configurare un acquisto *a non domino* della quota stessa: non più quindi, come sopra, un conflitto tra acquirenti dal medesimo dante causa che sia in effetti il titolare della partecipazione oggetto di una pluralità di cessioni, bensì il problema se l'acquirente dal dante causa che non sia titolare della quota possa invocare (magari accampano la sua buona fede, magari unitamente allo svolgimento delle “normali” formalità di iscrizione dell'atto di acquisto della partecipazione nel Registro delle Imprese e della sua annotazione nel libro dei soci) l'acquisizione della titolarità della quota.

³⁷⁵ Conforme SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 207.

Il problema è che seppur la quota sia considerabile in termini di bene mobile, non si può tuttavia da ciò giungere all'applicazione dell'art. 1153 sull'acquisto dei beni mobili *a non domino*: presupposto di quest'ultima norma, infatti, è quello che si tratti di un bene mobile "non registrato" nella cui circolazione ha dunque massimo rilievo (unitamente beninteso ad altri presupposti: la "buona fede" e il "titolo idoneo") la "pubblicità" che si determina con la "consegna" della cosa stessa dal *non dominus* all'avente causa *a non domino*.

Ma ove un sistema pubblicitario invero sia predisposto appunto per "supportare" la trasmissione dei beni che in quel sistema siano "registrati" (e quindi ove il surrogato della "pubblicità" creata dalla "consegna" non possa dispiegare le sue valenze, in quanto "schiacciato" sotto il peso della pubblicità legale che il legislatore abbia predisposto), allora l'acquisto *a non domino* non si rende possibile: cosicché, la quota di società a responsabilità limitata, che è bene "registrato" al pari degli immobili e degli altri beni mobili soggetti a registrazione, ben si può acquistare *a non domino*, ma con gli effetti di cui all'art. 1478, e cioè con l'effetto che l'acquirente può acquisire la titolarità del bene solo «nel momento in cui il venditore acquista la proprietà dal titolare di essa».

3.11.12 L'iscrizione a libro soci dei mutamenti nella compagine sociale

Nella materia dell'iscrizione nel libro dei soci delle mutazioni che avvengono nella compagine sociale (trasferimenti di quote per atto tra vivi, aumenti o ricostituzioni del capitale sociale con ingresso di nuovi soci, morte del socio ecc.) il nuovo Codice civile (art. 2470):

- a. nel caso di trasferimento *mortis causa*, introduce esplicitamente (comma 2, terzo periodo) nella società a responsabilità limitata la stessa normativa (prima applicata alle società a responsabilità limitata solo per analogia in mancanza di una norma espressa) che per la società per azioni è prevista dall'art. 7 del regio decreto 29 marzo 1942, n. 239 in tema di «successione a causa di morte nella proprietà delle azioni»;
- b. nel caso di trasferimento *inter vivos* conferma la normativa previgente secondo la quale:
 1. il trasferimento di partecipazioni «ha effetto» di fronte alla società solo con l'iscrizione a libro soci (comma 1)³⁷⁶;

³⁷⁶ Cfr. PALLADINO F., *Osservazioni sull'iscrizione nel libro dei soci di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1993, II, 150; Trib. Ascoli Piceno, 12 aprile 1994, in *Società*, 1994, 1380, secondo cui «il negozio traslativo per atto tra vivi di tale quota sociale, nei rapporti *inter partes*, è contratto a forma libera, valido ed efficace dal momento del suo perfezionamento; nei confronti

2. l'annotazione nel libro soci può essere fatta “solo” previa esibizione dell'atto traslativo che rechi la menzione dell'avvenuto suo deposito presso il Registro delle Imprese³⁷⁷.

Ai fini che precedono, secondo l'art. 2470, comma 2, «l'atto di trasferimento, con sottoscrizione autenticata³⁷⁸, deve essere depositato entro trenta giorni³⁷⁹, a cura del notaio autenticante, presso l'ufficio del Registro delle Imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale».

3.11.12.1 *La movimentazione del libro soci nel caso di trasmissione di quote a causa di morte*

Dispone dunque il nuovo art. 2470, comma 2, terzo periodo, che, in caso di trasferimento *mortis causa* di quote di partecipazione al capitale sociale di una società a responsabilità limitata, il deposito al Registro Imprese e l'iscrizione nel libro dei soci³⁸⁰ sono effettuati a richiesta dell'erede (o del legatario della quota) verso presentazione della documentazione richiesta per l'annotazione nel libro dei soci dei corrispondenti trasferimenti in materia di società per azioni.

Questa documentazione comprende (art. 7, R.D. 239/1942):

- a. il certificato di morte;
- b. la copia del testamento, ove esista;

della società, a norma dell'art. 2479, secondo comma Codice civile, è efficace soltanto dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci»; App. Trento, 13 dicembre 2001, in *Società*, 2002, 442; in *Vita not.*, 2002, 887, secondo cui «dal momento della sottoscrizione dell'aumento di capitale scindibile, il socio può esercitare tutti i diritti derivanti dalla sottoscrizione, con l'effetto che la sua quota di capitale deve essere misurata tenendo conto della sottoscrizione già effettuata».

³⁷⁷ Cfr. GUIDOTTI R., *Ancora sul deposito (per l'iscrizione) di cui al 4° comma dell'art. 2479 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 502.

³⁷⁸ Ovviamente, poiché il “meno” sta nel “più”, ciò vale a maggior ragione se il trasferimento della partecipazione sia rogato per atto pubblico.

³⁷⁹ Se si tratta di un atto stipulato all'estero, il termine di trenta giorni decorre dal giorno del deposito dell'atto in Italia (art. 1, comma 1, legge 13 marzo 1980, n. 73); per effettuare l'atto di deposito in Italia c'è tempo quarantacinque giorni dalla data dell'atto traslativo (art. 1, comma 1, legge 13 marzo 1980, n. 73); il deposito in Italia va effettuato presso un qualsiasi notaio o presso un qualsiasi archivio notarile distrettuale (art. 106, comma 1, n. 4), legge 16 febbraio 1913, n. 89). Cfr. pure ANGELELLI C., *Atti di pegno su quote di società a responsabilità limitata costituiti all'estero e imposta di registro*, in *Boll. trib.*, 1995, 1162.

³⁸⁰ Cfr. Trib. Lagonegro, 16 febbraio 2000, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 2000, I, 539, secondo cui non produce effetto nei confronti della società l'iscrizione del trasferimento per causa di morte delle quote di capitale delle società a responsabilità limitata nel libro dei soci, qualora non siano stati effettuati preventivamente il deposito e l'iscrizione nel Registro delle Imprese del relativo titolo.

- c. un atto di notorietà giudiziale o notarile attestante la qualità di erede (e quindi l'avvenuta accettazione ereditaria)³⁸¹ o legatario di chi chiede l'iscrizione nel libro dei soci.

Ovviamente, stante l'avvenuta soppressione dell'imposta di successione, non deve essere più presentata³⁸² la prova dell'avvenuta ostensione al fisco del passaggio dal defunto agli eredi delle partecipazioni al capitale sociale.

3.11.12.2 *La movimentazione del libro soci nel caso di trasmissione di quote per atto tra vivi*

In questo ambito, l'art. 2470, comma 2, primi due periodi, del nuovo Codice civile dispone dunque che il libro dei soci può essere "movimentato" solo se alla società sia esibito il titolo del trasferimento (cioè l'atto notarile recante, per esempio, la donazione o la compravendita delle quote trasferite) munito degli estremi dell'avvenuto suo deposito presso il Registro delle Imprese.

L'organo amministrativo della società, una volta ricevuta questa documentazione e dopo averla sottoposta a un controllo meramente formale (senza cioè poter entrare nel merito della validità del titolo del trasferimento)³⁸³, deve³⁸⁴ senza indugio³⁸⁵ procedere all'iscrizione del trasferimento nel

³⁸¹ Cfr. Uff. registro imprese Ferrara, 12 gennaio 2000, in *Notariato*, 2000, 460, secondo cui «in forza del combinato disposto degli artt. 2479-bis c.c., 7 R.D. 29 marzo 1942, n. 239 e 459 c.c., l'atto di notorietà giudiziale o notarile attestante la qualità di erede di quote di società a responsabilità limitata deve documentare l'avvenuta accettazione dell'eredità, in quanto la delazione che segue l'apertura della successione non è di per sé sola sufficiente all'acquisto dello *status* di erede del chiamato».

³⁸² È quindi un *lapsus* quello di FICO D., *Brevi riflessioni sul trasferimento di quote di s.r.l. alla luce della riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 18, nota 8, il quale ritiene tuttora dovuto il predetto adempimento tributario.

³⁸³ Per App. Milano, 27 settembre 1983, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1273, è legittimato a partecipare all'assemblea della società per azioni colui che giustifichi il suo diritto in base al titolo e all'annotazione nel libro dei soci e che abbia depositato il titolo stesso, non potendosi compiere accertamenti volti a certificare la sostanziale validità dei negozi di trasferimento dei diritti sulle azioni, fra acquirente e originario titolare; per Pret. Roma, 21 marzo 1988, in *Temì rom.*, 1988, 146, «l'iscrizione della cessione delle quote nelle società a responsabilità limitata è un atto dovuto e l'amministratore deve provvedervi senza avere alcun diritto di sindacato sul contenuto della cessione» ed è quindi «esperibile la procedura d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. per imporre agli amministratori di società a responsabilità limitata l'iscrizione nel libro soci del trasferimento di quote ai sensi dell'art. 2479 c.c.»; per App. Milano, 29 novembre 1991, in *Foro it.*, 1992, I, 3400, «è invalida l'annotazione sul libro soci dei trasferimenti di quote qualora sia eseguita da persona del tutto estranea all'organo preposto all'amministrazione della società e senza che, in nessun modo, tale organo abbia manifestato la propria volontà in proposito»; per Trib. Roma, 8 luglio 1997, in *Società*, 1998, 77, «l'acquirente di azioni ha un diritto soggettivo perfetto all'iscrizione del trasferimento nel libro soci, soggetto al controllo formale dell'esistenza e regolarità del negozio traslativo. È invece inammissibile qualsivoglia sindacato sostanziale sulla natura giuridica del contratto di compravendita delle azioni che non

libro soci (dalla quale dipende, come detto, l'efficacia dell'avvenuto trasferimento nei confronti della società e pure, in caso di trasferimento di quota non interamente liberata, la decorrenza del termine di tre anni di durata della responsabilità dell'alienante – che non scatta, invero, dalla data del trasferimento, ma appunto da quella dell'annotazione sul libro soci: art. 2472, comma 1); nell'ambito di questo controllo formale, per esempio, rientra il rilievo:

- se l'atto di cui è richiesta l'annotazione sia effettivamente un titolo legittimante il trasferimento delle partecipazioni che ne sono oggetto (e così, come deve essere rifiutata l'annotazione di un contratto preliminare³⁸⁶,

si traduca in inesistenza o nullità suscettibile di essere fatta valere anche dalla società sulla base di un interesse concreto; pertanto, sono del tutto irrilevanti riferimenti a una presunta simulazione relativa soggettiva o a forme di interposizione reale»; secondo Trib. Bologna, 22 marzo 2000, in *Società*, 2000, 1466, «l'efficacia del trasferimento delle quote nei confronti della società e la conseguente legittimazione all'esercizio dei diritti sociali dipendono in via esclusiva dall'annotazione nel libro dei soci, la quale ultima è unicamente subordinata all'esibizione di un titolo formalmente idoneo a trasferire la titolarità della quota, previamente depositato per l'iscrizione nel Registro delle Imprese; la volontà assembleare si forma, pertanto, regolarmente anche laddove vi concorra il voto determinante di colui che sul piano sostanziale non sia titolare della quota, risultandone però tale sul piano formale, mentre nessuna rilevanza assumono, nei confronti della società, i vizi del titolo sulla cui base si è eseguita l'iscrizione». Per ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2470*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 71, alla società è sottratto «ogni sostanziale potere-dovere di valutazione circa l'esistenza, la validità e l'efficacia della cessione perché risolte tutte a monte dall'intervenuto per autentica e dall'iscrizione nel Registro delle Imprese».

³⁸⁴ A pena di sua responsabilità: cfr., per esempio, RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 223; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 283, nota 96.

³⁸⁵ Va notato che la riforma più non riproduce il disposto del “vecchio” art. 2479, comma 3, per il quale agli amministratori era concesso un termine di trenta giorni per effettuare la scritturazione del libro soci: la soppressione del termine coincide con il rilievo della sua completa inutilità (ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2470*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 70, ascrive la mancata riproposizione del termine alla «preferenza del legislatore per l'assenza di vincoli temporali che, nella specie, era suscettibile di porsi come fonte di oggettivi ritardi» e paventa che «l'assenza di un limite temporale per l'iscrizione riproduce la potenzialità di ritardi ingiustificati degli amministratori» i quali tuttavia debbono procedere «con la sollecitudine imposta dai tempi e dalle circostanze») perché è ovvio che gli amministratori, a pena di loro responsabilità per i danni che si determinino per il loro ritardo, debbano provvedere nel più breve tempo possibile a effettuare la formalità di iscrizione del trasferimento di quote nel libro dei soci, dalla quale dipende il “riconoscimento” del nuovo socio da parte della società e la possibilità di esercizio dei suoi diritti sociali.

³⁸⁶ Cfr. Trib. Grosseto, 26 aprile 1980, in *Foro pad.*, 1980, I, 82.

deve pure essere rifiutata quella di un contratto sospensivamente condizionato)³⁸⁷;

- se per tale atto siano state rispettate le prescritte formalità (per esempio, che il contratto sia stato stipulato con il ministero notarile e che ne sia stata fatta iscrizione al Registro delle Imprese);
- se l'atto di trasferimento violi in ipotesi l'eventuale diritto di prelazione che sia sancito nello statuto sociale, ciò che infatti abiliterebbe il rifiuto di procedere all'iscrizione del trasferimento in dispregio a detto patto di preferenza³⁸⁸ ecc.

Di contro, se la società non ha sindacato sulla validità dell'atto di cui viene chiesta l'annotazione nel libro soci, così pure l'eventuale iscrizione nel libro dei soci (che – come visto – ha una natura meramente dichiarativa nei confronti della società) di un atto traslativo invalido o inefficace non produce per l'atto iscritto alcuna conseguenza giuridica ulteriore rispetto alla sua condizione patologica, che dunque non viene sanata e permane intatta, e cioè così com'era prima della scritturazione del libro soci³⁸⁹.

³⁸⁷ Cfr. App. Palermo, 25 marzo 1961, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1962, II, 441.

³⁸⁸ Cfr. Trib. Milano, 23 settembre 1991, in *Società*, 1992, 357, secondo cui «in caso di violazione del diritto di prelazione, la società ha legittimazione e interesse a negare all'acquirente l'iscrizione nel libro dei soci e, in caso di contestazione, a ottenere una pronuncia giudiziale che statuisca l'inefficacia del negozio di trasferimento della partecipazione».

³⁸⁹ Per Trib. Bologna, 30 gennaio 1997, in *Società*, 1997, 932, «il significato letterale delle nuove norme, nonché il coordinamento tra l'art. 2479, terzo comma ("l'atto di trasferimento delle quote, con sottoscrizione autenticata, deve essere depositato entro trenta giorni per l'iscrizione") e l'art. 2479-bis c.c. ("il deposito dei trasferimenti a causa di morte per l'iscrizione nel Registro delle Imprese e la conseguente iscrizione nel libro dei soci"), non lascia adito a dubbi sul condizionamento a tale adempimento di cui è onerato il notaio rogante, della concreta iscrizione del trasferimento nel libro dei soci, perché la "legittimazione" del socio nuovo iscritto non si può trarre soltanto dall'iscrizione nel libro dei soci, bensì dal perfezionamento dell'*iter* pubblicitario complesso costituito dall'iscrizione siccome conseguente a deposito dell'atto per la sua prevista previa iscrizione nel Registro delle Imprese. E l'eventuale vizio dell'iscrizione nel libro dei soci non si pone come mera irregolarità, assumendo il carattere della contrarietà all'interesse pubblico che il procedimento nella sua interezza vuole garantire, e, quindi, la violazione di norma procedimentale al cui rispetto risulta subordinata l'opponibilità concreta dell'iscrizione non soltanto ai terzi ma anche nei rapporti endosocietari. Con l'ulteriore conseguenza che la situazione del socio illecitamente iscritto va considerata simile a quella del socio non iscritto. D'altra parte in relazione alla natura costitutiva dell'iscrizione ogni vizio della stessa pare incidere direttamente su tale carattere, con la conseguenza del venir meno di ogni irregolare iscrizione intervenuta per il mancato compimento dell'*iter* procedimentale previsto. Inoltre, proprio in relazione a tale efficacia, anche il successivo adempimento del deposito dell'atto presso il Registro delle Imprese non può avere alcun effetto sanante sulla delibera che, in conseguenza di tale invalida iscrizione, sia intervenuta. Infatti è soltanto dal perfezionamento del complesso procedimento, voluto dalla legge per rendere opponibile non solo con effetti esterni ma anche con effetti interni, alla società il trasferimento, che si verificherà l'effetto dell'op-

Nella materia del trasferimento delle partecipazioni, piuttosto, la riforma perde probabilmente un'occasione per fare chiarezza su una tematica che, dalla "legge Mancino" in avanti, ha sempre creato numerosi dubbi operativi e quindi per snellire un po' le procedure e renderle meno problematiche (prima della legge 310/1993 il libro dei soci era infatti movimentabile più facilmente, e cioè dietro la sola esibizione dell'atto di trasferimento oppure dietro la scritturazione della cessione stessa sul libro, e quindi senza alcun riferimento all'effettuazione delle pratiche pubblicitarie, introdotte appunto alla fine del 1993).

Ci si intende riferire a quei frequentissimi casi in cui, in coincidenza con la cessione delle partecipazioni (in particolare, se passa di mano l'intero capitale sociale), occorra operare le modificazioni statutarie del più vario tipo, da quelle più semplici (modifiche della denominazione sociale, dell'oggetto, della sede ecc.) a quelle più complesse (come le nomine di nuovi amministratori oppure le operazioni sul capitale sociale e, in specie, quelle di ricapitalizzazione che si rendano necessarie dopo le perdite maturate nel corso della gestione "precedente", la quale dunque, con la cessione delle quote, "abbandona il campo")³⁹⁰.

In questi frangenti sorgono infatti problemi "procedurali" per il motivo che, da un lato, i "vecchi" soci (quelli che cedono le loro quote) ovviamente non sentono ragioni (specie se, nel caso specifico, sussistano ragioni di contrasto o di lite) per partecipare a operazioni di "riassetto" della società per permetterle una "nuova vita" con i soci subentranti; e che, d'altro lato, i "nuovi" soci non sarebbero abilitati a partecipare ad assemblee³⁹¹ non es-

ponibilità in conseguenza dell'iscrizione nel libro dei soci; per cui, l'eventuale deliberazione assunta precedentemente al perfezionarsi di tale *iter* rimarrà sicuramente viziata dalla constatazione che la delibera stessa risulta essere stata presa dall'assemblea in mancanza del prescritto *quorum* deliberativo». Cfr. pure Cass., 17 dicembre 1997, n. 12752, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1003; in *Società*, 1998, 665; in *Giur. it.*, 1998, 1186, secondo cui «le annotazioni nel libro dei soci hanno valore documentale in relazione alla posizione del socio all'interno della società; pertanto esse, essendo prive di ogni effetto dispositivo, possono e devono essere modificate ove si accerti la non rispondenza alla realtà dei dati e delle situazioni iscritte».

³⁹⁰ Cfr. GUARNIERI G., *Cessione di quote di società a responsabilità limitata: ammissibile l'iscrizione "d'urgenza" nel libro dei soci*, in *Società*, 1998, 313.

³⁹¹ Cfr. Trib. Bologna, 22 marzo 2000, in *Società*, 2000, 1466, secondo cui «l'efficacia del trasferimento delle quote nei confronti della società e la conseguente legittimazione all'esercizio dei diritti sociali dipendono in via esclusiva dall'annotazione nel libro dei soci, la quale ultima è unicamente subordinata all'esibizione di un titolo formalmente idoneo a trasferire la titolarità della quota, previamente depositato per l'iscrizione nel Registro delle Imprese; la volontà assembleare si forma, pertanto, regolarmente anche laddove vi concorra il voto determinante di colui che sul piano sostanziale non sia titolare della quota, risultandone però tale sul piano formale, mentre nessuna rilevanza assumono, nei confronti della società, i vizi del titolo sulla cui base si è eseguita l'iscrizione».

sendo appunto essi iscritti a libro soci (infatti, il loro acquisto è appena avvenuto, l'atto di trasferimento è appena stipulato e non è ancora evidentemente depositato al Registro delle Imprese e non potrebbe per questo procedersi ad alcuna iscrizione dei nuovi soci nel libro dei soci).

Un metodo invalso nella prassi per *bypassare* il problema, ma ovviamente senza risolverlo, è quello del rilascio da parte dei "vecchi" soci ai "nuovi" soci di una "delega" a partecipare all'assemblea contestuale all'atto di cessione delle partecipazioni: ma il problema così non si risolve, perché all'assemblea partecipa bensì formalmente il delegato, ma sostanzialmente vi vota il delegante, con il che siamo d'accapo.

Una soluzione forse più adeguata è quella di ragionare un momento sulla ragione della norma che dispone l'iscrizione a libro soci solo una volta eseguite le formalità sopra descritte: dettando quella norma, infatti, il legislatore evidentemente si è figurato una "scena" (quella dell'atto di cessione delle partecipazioni) che avviene di necessità in uno studio notarile (e non più, come accadeva prima nel 1993, nella sede sociale, in quanto la cessione, nella maggior parte dei casi, come noto, veniva materialmente e contestualmente scritta sul libro dei soci) e quindi al di fuori della sfera societaria e di cui la società e il suo organo amministrativo possono anche venire informati *ex post* (salvo il caso delle notifiche necessarie per permettere l'espressione del gradimento del nuovo socio o il diritto di prelazione dei vecchi soci).

Ebbene, in quel caso (quello della società che viene informata *ex post* dell'intervenuta cessione delle partecipazioni), è ovvio che per movimentare il libro dei soci la legge pretenda dagli amministratori l'acquisizione della più assoluta certezza circa l'avvenuto svolgimento delle formalità imposte dalla legge per il trasferimento delle quote, e quindi l'esibizione dell'atto di trasferimento munito della dimostrazione dell'effettuato adempimento pubblicitario.

Ma se, come peraltro normalmente accade, la cessione delle partecipazioni sia (una scena che si svolge non più a un "tavolo" della società bensì in un "tavolo" notarile, ma sia comunque) una scena cui "tutta" la società partecipa "in diretta", allora non si vede il perché un amministratore peccerebbe di negligenza o compirebbe chissà quale abuso nell'annotare "in diretta" nel libro soci l'avvenuta cessione di quote per permettere ai nuovi soci di partecipare fin da subito agli eventi societari immediatamente conseguenti alla cessione delle partecipazioni.

Invero, nella società a responsabilità limitata, società a ristrettissima base sociale che, con la riforma, ha assunto veri e propri connotati di una società di persone, l'evento della cessione delle quote è un momento cui gli altri soci (che normalmente coincidono con gli amministratori) non possono non partecipare, e non solo per regolare gli immancabili diritti di prelazione (o eventuali pendenze economiche): la continuazione della società

con Caio piuttosto che con Tizio è infatti un evento che non può non essere concordato tra tutti gli attori della vita societaria, stante appunto la forte compenetrazione che vi è nella società a responsabilità limitata tra il ceto dei soci e il ceto dei gestori della società stessa, come accade in qualsiasi società personale.

Così, visto che, nella quasi totalità dei casi, “tutta” la società, in ogni sua espressione, assiste “personalmente” all’evento della cessione, e visto che la “scena” avviene in presenza di un pubblico ufficiale, gravato per legge del dovere di pubblicizzare l’atto di cessione, appare francamente eccessivo attendere l’evento pubblicitario per annotare il libro soci e non appare d’altro canto così abusivo e contrario a chissà quale interesse (del sistema in generale o di qualche soggetto in particolare) l’annotazione immediata del libro dei soci; anzi, l’interesse concreto è proprio quello contrario, e cioè di un’annotazione immediata del libro medesimo.

È vero, peraltro, che la priorità nell’esecuzione (in buona fede) della pubblicità presso il Registro delle Imprese è ora indicata dal legislatore come fattore di prevalenza nel caso di doppia alienazione della stessa quota da parte del medesimo cedente, e che quindi la formalità pubblicitaria assume maggiore consistenza che nel sistema precedente: ma trarre da ciò argomenti per impedire la scritturazione immediata del libro soci (e cioè prima della pubblicità della cessione nel Registro delle Imprese) appare eccessivo, in quanto, in un caso di “doppia vendita” ben potrebbe darsi che il primo acquirente (secondo trascrivente) si presenti per primo alla sede sociale per annotare il libro soci, il quale quindi verrebbe movimentato con un’annotazione inefficace che dovrebbe pertanto essere cancellata una volta dimostrata la prevalenza del secondo acquirente / primo trascrivente (per avere più tempestivamente eseguito in buona fede l’adempimento pubblicitario).

Infine, vista l’ampiezza dell’autonomia statutaria che il legislatore della riforma ha regalato alle società a responsabilità limitata, altrettanto non appare implausibile l’apposizione negli statuti societari di una regoletta la quale, più o meno, dica che «in deroga all’art. 2470, comma 2, del Codice civile, può farsi luogo all’iscrizione nel libro dei soci anche anteriormente al deposito presso il Registro Imprese dell’atto di trasferimento o comunque dell’atto dal quale consegue una modificazione della compagine sociale, ove a esso partecipino tutti i soci (sia quelli uscenti sia quelli entranti) e tutti i componenti dell’organo amministrativo»; con il che l’amministratore potrebbe sentirsi “più tranquillo” e la società può sentirsi “più legittimata” a operare fin da subito con i suoi nuovi soci.

Insomma la regola (art. 2470, comma 2) in base alla quale «l’iscrizione del trasferimento nel libro dei soci ha luogo, su richiesta dell’alienante o dell’acquirente, verso esibizione del titolo da cui risultino il trasferimento e l’avvenuto deposito» dovrebbe potersi intendere scritta come se prevedes-

se l'*iter* dalla medesima disposto solo se l'atto di cessione non avvenga in presenza di tutti i soci e di tutti gli amministratori, caso nel quale dunque alla scritturazione del libro soci potrebbe invece farsi luogo anche prima dell'iscrizione dell'atto di cessione presso il Registro delle Imprese.

3.11.13 Pegno, sequestro e usufrutto di quote di società a responsabilità limitata

La disciplina di riforma del diritto societario reca un'espressa disciplina per il caso dell'usufrutto, del pegno e del sequestro di quote di partecipazione al capitale sociale della società a responsabilità limitata; nella disciplina previgente l'argomento non era per nulla trattato dalla legge, cosicché, a parte ogni perplessità³⁹² circa la sottoponibilità della quote di società a responsabilità limitata a pegno, usufrutto o sequestro³⁹³, si finiva di regola³⁹⁴ per

³⁹² Era comunque pacificamente ritenuta la sottoponibilità delle quote di società a responsabilità limitata a pegno e a usufrutto: cfr., per esempio, RACUGNO G., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 1060; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 224; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 133.

³⁹³ Secondo ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2471-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 77, l'espressa formulazione della nuova norma «pare risolvere in senso affermativo la *vexata quaestio* relativa all'ammissibilità del sequestro giudiziario». Sull'assoggettamento a sequestro giudiziario delle azioni cfr. Trib. Roma, 23 marzo 1974, in *Foro it.*, 1974, I, 2502, secondo cui «non sono assoggettabili a sequestro giudiziario le quote di società a responsabilità limitata»; Trib. Napoli, 6 aprile 1987, in *Società*, 1987, 644, secondo cui «le quote di società a responsabilità limitata possono essere assoggettate a sequestro giudiziario»; Trib. Milano, 21 gennaio 1987, in *Società*, 1987, 622, secondo cui «le quote relative al capitale delle società a responsabilità limitata sono suscettibili di sequestro giudiziario *ex art.* 670, c.p.c.»; Trib. Milano, 14 dicembre 1989 e 15 gennaio 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 1010; Trib. Chiavari, 6 giugno 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 621, secondo cui «è ammissibile il sequestro giudiziale di quota di società a responsabilità limitata»; Cass., 26 maggio 2000, n. 6957, in *Società*, 2000, 1331; in *Giur. it.*, 2000, 2309.

³⁹⁴ Era, per esempio, controverso a chi spettasse il diritto di voto in caso di usufrutto o di pegno perché all'opinione dell'applicazione analogica delle norme sulla società per azioni (cfr. COTTINO G., *Diritto commerciale*, vol. I, t. 2, Padova, 1994, 804), si contrapponeva la tesi (RIVOLTA G.C.M., *Pegno e usufrutto di quota di s.r.l. e diritto di voto*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 205) che escludeva l'applicazione alla società a responsabilità limitata delle norme della società per azioni non espressamente richiamate. Cfr. anche Trib. Verona, 16 gennaio 1992, in *Società*, 1992, 828, secondo cui «è legittima la disposizione statutaria che attribuisce, in caso di pegno di quote, il diritto di voto al socio debitore anziché al creditore pignoratizio»; Trib. Teramo, 6 marzo 1992, in *Dir. fall.*, 1994, II, 144, secondo cui «il titolare di un diritto di pegno sulla quota di una società a responsabilità limitata non è legittimato a votare nell'assemblea straordinaria della società che delibera sulla proposta di

applicare, per analogia³⁹⁵, la peraltro scarna normativa che il Codice civile dedicava ai diritti sulle azioni.

Oggi, dunque, risolto ogni dubbio, la nuova legge, ripetendo (erroneamente) lo stesso concetto nell'art. 2468, comma 5, e nell'art. 2471-*bis*, dispone che al pegno, all'usufrutto³⁹⁶ e al sequestro di quote di società a responsabilità limitata si applicano le corrispondenti norme previste per le azioni nella disciplina della società per azioni (e cioè l'art. 2352).

Dovrebbe peraltro rimanere fermo che pegno e usufrutto non possano concernere una quota intrasferibile per statuto e che, in tale ipotesi, il pegno e l'usufrutto si concretirebbero "soltanto" in un diritto di credito agli utili³⁹⁷; e che, qualora nello statuto vi siano clausole di prelazione o di gradimento, pure in caso di trasferimento/constituzione del diritto di usufrutto occorra esperire le procedure statutariamente disposte³⁹⁸.

3.11.13.1 *Il diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci*

Ai sensi dell'art. 2352, comma 1, in caso di pegno o di usufrutto della quota di società a responsabilità limitata, il diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci³⁹⁹ (e quindi pure il diritto di iniziativa di dette

amministrazione controllata»; Trib. Udine, 14 gennaio 1999, in *Dir. fall.*, 2000, II, 161, secondo cui «nelle società a responsabilità limitata, in caso di pegno di quota, il diritto di voto spetta al creditore pignoratizio. È quindi invalida la deliberazione assunta dal titolare di una quota pari al 99,96 per cento del capitale sociale, in assenza del creditore avente un diritto di pegno sulla medesima quota societaria»; Cass., 26 maggio 2000, n. 6957, in *Giur. it.*, 2000, 2309; e in *Società*, 2000, 1331, secondo cui «il diritto di voto nell'assemblea di società a responsabilità limitata, per le quote che siano state date in usufrutto, compete unicamente all'usufruttuario».

³⁹⁵ Cfr. Trib. Udine, 25 febbraio 1991, in *Dir. fall.*, 1991, II, 978, secondo cui «non può essere omologata la deliberazione dell'assemblea straordinaria di una società a responsabilità limitata che attribuisce il diritto di voto sulle quote pignorate, anziché al creditore pignoratizio, al socio pignorato, in assenza di una convenzione tra le parti interessate che stabiliscano di derogare alla disposizione dell'art. 2352 c.c., applicabile anche alle società a responsabilità limitata».

³⁹⁶ Circa la garanzia dovuta dall'usufruttuario ai sensi dell'art. 1003 del Codice civile, cfr. Trib. Bologna, 12 luglio 2001, in *Società*, 2002, 592.

³⁹⁷ Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-*bis*, Bologna-Roma, 1992, 145.

³⁹⁸ Cfr. GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, 171.

³⁹⁹ Va notato che in materia di società per azioni l'affermazione recata dall'art. 2370, comma 2, per la quale «possono intervenire all'assemblea [solo, *n.d.a.*] gli azionisti cui spetta il diritto di voto» viene commentata nella *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 5, nel senso che «il diritto di intervento in assemblea è stato reso funzionale all'espressione del voto; si è perciò circoscritto il diritto di intervento ai soli azionisti cui spetta il diritto di voto, così escludendo l'intervento dei nudi proprietari delle azioni».

decisioni) spetta, in linea di principio, al creditore pignoratizio o all'usufruttuario, salvo che le parti derogino a tale principio prevedendo la permanenza del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci in capo al socio oppure prevedendo, come deve pure ritenersi consentito, la "sospensione" del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci per le quote date in pegno o in usufrutto.

Nel caso di sequestro della quota di società a responsabilità limitata, l'esercizio del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci spetta invece al nominato custode giudiziario.

Con riguardo proprio al caso del sequestro, la nuova norma peraltro non ammette esplicitamente, a differenza di quanto stabilito per l'usufrutto e il pegno delle quote, un'attribuzione del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci diversa da quella disposta per il custode giudiziario; pare però possibile affermare che il giudice possa, in relazione alla concreta situazione e al fine di individuare il miglior assetto organizzativo degli interessi coinvolti, decidere diversamente, disponendo, per esempio, il mantenimento della titolarità del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni dei soci in capo al socio che ha subito il sequestro oppure, anche qui, ritenendolo "sospeso" per tutta la durata del sequestro della quota.

3.11.13.2 *Modalità di esercizio del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci*

La riforma non coglie tuttavia l'occasione per chiarire quanta "libertà" sia data al titolare del diritto reale parziario⁴⁰⁰ e, ora, anche al custode seque-

⁴⁰⁰ Cfr. Cass., 17 giugno 1953, n. 1795, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1954, II, 342, secondo cui «nel caso di azioni date in pegno, il diritto di voto spettante al creditore pignoratizio non è limitato alle sole assemblee ordinarie della società, ma si estende anche alle deliberazioni di carattere straordinario»; App. Roma, 3 aprile 1958, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1959, II, 83, secondo cui «nel pegno di azioni il naturale interesse del creditore pignoratizio alla tutela del proprio credito non può subire limitazioni per il solo fatto che è in contrasto con l'interesse dell'azionista debitore. L'unico limite che il creditore pignoratizio incontra, nell'esercizio del diritto di voto inerente alle azioni ricevute in pegno, è quello di non agire esclusivamente in *odium debitoris*, e cioè che egli non si serva del voto per scopi del tutto egoistici e che non coincidono né con l'interesse sociale né con quello del debitore»; Cass., 1° marzo 1986, n. 1309, in *Foro it.*, 1986, I, 3054, secondo cui «non è configurabile, per mancanza del nesso di causalità, responsabilità *ex delicto* nei confronti dei creditori sociali a carico del creditore pignoratizio di tutte le quote della società a responsabilità limitata, che non abbia ottemperato al suo obbligo di vigilare sul buon andamento dell'amministrazione della società e abbia quindi favorito la lesione della garanzia patrimoniale (nella specie: la società era fallita su istanza dello stesso creditore pignoratizio)»; App. Bologna, 30 ottobre 1993, in *Gius.*, 1994, 127, secondo cui «l'abuso commesso dall'usufruttuario in sede di esercizio del diritto di voto rileva esclusivamente nei rapporti *inter partes*, mentre, nei confronti della società, rimane del tutto irrile-

stratario, nell'esercitare il diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci.

La discussione, che era sorta sotto il Codice previgente e che resta dunque destinata a continuare anche dopo la riforma, attiene alla definizione dell'eventuale coinvolgimento del socio (o del giudice) nell'espressione del diritto di partecipare all'adozione delle decisioni dei soci da parte dell'usufruttuario, del creditore pignoratizio o del custode sequestratario, quando nell'atto che istituisce il vincolo sulle quote non viene previsto nulla sotto questo profilo; l'orientamento prevalente⁴⁰¹, che evidentemente si impone

vante (nella specie, è stata esclusa l'invalidità delle delibere assunte con il voto determinante dell'usufruttuario che, tramite l'esercizio del voto, aveva "abusato" del suo diritto di usufrutto); Trib. Milano, 11 luglio 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 830, «qualora il creditore pignoratizio eserciti il diritto di voto a lui spettante ai sensi dell'art. 2352 in violazione del dovere di conservare il valore delle azioni avute in pegno, ciò non si riflette sulla validità della delibera, ma incide unicamente sul piano dei rapporti interni tra debitore e creditore, legittimando una richiesta di risarcimento dei danni che ne siano eventualmente derivati»; inoltre, «il creditore pignoratizio, nell'esercizio del diritto di voto a lui spettante, deve ispirarsi ai criteri della buona amministrazione e della conservazione del valore delle azioni. A tal fine, egli deve peraltro attenersi al perseguimento dell'interesse sociale, che è del tutto diverso dall'interesse del singolo socio (nella specie si è negato che la delibera di messa in liquidazione possa ritenersi contraria all'interesse della società)»; Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, in *Giur. comm.*, 1997, II, 520, secondo cui «il diritto di voto nell'assemblea della società a responsabilità limitata, per le quote che siano state date in usufrutto, compete unicamente all'usufruttuario, il quale esercita al riguardo un diritto suo proprio e perciò non è obbligato ad attenersi alle eventuali istruzioni di voto che gli abbia impartito il nudo proprietario; nell'esercitare tale diritto, però, l'usufruttuario deve astenersi da comportamenti che possano arrecare ingiusto danno al nudo proprietario e in particolare da modi di esercizio del predetto diritto che possano compromettere la conservazione del valore economico della partecipazione in società; l'eventuale violazione di tale obbligo, tuttavia, espone il responsabile al rischio di estinzione dell'usufrutto, nonché all'azione risarcitoria del proprietario danneggiato, ma non può riflettersi sulla validità del voto espresso in assemblea, né, di conseguenza, sulla validità della deliberazione che l'assemblea abbia adottato, anche se quel voto sia risultato determinante»; Trib. Bologna, 6 dicembre 2000, in *Società*, 2001, 865, secondo cui «non può essere emesso il provvedimento cautelare richiesto dai nudi proprietari delle quote di una società a responsabilità limitata al fine di ottenere la cessazione dei diritti di usufrutto e pegno, gravanti sulle quote, per abuso di potere consistente nella mancata assunzione da parte del creditore pignoratizio, quale titolare del diritto di voto, della delibera di proroga della società rispetto al termine statutariamente fissato»; ancora Trib. Bologna, 12 luglio 2001, in *Società*, 2002, 592, secondo cui «può accogliersi la domanda di cessazione dell'usufrutto su quota di società a responsabilità limitata per comportamento abusivo dell'usufruttuario nell'esercizio dei diritti inerenti alla quota solo qualora sia dedotta una condotta che possa concretamente qualificarsi come violazione del dovere di diligenza incombente all'usufruttuario o che comunque evidenzi un pericolo in atto di lesione del patrimonio sociale; l'abuso non può quindi essere desunto dal solo discostarsi del voto dell'usufruttuario dai desiderata dei nudi proprietari».

⁴⁰¹ Ma cfr. Cass., 26 maggio 2000, n. 6957, in *Giur. it.*, 2000, 2309, secondo cui «il diritto di voto nell'assemblea di società a responsabilità limitata, per le quote che siano state date in usufrutto, compete unicamente all'usufruttuario, il quale esercita un diritto suo proprio e non vota in nome e per conto del nudo proprietario. Ne consegue che l'usufruttuario può anche votare in contrasto con le istruzioni eventualmente impartite dal nudo proprietario, senza che ciò si rifletta sulla validità della

anche dopo l'entrata in vigore della riforma, riconosceva al socio (o al giudice, per il caso di sequestro delle azioni) il diritto di essere coinvolto, mediante una sua consultazione preventiva da parte del titolare del diritto parziario o del custode, nelle deliberazioni che avessero potuto incidere in modo diretto e potenzialmente pregiudizievole sulla sfera degli interessi del socio stesso (si pensi alla deliberazione di scioglimento anticipato della società, per la cui adozione pare dunque indispensabile che usufruttuario, creditore pignoratizio o custode debbano chiedere istruzioni vincolanti, rispettivamente, al socio o al giudice).

3.11.13.3 *Il diritto d'opzione*

Se le quote attribuiscono un diritto di opzione (si pensi all'opzione spettante ai soci sulle quote di nuova emissione in sede di aumento del capitale), questo diritto spetta al socio (art. 2352, comma 2), che deve esercitarlo tramite il titolare del diritto frazionario provvedendo a versare allo stesso le somme necessarie almeno tre giorni prima della scadenza. In mancanza, il diritto d'opzione deve essere alienato per conto del socio, a mezzo di una banca o di un intermediario autorizzato alla negoziazione nei mercati regolamentati⁴⁰².

Precisa, inoltre, la norma, a differenza di prima, che al socio stesso sono attribuite le quote sottoscritte in base al diritto di opzione; il problema, sotto il vigore della previgente norma che nulla disponeva, era fortemente controverso⁴⁰³ e tutte le soluzioni erano state prospettate⁴⁰⁴: dall'attribuzione

delibera, potendo solo esporre l'usufruttuario, in caso di abuso, alla cessazione dell'usufrutto e all'azione risarcitoria».

⁴⁰² Cfr. Trib. Lecce, 18 novembre 1983, in *Giur. comm.*, 1986, II, 380, secondo cui «l'obbligo, incombenente sul creditore pignoratizio, di alienare il diritto di opzione non esercitato dall'azionista sussiste anche in caso di mancanza di istruzioni da parte di quest'ultimo e per titoli non quotati in borsa».

⁴⁰³ Nell'ipotesi di aumento di capitale a pagamento vi era incertezza se il pegno si estendesse automaticamente alle azioni optate o al ricavato dalla vendita dei diritti nei limiti necessari alla conservazione della garanzia del credito (cfr. NOBILI R., *Contributo allo studio del diritto di opzione nella società per azioni*, Milano, 1958, 280) o se il creditore pignoratizio potesse unicamente domandare che gli venisse prestata altra idonea garanzia e, in mancanza, pretendere l'immediato pagamento del credito o farsi autorizzare dal giudice alla vendita delle azioni prima che si stacchi il diritto di opzione (cfr. FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 281). Secondo PARTESOTTI G., *Le operazioni sulle azioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO G.E., PORTALE G.B., vol. II, t. 1, Torino, 1991, 331, in caso di aumento gratuito del capitale, il pegno si sarebbe dovuto estendere automaticamente alle nuove azioni. Per Trib. Roma, 12 aprile 1943, in *Riv. dir. comm.*, 1943, II, 165, «in caso di aumento del capitale di una società per azioni, il diritto di opzione sulle azioni ordinarie di nuova emissione spetta, in virtù dell'art. 2352 c.c., al proprietario e non già all'usufruttuario delle azioni vecchie».

delle quote optate all'usufruttuario o al creditore pignoratizio, alla spettanza delle stesse all'usufruttuario (ma non al creditore pignoratizio), ma con l'obbligo per questi di pagare al socio gli interessi sulle somme dal medesimo versate per permettere l'esercizio dell'opzione; e, ancora, all'attribuzione delle quote al socio.

Ed è appunto quest'ultima la soluzione dunque accolta con la riforma del diritto societario.

3.11.13.4 *Aumento gratuito del capitale sociale*

Viceversa, nel caso di aumento gratuito del capitale sociale mediante passaggio a capitale di riserve statutarie, il pegno, l'usufrutto o il sequestro si estendono (art. 2352, comma 3) alle quote di "nuova emissione"; la nuova norma, diversamente dalla disciplina introdotta con riguardo all'aumento del capitale a pagamento, codifica invero un principio normativamente inespresso ma pacificamente praticato nel vigore della normativa⁴⁰⁵.

3.11.13.5 *Richiamo dei decimi mancanti*

Se il socio non abbia provveduto all'integrale versamento dei decimi sui conferimenti effettuati in società, se ne ha che (art. 2352, comma 4):

- in caso di pegno, è il socio stesso che deve provvedere al versamento delle somme necessarie almeno tre giorni prima della scadenza del termine per effettuare i versamenti; se il socio è inadempiente, il creditore pignoratizio può vendere le quote a mezzo di una banca o di un intermediario autorizzato alla negoziazione nei mercati regolamentati;
- in caso di usufrutto, viceversa, è l'usufruttuario che deve provvedere al versamento dei decimi "di sua tasca", salvo il diritto alla restituzione delle somme anticipate al termine dell'usufrutto.

⁴⁰⁴ Cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 238; si veda per esempio, Cass., 9 dicembre 1992, n. 13019, in *Giust. civ.*, 1993, I, 3033, secondo cui «pignorata la quota di un socio in una società a responsabilità limitata e deliberati successivamente dall'assemblea dei soci l'azzeramento, per perdite, e il contemporaneo aumento del capitale sociale, se il diritto di opzione viene esercitato, il pignoramento produce i suoi effetti sul valore di questo diritto».

⁴⁰⁵ Cfr. Trib. Udine, 22 novembre 1983, in *Giur. comm.*, 1984, II, 38, secondo cui «è legittima, e può essere omologata, la deliberazione di aumento di capitale (attuata utilizzando riserve straordinarie disponibili) con la quale si dispone che il diritto di usufrutto gravante sulle precedenti azioni venga proporzionalmente esteso alle azioni gratuite di nuova emissione».

3.11.13.6 *L'esercizio dei "diritti diversi"*

La nuova norma prevede (art. 2352, comma 6) che, salvo risulti diversamente dal titolo o dal provvedimento del giudice, i diritti amministrativi "diversi" da quelli previsti e disciplinati dall'art. 2352 (che sono, per esempio, il diritto di partecipare all'adozione delle decisioni da parte dei soci, il diritto d'opzione sulle quote di nuova emissione e il diritto sulle quote assegnate gratuitamente), «nel caso di pegno o di usufrutto, spettano sia al socio sia al creditore pignoratizio o all'usufruttuario»⁴⁰⁶; nel caso di sequestro essi sono esercitati invece "solo" dal custode⁴⁰⁷.

È probabilmente questa la novità più significativa portata dalla riforma sulla materia, tale da rivoluzionare l'orientamento operativo che si era consolidato sotto il vigore della precedente normativa; infatti, nel silenzio della vecchia disciplina, era prevalente⁴⁰⁸ l'orientamento che riteneva l'esercizio

⁴⁰⁶ Secondo ASQUINI A., *Usufrutto di quote sociali e di azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, 25, il diritto di recesso spetta al socio, ma può essere esercitato solo quando il creditore pignoratizio o l'usufruttuario nell'ambito delle deliberazioni che danno diritto a recesso abbiano espresso voto contrario oppure siano rimasti assenti.

⁴⁰⁷ Secondo Trib. Bologna, 3 agosto 1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, 111, «non può essere accolta, nella fase di attuazione di provvedimento di sequestro conservativo di quote di società a responsabilità limitata, la richiesta, avanzata dal creditore sequestrante, di autorizzare il custode a richiedere la convocazione dell'assemblea al fine di proporre e votare la sostituzione dell'amministratore in carica, poiché in tal modo la custodia delle quote si trasformerebbe in custodia della società».

⁴⁰⁸ Cfr. Trib. Milano, 14 gennaio 1997, in *Società*, 1997, 1050, secondo cui «deve essere affermato il diritto del creditore pignoratizio a chiedere la convocazione dell'assemblea. [...] il diritto di voto non ha alcun contenuto se non è posto in condizione di esprimersi, e quindi, per l'indispensabile connessione tra voto e riunione assembleare, l'iniziativa per la convocazione dell'assemblea costituisce un accessorio imprescindibile del diritto di voto. Il pericolo che il creditore pignoratizio espropri il debitore dall'amministrazione della società è, da un lato, insito nella funzione di garanzia del soddisfacimento del credito e, d'altro canto, è bilanciato dall'obbligo del creditore pignoratizio di amministrare con diligenza il diritto di voto e dalla connessa responsabilità per danni causati volontariamente alla società e ai soci». Secondo Trib. Roma, 28 gennaio 1980, in *Foro it.*, 1980, I, 811, il creditore pignoratizio di quote di società a responsabilità limitata senza convenzione contraria all'esercizio del diritto di voto, è legittimato a richiedere la convocazione dell'assemblea ai sensi dell'art. 2367; per Trib. Milano, 14 gennaio 1997, in *Giur. it.*, 1998, 309, «il creditore pignoratizio della totalità delle quote di una società a responsabilità limitata a cui spetti il diritto di voto è legittimato a chiedere la convocazione dell'assemblea ai sensi dell'art. 2367 c.c., configurandosi tale diritto come strumentale al voto».

Per il caso del sequestro, mentre per App. Messina, 30 ottobre 1949, citata in BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C. (a cura di), *Codice civile ipertestuale*, sub art. 2367, aggiornamento 2003, il socio, le cui azioni sono sottoposte a sequestro giudiziario, non perde il diritto di richiedere la convocazione straordinaria dell'assemblea sociale (tale diritto è distinto e indipendente dal diritto di voto, e le azioni vincolate da sequestro debbono essere computate per la determinazione della quota minima di capitale richiesta dall'art. 2367 c.c.), per App. Torino, 30 novembre 1954, in *Foro it.*, 1955, I, 238, il sequestratario e amministratore di quasi tutte le quote di una società a

dei diritti sociali, di natura amministrativa e patrimoniale, “diversi” da quelli considerati dall’art. 2352, di competenza esclusiva del titolare del diritto frazionario.

La regola stabilita per l’esercizio del diritto di partecipare all’adozione delle decisioni da parte dei soci veniva insomma assunta a principio generale⁴⁰⁹, regolatore dell’attribuzione complessiva della gamma dei diritti “diversi” da quelli espressamente previsti dalla norma; al titolare del diritto parziario si riconosceva così la competenza esclusiva, per esempio, a impugnare le decisioni dei soci⁴¹⁰ e a compiere atti di ispezione⁴¹¹.

Con la riforma, dunque, si cambia, poiché:

a. è innanzitutto il titolo costitutivo dell’usufrutto o del pegno a stabilire se i

responsabilità limitata è legittimato a richiedere la convocazione dell’assemblea della società ai sensi dell’art. 2367 c.c.

⁴⁰⁹ Cfr. Cass., 19 agosto 1996, n. 7614, in *Società*, 1997, 390, secondo cui «se ci si sofferma sulla natura del diritto di usufrutto e su quel che caratterizza, in termini generali, la posizione dell’usufruttuario rispetto all’oggetto del suo diritto, se ne trae conferma che l’attribuzione all’usufruttuario medesimo della legittimazione al voto inerente alla partecipazione sociale, lungi dal rappresentare una anomalia, costituisce un’ovvia esplicazione di quel diritto. È proprio dell’usufruttuario, infatti, il godere della *res*, e perciò stesso, l’usarla, il possederla, il custodirla e l’amministrarla. A lui spetta, in una parola, il diritto di trarre da quella cosa ogni possibile utilità (artt. 981, 982 e 1004 c.c.) sia pure con l’obbligo di non alterarne la destinazione economica. E allora, dovendosi trasporre tali concetti a un diritto di usufrutto che abbia a oggetto non già una *res* suscettibile di fruizione e utilizzo naturali e immediati, bensì una posizione giuridica rappresentata dalla partecipazione in società, sembra del tutto logico affermare che agli accennati poteri di utilizzare, possedere, custodire e amministrare debba in questo caso corrispondere il potere di esercitare i diritti amministrativi inerenti alla partecipazione. Potere che spetta quindi all’usufruttuario come naturale esplicazione del suo diritto, e non invece al nudo proprietario, il quale di regola non ha alcuna potestà diretta sulla cosa, né ha titolo per gestirla o per trarne utilità di sorta (salvo patto contrario), ma ha solo il diritto di reagire a particolari abusi commessi dall’usufruttuario in suo danno provocando la cessazione dell’usufrutto a norma dell’art. 1015 c.c.».

⁴¹⁰ Cfr. Cass., 2 agosto 1977, n. 3422, in *Giur. comm.*, 1978, II, 24, secondo cui «il socio le cui azioni siano sottoposte a pegno o usufrutto e sia privato del diritto di voto, non è legittimato all’impugnazione delle deliberazioni annullabili quando il creditore pignoratizio e l’usufruttuario abbiano contribuito con il loro voto alla formazione delle deliberazioni impugnate»; e pure Trib. Milano, 17 febbraio 1955, in *Giur. it.*, 1955, I, 2, 397, secondo cui «il socio che ha costituito in pegno l’azione o la quota è legittimato a impugnare la deliberazione sociale annullabile»; Trib. Firenze, 3 marzo 1964, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 315, secondo cui «la legittimazione all’impugnativa di una deliberazione assembleare non può essere disgiunta da quella all’esercizio del voto nell’assemblea: pertanto, in caso di usufrutto di azioni, unico legittimato all’impugnativa è l’usufruttuario»; Trib. Messina, 28 dicembre 1985, in *Foro it.*, 1987, I, 602, secondo cui «in ipotesi di usufrutto di azioni, legittimato all’impugnativa delle delibere assembleari annullabili non è il socio, bensì, esclusivamente, l’usufruttuario».

⁴¹¹ Cfr. PROVERBIO D., *Pegno di quote di società a responsabilità limitata ed esercizio dei diritti di controllo ex art. 2489 c.c.*, in *Società*, 1999, 71.

- diritti “diversi”, tutti o alcuni, spettino esclusivamente al titolare del diritto parziario oppure al socio;
- b. se il titolo nulla precisi, scatta la norma di *default* recata dall’art. 2352, comma 6; e cioè i diritti “diversi” spettano tanto al socio quanto al creditore pignoratizio o all’usufruttuario, che possono esercitarli in modo disgiunto (ciò è argomentabile dall’art. 1716, comma 2) l’uno dall’altro;
- c. in caso di sequestro delle quote, invece, vi è una competenza esclusiva del custode sequestratario.

3.11.13.7 *L’atto costitutivo dell’usufrutto e del pegno*

Su questa materia la riforma non apporta alcuna novità, se non la definitiva specificazione che la quota di partecipazione al capitale della società a responsabilità limitata è un bene immateriale equiparato ai beni mobili registrati e che quindi il pegno si costituisce sulla quota con le stesse modalità con le quali esso si costituisce su qualsiasi altro bene mobile (e pertanto non nelle forme della costituzione del pegno su crediti).

Deve quindi intendersi perpetuata, anche dopo la riforma⁴¹², l’opinione previgente⁴¹³ secondo cui sia l’atto costitutivo del diritto di usufrutto⁴¹⁴ (che ben rientra nel concetto di atto “di trasferimento” ai sensi dell’art. 2470, comma 2)⁴¹⁵, sia l’atto costitutivo del diritto di pegno (il quale “preconizza” il trasferimento, se la quota sia condotta a esecuzione), seppur perfezionabili per effetto del solo consenso dei contraenti⁴¹⁶, per essere efficaci

⁴¹² Cfr. CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 554; SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 209.

⁴¹³ Cfr. Trib. Milano, 18 ottobre 1999, in *Giur. comm.*, 2001, II, 495; Trib. Milano, 28 marzo 2000, in *Giur. it.*, 2000, 2109.

⁴¹⁴ L’usufrutto può essere convenuto sia all’atto della costituzione della società che successivamente: cfr. Cass., 7 gennaio 1987, n. 4, in *Società*, 1987, 439, secondo cui «il conferimento in società della nuda proprietà e dell’usufrutto di un immobile da parte di soggetti diversi con l’acquisto di azioni da parte dei nudi proprietari cedenti e dell’usufrutto sulle stesse azioni da parte dell’usufruttuario dell’immobile, non fa sorgere nell’usufruttuario lo *status* di socio, ma implica la rinuncia all’usufrutto immobiliare a favore dei nudi proprietari con contestuale conferimento in società della piena proprietà dell’immobile e la separata costituzione, a favore dell’ex usufruttuario, di un diritto di usufrutto sulle azioni».

⁴¹⁵ Cfr. MILONE L., LOPS P., *Il pegno, l’espropriazione e il sequestro della quota nella società a responsabilità limitata*, in *Dir. fall.*, 1985, I, 461.

⁴¹⁶ Secondo Pret. Torino, 23 novembre 1991, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1992, II, 106, il nudo proprietario non può costituire in pegno i titoli azionari di sua proprietà senza il consenso dell’usufruttuario e non è pertanto ammissibile il ricorso, *ex art.* 700 c.p.c., con il quale il nudo proprietario chiede la disponibilità dei titoli azionari di sua proprietà al fine di costituirli in pegno.

nei confronti della società e dei terzi abbisognano (anche se nella legge, per vero, nulla si dice di queste formalità) della forma pubblica (o della scrittura privata autenticata) ai fini della loro inserzione nel Registro delle Imprese e della conseguente loro trascrizione nel libro dei soci⁴¹⁷.

3.11.14 L'espropriazione della partecipazione

Dopo aver ribadito, all'art. 2471, che la partecipazione al capitale di una società a responsabilità limitata può formare oggetto di espropriazione (nella forma dell'esecuzione presso terzi)⁴¹⁸, il legislatore della riforma del diritto societario innova la disciplina previgente⁴¹⁹ sotto il profilo dell'indicazione delle modalità operative che occorre praticare per effettuare il pignoramento, il quale ora va eseguito (così pubblicizzando al massimo la procedura) mediante:

- a. notificazione del pignoramento (che deve contenere le indicazioni previste nell'art. 543 c.p.c., l'ingiunzione al debitore di cui all'art. 492 c.p.c., unitamente alla citazione del debitore e della società a comparire davanti al giudice dell'esecuzione affinché la società renda la dichiarazione di cui all'art. 547 c.p.c., e cioè riferisca – non certo sul valore della partecipazione, ma⁴²⁰ – sulla posizione societaria del debitore, sulla consistenza della sua quota e sulla presenza di eventuali vincoli su di essa) al debitore e alla società;
- b. sua iscrizione nel Registro delle Imprese⁴²¹;
- c. sua annotazione nel libro dei soci da parte degli amministratori.

⁴¹⁷ Circa l'estensibilità al pegno (ma anche all'usufrutto e al sequestro) della disciplina pubblicitaria che la legge dispone per il trasferimento delle partecipazioni, cfr. Trib. Bologna, 26 ottobre 1995, in *Giur. comm.*, 1997, II, 477.

⁴¹⁸ In tal senso nel diritto previgente: SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 150; e Cass., 12 dicembre 1986, n. 7409, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 499.

⁴¹⁹ Nel cui silenzio era stato variamente ritenuto (oltre alla tesi poi accolta della riforma, quella del pignoramento mobiliare presso terzi) che il pignoramento si dovesse effettuare con le regole del pignoramento di credito (artt. 543 e 544 c.p.c.: Cass., 4 aprile 1997, n. 2926, in *Giur. comm.*, 1999, II, 437) oppure con la pubblicizzazione del pignoramento presso il Registro delle Imprese (cfr. BONSIGNORI A., *L'espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, Milano, 1961, *passim*).

⁴²⁰ Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 242.

⁴²¹ Cfr. nel diritto previgente Trib. Milano, 28 marzo 2000, in *Giur. it.*, 2000, 2109; e in *Società*, 2000, 1460, secondo cui «la possibilità di iscrivere nel Registro delle Imprese il provvedimento con cui si dispone il pignoramento della quota di società a responsabilità discende dall'applicazione delle regole novellate sul suo trasferimento e non contrasta pertanto con il principio di tipicità delle iscrizioni».

Occorre distinguere gli effetti di tutti questi passaggi⁴²²; nel silenzio del legislatore, ma in armonia con le previsioni normative in tema di fattispecie analoghe, è da ritenere (come deve pure ritenersi per l'omologo caso del *sequestro* della quota di partecipazione) che:

- l'iscrizione nel Registro Imprese (sulla tempestività delle cui procedure e sul rigoroso ordine da seguire in base alla protocollazione dei ricevuti depositi va richiamato quanto detto *supra* al par. 3.11.10, in tema di doppia alienazione della quota) vale al fine dell'efficacia del pignoramento nei confronti dei terzi (e quindi, per esempio, al fine di risolvere il conflitto tra il creditore pignorante e il terzo acquirente della quota del socio pignorato);
- l'annotazione nel libro dei soci vale invece come efficacia del pignoramento nei confronti dell'esplicazione della vita societaria (peraltro, durante la procedura esecutiva, salvi i provvedimenti del giudice dell'esecuzione di cui all'art. 66 c.p.c., i diritti amministrativi continuano a competere al socio esecutato).

Circa le modalità della vendita forzata (premettendosi che l'ordine del giudice di vendere la partecipazione deve essere notificata alla società a cura del creditore), sia in una procedura di espropriazione senza fallimento che in una procedura di vendita fallimentare⁴²³, la riforma poi dispone che:

- se la partecipazione «non è liberamente trasferibile»⁴²⁴ e il creditore, il debitore e la società non si accordano sulla vendita della quota stessa, la vendita ha luogo all'incanto;
- la vendita è priva di effetto se, entro dieci giorni dall'aggiudicazione, la

⁴²² Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 209.

⁴²³ Cfr. ROCCO DI TORREPADULA N., *La vendita fallimentare di quota di società a responsabilità limitata in presenza di clausola di prelazione*, in *Riv. dir. impr.*, 1996, 83.

⁴²⁴ Dubita che tra i casi di partecipazione "non liberamente trasferibile" rientri anche il caso della clausola di intrasferibilità assoluta (caso nel quale l'espropriazione non sarebbe consentita): GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 483. Nel diritto previgente, sotto il profilo se la quota fosse espropriabile anche in presenza di una clausola statutaria di assoluta intrasferibilità, cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 120; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 240. Cfr. pure MELI V., *Inapplicabilità dell'art. 2480 c.c. in presenza di una clausola di prelazione al trasferimento di quote di società a responsabilità limitata*, in *Foro it.*, 1992, I, 844; e Cass., 3 aprile 1991, n. 3482, in *Società*, 1991, 1204.

società⁴²⁵ presenta un altro acquirente che offra lo stesso prezzo (il che risolve con effetto retroattivo l'avvenuta aggiudicazione)⁴²⁶.

In altri termini, il legislatore dà il massimo rilievo al carattere personalistico che spesso di sé informa la composizione della compagine sociale della società a responsabilità limitata e cerca di evitare il più possibile (fermo restando il diritto del creditore di soddisfare le sue pretese creditorie) l'ingresso di terzi "estranei": cosicché, in primo luogo viene sollecitata una composizione "amichevole" e, in secondo luogo, quando si sia proceduto invece – stante il fallimento del tentativo amichevole – alla vendita all'incanto, gli effetti di questa possono essere annullati se la società presenta un proprio "cavaliere bianco", che così si sostituisce all'aggiudicatario⁴²⁷.

3.12 Il finanziamento dei soci alla società

La riforma del diritto societario riserva una particolare attenzione alla materia dei finanziamenti dei soci alla loro società, argomento che nel sistema normativo del Codice civile previgente era solo accennato, in quanto esso era considerato unicamente come possibile voce del passivo dello stato patrimoniale della società finanziata, al fine appunto di esplicitare (e di distinguere dagli altri debiti) il debito della società verso i propri soci finanziatori.

Invece, il "finanziamento soci" ha avuto un particolare fervore nella pras-

⁴²⁵ Va ricordato il dissidio, nel diritto previgente, se la "società" sia impersonata in questo caso dall'organo amministrativo, come pare, o dal consesso dei soci: cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 282.

⁴²⁶ Cfr. Cass., 3 aprile 1991, n. 3482, in *Foro it.*, 1992, I, 842; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 195; in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1570, secondo cui «in caso di fallimento del socio di società a responsabilità limitata, le disposizioni sulla vendita all'incanto della sua quota di partecipazione nel solo caso in cui il creditore, il debitore e la società non si accordino diversamente e sull'inefficacia di tale vendita ove, entro dieci giorni dall'aggiudicazione, la società presenti altro acquirente per lo stesso prezzo, risultano inapplicabili in presenza di limitazioni poste nell'interesse dei soci, come quelle conseguenti all'operatività di clausole statutarie attributive di diritti di prelazione in favore di taluno dei soci medesimi o di tutti, in proporzione alle rispettive quote».

⁴²⁷ Ricorda infine ZAGANELLI C., *Sub Articolo 2471*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 75, che «sia la fase amichevole che la designazione societaria *ex asta* dovranno farsi carico degli elementi anche statutari che caratterizzano le quote interessate dall'espropriazione, così che, [...] dovranno essere rispettati i vincoli alla trasferibilità rappresentati dal possesso da parte dell'acquirente di determinati requisiti soggettivi o dalla necessità del consenso, per gradimento, dei soggetti designati a esprimerlo».

si statutaria degli ultimi dieci anni, a causa dell'intervenuta normativa bancaria in tema di raccolta del risparmio: il legislatore del Testo unico della legge bancaria del 1993 si preoccupò infatti di imporre particolari norme di comportamento alle società che volessero acquisire finanziamenti dai soci, per distinguere questa prassi operativa dall'altrimenti illecita prassi di raccolta non autorizzata di risparmio presso il pubblico che, tra l'altro, è penalmente sanzionata.

3.12.1 Finanziamento soci e raccolta del risparmio

Il problema nacque dunque quando l'art. 11 del "TULB" (la "legge bancaria" recata dal testo unico contenuto nel D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385), dopo aver definito come «raccolta del risparmio l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma» e dopo aver sancito che «la raccolta del risparmio tra il pubblico è vietata ai soggetti diversi dalle banche», indicò che il Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) avrebbe dovuto stabilire «limiti e criteri, anche con riguardo all'attività e alla forma giuridica dei soggetti, in base ai quali non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico quella effettuata:

- a. presso soci e dipendenti;
- b. presso società controllanti, controllate o collegate [...] e presso controllate da una stessa controllante».

Il CICR provvide con la deliberazione 3 marzo 1994, intitolata "disciplina della raccolta del risparmio ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385" e pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 58 del 1° marzo 1994. In tale delibera il CICR decretò dunque che la raccolta di risparmio tramite acquisizione di fondi con obbligo di rimborso presso soci non è considerata "raccolta di risparmio tra il pubblico" (e quindi a essa non sono applicabili le sanzioni penali dettate per l'illegittima raccolta di risparmio) se effettuata in ottemperanza alle disposizioni della delibera stessa e cioè:

- a. la raccolta deve essere rivolta a soggetti iscritti nel libro dei soci da almeno tre mesi che detengano una partecipazione di almeno il 2 per cento del capitale sociale risultante dall'ultimo bilancio approvato;
- b. tale facoltà deve essere prevista dallo statuto.

Tra l'altro, ancor oggi non è molto chiaro se il termine dei tre mesi valga anche per le società di nuova costituzione (se così fosse, le nuove società sarebbero invero condannate all'inoperatività ove non avessero altre fonti di finanziamento – per esempio, quelle bancarie – stante che il loro esiguo capitale non è certo in grado di far fronte alle immediate loro esigenze di

funzionamento) o, come pare meglio, solo per le società già costituite nelle quali, subentrando un nuovo socio, vi sarebbe appunto la necessità di attendere un trimestre prima di consentire a questi di finanziare la società.

Ebbene, a fronte della normativa appena descritta, negli statuti sono iniziate a fiorire clausole (che ovviamente continuano a dover essere presenti anche nel vigore della riforma del diritto societario) abilitanti gli apporti dei soci alla società con diritto alla restituzione, e ciò:

- sia in una più flessibile versione “breve” (nel senso di permettere i finanziamenti dei soci “nei limiti e con le modalità richiesti dalla normativa tempo per tempo in vigore”);
- sia in una più rigida forma “estesa” (nel senso di permettere i finanziamenti ai soli soci “iscritti a libro soci da almeno tre mesi e che detengano una partecipazione al capitale sociale pari almeno al 2 per cento del capitale sociale quale risulta dall’ultimo bilancio approvato”).

3.12.2 Il finanziamento dei soci dopo la riforma del diritto societario

La riforma si occupa dunque espressamente della materia dei finanziamenti soci, ma sotto un particolare angolo visuale, e cioè quello del possibile conflitto che si verifica tra i creditori “ordinari” della società (per esempio, i fornitori) e i soci quando, rimborsando i finanziamenti ai soci, si generi l’incapienza della società per il pagamento dei creditori “ordinari”⁴²⁸.

Ebbene, afferma ora il nuovo art. 2467 del Codice civile che⁴²⁹:

- a. il rimborso dei finanziamenti dei soci⁴³⁰ a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori;

⁴²⁸ Lamenta l’inopportunità che il legislatore abbia contemplato i soli “finanziamenti” e non abbia rivolto la sua attenzione anche alla concessione di garanzie, specie ai creditori “forti”, MONTAGNANI C., *Sub Articolo 2463*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 16. Peraltro, non appare implausibile interpretare estensivamente la normativa in commento e ritenerla estesa anche alla materie delle garanzie concesse dai soci.

⁴²⁹ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «di rilievo è ancora, riguardo alla disciplina degli apporti dei soci, la nuova regola dell’art. 2467. Con la quale si affronta un tema da tempo noto sul piano comparatistico, ma che nel nostro sistema non aveva fin qui trovato un esplicito inquadramento legislativo: il tema cioè dei finanziamenti effettuati dai soci a favore della società che formalmente si presentano come capitale di credito, ma nella sostanza economica costituiscono parte del capitale proprio. La soluzione è stata quella, comune alla maggior parte degli ordinamenti e sostanzialmente già affermata in giurisprudenza, di una postergazione dei relativi crediti rispetto a quelli degli altri creditori».

- b. se il rimborso è avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito⁴³¹.

Evidentemente, il legislatore prende atto della cronica⁴³² sottocapitalizzazione “nominale” delle società a responsabilità limitata (e cioè del fatto che esse ben dispongono dei mezzi finanziari occorrenti, “solo” che questi mezzi non appartengono, come dovrebbe invero accadere, alla società, ma sono da essa presi a prestito) e del fatto che nella prassi professionale si usano qualificare come “finanziamenti” quegli apporti⁴³³ dei soci alla società che, stante detto ridotto dimensionamento della struttura patrimoniale della società medesima, sarebbero invero da considerare come veri e propri conferimenti⁴³⁴; con la non indifferente conseguenza che⁴³⁵:

- ove si tratti di *conferimenti*, i soci che li effettuino non avrebbero diritto a

⁴³⁰ Va sottolineato che la normativa in commento riguarda coloro che sono “soci”. Ci si potrebbe peraltro porre un problema di applicabilità della disciplina in esame al soggetto che, non essendo socio quando il finanziamento è stato effettuato, sia invece socio all'atto del rimborso. A questo caso, secondo TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in *Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 19 (del dattiloscritto), la disciplina in commento non si applica. Io invece avrei qualche dubbio.

⁴³¹ Secondo TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in *Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 21 (del dattiloscritto), la nuova norma si applica anche ai rimborsi dei finanziamenti effettuati dal 1° gennaio 2004 in avanti, pur se il finanziamento (poi rimborsato) sia avvenuto anteriormente.

⁴³² Cfr., sull'argomento, PORTALE G.B., *Capitale sociale e conferimento nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, 69; Idem, *Capitale sociale e S.p.A. sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, 27.

⁴³³ Cfr. RUBINO DE RITIS M., *Gli apporti “spontanei” in società di capitali*, Torino, 2001, 128; PARRELLA L., *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, Milano, 2002, 112; GINEVRA E., *Sulla qualificazione dei “finanziamenti” dei soci alla società partecipata*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 2002, II, 723.

⁴³⁴ Cfr. Cass., 2 febbraio 1967, n. 298, in *Foro it. Mass.*, 1967, secondo cui «i conferimenti in senso proprio consistono nell'apporto di denaro, di beni in natura o di crediti per costituire il capitale sociale, in cambio dei quali il socio conferente riceve dei titoli equivalenti al valore di ciò che ha conferito, denominati azioni; diverso è, invece, il significato di finanziamento, che attiene alla sovvenzione di danaro o di beni in favore della società, per cui il sovventore assume la figura di creditore e non di socio della società, restando quindi al di fuori del vincolo sociale».

⁴³⁵ Secondo Cass., 3 dicembre 1980, n. 6315, in *Foro it.*, 1981, I, 26, «nell'indagine sullo stato d'insolvenza di una società di capitali, al fine della dichiarazione di fallimento della medesima, non vanno considerati come passività i versamenti effettuati dai soci in conto di futuro aumento di capitale, atteso che questi, salvo specifiche pattuizioni in contrario che li trasformino in comuni finanziamenti, non danno luogo a crediti esigibili nel corso della vita della società, potendo essere chiesti dai soci in restituzione solo per effetto dello scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale residuo attivo del bilancio di liquidazione». Secondo App. Torino, 21 luglio 1995, in *Società*, 1996,

ripetere l'apporto effettuato se non in sede di ripartizione del patrimonio sociale allo spirare della fase di liquidazione⁴³⁶;

- ove si tratti invece di *finanziamenti*, i soci che li effettuino hanno ovviamente il diritto di restituzione dal momento in cui il contratto di finanziamento lo consente⁴³⁷;

insomma alterando la regola in base alla quale il rischio dei soci dovrebbe essere postergato al rischio dei creditori sociali⁴³⁸.

53, «i versamenti effettuati dai soci in conto di un futuro aumento del capitale sociale, pur non determinando un incremento automatico del capitale stesso e pur non attribuendo alle somme relative la condizione propria del capitale, presentano una causa diversa da quella del mutuo, cui non è riconnessa un'obbligazione attuale di restituzione, essendo invece presente una finalità intesa a ricollegarvi diritti insiti nella partecipazione societaria». Gli apporti in conto capitale, invece, secondo FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da VASSALLI F., vol. X, t. 3, Torino, 1985, 439, essendo versamenti volontari poiché sono effettuati senza che sussista un corrispondente obbligo per i soci, non sono qualificabili come conferimenti.

⁴³⁶ Per esempio, veri e propri conferimenti sono gli apporti dei soci “in conto capitale”, “in conto futuro aumento di capitale” (cfr. PORTALE G.B., *Appunti in tema di “versamenti in conto futuri aumenti di capitale” eseguiti da un solo socio*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1995, I, 93), a “fondo perduto”, a “copertura perdite”, a “copertura future perdite” ecc.: questi apporti sono evidentemente non soggetti a restituzione (e non sussiste quindi un credito del socio al loro rimborso, se non in sede di liquidazione della società oppure a fronte di una decisione dei soci di riduzione del patrimonio netto con corrispondente rimborso dei soci) in quanto concorrono a formare il patrimonio netto della società e non il debito che la società ha verso i terzi e quindi la norma in esame non li riguarda (riguardando essa invece i veri e propri “finanziamenti” e cioè quegli apporti che integrano per la società un debito corrispondente a un credito del socio finanziatore).

Cfr. anche Cass., 14 dicembre 1998, n. 12539, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Società*, n. 527, secondo cui «il versamento effettuato dai soci della società in conto di futuro aumento di capitale, pur determinando un incremento del capitale sociale e pur non attribuendo alle relative somme la condizione giuridica propria del capitale, ha una causa che, di norma, è diversa da quella del mutuo ed è simile, invece, a quella del conferimento in conto capitale, che è un conferimento a rischio; ne deriva che all'autonomia privata sono consentiti, nelle società di capitali, conferimenti atipici e ciò sia nel senso che si tratta di conferimenti eseguiti al di fuori degli schemi giuridico-formali previsti per la costituzione delle società e per l'aumento del capitale sociale, sia perché sono conferimenti destinati a incrementare il patrimonio della società fuori del capitale».

Ora, la nuova norma di cui all'art. 2467, a cautela dei terzi creditori, “trasforma” i finanziamenti in (quasi) conferimenti, ma non impatta sui “veri e propri” conferimenti, la cui effettuazione, non generando un debito per la società, ma un incremento del suo patrimonio netto, costituisce un aumento di garanzie per i terzi.

Non appare quindi comprensibile come SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 202, possa affermare, con riguardo ai «“versamenti soci” in conto capitale», che la loro «legittimità sembra ormai esclusa dalla norma in esame [l'art. 2467, n.d.a.]».

⁴³⁷ Cfr. CHIOMENTI V.F., *Ancora sugli apporti al capitale di rischio effettuati dai soci in forma diversa dai conferimenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, 239.

⁴³⁸ Cfr. PORTALE G.B., ZOPPINI A., *Disciplina finanziaria all'europea*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 gennaio 2003.

Ora, la nuova norma ci viene dunque a dire che se la società necessita di apporti da parte dei soci e se questi apporti siano qualificati, nel rapporto tra società finanziata e socio finanziatore, come “finanziamento soci” e cioè come versamenti *mutui causa*⁴³⁹, essi ora devono ricevere un trattamento dal quale, sotto il punto di vista della loro restituzione da parte della società, deriva una loro forte assimilazione ai conferimenti e cioè ai versamenti *societatis causa*⁴⁴⁰: e quindi, ove la società si determini a effettuare pagamenti dei propri debiti, ai soci devono essere infatti preferiti i creditori; e poi, ancora, se il fallimento della società sia alle porte, i rimborsi dei finanziamenti non possono essere effettuati perché si va a rischio di restituzione da parte del socio rimborsato a favore della società (e di conseguente responsabilità dell'amministratore che ha provveduto al rimborso).

La norma in questione, è evidente, ha il suo massimo riverbero nel corso di una procedura esecutiva, fallimentare o meno; peraltro essa si estende oltre l'ambito della mera esecuzione per fungere da norma di comportamento per l'amministratore che si trova a gestire dazioni e rimborsi e che pertanto non può non incorrere in responsabilità⁴⁴¹ ove in detta attività non tenga in conto, pregiudicandole, le ragioni dei creditori.

3.12.3 La postergazione dei soci ai creditori di pari grado

La prima prescrizione che discende dalla norma in esame è dunque quella secondo cui, nel caso di conflitto tra fornitori (o altri creditori chirografari) e soci, occorre privilegiare il pagamento dei debiti della società verso i terzi e quindi posporre il credito dei soci (che invero sarebbe di pari grado) a quello dei creditori “ordinari”.

In altri termini, l'amministratore che rimborsa⁴⁴² deve prestare attenzio-

⁴³⁹ Secondo FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2467*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 49, sarebbero estranei a questa previsione normativa «i prestiti “onerati”, ancorché a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, a meno che il tasso di interesse sia simbolico (e fissato allora, per finalità elusive, specie se di fatto neppure riscosso). [...] il legislatore intende penalizzare i prestiti “sostitutivi” dei conferimenti e non possono considerarsi tali i prestiti non gratuiti, ancorché effettuati dai soci stessi».

⁴⁴⁰ Di «significativa apertura per la congruità del patrimonio netto» parla SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 200.

⁴⁴¹ Cfr. TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in *Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 21 (del dattiloscritto).

⁴⁴² Paventa che la norma impedisca i rimborsi dei finanziamenti RESCIGNO M., in *Parere dei com-*

ne a che il rimborso del finanziamento non generi l'incapacità della società di far fronte ai suoi impegni con i creditori diversi dai soci (che sono a loro volta creditori per il rimborso dei finanziamenti effettuati): se infatti si determinasse una situazione nella quale il rimborso del finanziamento pregiudicasse il diritto dei creditori sociali "ordinari" a ricevere il pagamento di quanto loro dovuto, quel rimborso si rivelerebbe illecito e fonte di responsabilità per chi l'abbia effettuato.

3.12.4 Il fallimento della società che rimborsa il finanziamento

La sostanziale equiparazione dei finanziamenti dei soci ai veri e propri conferimenti, che il legislatore realizza antergando il diritto dei creditori ordinari rispetto al credito dei soci al rimborso del finanziamento, ha poi un'altra evidente espressione ove, entro un anno⁴⁴³ dal giorno in cui il finanziamento sia rimborsato dalla società ai soci, la società rimborsante fallisca.

In tal caso, infatti, la nuova norma dispone dunque che quel pagamento⁴⁴⁴ che il socio riceve a titolo di rimborso del suo finanziamento deve essere restituito alla società: infatti, così come, in quella situazione di insolvenza, non si potrebbe certo far luogo alla restituzione dei conferimenti ai soci, così anche se sia effettuato il pagamento ai soci del loro credito al rimborso del finanziamento, la sorte del rimborso non muta (in quanto esso è considerato *ipso iure* come "convertito" da capitale di debito a capitale proprio della società): detto rimborso dunque non può essere effettuato e, in caso di effettuazione (oltre a generarsi un'inevitabile responsabilità dell'amministratore che lo legittimi con il suo comportamento), la società, tramite la curatela fallimentare, ha il diritto di ripetere quel rimborso⁴⁴⁵.

ponenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano, in Riv. soc., 2002, 1499. Cfr. anche DE ANGELIS L., Dal capitale "leggero" al capitale "sottile": si abbassa il livello di tutela dei creditori, in Società, 2002, 1464.

⁴⁴³ Sottolinea TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in Atti del convegno sul tema *La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 21 (del dattiloscritto), che si tratta di un "anno solare" e non di un "esercizio".

⁴⁴⁴ Cfr. per il caso che, nell'anno anteriore al fallimento il socio, oltre che ricevere rimborsi, abbia effettuato anche dei versamenti, FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2467*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 50, il quale ritiene che la somma che in tal caso il socio deve restituire alla società deve essere pari alla differenza tra quanto il socio ha avuto in rimborso e quanto il socio stesso abbia versato nell'ultimo anno.

⁴⁴⁵ Sottolinea come la norma in commento non sia appropriata per il caso dei finanziamenti erogati

3.12.5 La presunzione di finanziamento

Accanto alla disciplina di postergazione dei crediti dei soci agli altri chirografi della società, appena commentata, il legislatore della riforma enuncia, nel secondo comma del medesimo art. 2467, anche una presunzione “assoluta” (e cioè la norma non esplicita la possibilità di una prova contraria da parte del socio): ai fini dell’applicazione delle norme appena viste (la preferenza del credito del fornitore rispetto a quello del socio e la ripetibilità del rimborso al socio effettuato nell’anno anteriore al fallimento), vanno dunque considerati come finanziamenti dei soci a favore della società «quelli, in qualsiasi forma effettuati⁴⁴⁶, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio⁴⁴⁷ dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento»⁴⁴⁸.

dalle banche, divenute socie in funzione del “salvataggio” della società finanziata, PORTALE G.B., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003, 264.

⁴⁴⁶ Parlando di “finanziamenti in qualsiasi forma effettuati” il legislatore accumuna, per ragioni di omogeneità, alla vere e proprie dazioni di denaro, anche tutte quelle utilità che il socio apporta alla società e che servono, in senso lato, a “finanziarla”. L’esempio dei «finanziamenti indiretti mediante rilascio di garanzie» è di CAMPOBASSO G.F., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2003, 327; mentre alla figura del pagamento da parte del socio di un debito della società ricorre FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2467*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 50, «non potendovi essere differenza tra questa ipotesi e quella del *previo* versamento di somme alla società a titolo di finanziamento»; si può inoltre immaginare l’applicazione della norma in commento ad altre ipotesi quali quelle del credito che in capo al socio sorga per una fornitura effettuata a favore della società o per il diritto di regresso che, sempre in capo al socio, si formi a causa dell’escussione di una garanzia prestata dal socio a favore della società. In questi due ultimi casi, invero, il credito del socio (da fornitura; da regresso ecc.) si può “trasformare” in credito da finanziamento, sia per esser ciò stato esplicitamente convenuto tra socio e società (si pensi a una corrispondenza in tal senso) sia perché ciò si desuma, per esempio, dall’inusuale trattamento che la società faccia di detto debito (per esempio, si pensi al caso di una società ove vi sia una costante abitudine di pagare a “90 giorni” e ove invece questo credito rimanga impagato per molti mesi, senza che da ciò consegua un particolare attivismo del socio creditore nel procurarsi la riscossione e ove, anzi, la questione rimanga nel completo silenzio, da ciò dunque evidenziandosi chiaramente come il socio “stia facendo credito” alla società) e si rende dunque applicabile la normativa disposta dal legislatore della riforma per gli apporti “direttamente” effettuati a titolo di “veri e propri” finanziamenti soci.

⁴⁴⁷ Sul rilievo che uno *squilibrio* possa essere *eccessivo* discettano le *Osservazioni dell’Istituto di diritto Angelo Sraffa dell’Università Bocconi di Milano* a cura di BIANCHI L.A., GHEZZI F., MARCHETTI P., NOTARI M., in *Riv. soc.*, 2002, 1537.

⁴⁴⁸ Nel diritto tedesco, a seguito di una novella del 1980, è stato introdotto il par. 32° nel *GmbHG* per il quale il prestito concesso dal socio alla società in un momento in cui avrebbe dovuto come normale uomo d’affari effettuare un conferimento (trattandosi, per esempio, di una fase di difficoltà

È di nuovo la materia della notoria ed endemica sottocapitalizzazione delle società a responsabilità limitata; qualora dunque si abbiano le seguenti situazioni:

- a. la situazione patrimoniale della società “finanziata” manifesta un eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto;
- b. la società versa in una situazione finanziaria tale da legittimare la necessità di un vero e proprio conferimento (il quale sarebbe in tal caso un atto “ragionevole”);

e qualora quindi in tali situazioni (si operi un versamento di capitale di debito, e quindi) non si operi un vero e proprio apporto *societatis causa* e cioè un conferimento nel capitale sociale, che non dà diritto alla sua restituzione se non nella fase di dissoluzione della società (e cioè quando i soci si spartiscono il patrimonio residuo dalla liquidazione, ove ciascuno di essi cerca di ottenere la restituzione dei conferimenti effettuati)⁴⁴⁹, ebbene, in

in cui la società non sarebbe più in grado di ottenere finanziamenti) non dà adito a un credito di restituzione suscettibile di essere fatto valere nella procedura concorsuale cui la società sia stata eventualmente assoggettata. Nel *Code des sociétés* belga (artt. 229 n. 5 e 215) i soci fondatori di una *société privée à responsabilité limitée* rispondono solidalmente, nella misura fissata dal giudice, delle obbligazioni di quest'ultima, in caso di fallimento della medesima pronunciato entro tre anni dalla data della sua costituzione, se risulta, alla luce di un piano finanziario depositato in tale data presso il notaio rogante e trasmesso al giudice del fallimento, che il capitale sociale era, all'atto della costituzione, manifestamente insufficiente per assicurare l'esercizio normale dell'attività programmata per un periodo di almeno due anni: cfr. ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 157.

⁴⁴⁹ Cfr. Cass., 19 marzo 1996, n. 2314, in *Società*, 1996, 1267, secondo cui ricercando «la qualificazione e la concreta disciplina degli accennati apporti di patrimonio fuori capitale, che la prassi contabile designa sovente con denominazioni diverse (“soci in conto capitale”, “soci in conto futuro aumento di capitale” o “in conto copertura future perdite”, “conto versamento soci”, “conto finanziamento soci infruttifero”, e simili), [...] non può farsi a meno di notare [...] che altro sono i versamenti genericamente effettuati “in conto capitale”, altro quelli che si riferiscono a un futuro e ben determinato aumento del capitale sociale. Mentre per i primi non sembra dubbio che si tratti di apporti di patrimonio dei quali la società è libera di disporre come di qualsiasi altra riserva (anche, ma non necessariamente, adoperandoli in futuro per aumentare il capitale nominale), senza che possa venire in questione alcun diritto al rimborso del socio fin quando non sia stata liquidata l'impresa collettiva, la situazione si presenta in termini diversi nella seconda delle due fattispecie sopra ipotizzate. Quando, infatti, le parti abbiano stabilito un chiaro collegamento causale tra il versamento eseguito dal socio e un prossimo aumento del capitale, è in genere da ritenere che esse abbiano inteso condizionare risolutivamente l'acquisizione patrimoniale della società alla futura deliberazione di aumento del capitale nominale. Il versamento eseguito dal socio sarà pertanto, in tal caso, solo provvisoriamente da includere tra le riserve e dovrà, poi, ove l'assemblea effettivamente deliberi l'ipotizzato aumento del capitale nominale della società, rifluire in quest'ultima posta di bilancio e assumere i caratteri tipici del conferimento di capitale (in senso giuridico). Ma se, viceversa, l'aumento non

quelle situazioni, qualsiasi apporto si faccia alla società diverso dai “conferimenti” in senso stretto, esso è da qualificarsi in termini di “finanziamento” (o “quasi conferimento”), qualunque sia la forma di cui sia rivestito quell’apporto ed è quindi da trattarsi come tale. Esso pertanto è soggetto a essere postergato nel suo rimborso agli altri creditori chirografari della società e dà alla società diritto di ripetizione ove il suo rimborso sia pagato ai soci nell’anno anteriore al fallimento.

L’“eccessivo squilibrio” dell’indebitamento e la “ragionevolezza” del conferimento sono dunque “clausole generali” della cui interpretazione il legislatore fa evidentemente consegna alla giurisprudenza⁴⁵⁰, la quale non potrà evidentemente non ravvisarne l’occorrenza in tutti quei casi in cui la situazione societaria approdi a uno stato di decozione⁴⁵¹. In altri termini, si tratta di una questione che si avvita su se stessa: se è “finanziamento” tutto ciò che è apportato in una situazione di squilibrio, lo stato di insolvenza sarà da sé la prova dello squilibrio e la restituzione di quell’apporto avrà le regole sopra esposte; insomma, la situazione di squilibrio,

dovesse essere deliberato dall’assemblea (la quale, ovviamente, è del tutto libera nelle sue determinazioni), il socio avrà diritto alla restituzione di quanto versato: non perché si è trattato di un mutuo, bensì per essere venuta successivamente meno la causa giustificativa dell’attribuzione patrimoniale da lui eseguita in favore della società (e, quindi, secondo i principi della restituzione dell’indebitato). Ove, peraltro, la previsione del futuro aumento del capitale nominale, cui il versamento dovrebbe essere condizionato, sia solo generica – come non di rado avviene – e quindi priva di ogni indicazione della data, o almeno dell’epoca, entro la quale l’ipotizzata condizione dovrebbe verificarsi, s’impone la scelta tra due soluzioni alternative: o si dovrà interpretativamente ritenere che, per il fatto stesso di non avere fissato alcuna indicazione temporale, le parti abbiano inteso in realtà lasciare comunque le somme versate dal socio nella piena disponibilità della società e che, quindi, il riferimento al futuro aumento di capitale non valga a configurare una condizione risolutiva del conferimento ma serva solo a ribadire la possibilità che la società adoperi in tal senso la relativa riserva; oppure si dovrà – come suggerito da autorevole dottrina – far ricorso in via analogica, alla disposizione dell’art. 1183, Codice civile, e ammettere che il socio possa chiedere al giudice la fissazione di un termine entro il quale la società sia tenuta a riunire l’assemblea per decidere in ordine all’ipotizzato aumento del capitale nominale, così da provocare l’avveramento o il mancato avveramento della condizione cui il conferimento è risolutivamente condizionato».

⁴⁵⁰ Per DE ANGELIS L., *Dal capitale “leggero” al capitale “sottile”: si abbassa il livello di tutela dei creditori*, in *Società*, 2002, 1463, occorre mettersi in «buona pace per tutto il contenzioso cui potrà dare origine l’indeterminatezza di questo rinvio alla clausola generale della ragionevolezza, che ha un significato sufficientemente definito nella *common law* – nel cui sistema la giurisprudenza suole frequentemente valutare gli atti e i comportamenti in base allo *standard of reasonable man* – ma che non ne ha uno altrettanto sicuro nella *civil law* e segnatamente nel diritto italiano».

⁴⁵¹ Cfr. FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2467*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 48, secondo il quale «il legislatore» è «consapevole che, il più delle volte, è proprio la situazione di crisi della società a indurre i soci a riprendersi quanto versato, danneggiando così gli “altri” creditori della società».

lungi dall'essere la situazione da dimostrare, diventa essa stessa la prova che quel che è stato appostato tra i debiti della società invero va accasato nel suo patrimonio netto⁴⁵².

Comunque, nell'ambito di un'endemica, "ordinaria" e ricorrente situazione di sottocapitalizzazione:

- se lo "squilibrio" tra mezzi propri e indebitamento pare essere un concetto che identifica un'*oggettiva* situazione di corto respiro (come quando le banche non intendono affidare la società oltre un certo tetto, anzi premono per accertare quanto i soci "credano" essi stessi nella loro attività, "sfidandoli" ad attingere dal salvadanaio personale);
- la "ragionevolezza" pare essere un concetto riferibile a *sogettive* valutazioni di opportunità (per esempio: finanziare nuovi investimenti, nuove strategie, nuove intraprese in nuovi mercati ecc.)⁴⁵³; cosicché "ragionevole"⁴⁵⁴ sarebbe ricorrere a un apporto di capitale di credito dei soci per tamponare momentanee e non ricorrenti difficoltà "di cassa" e altrettanto "ragionevole" sarebbe ricorrere invece al capitale di rischio quando si tratti di effettuare un investimento la cui redditività non sia tale da remunerare il pagamento di interessi o addirittura il rimborso del capitale preso a prestito dal sistema bancario.

3.12.6 Finanziamento soci e società per azioni

Tutta la normativa fin qui illustrata è dettata dal legislatore della riforma per la sola società a responsabilità limitata: nella disciplina della nuova società per azioni della materia del finanziamento soci invece non v'è traccia e quindi (stante che la situazione di ordinaria sottocapitalizzazio-

⁴⁵² Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «il problema più difficile è senza dubbio quello di individuare criteri idonei a distinguere tale forma di apporto rispetto ai rapporti finanziari tra soci e società che non meritano di essere distinti da quelli con un qualsiasi terzo. E la soluzione indicata dal secondo comma dell'art. 2467, non potendosi in via generale individuare parametri quantitativi, è stata quella di un approccio tipologico con il quale, dovendosi ricercare se la causa del finanziamento è da individuare nel rapporto sociale (e non in un generico rapporto di credito): in tal senso l'interprete è invitato ad adottare un criterio di ragionevolezza, con il quale si tenga conto della situazione della società e la si confronti con i comportamenti che nel mercato sarebbe appunto ragionevole aspettarsi».

⁴⁵³ SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 201.

⁴⁵⁴ Secondo FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2467*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 49.

ne riguarda anche le società per azioni, le quali spesso attingono capitale di debito dalle tasche dei propri soci, specie se siano di dimensioni ridotte, e quindi tanto quanto attingono le società a responsabilità limitata) si pone un problema di possibile applicabilità analogica ai finanziamenti dei soci di società per azioni della disciplina appena vista e dedicata dal legislatore ai finanziamenti dei soci di società a responsabilità limitata.

Va detto innanzitutto che il travaso delle norme dal mondo della società a responsabilità limitata al mondo della società per azioni, e viceversa, è un'operazione che, dopo la riforma, è assai difficoltosa: nel sistema previgente, i due tipi societari erano pressoché sovrapposti, la società a responsabilità limitata era una specie di "sorella minore" della società per azioni in quanto perlopiù disciplinata dalle medesime norme, non vi era sostanziale differenza tra i due tipi societari ed era assai facile prelevare dall'analitica disciplina della società per azioni norme perfettamente adatte a colmare i vuoti esistenti nella scarna normativa che il Codice civile dedicava invece alle società a responsabilità limitata.

Di contro, nel nuovo sistema delineato dalla riforma, come noto, i due insiemi normativi sono stati nettamente differenziati e al previgente sistema di "vasi comunicanti" è stato sostituito ora un assetto normativo ove le regole riferite alla società per azioni e quelle riferite alla società a responsabilità limitata sono assai autonome e tra loro difficilmente compatibili, in quanto il legislatore, creando due nuovi "autonomi e organici" (così si esprime la legge delega 366/2001) insiemi di norme ha inteso riferire:

- a. le norme della società per azioni alle società di dimensioni medio grandi, a base azionaria tendenzialmente diffusa e vocate a richiamare capitale di rischio dal mercato (si tratta di norme quindi dotate di un maggior grado di imperatività proprio perché volte a disciplinare una struttura che si rivolge al mercato e che deve essere caratterizzata da regole certe e stabili);
- b. le norme della società a responsabilità limitata alle società di dimensioni medio piccole e a compagini ristrette di soci, ove il valore da tutelare non è più quello della facilità di circolazione del titolo azionario, come nel caso della società per azioni, stante la sua vocazione al mercato, ma quello della "rilevanza centrale" del socio nella vita della società.

È a tutti noto infatti che, nella massima parte delle società a responsabilità limitata, il ceto dei soci coincide con il ceto degli amministratori, la società in tanto opera in quanto i soci vi lavorano continuativamente, la società si basa non sulla solidità della sua struttura patrimoniale quanto appunto sull'apporto quotidiano che i soci offrono: ed è per questo, dunque, che la normativa della nuova società a responsabilità limitata viene proposta dal legislatore come un'impalcatura da applicarsi ove i soci non diversamente di-

spongano nell'atto costitutivo (o statuto, che dir si voglia), ma che è fortissimamente adattabile alle esigenze del caso concreto e, in particolare, a quelle dei soci che vogliono far valere la propria personalità e la propria individualità in tutto l'arco di sviluppo della vita societaria, dal suo esordio fino al suo esito finale.

Ebbene, in questo quadro normativo, appare evidente la ragione per la quale il legislatore della riforma ha inteso riferirsi al fenomeno del "finanziamento soci" solamente quando ha disciplinato la nuova società a responsabilità limitata, e non anche quando ha disciplinato la nuova società per azioni: se si pensa al "finanziamento soci", infatti, non ci si può certo riferire a una società di rilevanti dimensioni, specie ove il suo capitale sia parcellizzato e diffuso. Il fenomeno del finanziamento soci è infatti tipico e "confinato" al campo delle società a ristretta base sociale, ove il portafoglio personale dei soci quasi si "confonde" con la cassa della società e dove è dunque accaduto "normale" che, così come il socio finanzia le proprie esigenze personali e la propria famiglia, egli finanzia pure la propria attività.

Ma certo che se il "vestito" della società per azioni non sia utilizzato, nel caso concreto, per interpretare il fenomeno imprenditoriale per il quale esso è stato confezionato (e cioè la grande società, specie se a capitale diffuso), ma sia fatto indossare a quel fenomeno imprenditoriale (di più ridotte dimensioni e a base sociale assai ristretta) per il quale il legislatore ha pensato, come più adatte, le norme dettate sotto il capitolo della società a responsabilità limitata, ecco che lì invece il travaso delle norme dal tipo societario società a responsabilità limitata al tipo societario società per azioni non appare più così implausibile⁴⁵⁵, anzi diviene "normale".

In altri termini, se nella società per azioni si opera con le stesse modalità

⁴⁵⁵ Non esclude l'applicazione delle norme in commento alla società per azioni PORTALE G.B., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003, 263; parla di «tutt'altro che improbabile estensibilità analogica della norma alla Società per azioni» MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 6 (del dattiloscritto). Nel medesimo senso ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 232. Secondo RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 54, per il quale «non è improbabile» che le regole sui finanziamenti dei soci di società a responsabilità limitata «finiranno per non rappresentare una caratteristica propria della s.r.l. ma saranno viste con l'emersione sistematica di principi [...] che diventerebbe illogico non applicare analogicamente anche alla società per azioni». Nega invece l'applicazione analogica delle norme in commento TASSINARI F., *La società a responsabilità limitata: costituzione, formazione del capitale, partecipazione sociale*, in *Atti del convegno sul tema La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*, Bologna, 6 dicembre 2002, 19 (del dattiloscritto).

in cui si opera nella società a responsabilità limitata (endemica sottocapitalizzazione, situazione di costante squilibrio tra patrimonio e indebitamento, frequente ricorso al finanziamento soci ecc.), nulla impedisce (anzi tutto trama per) un'applicazione anche alla società per azioni delle norme dettate dal legislatore della riforma per il finanziamento soci nella società a responsabilità limitata: sarebbe infatti «opinione assolutamente pacifica che le regole concernenti il finanziamento dei soci, dettate per la società a responsabilità limitata, sono norme che esprimono principi generali del diritto dell'impresa, applicabili quindi anche alla società per azioni»⁴⁵⁶.

Ora, se si abbia una società per azioni a cui favore i soci effettuino continue operazioni di finanziamento, se quella sia evidentemente una società per azioni a capitale concentrato in poche mani, se la prassi del ripetuto finanziamento evidenzia di per sé lo squilibrio tra il patrimonio della società finanziata e il suo indebitamento, ebbene nulla osta a utilizzare la norma di cui all'art. 2467 anche alla società per azioni, se è vero, com'è vero, che essa esprime il concetto di non sacrificare i creditori "ordinari" alla volontà di sottocapitalizzazione che i soci della società manifestano non effettuando conferimenti ma solo apporti con diritto alla restituzione delle somme versate in situazioni che invece di prestiti redimibili di capitale di debito richiederebbero iniezioni irredimibili di capitale di rischio.

3.12.7 Finanziamento soci e gruppi di società

Tra l'altro, un argomento che appare formidabile per l'estensione alla società per azioni delle norme sul finanziamento dei soci nella società a responsabilità limitata è quello che si desume dal nuovo art. 2497-*quinquies* in tema di gruppi di società: in quella norma si dice infatti che «ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti a essa sottoposti si applica l'art. 2467».

In altri termini, ove la capogruppo (o una società del medesimo gruppo) operi finanziamenti *intercompany* a favore di un'altra società del gruppo, per il rimborso di detto finanziamento valgono le medesime regole dettate per il rimborso del finanziamento fatto dai soci alla società a responsabilità limitata, e cioè:

- a. il rimborso dei finanziamenti alla società finanziatrice è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori della società finanziata;

⁴⁵⁶ PORTALE G.B., ZOPPINI A., *Disciplina finanziaria all'europea*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 gennaio 2003.

- b.* se il rimborso alla società finanziatrice è avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società finanziata, quel pagamento deve essere restituito.

3.13 I titoli di debito

Innovando radicalmente rispetto al sistema previgente (ove la raccolta del capitale di debito mediante emissione di titoli era vietata, con il fine di evitare la creazione, mediante il titolo, di un mercato secondario dei diritti di credito: secondo il “vecchio” art. 2486, infatti, «alla società a responsabilità limitata non è consentita l'emissione di obbligazioni»), incardinato su un netto distacco tra società a responsabilità e mercato (e sulla “condanna” della società a responsabilità limitata al credito bancario e quindi esclusivamente alle risorse dei propri soci), la riforma consente invece (art. 2483) alla società a responsabilità limitata di «emettere titoli di debito», e cioè di ricorrere alla tecnica cartolare per permettere la liquidazione del credito nel mercato secondario dei titoli, che in tal modo si origina, e così per agevolare la ricerca di finanziamenti da parte della società a responsabilità limitata; il tutto in ossequio al criterio direttivo di cui all'art. 3, comma 2, lett. *g*) della legge 366/2001, secondo cui il legislatore delegato avrebbe dovuto «disciplinare condizioni e limiti per l'emissione e il collocamento di titoli di debito presso operatori qualificati, prevedendo il divieto di appello diretto al pubblico risparmio, restando esclusa in ogni caso la sollecitazione all'investimento in quote di capitale».

3.13.1 La consegna della disciplina dei titoli di debito a una totale autonomia statutaria

Il legislatore non ha assoggettato l'emissione dei titoli di debito della società a responsabilità limitata, così come invece accade per la società per azioni, a stringenti condizioni o limiti (per esempio, in tema di “quantità” di titoli emettabili, per esempio, in rapporto al patrimonio netto della società emittente), preferendo invece la nuova legge rimettere totalmente all'autonomia statutaria la regolamentazione dell'emissione delle obbligazioni di società a responsabilità limitata; infatti, secondo la legge di riforma, l'atto costitutivo (e/o lo statuto) della società a responsabilità limitata (art. 2483, comma 1):

- a.* deve stabilire di chi deve essere la competenza a decidere l'emissione delle obbligazioni (e cioè se essa spetti agli amministratori o ai soci);
- b.* può stabilire inoltre «gli eventuali limiti, le modalità e le maggioranze necessarie per la decisione».

La ragione della totale rimessione di questa materia all'autonomia statuta-

ria risiede nella considerazione che, mentre l'emissione delle obbligazioni di società per azioni si interfaccia direttamente con il mercato, nel campo della società a responsabilità limitata (che è una struttura societaria "chiusa" per definizione, e con una "chiusura" non rimuovibile: art. 2468, comma 1) il *bypass* con il mercato è stato ideato dal legislatore nell'obbligatoria interposizione (tra la società e il mercato, appunto) di un soggetto capace, per sua caratteristica professionale, da un lato, di giudicare, la "bontà" della società emittente e "l'appetibilità" del prestito emesso e, dall'altro lato, di garantire il mercato in caso di circolazione dei titoli di debito emessi dalla società a responsabilità limitata.

È dunque per queste considerazioni che la legge non pone condizioni o limiti per le emissioni obbligazionarie delle società a responsabilità limitata: imponendo non solo che il prestito debba essere sottoscritto unicamente da «investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale» (art. 2483, comma 2), ma anche che «in caso di successiva circolazione dei titoli di debito, chi li trasferisce risponde della solvenza della società nei confronti degli acquirenti», la legge confida più sulle valutazioni da operarsi caso per caso a opera dell'investitore professionale personalmente coinvolto in prima linea ella vicenda dell'emissione, che sulla definizione aprioristica di "paletti" valevoli per qualsiasi caso si presenti nella pratica operativa.

In sostanza, se l'investitore del caso concreto sottoscrive le obbligazioni emesse dalla società a responsabilità limitata rischia in quell'affare il proprio patrimonio; se poi le obbligazioni circolino, accanto a una responsabilità patrimoniale, si cumula pure la responsabilità "morale" derivante dalla garanzia che quell'investitore dà al mercato per la solvenza dell'emittente; mercato che dunque, se fosse tradito, difficilmente in futuro farebbe tranquillo affidamento sulla parola di quello stesso investitore. Ecco perché è molto meglio l'analisi da parte di quell'investitore del singolo prestito emesso dalla singola società a responsabilità limitata, piuttosto che l'asettico rispetto da parte della società stessa di regole di legge delimitanti i prestiti obbligazionari che qualsiasi società potrebbe emettere rispettando gli astratti presupposti che fossero stabiliti *ex lege* una volta per tutte.

3.13.2 Dalle cambiali finanziarie ai titoli di debito

Il riconoscimento, operato dalla riforma del diritto societario, della possibilità di ricorrere al mercato del capitale di debito da parte di una struttura imprenditoriale "chiusa" come la società a responsabilità limitata, deriva evidentemente dal cammino che la nostra legislazione ha compiuto, per affrancare le imprese da quel percorso a senso unico verso il credito bancario, a partire dall'art. 11 del D.lgs. 1° settembre 1993 n. 385 fino a giungere all'art. 2, comma 1, del D.lgs. 4 agosto 1999 n. 342, il quale ultimo ha consentito l'emissione di obbligazioni da parte delle cooperative.

Venne ad affermare dunque l'art. 11, comma 4, del testo unico bancario, che il divieto di raccolta di risparmio presso il pubblico a opera di soggetti diversi dalle banche (di cui al comma 2 del medesimo art. 11) non avrebbe dovuto applicarsi, tra gli altri (per quel che qui interessa):

«c) alle società per azioni e in accomandita per azioni per la raccolta effettuata, nei limiti previsti dal codice civile, mediante l'emissione di obbligazioni;

c-bis) alle società cooperative per la raccolta effettuata mediante l'emissione di obbligazioni;

d) alle società e agli enti con titoli negoziati in un mercato regolamentato per la raccolta effettuata mediante titoli anche obbligazionari;

d-bis) agli enti sottoposti a forme di vigilanza prudenziale individuati dal CICR;

e) alle imprese per la raccolta effettuata tramite banche ed enti sottoposti a forme di vigilanza prudenziale che esercitano attività assicurativa o finanziaria;

f) agli enti sottoposti a forme di vigilanza prudenziale che svolgono attività assicurativa o finanziaria, per la raccolta a essi specificamente consentita da disposizioni di legge;

g) alle società per la cartolarizzazione dei crediti [...]».

Ora, dato che la società a responsabilità limitata evidentemente rientra nella categoria di cui sopra alla lett. *e*) (e che quindi avrebbe potuto raccogliere capitale di debito con le modalità oltre specificate), va tenuto presente che il comma 4-*bis* del predetto art. 11 del TUB afferma che «il CICR stabilisce limiti e criteri per la raccolta effettuata dai soggetti indicati nelle lett. *c-bis*), *d*), *d-bis*), ed *e*) del comma 4». Sulla base di questo "mandato", il Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio ha poi dunque adottato la deliberazione 3 marzo 1994, intitolata "Disciplina della raccolta del risparmio ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385" (pubblicata in Gazzetta Ufficiale 11 marzo 1994, n. 58), ove si legge, tra l'altro, che, limitandoci al caso che ci interessa, la raccolta di risparmio tra il pubblico è consentita alla società a responsabilità limitata, al ricorrere dei seguenti presupposti e condizioni:

- a.* i bilanci degli ultimi tre esercizi siano in utile;
- b.* i titoli siano assistiti da garanzia, in misura non inferiore al cinquanta per cento del loro valore di sottoscrizione, rilasciate da:
 1. banche autorizzate in Italia e banche comunitarie di cui all'art. 1, comma 2, lett. *d*) e *b*), del decreto legislativo n. 385 del 1993;
 2. società finanziarie iscritte nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.lgs. n. 385 del 1993;

3. società ed enti di assicurazione autorizzati ai sensi della legge 10 giugno 1978, n. 295, e della legge 22 ottobre 1986, n. 742;
- c. l'identità del garante e l'ammontare della garanzia prestata siano chiaramente indicati sui titoli;
- d. la raccolta sia effettuata mediante l'emissione di:
1. "cambiali finanziarie" di cui alla legge 13 gennaio 1994, n. 43;
 2. titoli, anche al portatore, denominati "certificati di investimento";
- e. l'ammontare della raccolta effettuata mediante "cambiali finanziarie" e "certificati di investimento" non ecceda unitamente alla raccolta mediante obbligazioni, il limite del capitale versato e delle riserve risultanti dall'ultimo bilancio approvato;
- f. il taglio minimo dei titoli non sia inferiore a lire cento milioni.

Se dunque fino a ora la società a responsabilità limitata ha potuto confrontarsi con il mercato e sollecitare il versamento di capitale di debito con i limiti e le modalità esplicitati nel testo unico bancario e nella conseguente normativa regolamentare, ora, per effetto della riforma, alla possibilità di reperire finanziamenti mediante cambiali finanziarie e certificati di investimento si affianca anche⁴⁵⁷ la possibilità di emettere "titoli di debito"⁴⁵⁸: strumento che non ha (mai finora avuto) una definizione legislativa e che è "solo" menzionato nell'art. 1, comma 2, del D.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, ove, alla lett. b) (dell'elenco degli "strumenti finanziari") sono appunto contemplati «le obbligazioni, i titoli di Stato e *gli altri titoli di debito* negoziabili sul mercato dei capitali», con il che facendosi del "titolo di debito" una fattispecie parificabile a una "normale" obbligazione e quindi alla categoria dei titoli «emessi non già *solvendi causa* ma *credendi causa*, cioè in funzione della provvista di capitale di credito»⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Per PORZIO M., sub *Articolo 2483*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 231, i titoli di debito di cui all'art. 2483 entreranno dunque in competizione con la raccolta di finanziamenti con gli strumenti di cui all'art. 11, comma 4, del testo unico bancario, che appaiono meno costosi (la fideiussione deve riguardare solo il cinquanta per cento del valore di sottoscrizione dei titoli) ma che sono condizionati alla sussistenza dei presupposti della chiusura in utile degli ultimi tre bilanci e al fatto che la raccolta effettuata mediante "cambiali finanziarie" e "certificati di investimento" non ecceda unitamente alla raccolta mediante obbligazioni, il limite del capitale versato e delle riserve risultanti dall'ultimo bilancio approvato.

⁴⁵⁸ È quindi opportuno che nello statuto della società a responsabilità limitata si faccia menzione di tutte queste possibilità di ricorso al mercato del capitale di debito.

⁴⁵⁹ SPADA P., *L'emissione dei titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 1 (del dattiloscritto).

In sostanza, si tratta di⁴⁶⁰:

- uno “strumento finanziario” (art. 1, comma 2, lett. *b*), testo unico finanza);
- un mezzo di raccolta del risparmio tra il pubblico (art. 11 TUB);
- un titolo “di massa” («la decisione di emissione dei titoli [...] può [...] prevedere che, *previo consenso della maggioranza dei possessori*⁴⁶¹ dei titoli, la società possa modificare tali condizioni e modalità»: art. 2483, comma 3);
- un “valore mobiliare” (ai fini e ai sensi art. 129 TUB)
- un “prodotto finanziario” (ai fini del regime del prospetto in caso di sollecitazione all’investimento di cui agli art. 94 e ss. TUF);

che incorpora il diritto a pretendere⁴⁶² la restituzione di un finanziamento.

3.13.3 La decisione di emissione dei titoli di debito

Laconica è, come sopra detto, la disciplina legislativa in materia. L’art. 2483, comma 1, prescrive infatti solamente che l’emissione è consentita «se l’atto costitutivo lo prevede» (e quindi se vi sia una disposizione statutaria in tal senso), altrimenti l’emissione non è possibile. La relativa decisione deve essere assunta dall’organo sociale a ciò statutariamente deputato («l’atto costitutivo attribuisce la relativa competenza ai soci o agli amministratori»: è sempre il comma 1 dell’art. 2483) e deve ovviamente rispettare i «limiti, le modalità e le maggioranze» che siano stabilite dallo statuto medesimo:

- se si tratti di decisione dell’organo amministrativo (ed esso sia a composizione pluripersonale), essa può essere assunta, a seconda dei casi, o collegialmente o mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto (art. 2475, comma 4);
- allo stesso modo, se si tratti di decisione dei soci, questi decidono collegialmente, a meno che, anche qui, l’atto costitutivo non preveda che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto (art. 2479, commi 3 e 4).

⁴⁶⁰ Cfr. SPADA P., *L’emissione dei titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 4 (del dattiloscritto).

⁴⁶¹ Pare non trattarsi quindi di una decisione necessariamente collegiale.

⁴⁶² Cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 244; PORZIO M., sub *Articolo 2483*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 229.

Le condizioni regolamentari del prestito, stante l'assenza di qualsiasi prescrizione legislativa sul punto, devono essere pertanto definite volta per volta nella decisione di emissione, con la conseguente possibilità di creazione, a seguito di una pluralità di emissioni, di un insieme di titoli distinti l'uno dall'altro da profonde diversità (e, in questo senso, tra di loro caratterizzati quindi da un forte grado di atipicità). E così si possono immaginare⁴⁶³ per esempio:

- titoli postergati;
- titoli indicizzati;
- titoli variabili nella remunerazione in dipendenza di parametri oggettivi anche relativi all'andamento economico della società ecc.

Inoltre, l'ampiezza dell'autonomia statutaria della società a responsabilità limitata è tale da non permettere di ravvisare limiti nell'emettibilità di obbligazioni convertibili in capitale di rischio⁴⁶⁴ nell'assenza di limiti legislativi sul punto (e, come pare, di divieti discendenti da principi non scritti).

La decisione di emissione dei titoli di debito deve essere iscritta a cura degli amministratori presso il Registro delle Imprese (art. 2483, comma 3).

3.13.4 La circolazione dei titoli di debito

Dovendo essere «sottoscritti soltanto da investitori professionali⁴⁶⁵ soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali» (art. 2483, comma 2, primo periodo), i titoli di debito debbono essere nominativi, anche in funzione del fatto che «in caso di successiva circolazione dei titoli di debito, chi li trasferisce risponde della solvenza⁴⁶⁶ della società nei confronti degli

⁴⁶³ Cfr. SPADA P., *L'emissione dei titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 3 (del dattiloscritto).

⁴⁶⁴ Cfr. in tal senso ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 244. *Contra* SPADA P., *L'emissione dei titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 3 (del dattiloscritto).

⁴⁶⁵ Secondo SPADA P., *L'emissione dei titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 5 (del dattiloscritto), è bene che nello statuto sia specificato che i titoli sono offerti a investitori professionali "sulla base di trattative personalizzate" in modo da qualificare "privata" la raccolta e rendere così immune la società emittente dalle complesse normative in materia bancaria e di intermediazione finanziaria in tema di raccolta del risparmio tra il pubblico, di emissione di valori mobiliari e di sollecitazione all'investimento.

⁴⁶⁶ Parrebbe trattarsi più di una fideiussione dell'intero importo versato che della garanzia dovuta

acquirenti» (art. 2483, comma 2, secondo periodo). Ma forse non è impensabile nemmeno un titolo al portatore⁴⁶⁷, il cui sottoscrittore (e successivo garante in caso di circolazione del titolo) sia esplicitato non tanto sul titolo quanto nella decisione di emissione.

Nel caso in cui dunque il titolo sottoscritto dall'investitore professionale soggetto a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali venga messo in circolazione (attività riservata alle "imprese di investimento" di cui all'art. 18 del testo unico finanza e da svolgersi con le modalità di sollecitazione del pubblico risparmio di cui agli art. 94 e ss. del TUF medesimo), il primo sottoscrittore deve rispondere verso l'acquirente del titolo (si deve intendere sia il primo acquirente che un successivo avente causa)⁴⁶⁸ nel caso in cui la società emittente, alla scadenza del prestito, si renda inadempiente rispetto all'obbligo di restituzione del prestito.

Non godono invece di questa garanzia gli acquirenti dei titoli di debito che rientrino nelle due seguenti categorie:

- a. coloro che siano «investitori professionali»⁴⁶⁹ (dalla qualità professionale dell'acquirente deriva invero l'assunzione in proprio del rischio del finanziamento);
- b. i soci della società medesima, per l'evidente ragione che non c'è bisogno che essi siano garantiti dell'insolvenza della loro stessa società.

3.13.5 Gli "investitori professionali"

Questa nozione («investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali») è probabilmente ricavabile⁴⁷⁰:

- a. in parte dal testo unico bancario (art. 11, comma 4, e deliberazione Cicer 3

(art. 1267) da chi cede un credito, il quale risponde invero solamente «nei limiti di quanto ha ricevuto»; in quest'ultimo senso cfr. però SPADA P., *L'emissione dei titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 4 (del dattiloscritto).

⁴⁶⁷ Contra SPADA P., *L'emissione dei titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 4 (del dattiloscritto).

⁴⁶⁸ Cfr. in tal senso ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 244.

⁴⁶⁹ Non è specificato se qui si debba trattare di "investitori professionali" che siano "soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali".

⁴⁷⁰ Cfr. PORZIO M., sub *Articolo 2483*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 230.

marzo 1994), con ciò facendosi riferimento alle banche autorizzate in Italia e alle banche comunitarie (di cui all'art. 1, comma 2, lett. *d*) e *b*), del D.Lgs. n. 385 del 1993), alle società finanziarie iscritte nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del decreto legislativo n. 385 del 1993, e alle società e agli enti di assicurazione autorizzati ai sensi della legge 10 giugno 1978, n. 295, e della legge 22 ottobre 1986, n. 742;

- b.* in parte dal testo unico della finanza (art. 1, comma 1, lett. *h*) e art. 18), con ciò facendosi dunque riferimento alle banche, alle Sim, alle società di gestione del risparmio, agli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 del testo unico bancario.

Si può poi attingere pure⁴⁷¹ all'art. 28 (rubricato "Investitori professionali") della Deliberazione Consob 14 maggio 1999, n. 11971 (recante "Approvazione del regolamento recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in materia di emittenti"), il quale rimanda all'art. 31 della Deliberazione Consob 1° luglio 1998, n. 11522 (recante "Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli intermediari"), ove al comma 2 si legge che «per operatori qualificati si intendono gli intermediari autorizzati, le società di gestione del risparmio, le SICAV, i fondi pensione, le compagnie di assicurazione, i soggetti esteri che svolgono in forza della normativa in vigore nel proprio Stato d'origine le attività svolte dai soggetti di cui sopra, le società e gli enti emittenti strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentati, le società iscritte negli elenchi di cui agli artt. 106, 107 e 113 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, i promotori finanziari, le persone fisiche che documentino il possesso dei requisiti di professionalità stabiliti dal testo unico per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società di intermediazione mobiliare, le fondazioni bancarie, nonché ogni società o persona giuridica in possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dal legale rappresentante».

⁴⁷¹ Cfr. SPADA P., *L'emissione dei titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Atti del Convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 17-18 marzo 2003, 3 (del dattiloscritto).

SOMMARIO

- 4.1 Il nuovo diritto di recesso**
- 4.2 La casistica del recesso**
 - 4.2.1 I casi di recesso previsti per statuto
 - 4.2.2 I casi di recesso *ex lege* dalla società a responsabilità limitata per il socio "non consenziente" (in generale)
 - 4.2.3 I casi di recesso *ex lege* dalla società a responsabilità limitata per qualsiasi socio
 - 4.2.4 I casi di recesso *ex lege* escludibili per statuto nella società per azioni
- 4.3 Alcuni casi di recesso *ex lege* in particolare**
 - 4.3.1 Le modifiche dell'oggetto sociale e dell'attività della società
 - 4.3.2 La trasformazione della società
 - 4.3.3 Il trasferimento all'estero della sede sociale
 - 4.3.4 La revoca dello stato di liquidazione
 - 4.3.5 La fusione e la scissione
 - 4.3.6 La decisione di proroga del termine di durata della società
 - 4.3.7 Introduzione o rimozione di vincoli alla circolazione delle azioni
 - 4.3.8 L'eliminazione di casi di recesso previsti dallo statuto
 - 4.3.9 Modifica dei criteri di determinazione del valore dell'azione in caso di recesso
 - 4.3.10 Modifica dei diritti dei soci
 - 4.3.11 L'aumento del capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione
- 4.4 Il recesso dalla società soggetta ad altrui direzione e coordinamento**
- 4.5 La procedura di recesso**
 - 4.5.1 L'esercizio del diritto di recesso
 - 4.5.2 Le partecipazioni oggetto di recesso
- 4.6 La valutazione delle partecipazioni del recedente**
 - 4.6.1 La determinazione statutaria dei criteri di valutazione
- 4.7 Il procedimento di liquidazione del socio che recede**
- 4.8 L'esclusione dalla società**
- 4.9 I casi di esclusione**
- 4.10 La procedura di esclusione**
 - 4.10.1 Chi decide l'espulsione del socio
 - 4.10.2 La procedura per attivare la decisione di esclusione
 - 4.10.3 La decisione di esclusione
 - 4.10.4 Il conflitto causato dalla decisione di esclusione
- 4.11 La liquidazione del socio escluso**
 - 4.11.1 L'entità del rimborso del socio escluso
 - 4.11.2 La disciplina statutaria della valutazione delle quote del socio escluso
 - 4.11.3 La liquidazione dell'escluso non correlata al valore della società

4.1 Il nuovo diritto di recesso

Il recesso di un socio da una società di capitali è sempre stato considerato una fattispecie eccezionale¹: recedere significa infatti ottenere la liquidazione della propria partecipazione e quindi anche il rimborso del proprio conferimento, e con ciò pertanto si determina una notevole interferenza nel principio di integrità del capitale sociale².

Quindi, solo³ in casi tassativi (il cambiamento dell'oggetto o del tipo della società, il trasferimento della sede sociale all'estero e, per la società per azioni, il *delisting*, ex art. 131, D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) era stato possibile il recesso nel diritto previgente, con l'ulteriore conseguenza che era considerato nullo (art. 2437, comma 3, dettato in tema di società per azioni e richiamato nella normativa della società a responsabilità limitata dall'art. 2494, comma 1) ogni patto che escludesse il diritto di recesso o ne rendesse più gravoso l'esercizio⁴.

¹ Cfr. DE ANGELIS L., *Dal capitale "leggero" al capitale "sottile": si abbassa il livello di tutela dei creditori*, in *Società*, 2002, 1460. Cfr. pure Cass., 28 ottobre 1980, n. 5790, in *Foro it.*, 1981, I, 747; Trib. Latina, 9 luglio 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, 444, secondo cui «è illegittima, e quindi non omologabile, la delibera assembleare che introduca ipotesi di recesso ulteriori rispetto a quelle tassativamente previste dall'art. 2437 c.c.»; Trib. Cassino, 7 febbraio 1990, in *Società*, 1990, 1101, per il quale «è illegittimo, e non può ordinarsene l'iscrizione nel Registro delle Imprese, l'atto costitutivo di una società a responsabilità limitata, il cui statuto preveda ipotesi di recesso in aggiunta a quelle contemplate tassativamente dall'art. 2437, 1° comma, c.c. (richiamato per la società a responsabilità limitata dall'art. 2494 c.c.): ciò in quanto il recesso importa l'annullamento della partecipazione del recedente con la conseguente necessaria riduzione del capitale sociale, che – per l'interesse del creditore alla conservazione del capitale medesimo – può, viceversa, aver luogo soltanto nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge»; Trib. Como, 11 ottobre 1993, in *Società*, 1994, 248, secondo cui «il diritto di recesso del socio di società di capitali, tassativamente disciplinato dagli artt. 2437, 2343 (2494 e 2476 per le società a responsabilità limitata) c.c., integra una eccezione al principio generale dell'obbligatorietà, per tutti i soci, delle deliberazioni assembleari prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo e, pertanto, non è suscettibile di estensione a ipotesi diverse da quelle espressamente contemplate; di conseguenza l'illegittimità della norma statutaria che consente il recesso al di là dei casi previsti dalla legge inficia la delibera che ne ha fatto applicazione». Cfr. anche Trib. Milano, 9 settembre 1991, in *Società*, 1991, 1711.

² Cfr. RORDORF R., *Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, in *Società*, 2003, 924.

³ Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 353, circa l'introducibilità nello statuto di società a responsabilità limitata di una clausola contemplante ipotesi di recesso ulteriori rispetto a quelle previste *ex lege*.

⁴ Secondo Trib. Napoli, 9 febbraio 1993, in *Riv. not.*, 1993, 458, non è omologabile l'atto costitutivo di una società consortile a r.l. nel quale siano contenute clausole che prevedono cause di esclusione o ipotesi di recesso ulteriori rispetto a quelle previste *ex lege*; per Cass., 6 aprile 2001, n. 5126, in *Società*, 2001, 1460, il recesso legale «non può essere limitato o soppresso [...] da clausole statutarie».

Con la riforma invece lo scenario cambia radicalmente:

- si ampliano i casi di recesso *ex lege*;
- il recesso diventa materia disponibile all'autonomia statutaria;
- aumentano le garanzie per chi recede e le procedure di liquidazione si fanno più certe;
- i diritti dei creditori sono comunque ben tutelati.

Il recesso diviene insomma una delle migliori espressioni dello spirito della riforma, tesa a massimamente contemperare gli interessi personali dei soci con la struttura comunque capitalistica della società: e così all'ampliamento dei casi di recesso nell'interesse dei soci⁵ che, a fronte di dati eventi, vedono mutare le caratteristiche della società e quindi vedono venir meno le ragioni della loro adesione, fanno da contraltare le cautele:

- nell'interesse degli altri soci (di disporre di un congruo termine per procedere alla liquidazione del recedente, di poter "comprare" le quote del recedente o di potergli indicare un terzo acquirente e, in mancanza, di poter "pagare" il recedente riducendo il capitale sociale; infine, di revocare la decisione da cui consegue la facoltà di recesso);
- nell'interesse dei terzi (di potersi opporre alla riduzione del capitale per rimborsare il recedente e di pretendere quindi la liquidazione della società).

Le modifiche introdotte, che comportano dunque una sostanziale riscrittura della disciplina del recesso, colgono pertanto nel segno della previsione contenuta all'art. 3, comma 2, lett. *f*) della legge 3 ottobre 2001, n. 366 (la "delega al Governo per la riforma del diritto societario"), ove invero le Camere hanno dato mandato al Governo di «ampliare l'autonomia statutaria con riferimento alla disciplina [...] del recesso, salvaguardando in ogni caso il principio di tutela dell'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali» (meglio si dice, peraltro, nel successivo art. 4, comma 9, lett. *d*), di detta legge 366, ove invero, con riferimento alla riforma della società per azioni, si attribuiva al Governo il compito di «rivedere la disciplina del recesso, prevedendo che lo statuto possa introdurre ulteriori fattispecie di recesso a tutela del socio dissenziente, anche per il caso di proroga della durata della società e di individuare in proposito criteri di calcolo del valore di rimborso adeguati alla tutela del recedente, salvaguardando in ogni caso l'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali»).

Rispetto al diritto previgente, il cambiamento è dunque epocale anche

⁵ Cfr. ANGELICI C., *La tutela delle minoranze*, in *Società*, 1999, 786.

perché nel “vecchio” sistema la facoltà recesso era utilizzabile solo dai soci di minoranza: poteva invero recedere solo chi fosse dissenziente (quindi doveva necessariamente trattarsi di un socio di minoranza)⁶ rispetto all’adozione di certe particolari decisioni, sopra elencate⁷.

Ora invece, come detto, non solo si ampliano i casi dai quali *ex lege* deriva il diritto di recesso dei soci che non hanno concorso all’assunzione delle decisioni da cui il diritto di recesso deriva, ma la norma che disciplina la materia (l’art. 2437) esordisce, evidentemente riferendosi sia ai soci di maggioranza che a quelli di minoranza, dicendo che «l’atto costitutivo determina quando il socio può recedere dalla società e le relative modalità».

Quindi, non solo vi è uno “spazio normativo vuoto” da riempire statutariamente per ciò che concerne le modalità da praticare per l’esercizio della facoltà di recesso (in quanto la disciplina legislativa sul punto è assai lacunosa, come oltre si vedrà), ma soprattutto vi è da notare che il recesso non è più un evento derivante necessariamente dalla legge, bensì è una facoltà che può discendere in tutte quelle ipotesi in cui lo statuto preveda questa conseguenza⁸; si legittimano ora pertanto:

- sia la previsione statutaria di eventi il cui accadimento legittimi uno o più soci a esercitare il diritto di recesso (si pensi, tra i mille esempi che si

⁶ Al socio dissenziente veniva parificato il socio assente (cfr. FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 765) e il socio astenuto (cfr. BELVISO U., *Le modificazioni dell’atto costitutivo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 80; *contra*, COTTINO G., *Diritto commerciale*, vol. I, t. 2, Padova, 1994, 647). Sul problema, nell’ordinamento previgente, se il socio astenuto avesse o meno il diritto di recesso, cfr. pure GRIPPO G., *Il recesso del socio*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO G.E. e PORTALE G.B., vol. VI, t. 1, Torino, 1993, 175; MINERVINI G., *Sulla legittimazione all’esercizio del diritto di recesso nelle società per azioni*, in *Rass. econ. Banco di Napoli*, 1963, 683.

⁷ La ragione della concessione del diritto di recesso era ritenuta essere quella di consentire ai soci dissenzienti la fuoriuscita dalla società al verificarsi di eventi, codificati dal legislatore, che incidessero fortemente sulla vita societaria e ne mutassero l’assetto rispetto a quello che vi era quando il socio aveva aderito alla società medesima: cfr. BELVISO U., *Le modificazioni dell’atto costitutivo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 79; FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 757. Cfr. pure Trib. Milano, 9 settembre 1991, in *Società*, 1991, 1711, secondo cui «il diritto di recesso nelle società di capitali è consentito dal nostro ordinamento soltanto per ipotesi determinate e circoscritte, al fine di contemperare il diritto del singolo socio a non veder mutate le condizioni alle quali ha inteso partecipare alla società e il diritto della collettività dei soci a modificare il proprio ordinamento».

⁸ Cfr. CAPPIELLO S., *Prospettive di riforma del diritto di recesso dalle società di capitali: fondamento e limiti dell’autonomia statutaria*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d’Italia*, n. 54, Roma, 2001, 34.

potrebbero fare, al caso della norma statutaria che conceda il recesso ai soci nel caso in cui uno di essi trasferisca le proprie partecipazioni a un terzo estraneo alla compagine sociale);

- sia, probabilmente, la previsione statutaria che genericamente attribuisca un diritto di recesso “a piacimento”.

In quest'ultimo caso, dunque, la presenza nello statuto di una tale clausola addirittura legittimerebbe ognuno dei soci, qualunque sia l'entità della sua partecipazione al capitale sociale e indipendentemente dall'accadimento di qualsiasi evento, a spogliarsi della qualità di socio in ogni tempo e a pretendere dunque la conseguente liquidazione della propria quota⁹.

⁹ Le modifiche apportate dalla riforma del diritto societario alla facoltà di recesso del socio e l'introduzione della previsione secondo cui, nei casi previsti dallo statuto sociale, il socio di società a responsabilità limitata può addirittura essere escluso dalla stessa, interessano non solo la dimensione tributaria del socio ma anche quella della società, nell'ipotesi in cui sia quest'ultima a operare il pagamento al socio uscente. Infatti, può benissimo darsi che il socio recedente o escluso sia “pagato” dagli altri soci (che così “accregono” le loro partecipazioni al capitale sociale) o da terzi estranei (che così subentrano al socio uscente nel libro soci della società a responsabilità limitata); ma può altresì accadere che, ove non si verifichi l'acquisto delle quote del socio uscente da parte degli altri soci, sia la società a dover “liquidare” il recedente o l'escluso. Nel primo caso è evidente che, sotto il profilo tributario, si assiste, in sostanza, a vere e proprie cessioni di partecipazioni, che quindi sono disciplinate dalle norme sui *capital gains*; diversa è invece la situazione che si manifesta quando la società si pone come controparte del socio uscente e provvede a versare a questi il valore della sua quota di partecipazione. Il quarto comma dell'art. 2473, applicabile per rimando anche all'esclusione, stabilisce l'obbligo per la società di attingere alle riserve disponibili, ovvero, ma solo nel caso di recesso (e non anche in quello dell'esclusione), di ridurre il capitale sociale. Ora, ciò che appare vietato è l'imputazione al conto economico, quale costo, del valore della quota eccedente il dato contabile e, tale divieto, assume rilevanza sia per la società sia, di riflesso, nel computo della partecipazione residua in capo agli altri soci. Vediamo separatamente i due aspetti.

Quanto al profilo fiscale della società, si prenda, per esempio, questa situazione: tre soci partecipano in modo paritetico al capitale sociale dell'Alfa società a responsabilità limitata, il cui ammontare è 300, cui vanno sommate riserve per 600; viene concordato quale valore della quota del socio recedente (o in via di esclusione), l'importo di 400. Nell'attuale impostazione contabile e fiscale si avrebbe che la società effettua una riduzione del capitale sociale per 100, l'attribuzione di riserve per 200 e imputa a conto economico il plusvalore di 100 che rappresenta la valorizzazione delle plusvalenze giacenti (avviamento e/o maggior valore dei cespiti). Tale ultimo importo pari a 100 è stato riconosciuto quale componente negativo di reddito deducibile dalla società. Il passaggio ministeriale è rinvenibile nelle istruzioni a Unico 2001 (per le società di persone, ma la questione è estensibile anche alle società di capitali) che, con riferimento al quadro RK affermano: «Le somme eventualmente liquidate dalla società o associazione al socio o associato nei cui confronti si scioglie il rapporto sociale o associativo, costituiscono un componente negativo deducibile dal reddito della società». Va osservato che, stranamente, il medesimo passaggio non è più citato nel medesimo quadro di Unico 2002, ma probabilmente si tratta di una dimenticanza. La deduzione del surplus di 100 è giustificata anche dalla circostanza che il medesimo importo si rende tassabile in capo al socio uscente. Nella nuova disciplina, invece, si avrà l'attribuzione di riserve per l'intero importo di 400 e l'interprete ministeriale dovrà chiarire se sarà possibile operare una variazione

Il recesso è dunque una rilevante espressione di come la riforma del diritto societario muti radicalmente il “clima” che contraddistingue la nuova normativa rispetto a quello previgente. Prima, infatti, il recesso era una fattispecie eccezionale per il fatto che, come detto, l’esercizio della facoltà di recedere comportava un notevole “attentato” al capitale sociale (il quale evidentemente si riduce in misura pari alla quota riferibile al recedente), e quindi la bilancia che accoglieva in un suo piatto l’interesse del socio a fuoriuscire dalla società e in un altro suo piatto l’interesse dei terzi a non veder diminuito quel baluardo di garanzie rappresentato dal capitale sociale, pendeva decisamente dalla parte dell’interesse dei terzi creditori.

Oggi invece questo assetto di interessi cambia decisamente, in quanto la nuova società a responsabilità limitata è “ritagliata” dal legislatore a misura degli interessi dei suoi soci (vedasi *supra* il par. 1.3): se prima invero campeggiava l’interesse della società, che “schiacciava” tutto il resto (e in particolare gli interessi del socio) sotto di sé, oggi invece, pur sempre ferma restando la tutela delle ragioni dei terzi, in primo piano stanno le esigenze e gli interessi del socio, cui ora tutto il resto è dunque subordinato; socio che, quando quindi ricorrono dati eventi della vita sociale (ritenuti così rilevanti da dar luogo appunto al diritto di fuoriuscire dalla società), i quali alterino le condizioni di fondo in base alle quali egli aveva dato il proprio *placet* all’ingresso in una data compagine sociale, vede dunque ora riconosciuto questo diritto all’*exit*, cioè ad andarsene, a prendere atto che quelle condizioni non ci sono più¹⁰. Senza parlare poi dell’accennato caso in cui lo statuto preveda (ove sia possibile) un recesso *ad nutum*, ove quindi la centralità dell’interesse del socio è addirittura sublimata.

Va poi notato che le stesse esigenze di *exit* vengono inoltre tutelate (al di

diminutiva nella dichiarazione dei redditi per l’importo di 100 che non transiterà più per il conto economico.

Quanto al profilo fiscale dei soci “superstiti”, nell’attuale prassi contabile e fiscale i soci rimanenti mantengono inalterati i loro diritti sulle riserve e quindi l’uscita del socio non provoca alcuna conseguenza sugli altri soci sia dal punto di vista delle aspettative di dividendi (se le riserve sono di utili), sia da quello del valore tributario della partecipazione (se esse sono di capitale). Nella disciplina futura le cose cambieranno, soprattutto se le riserve sono di capitale. Tornando all’esempio sopra citato, il valore di ciascuna partecipazione è pari a 300 ma, a seguito della fuoriuscita di un socio, il netto patrimoniale si riduce a 500. Ora, si dovrà valutare se il valore di ciascuna quota dei soci rimanenti resterà ancorata al prezzo pagato, cioè 300, ovvero scenderà proporzionalmente al nuovo netto patrimoniale, cioè 250. Si ritiene che se si manterrà la deducibilità del plusvalore di 100 in capo alla società, il valore della partecipazione dovrebbe scendere a 250, mentre se tale deducibilità verrà negata allora sarà necessario riconoscere alle partecipazioni rimanenti il valore originario per evitare una doppia tassazione sulla stessa materia imponible.

¹⁰ Cfr. RESCIGNO M., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell’Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1500.

là dunque dei casi in cui si crei, a fronte dell'adozione di certe decisioni da parte della maggioranza, un dissidio tra i soci in quanto si tratti di decisioni che alterano o le condizioni di rischio che il socio dissenziente aveva accolto all'atto della sua adesione alla società o la struttura della società o i suoi diritti partecipativi) al ricorrere di fattispecie (e cioè nel caso di previsioni statutarie di durata indeterminata oppure di formale o sostanziale intrasferibilità delle partecipazioni al capitale sociale), indipendenti da un conflitto di vedute tra maggioranza e minoranza (e quindi indipendenti dall'adozione da parte dei soci di una data decisione), ove il socio sarebbe altrimenti costretto a un imprigionamento nel libro soci senza limiti temporali (a meno di uno scioglimento della società, e quindi a un "ergastolo")¹¹.

Di questa nuova e centrale considerazione della persona del socio e dei suoi interessi il recesso è dunque manifestazione assai evidente: prima i casi di recesso erano eccezionali proprio perché il valore da tutelare era quello dell'integrità della struttura patrimoniale della società, mentre oggi la legge tutela anche (e soprattutto) l'interesse del socio all'*exit*, a non rimanere cioè "prigioniero" della struttura societaria e a ricevere la liquidazione della sua partecipazione ove la sua facoltà di recesso sia esercitata in quei casi in cui la legge, in via generale, o lo statuto, in via particolare, lo consentano.

Infatti, in una struttura societaria come la società a responsabilità limitata le cui partecipazioni non hanno un vero e proprio mercato (anzi, spesso, esse non hanno invero *alcun* mercato), nel caso di decisioni imposte dalla maggioranza¹² oppure comunque nel caso di scelte che alterano in misura rilevante le caratteristiche di base dell'impresa societaria, l'alternativa è quella di concedere al socio un diritto di fuoriuscita (salvaguardando peraltro le esigenze dei terzi a che la società non sia depatrimonializzata dal recesso del socio) oppure quella (impercorribile, peraltro) di confinarlo in un imprigionamento dal quale altro non può derivare che la sua condizione di socio incattivito, e quindi ostruzionista, bellicoso, pronto a qualsiasi iniziativa di disturbo¹³.

¹¹ Paventa il pericolo che la norma attributiva del recesso in caso di durata indeterminata «rischia di incoraggiare *pericolose fughe* dalla società», PISCITELLO P., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1494.

¹² Non va poi dimenticato il ruolo di deterrenza (e quindi di stimolo verso la liceità e la correttezza dei comportamenti) che il recesso può avere verso l'assunzione di deliberazioni illegittime, di cui parla PERRINO M., *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1136.

¹³ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «in società come quella a responsabilità limitata la partecipazione del socio è ben difficilmente negoziabile sul mercato e quindi, in caso di sua oppressione da parte della maggioranza, ridotta por-

Se poi alla liquidazione che al socio spetta, la società non sia in grado di far fronte, anche qui la scelta del legislatore è stata nel senso di privilegiare gli interessi del socio: il legislatore ha infatti stabilito che in tal caso quella società non è degna di “stare sul mercato” e che essa quindi deve cessare, perché “stare sul mercato” significa anche avere la patrimonializzazione sufficiente (e quindi averla precostituita “in tempo”, come avveduta politica di bilancio) per far fronte alle richieste di liquidazione dei soci che invocano la facoltà di recesso¹⁴: se questo dunque non vi sia, è meglio che la società muoia, perché essa altro non è che un “ramo secco” del sistema economico, in attesa di essere “potato”.

Nel calcolo dei “costi” delle proprie scelte, il legislatore ha dunque inteso scegliere l’opzione di privilegiare comunque l’interesse dei soci sia nel caso in cui la società sia da “condannare” per non aver avuto l’assennatezza di prevedere l’eventualità del recesso di alcuno dei suoi soci, sia però anche (dovendo inevitabilmente fare di ogni erba un fascio) quando si tratta di mettere in fuorigioco la società che non sia capace di tollerare le richieste del recedente rispetto alle tutela delle valenze che possono derivare dalla conservazione di un organismo produttivo tutte le volte che questa incapacità di liquidare non derivi da una situazione cronica ma, per esempio, da un temporaneo stato di illiquidità (a fronte, per esempio, di recenti consistenti investimenti)¹⁵.

Di questa valutazione è stato fatto poi “arbitro” (ma ci si dovrebbe chiedere se ne abbia in effetti la capacità e i relativi strumenti di supporto decisionale) anche il creditore, al quale è stato infatti concesso il potere di

tata concreta possono assumere rimedi di tipo risarcitorio o invalidante. Perciò la possibilità offerta dalla legge di uscire dalla società da un lato gli consente di sottrarsi a scelte della società che contraddicono i suoi interessi, dall’altro, comportando un impegno economico per la società e per coloro che in essa rimangono, gli offre uno strumento di contrattazione con gli altri soci e con la maggioranza della società: in sostanza, la necessità di questo impegno economico comporta che nel calcolo tra costi e benefici concernenti una decisione che vede contrapposti diversi soci anche di esso si dovrà tener conto».

¹⁴ Di imprese «costrette a un forzoso accantonamento di risorse nella prospettiva di subire onerosi e frequenti esborsi per far fronte al recesso dei soci» parla VELLA F., *Audizione dinanzi alle Commissioni riunite Giustizia e Finanza sullo schema di decreto recante “Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001 n. 366”*, Camera dei Deputati, 26 novembre 2002.

¹⁵ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «ne risulta una situazione in cui né all’interno della società né nel mercato si valuta conveniente fornire la società di mezzi finanziari idonei a consentirne la sana sopravvivenza: in cui cioè il mercato stesso la giudica inefficiente e ritiene che la sua messa in liquidazione non rappresenta una perdita per il sistema economico nel suo complesso».

opporsi alla liquidazione che al socio recedente venga fatta mediante riduzione del capitale sociale, e quindi di decidere se orientare la tutela delle sue ragioni puntando sui risultati della prosecuzione dell'attività imprenditoriale della società sua debitrice oppure se ricercarla nella liquidazione del patrimonio sociale.

Evidentemente, peraltro, fatto salvo il caso di questa liquidazione provocata dal creditore, lo scioglimento della società si presenta come situazione realistica solo nel caso del recesso che non sia attivato da decisioni dei soci di maggioranza in contrasto con quelli di minoranza (e quindi, per esempio, solo nel caso del recesso che consegua a clausole di durata illimitata o di intrasferibilità di partecipazioni oppure nel caso, ove sia possibile, di recesso *ad nutum*) poiché, nel caso che invece il recesso derivi da decisioni dei soci di maggioranza, è ovvio che questi, nel calcolo dei costi/benefici che la loro decisione provoca, considerino anche il costo del recesso (e quindi quello della liquidazione del socio che intenda fuoriuscire dalla società) e ne valutino la "soportabilità"; è scontato infatti che, in caso di ritenuta insopportabilità di quel costo, nessuna decisione che potrebbe scatenare il recesso verrebbe adottata, in quanto sarebbe strano che, proprio chi "crede" nella società, la conduca all'estinzione.

Di contro, va peraltro osservato che questo incentivo alla negoziazione tra maggioranza e minoranza che dalla riforma fuoriesce, invero «può significare dover rinunciare ad adeguare la struttura organizzativa interna alle esigenze del mercato, contrastando, anziché favorendo, l'obiettivo prioritario della riforma di sostenere lo sviluppo e la competitività delle imprese»¹⁶; così come non va nemmeno dimenticato che quest'ultima osservazione è tanto più rilevante quanto più si pensi che la liquidazione del socio può essere un risultato obiettivamente difficile da realizzare in un tipo societario, quale quello della società a responsabilità limitata, ove le risorse finanziarie spesso non sussistono, in nome della rilevanza che in quel tipo assumono le capacità personali dei soci rispetto a quelle patrimoniali.

La disciplina del recesso, creando dunque questa dialettica microeconomica¹⁷ tra il socio che se ne vuole andare pretendendo la sua liquidazione e gli altri soci che, con l'adozione di una data decisione (quella che dà luogo al recesso – oppure, ciò che è lo stesso, con l'adozione di date clausole sta-

¹⁶ MASTURZI S., *Sub Articolo 2473*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 83.

¹⁷ Di «salutare strumento di negoziazione endosocietaria» parla SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 211.

tutarie), si “espongono” a detta richiesta di liquidazione (dovendo in tal caso metter mano o al portafoglio personale o a quello della società) offre dunque una complessiva efficienza anche sotto il profilo macroeconomico e cioè al sistema nel suo complesso: se infatti la situazione societaria sia florida, ci sarà voglia di scelte importanti perché la liquidazione di chi intenda eventualmente recedere non spaventa nessuno; se invece la situazione sia critica o deficitaria, meglio allora liberare risorse e sciogliere vincoli inutili e improduttivi.

4.2 La casistica del recesso

Analizziamo dunque di seguito la casistica del recesso da società a responsabilità limitata, classificandola nel modo seguente:

1. i casi di recesso facoltativamente introducibili nello statuto sociale (con la problematica dell'ammissibilità del recesso *ad nutum*);
2. i casi di recesso previsti inderogabilmente *ex lege* per il socio non consenziente rispetto all'adozione di determinate decisioni dei soci dalle quali appunto la legge deriva l'emersione di detto diritto di recesso;
3. i casi di recesso previsti inderogabilmente *ex lege* per qualsiasi socio non in dipendenza di determinate decisioni dei soci;
4. il recesso spettante al socio di società soggetta ad altrui attività di direzione o di coordinamento.

Va poi prestato un momento di attenzione anche ai casi di recesso *ex lege* che la disciplina della società per azioni consente di disattivare statutariamente (ma fin da ora è anticipabile che è assai problematico ritenere l'estensione di queste fattispecie alla società a responsabilità limitata, ove nulla sul punto la legge prevede).

4.2.1 I casi di recesso previsti per statuto

La nuova disciplina del diritto societario prevede dunque che la facoltà di recesso del socio di società a responsabilità limitata:

- a. discende *ex lege* e inderogabilmente¹⁸ da tutta una serie di eventi che si presenta addirittura come “imponente” rispetto a quella sparuta casisti-

¹⁸ Cfr. MORANO A., *Analisi delle clausole statutarie in tema di recesso alla luce della riforma della disciplina delle società di capitali*, in *Riv. not.*, 2003, 308 e 325-326.

ca dalla quale in passato derivava la facoltà del socio di fuoriuscire unilateralmente dalla compagine della “vecchia” società a responsabilità limitata;

- b. deriva facoltativamente altresì (fattispecie implausibile nel diritto previgente) in tutti quei casi in cui i soci, in perfetta autonomia (non vi sono infatti limiti posti in tal senso dal legislatore) introducano ipotesi di recesso statutarie ulteriori rispetto a quelle dettate dalla legge (si pensi per esempio¹⁹ al caso che sia previsto un diritto di recesso nell'ipotesi in cui si verifichi per un certo tempo uno “stallo” nella decisionalità di un qualche organo societario)²⁰.

Nello statuto della società a responsabilità limitata (così come nello statuto della società per azioni) si può quindi individuare un'infinità pluralità di fattispecie al cui ricorrere qualunque socio (sia di maggioranza che di minoranza) può esercitare la facoltà di recesso. Infatti:

- l'art. 2437 afferma che lo statuto delle società per azioni «che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio»²¹ può prevedere cause di recesso «ulteriori» rispetto a quelle dettate *ex lege*;

¹⁹ Preso a prestito da MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 13 (del dattiloscritto).

²⁰ Cfr. MALTONI M., *Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, 309, per il quale possono «essere elevati a causa di recesso dall'autonomia privata il compimento di qualsiasi atto, l'accadimento di qualsiasi fatto o l'assunzione di qualunque decisione da parte degli organi sociali».

²¹ Per la nozione di «società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio» occorre avere presenti:

a. l'art. 2325-bis secondo cui «sono società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio le società emittenti di azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse fra il pubblico in misura rilevante»;

b. l'art. 111-bis delle disposizioni di attuazione del Codice civile, secondo cui «la misura rilevante di cui all'art. 2325-bis del Codice civile è quella stabilita a norma dell'art. 116 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e risultante alla data del 1° gennaio 2004»;

c. l'art. 116, D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, ove si parla di «emittenti strumenti finanziari che, ancorché non quotati in mercati regolamentati italiani, siano diffusi tra il pubblico in misura rilevante. La Consob stabilisce con regolamento i criteri per l'individuazione di tali emittenti»;

d. l'art. 2 del Regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti (adottato dalla Consob con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999 e successivamente modificato con delibere n. 12475 del 6 aprile 2000, n. 13086 del 18 aprile 2001, n. 13106 del 3 maggio 2001, n. 13130 del 22 maggio 2001, n. 13605 del 5 giugno 2002 e n. 13616 del 12 giugno 2002) secondo cui «nel presente regolamento si intendono per: [...] f) “emittenti strumenti finanziari diffusi”: gli emittenti italiani dotati di un patrimonio netto non inferiore a cinque milioni di euro e con un numero di azionisti o obbligazionisti superiore a duecento; [...]».

- l'art. 2473, a sua volta, sancisce che l'atto costitutivo della società a responsabilità limitata «determina quando il socio può recedere dalla società e le relative modalità»; e anche qui in aggiunta a quelle fattispecie di recesso *ex lege* contemplate nella nuova legislazione.

Tra l'altro, la determinazione statutaria di ipotesi di recesso facoltative, ulteriori rispetto alla casistica delineata *ex lege*, se, da un lato, può far riferimento all'eventualità di decisioni degli organi societari diverse da quelle che danno luogo al recesso *ex lege* (si pensi per esempio al trasferimento della sede legale al di fuori di un certo ambito territoriale, caso nel quale – come in altri casi di recesso del medesimo “tipo” – è statutariamente da determinare se il recesso in queste ipotesi compete a tutti i soci o solo a coloro che non abbiano preso parte a dette decisioni, e sempre che si tratti di decisioni dei soci), d'altro lato può riferirsi pure all'accadimento di determinati eventi diversi dall'adozione di decisioni da parte di organi societari (si pensi al diritto di recesso che si potrebbe prevedere in connessione con la cessazione dalla carica di amministratore di un dato soggetto), caso, quest'ultimo, nel quale non vi è evidentemente nessuna relazione tra il diritto di recesso e la qualità di socio che non ha concorso all'assunzione di una data decisione; e quindi un caso ove senz'altro anche il socio di maggioranza potrebbe chiedere di essere liquidato.

Dalle espressioni normative sopra riportate e che il legislatore della riforma utilizza per permettere la facoltativa introduzione di casistiche statutarie di recesso ulteriori rispetto a quelle sancite *ex lege*, si può probabilmente derivare dunque che negli statuti delle società per azioni e delle società a responsabilità limitata è consentito inserire la previsione che la facoltà di recesso può discendere:

- a. oltre che dall'accadimento di determinati eventi (al cui ricorrere lo statuto appunto ricolleggi la facoltà di recesso);
- b. anche dalla mera volontà del socio interessato a recedere, senza che tale facoltà sia connessa al verificarsi di alcun evento²².

In altri termini, così come si può inserire la previsione che, per esempio, un socio possa recedere ove taluno degli altri soci ceda a terzi le proprie partecipazioni oppure ove la società sposti dal nord al sud Italia il raggio della sua operatività (casi di recesso, questi, connessi all'accadimento di dati eventi, inerenti la società o i suoi soci), appare dunque possibile inserire

²² Concorde MALTONI M., *Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, 309-310.

anche la previsione statutaria secondo cui in qualsiasi momento un socio lo voglia, egli possa esercitare la facoltà di recesso (cosiddetto recesso “*ad nutum*”, cioè “a piacimento”).

Questa prospettiva, irrealizzabile nel diritto previgente (stante la preminenza del rilievo che allora veniva dato all'integrità del capitale sociale e all'attentato che a una tale integrità sarebbe stato perpetrato dall'attribuzione di una facoltà di recesso), invece si presenta ora un approdo plausibile, e ciò sia perché nessuna diversa conseguenza in concreto (salvo il possibile aumento della frequenza dei casi di recesso) deriva da un recesso *ad nutum* rispetto a un recesso suffragato dal verificarsi di un dato accadimento (e quindi nessuna differenza vi è tra le due ipotesi a livello di effetti provocati sui terzi dal recesso), sia perché nelle espressioni legislative in tema di autonomia statutaria sull'individuazione dei casi di recesso («L'atto costitutivo determina quando il socio può recedere dalla società e le relative modalità»: art. 2473, comma 1) non c'è appunto una sola sfumatura che impedisca di ritenere che entrambe le strade (quella del recesso attivato da determinati eventi e quella del recesso *ad nutum*) si possano effettivamente percorrere: anzi, dal dato normativo paiono trarsi invece conferme all'ammissibilità del recesso *ad nutum* ove si consideri che nel caso di società contratta a tempo determinato o recante nel suo statuto clausole di intrasferibilità delle partecipazioni il recesso invero si esercita appunto *ad nutum*.

Ritenere diversamente, tra l'altro, condurrebbe di necessità a un discorso probabilmente senza fine teso a sindacare, tra i casi di recesso connessi a determinati eventi e facoltativamente introdotti nello statuto sociale, quelli “meritevoli” di dar luogo a recedibilità e quelli invece non meritevoli, e quindi di illegittima previsione: ma, di nuovo, nel testo normativo non vi è traccia di una siffatta sindacabilità.

Infine, è possibile pure pensare all'introduzione nello statuto della nuova società a responsabilità limitata di fattispecie di recesso valevoli solamente per alcuni dei soci e non per tutti: si pensi al diritto di recesso che il socio di minoranza “spunti” al socio di maggioranza ottenendo appunto l'introduzione nello statuto sociale di una clausola di recesso al verificarsi di determinati eventi non graditi al socio di minoranza medesimo²³.

²³ *Contra* MALTONI M., *Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, 308, per il quale un argomento preclusivo andrebbe ricercato nell'art. 2468, comma 3, ove, tra i “particolari diritti” attribuibili al socio non rientrerebbe il caso del recesso. Ma non pare trattarsi di un argomento preclusivo, in quanto l'ammissibilità di questo “particolare diritto” di recesso va ricercata non nella norma (generica) di cui all'art. 2468, comma 3, ma nella norma (specifica) di cui all'art. 2473, dalla quale dunque non paiono trarsi impedimenti particolari alla confezione di casistiche di recesso *ad personam*.

4.2.2 I casi di recesso *ex lege* dalla società a responsabilità limitata per il socio “non consenziente” (in generale)

Rispetto al diritto previgente, ove nella società a responsabilità limitata non si potevano dunque statutariamente creare casi di recesso ulteriori a quelli dettati dalla legge e ove i casi di recesso *ex lege* erano confinati in un ambito assolutamente marginale (il cambiamento dell’oggetto o del tipo della società, il trasferimento della sede sociale all’estero), nella disciplina di riforma del diritto societario le fattispecie al cui ricorrere la legge riconnette il sorgere di una facoltà di recesso sono dunque esponenzialmente moltiplicate.

Il nuovo art. 2473 dispone infatti che i soci “non consenzienti”²⁴ rispetto all’adozione da parte della società di determinate decisioni, «in ogni caso» (cioè inderogabilmente)²⁵ maturano una facoltà di recesso con la loro non partecipazione all’assunzione di quelle decisioni. Più in particolare ciò accade se i soci adottino una delle seguenti decisioni:

1. cambiamento dell’oggetto;
2. cambiamento del tipo di società;

²⁴ Si tratta del socio “dissenziente”, del socio “assente”, del socio “astenuito”, del socio che ottenga una declaratoria di invalidità del proprio voto (per quest’ultimo caso, si pensi per esempio a chi abbia votato come rappresentante del socio senza avere la procura; circa l’impatto di un simile voto sulla validità della deliberazione che detto voto ha concorso ad adottare, cfr. App. Milano, 14 luglio 1989, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1990, II, 608, secondo cui «la presenza, e al limite la partecipazione alla discussione, di soggetti non legittimati è circostanza irrilevante ai fini della costituzione dell’assemblea e ai fini della validità delle deliberazioni, se il voto degli intervenuti non legittimati non è determinante per l’approvazione delle deliberazioni»).

²⁵ Nell’ordinamento previgente, per Trib. Napoli, 9 febbraio 1993, in *Riv. not.*, 1993, 458, «non è omologabile l’atto costitutivo di una società consortile a r.l. nel quale siano contenute clausole che prevedono cause di esclusione o ipotesi di recesso ulteriori rispetto a quelle codificate qualora manchino del tutto meccanismi idonei a tutelare il principio inderogabile (di ordine pubblico) dell’intangibilità del capitale sociale»; secondo Cass., 6 aprile 2001, n. 5126, in *Società*, 2001, 1460; in *Foro it.*, 2002, I, 180, «oltre al recesso legale del socio, previsto dagli artt. 2523 e 2437 c.c. (norma, quest’ultima, dettata per le società per azioni, ma estensibile alle società cooperative) l’ordinamento prevede il recesso convenzionale (artt. 2518 e 2526 c.c.) e se il primo non può essere limitato o soppresso neppure da clausole statutarie, attraverso la previsione dell’approvazione degli organi statutari (la quale finirebbe per trasformare l’esercizio di un diritto potestativo in una proposta negoziale e per rimetterne l’efficacia alla discrezione di un terzo), non altrettanto può affermarsi per il recesso statutario, il quale, nascendo con l’atto costitutivo, come atto di manifestazione della volontà negoziale, dalla stessa volontà può essere disciplinato attraverso clausole, determinative del contenuto, sia quando attribuiscono al socio la facoltà di recedere in situazioni specifiche, sia quando questa stessa facoltà limitano o condizionano. Ne consegue che è legittima la disciplina convenzionale che subordina il recesso a determinati presupposti o condizioni, tra i quali l’autorizzazione o l’approvazione del consiglio d’amministrazione o dell’assemblea dei soci».

3. fusione o scissione;
4. revoca dello stato di liquidazione;
5. trasferimento della sede all'estero;
6. eliminazione di una o più cause di recesso previste dall'atto costitutivo;
7. compimento di operazioni che comportano una *sostanziale modificazione*²⁶ dell'oggetto della società determinato nell'atto costitutivo;
8. compimento di operazioni che comportano «una *rilevante*²⁷ *modificazione* dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'art. 2468, quarto comma».

Inoltre, l'art. 2481-*bis* dispone che, in caso di decisione di aumento del capitale sociale mediante nuovi conferimenti, spetta ai soci il diritto di sottoscriverlo in proporzione delle partecipazioni da essi possedute, ma che l'atto costitutivo può prevedere (a meno che non si tratti di ricostituzione del capitale a seguito di perdite) che l'aumento di capitale possa essere attuato anche mediante offerta di quote di nuova emissione a terzi (vedasi *infra* il par. 7.1.1); e che in questo caso appunto spetta il diritto di recesso ai soci che non hanno concorso all'adozione di detta decisione di apertura a terzi del capitale sociale.

Infine, l'art. 34, ultimo comma, del D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, dispone che le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale; e che i soci «assenti o dissenzienti»²⁸ possono, entro i successivi novanta giorni²⁹, esercitare il diritto di recesso.

²⁶ Va notato che nel corrispondente art. 2437, comma 1, lett. a), in tema di recesso dalla società per azioni, si afferma che «hanno diritto di recedere, per tutte o parte delle loro azioni, i soci che non hanno concorso alle deliberazioni riguardanti: la modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un *cambiamento significativo* dell'attività della società». Quindi, mentre nel campo delle società a responsabilità limitata, si parla di «*sostanziale modificazione*» (il che evoca un cambiamento abbastanza radicale), nel campo della società per azioni si parla di «*cambiamento significativo*» e quindi di una modifica sicuramente meno invasiva: conducendo all'estremo questo confronto linguistico, dovrebbe trarsene che il legislatore abbia voluto favorire il più possibile la permanenza in società del socio di società a responsabilità limitata in caso di mutamento dell'oggetto sociale, ciò che peraltro contrasterebbe con la più assorbente osservazione che, in termini di tutela e valorizzazione della posizione personale del socio, nella società a responsabilità limitata queste esigenze dovrebbero essere ben più spiccate che nella società per azioni. Sul punto cfr. MONTAGNANI C., *Sub Articolo 2463*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 15.

²⁷ Sarebbe poi interessante domandarsi se la «rilevante modificazione» dei diritti dei soci sia un concetto esprimente una «quantità» di «modificazione» maggiore, minore o uguale rispetto alla «quantità» di «modificazione» espressa dal concetto di «sostanziale modificazione» dell'oggetto sociale.

²⁸ Probabilmente il legislatore voleva riferirsi anche agli «astenuti» e cioè a ogni socio «non consenziente. A un «mero difetto di coordinamento» ascrive l'espressione legislativa MASTURZI S., *Sub Articolo 2473*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario*

Va sottolineato, come già notato, che le fattispecie di recesso *ex lege* contemplate nell'art. 2473 spettano al socio dissenziente «in ogni caso»: non è cioè possibile prevedere il contrario. In sostanza, anche se non sia esplicitamente riprodotta nella disciplina della società a responsabilità limitata, anche qui appare in via analogica applicabile la norma, disposta per la società per azioni dall'ultimo comma dell'art. 2437, secondo cui, nelle fattispecie previste come casi di recesso *ex lege* «è nullo ogni patto volto a escludere o rendere più gravoso l'esercizio del diritto di recesso»³⁰.

4.2.3 I casi di recesso *ex lege* dalla società a responsabilità limitata per qualsiasi socio

Mentre nei casi sopra elencati, per aversi diritto di recesso occorre assumere da parte del socio la qualità di “socio non consenziente” rispetto all'adozione di determinate decisioni (e quindi in quei casi il recesso tendenzialmente concerne un socio di minoranza, detentore di una partecipazione non sufficiente a “bloccare” l'adozione da parte degli altri soci di quella decisione che legittima il recesso), vi è dunque una serie di altri casi inderogabili di recesso *ex lege*, non connessi all'adozione di determinate decisioni da parte dei soci, ove il recesso compete dunque a qualunque socio (e cioè quindi indipendentemente dal fatto di aver concorso o meno all'adozione di una data decisione).

Questi casi sono:

- a. l'art. 2469, comma 2, dispone che qualora l'atto costitutivo di società a responsabilità limitata preveda l'intrasferibilità delle partecipazioni o ne subordini il trasferimento al gradimento di organi sociali, di soci o di terzi senza prevederne condizioni e limiti, o ponga condizioni o limiti che nel

del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 86.

²⁹ Secondo Cfr. RORDORF R., *Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, in *Società*, 2003, 928, decorrenti dalla data dell'iscrizione della modificazione nel Registro delle Imprese.

³⁰ *Contra*, MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 4 (del dattiloscritto), il quale sostiene di non essere «affatto convinto [...] dell'inammissibilità dell'eliminazione pattizia delle cause di recesso che il legislatore ritiene (art. 2473) “in ogni caso” competere nella Società a responsabilità limitata stessa. [...] A fronte di disposizioni che non incidono (e se incidono, incidono in senso, per così dire, negativo) né sulla tutela dei creditori, né sul sistema dei controlli, della pubblicità, dei diritti di terzi non vedo come l'autonomia organizzativa (seppure, *durante societate*, con il voto unanime o salvo recesso) non possa incidere su di un modello legislativo da considerarsi (ancora) di *default*».

caso concreto impediscono il trasferimento a causa di morte, il socio o i suoi eredi possono esercitare il diritto di recesso³¹; in tali casi l'atto costitutivo può stabilire un termine, non superiore a due anni dalla costituzione della società o dalla sottoscrizione della partecipazione, prima del quale il recesso non può essere esercitato³²; di questa fattispecie di recesso si veda il commento *supra* al 3.11.3;

- b.* l'art. 2473, comma 2, dispone che, nel caso di società contratta a tempo indeterminato il diritto di recesso compete al socio in ogni momento e può essere esercitato con un preavviso di almeno sei mesi; l'atto costitutivo può prevedere un periodo di preavviso di durata maggiore purché non superiore a un anno.

Quest'ultima fattispecie (per il cui commento si veda *supra* al par. 2.1.8) trova evidentemente la sua *ratio* nell'insofferenza del legislatore per i vincoli perpetui e quindi nella rilevanza assurda nella vita della società a responsabilità limitata dal carattere contrattuale (art. 3, comma 1, lett. *a*), legge 3 ottobre 2001, n. 366) che di sé informa i rapporti tra i soci e i rapporti tra socio e società.

4.2.4

I casi di recesso *ex lege* escludibili per statuto nella società per azioni

Il panorama dei casi di recesso va altresì completato con l'osservazione di una fattispecie, propria della società per azioni (dettata dall'art. 2437) e non riprodotta per la società a responsabilità limitata (ove dunque si è spinti a domandarsi se le norme della società per azioni su questo punto siano applicabili per analogia), consistente nell'individuazione da parte della legge di casi di recesso che tuttavia lo statuto può cancellare.

Più precisamente, nel caso in cui la società per azioni decida di far luogo:

- a.* alla proroga del termine della sua durata (caso al quale è probabilmente da

³¹ Un caso abbastanza simile è quello contemplato nell'art. 2355-*bis* ove si specifica, per lo statuto di società per azioni, che se vi siano clausole le quali subordinino il trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali o di altri soci esse sono inefficaci se non prevedono, a carico della società o degli altri soci, un obbligo di acquisto oppure il diritto di recesso dell'alienante.

³² Un possibile abuso al diritto di recesso potrebbe essere perpetrato mediante l'apposizione del divieto di trasferimento non già nell'atto costitutivo (o statuto, che dir si voglia) ma in un patto parasociale a tempo indeterminato o a "scadenza remota", dato che la disciplina dei patti parasociali (e della limitazione della loro durata) non è stata estesa dal legislatore della riforma anche alla società a responsabilità limitata. Unico temperamento potrebbe essere quello ammesso da Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, in *Società*, 2002, 179, circa la possibilità di scioglimento unilaterale del patto parasociale a tempo indeterminato, in ossequio al principio dell'insofferenza dell'ordinamento a vincoli indissolubili perché perpetui o eccedenti l'ordinaria durata della vita umana.

equiparare quello della decisione di “trasformare” la durata della società da “determinata” a “indeterminata”);

- b. all'introduzione o alla rimozione di vincoli alla circolazione di titoli azionari (si pensi all'introduzione o alla soppressione di un diritto di prelazione degli altri soci in caso di cessione delle partecipazioni da parte di uno dei soci);

i soci che non hanno concorso all'adozione di queste deliberazioni maturano con tale loro atteggiamento il proprio diritto di recesso, a meno che appunto lo statuto specificamente non preveda in tali ipotesi che, dalla loro non partecipazione all'adozione di queste decisioni, non derivi per essi appunto il diritto di recesso.

Ora, decidere per una travasabilità di queste norme dalla società per azioni nell'alveo della società a responsabilità limitata appare operazione abbastanza difficoltosa, stante la tendenziale impermeabilità delle due discipline, e anche perché il socio di società a responsabilità limitata che “subisca” siffatte decisioni non appare poter essere privato della tutela che la legge gli conferisce concedendogli il recesso, in quanto:

- a. con riferimento alla decisione di proroga della durata, essa può in effetti dar luogo al diritto di recesso di cui all'art. 2473, comma 2, per il caso di società contratta a tempo indeterminato (o comunque lunghissima);
- b. con riferimento all'introduzione di vincoli inerenti il trasferimento delle quote, se questi consistano in prescrizioni da cui discenda «l'intrasferibilità delle partecipazioni» o che subordinino il trasferimento delle partecipazioni «al gradimento di organi sociali, di soci o di terzi senza prevederne condizioni e limiti», o che pongano «condizioni o limiti che nel caso concreto impediscono il trasferimento a causa di morte», allora il socio deve poter godere della recedibilità di cui all'art. 2469, comma 2.

Se infine l'introduzione o la rimozione di vincoli al trasferimento delle partecipazioni sia ritenuta adottabile solo all'unanimità, il socio trova la sua tutela nel suo necessario concorrere all'adozione di tali decisioni³³.

³³ Secondo il prevalente orientamento:

- l'introduzione di una clausola di gradimento necessita del consenso di tutti i soci, in quanto incide sul diritto del socio di disporre della propria quota (cfr. Cass., 9 novembre 1993, n. 11057, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 84, secondo cui «l'introduzione nello statuto di una società a responsabilità limitata della clausola di gradimento dell'assemblea ordinaria per il caso di donazione della quota da parte di un socio, incidendo sul diritto del socio di disporre della propria quota in modo gratuito, non può aver luogo senza il consenso unanime dei soci»; Trib. Latina, 9 luglio 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, 444, secondo cui «non può essere omologata in una società a responsabilità limitata la delibera, adottata a maggioranza, con la quale si introduca l'intrasferibilità assoluta delle quote sociali, essendo invece necessario il consenso unanime dei soci»);

Comunque, al di fuori di questi casi di disattivazione di ipotesi di recesso *ex lege* previste per la società per azioni, non pare possibile, come già sopra riferito, che statutariamente si sottragga al socio la facoltà di recesso che gli derivi da una previsione legislativa: «l'irrinunciabilità di tale interesse al disinvestimento da parte del socio appare collegata» al principio di «ordine pubblico» che si esprime «nella inammissibilità di rapporti patrimoniali indissolubili aventi carattere di perpetuità o durata tale da sopravanzare la vita di una delle parti»³⁴.

- per la rimozione della clausola di gradimento è sufficiente la maggioranza per le modifiche statutarie, in quanto, una volta introdotta, detta clausola concorre, al pari di ogni altra, alla regolamentazione della vita societaria e si presta a essere modificata come qualsiasi altra clausola regolatrice di detta vita societaria (cfr. Trib. Milano, 4 giugno 1982, in BONILINI G., CONFORTINI M., GRANELLI C., *Codice civile ipertestuale*, Torino, aggiornamento 2003, secondo cui «la deliberazione con la quale, modificando lo statuto sociale, l'assemblea di una società per azioni sopprime una preesistente clausola di gradimento contenuta nello statuto, non richiede, per la sua validità, il consenso unanime di tutti i soci»);
- l'introduzione della clausola di prelazione in uno statuto che non preveda alcuna disciplina sul punto va adottata con l'unanime consenso dei soci (cfr. Cass., 15 luglio 1993 n. 7859, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 235, secondo cui «la soppressione nello statuto di una società per azioni della clausola di prelazione in caso di vendita delle azioni non richiede il consenso di tutti gli azionisti, atteso che essa ripristina il regime legale di libera circolazione delle azioni (art. 2022 c.c.), a differenza dell'introduzione della medesima clausola, che limita il potere dispositivo dell'azionista; la maggioranza necessaria per la soppressione della prelazione è quella prevista in via generale per il funzionamento dell'assemblea straordinaria (art. 2346, in relazione agli artt. 2365, 2368, 2369 e 2369-bis c.c.), senza che sia applicabile per quanto concerne le deliberazioni in seconda e terza convocazione, la regola maggioritaria fissata dall'art. 2441, comma 5 c.c. per la soppressione dell'opzione, poiché, nonostante l'analogia tra le due ipotesi di soppressione, la natura eccezionale di quest'ultima disposizione non ne consente un'estensione analogica»; Trib. Verona, 16 gennaio 1992, in *Società*, 1992, 828, secondo cui «le clausole limitative della circolazione delle quote sociali (in particolare quelle che sanciscono il diritto di prelazione dei soci in caso di alienazione delle quote) possono essere introdotte nell'atto costitutivo mediante deliberazione adottata con il voto unanime dei soci». *Contra* tuttavia App. Milano, 1° luglio 1998, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 257, per il quale «la clausola di prelazione non è una fattispecie contrattuale estranea al contratto sociale ma costituisce una clausola organizzativa posta a tutela dell'interesse sociale. Pertanto, ne è legittima l'introduzione nello statuto di una società per azioni con una deliberazione assembleare approvata a maggioranza», in quanto si tratta dell'introduzione di un vincolo alla libertà di trasferimento delle proprie partecipazioni;
- quanto invece alla modificazione di una clausola di prelazione già vigente in un dato statuto nonché la sua soppressione, sono eventi da qualificare alla stregua di ordinarie decisioni di modifica dello statuto sociale, da adottarsi pertanto con le maggioranze che nel caso specifico sono richieste (Cfr. Cass., 15 luglio 1993, n. 7859, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 235, sopra riportata; App. Bologna, 15 settembre 1993, in *Vita Not.*, 1994, I, 295, per il quale «le clausole di prelazione, una volta inserite nello statuto, diventano patti sociali che oltre a riguardare i soci "uti singoli" riguardano anche la società in quanto fanno sorgere l'interesse di questa al corretto svolgersi del procedimento di inserimento di terzi nella compagine sociale; è pertanto ammissibile la soppressione di una clausola statutaria di prelazione con deliberazione dell'assemblea che vincoli anche la minoranza dissenziente»).

³⁴ ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo*

4.3 Alcuni casi di recesso *ex lege* in particolare

Nel delineare la normativa del recesso dalle società di capitali, il legislatore della riforma ha seguito un curioso percorso, quasi che la mano che ha scritto la disciplina del recesso dalla società per azioni sia stata diversa da quella che ha scritto la disciplina del recesso dalla società a responsabilità limitata: e non si tratta solo di questioni formali (per esempio: il primo comma dell'art. 2437 contempla un elenco di casi di recesso dalla società per azioni numerato con lettere alfabetiche, mentre nel primo comma dell'art. 2473 l'enunciazione dei casi di recesso dalla società a responsabilità limitata non è realizzata con un elenco numerato ma i casi di recesso sono menzionati "di seguito", uno dopo l'altro), bensì anche di questioni sostanziali, in quanto, da un lato, si nota che lo stesso caso di recesso è stato talora definito, nei due ambiti (quello della società per azioni e quello della società a responsabilità limitata) con un lessico diverso e, d'altro lato, l'elenco dei casi da cui deriva *ex lege* la facoltà di recesso non sono esattamente coincidenti.

Sarà un caso, un difetto di coordinamento o una serie di differenze che hanno invero un preciso significato? Vediamo nel dettaglio queste problematiche.

4.3.1 Le modifiche dell'oggetto sociale e dell'attività della società

Se nell'art. 2437 (per la società per azioni) si parla della «modifica della *clausola* dell'oggetto sociale», nell'art. 2473 (per la società a responsabilità limitata) si parla invece di «cambiamento dell'oggetto». Fin qui, tuttavia, "poco male", in quanto queste espressioni normative, tutto sommato, si equivalgono.

I problemi invero sorgono appena dopo, poiché:

- a. nell'art. 2437 (per la società per azioni), con riferimento alla *clausola dell'oggetto sociale* (e quindi a un dato *formale*), si attribuisce la facoltà di recesso al socio di società per azioni dissenziente rispetto all'introduzione di una modifica di quella *clausola* «quando consente un *cambiamento significativo* dell'attività della società»;
- b. nell'art. 2473 (per la società a responsabilità limitata), sempre con riferimento al tenore letterale della *clausola* che nello statuto concerne l'oggetto

dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi, I, Milano, 2002, 165. Cfr. anche BUTTARO L., *Sull'ampiezza e sulle conseguenze delle limitazioni alla circolazione delle quote di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1992, 489; e SANTOSUOSSO D.U., *Il principio di libera trasferibilità delle azioni*, Milano, 1993, 212.

sociale (e quindi ancora con riferimento a un dato *formale*), questa connessione tra facoltà di recesso e “significativo cambiamento” non è ripetuta ed è pertanto legittimo chiedersi se *qualsiasi modifica*³⁵ dell’oggetto sociale di una società a responsabilità limitata, anche minimale, legittimi il diritto di recesso del socio dissenziente³⁶;

- c. ancora nell’art. 2473 (per la società a responsabilità limitata), ma questa volta facendosi riferimento a un dato *sostanziale* e non più, come sopra, a un dato *formale*, il legislatore concede il recesso nel caso del «compimento di operazioni che comportano una *sostanziale modificazione* dell’oggetto della società determinato nell’atto costitutivo».

In altri termini, mentre il legislatore della società per azioni si concentra sulle modifiche *formali* che subisca la clausola statutaria dell’oggetto sociale (concedendo dunque il recesso se dette modifiche siano non di poco conto, come invero accade se non si tratti di mere esplicazioni o precisazioni o rettifiche, oppure anche se non si tratti di previsioni strumentali o accessorie rispetto all’attività principale che rimanga immutata, ma si tratti di modifiche che consentano *cambiamenti significativi*³⁷ dell’attività sociale), il legislatore della società a responsabilità limitata (stante la preminenza dei soci nella vita della società e quindi la rilevanza che possono assumere i concreti atteggiamenti rispetto all’osservanza di formali procedure) concede il diritto di recedere:

- sia al socio che veda *formalmente* mutare l’oggetto sociale, e quindi senza

³⁵ Si ricordi anche che, sempre ai fini del recesso, nel medesimo art. 2473, comma 1, si parla di «una *rilevante* modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell’art. 2468, quarto comma».

³⁶ Nel diritto previgente si riteneva che facessero sorgere il diritto di recesso solamente quelle modifiche dell’oggetto sociale che determinassero un aumento del rischio imprenditoriale ma non quelle che lo lasciassero inalterato o addirittura lo riducessero (cfr. BELVISO U., *Le modificazioni dell’atto costitutivo*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 79; GRIPPO G., *Il recesso del socio*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO G.E. e PORTALE G.B., vol. VI, t. 1, Torino, 1993, 154; TANTINI G., *Le modificazioni dell’atto costitutivo nella società per azioni*, Padova, 1973, 165); e pure si argomentava, sulla base della distinzione tra oggetto sociale “principale” e aspetti “secondari” dell’oggetto sociale stesso, che il mutamento di oggetto sociale che avesse legittimato il recesso sarebbe stato quello che avesse importato un notevole mutamento dell’oggetto “principale” (FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 757; GLIOZZI E., *Gli atti estranei all’oggetto sociale nelle società per azioni*, Milano, 1970, 170).

³⁷ Se ne veda conferma nell’art. 2497-*quater*, comma 1, lett. a), ove si prevede che il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento può recedere «quando la società o l’ente che esercita attività di direzione e coordinamento ha deliberato [...] una modifica del suo oggetto sociale consentendo l’esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento».

che il mutamento *formale* coincida con un mutamento *sostanziale* (il quale può essere solo “prospettico” e pure non verificarsi mai) e senza che nemmeno vi possa essere un sindacato, ai fini del recesso, sulle condizioni di maggiore o minor rischio imprenditoriale che il mutamento di oggetto comporta o comporterebbe, in quanto a tale aggravamento/alleggerimento del rischio la norma non fa alcun riferimento³⁸, e, ancora, per le medesime ragioni, senza che detto mutamento sia in alcun modo valutabile in senso favorevole o sfavorevole per l’attività sociale; si deve peraltro trattare, ai fini di legittimare il diritto al recesso, non di un mutamento marginale³⁹, ma occorre che, mediante la sostituzione integrale e radicale del “vecchio” oggetto oppure mediante l’aggiunta o la soppressione di previsioni di attività in determinati settori economici, ne fuoriesca un oggetto mutato in misura rilevante rispetto a quello precedente le modifiche intervenute⁴⁰;

- sia al socio che assista a una rilevante mutazione *di fatto*⁴¹ di detto oggetto a causa del compimento di operazioni (si pensi, per esempio, al caso che la

³⁸ Invero un argomento in tal senso potrebbe in effetti ritrarsi da detto art. 2497-*quater*, comma 1, alla cui lett. c) si prevede che il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento può recedere quando dall’inizio o dalla cessazione dell’attività di direzione e coordinamento «deriva un’alterazione delle condizioni di rischio dell’investimento».

³⁹ Cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 239. Cfr. pure Cass., 29 ottobre 1971, n. 3050, in *Foro it.*, 1972, I, 2604, secondo cui «il diritto di recesso spetta all’azionista dissenziente non solo quando l’oggetto sociale sia sostituito da un altro, ma anche quando venga dilatato ed esteso o ristretto e diminuito in modo da eccedere semplici esigenze di specificazione, adattamento e completamento (nella specie: la modifica dell’oggetto si è ritenuta consistere nella preminenza dell’attività finanziaria su quella manifatturiera, rispetto alla quale la prima, prima della modifica, era soltanto sussidiaria)». *Contra* MALTONI M., *Il recesso e l’esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, 308, per il quale «qualsiasi “cambiamento” dell’oggetto sociale, anche minimale, consente, a precise condizioni, l’esercizio del diritto di *exit*»; peraltro, seppur si possa trattare anche di un «cambiamento non sostanziale», si deve pur sempre trattare di un mutamento «di carattere non meramente formale»; e MORANO A., *Analisi delle clausole statutarie in tema di recesso alla luce della riforma della disciplina delle società di capitali*, in *Riv. not.*, 2003, 324, nota 73, per il quale vi è una «maggior ampiezza del diritto di recesso dei soci di s.r.l. con riferimento a deliberazioni riguardanti mutamenti dell’oggetto sociale».

⁴⁰ Per MASTURZI S., *Sub Articolo 2473*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 86, è da escludere «che la rilevanza del cambiamento dell’attività sociale assurga a presupposto legittimante il recesso solo in relazione alle modifiche prodotte mediante il compimento di operazioni e non anche per quelle deliberate».

⁴¹ Nel diritto previgente, invece, App. Milano, 27 gennaio 1998, in *Foro pad.*, 1999, I, 58, riteneva che «il diritto di recesso previsto dall’art. 2437 c.c. spetta al socio solo in caso di modifica statutaria dell’oggetto sociale. Non spetta invece in caso di modifica sostanziale dell’oggetto sociale medesimo non accompagnata dalla corrispondente modifica statutaria».

società assuma partecipazioni di un'altra società o che si faccia luogo al conferimento dell'intera azienda sociale in un'altra società, con la conseguenza che, in pratica, l'oggetto sociale della società conferente – in ipotesi: un oggetto che prevedeva la produzione industriale di determinati beni – sostanzialmente si svuota per far posto a un oggetto sociale consistente nella gestione delle partecipazioni che rinvergono da quel conferimento)⁴² dalle quali discenda appunto il rilievo che l'attività della società non è più quella indicata dallo statuto ma invece è quella che, nel concreto, l'organo amministrativo svolge (in tal modo la riforma risolve dunque il contrasto di opinioni tra chi, nel previgente ordinamento, privilegiando il dato "formale", riteneva che in questi casi di mutamento "sostanziale" dell'oggetto non vi fosse spazio per il recesso⁴³ e invece chi riteneva l'originarsi del diritto di *exit* per necessità di equiparazione di conseguenze tra i casi di mutamento "formale" dell'oggetto sociale e i casi di mutamento "sostanziale" dell'oggetto stesso)⁴⁴.

4.3.2 La trasformazione della società

Sia nell'art. 2437 (per le società per azioni) sia nell'art. 2473 (per le società a responsabilità limitata) viene previsto per il socio non assenziente il diritto di recesso ove vi sia una «trasformazione della società» (art. 2437) oppure un «cambiamento del tipo di società» (art. 2473), espressioni che evidentemente si equivalgono⁴⁵. Questa normativa ha poi una "interfaccia" nell'art. 2500-ter, ove si dispone che spetta il diritto di recesso al socio che non abbia concorso all'assunzione della decisione di trasformare la società di persone in società di capitali.

Sotto il profilo del recesso connesso a una decisione di trasformazione della società di capitali, può poi fondatamente ritenersi che il recesso me-

⁴² Cfr. RESCIO G.A., *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 20 (del dattiloscritto). Per ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 250, si può trattare anche di «operazioni che, pur senza giungere al mutamento sostanziale dell'oggetto, producano comunque l'effetto di allontanare dal controllo dei soci parti rilevanti dell'attività (per esempio la cessazione dello sfruttamento in via diretta di un brevetto e la sua concessione in licenza a un terzo, limitandosi la società a percepire solo le *royalties*)».

⁴³ Era l'opinione per esempio, di GALLETTI D., *Il recesso nelle società di capitali*, Milano, 2000, 193.

⁴⁴ Si veda DI SABATO F., *Validità della deliberazione di "scorporo" presa dall'assemblea ordinaria e diritto di recesso*, in *Riv. soc.*, 1981, 848.

⁴⁵ Invece mi pare di capire che per SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 211, nella società a responsabilità limitata non spetti il diritto di recesso al socio non consenziente alla trasformazione della società.

desimo possa derivare sia, com'è ovvio, dalla trasformazione della società di capitali in società di persone (o in altre entità non societarie), sia anche dalla trasformazione da un tipo di società di capitali ad altro tipo di società di capitali (per esempio: da società per azioni a società a responsabilità limitata o viceversa): anche in quest'ultimo caso infatti il mutamento di disciplina societaria che dalla trasformazione consegue è talmente radicale da legittimare nel socio dissenziente la volontà di recedere, avendo invero egli aderito a suo tempo a una compagine societaria caratterizzata da regole assai diverse da quelle che vanno in vigore nella società stessa per effetto e a causa della sua trasformazione.

4.3.3 Il trasferimento all'estero della sede sociale

Questo caso di recesso, presente anche nel previgente art. 2437, viene dunque identicamente riproposto dalla riforma sia nell'ambito della disciplina del recesso dalla società per azioni (art. 2437) sia di quella della società a responsabilità limitata (art. 2473).

4.3.4 La revoca dello stato di liquidazione

In questo caso di recesso (pur esso identicamente previsto sia dall'art. 2437 nell'ambito della disciplina del recesso dalla società per azioni sia dall'art. 2473 per quella della società a responsabilità limitata) si registra invece una radicale novità rispetto al previgente ordinamento, ove si era lungamente discusso (e prevalentemente si era data una risposta negativa)⁴⁶ se l'assemblea dei soci di una società in liquidazione potesse far luogo a maggioranza alla revoca dello stato di liquidazione e quindi al ritorno della società a una normale operatività secondo il suo oggetto sociale.

Alla luce di questa intensa discussione, dunque, il legislatore della riforma ha deciso di intervenire direttamente, prevedendo:

- da un lato, all'art. 2487-ter, che la società può «in ogni momento» revocare lo stato di liquidazione con deliberazione presa dai soci con le maggioranze richieste per le modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto; e:

⁴⁶ Cfr. FERRARA F., CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1999, 716; DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995, 708; *contra* CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, II, *Diritto delle società*, Torino, 2000, 496. Nel senso della necessità dell'unanimità dei soci la giurisprudenza prevalente: Cass., 21 aprile 1983, n. 2734, in *Giur. comm.*, 1893, II, 825; Trib. Napoli, 31 maggio 1995, in *Società*, 1995, 1464; Trib. Udine, 13 giugno 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, 664; *contra* Trib. Trieste, 25 giugno 1996, in *Società*, 1996, 1445; Trib. Genova, 18 marzo 1991, in *Società*, 191, 1384.

- d'altro lato, appunto, che il socio non assenziente rispetto alla deliberazione di revoca della liquidazione con ciò matura il proprio diritto di recesso (artt. 2437 e 2473 del Codice civile)⁴⁷.

In altri termini, quella tutela del socio non consenziente che nel diritto previgente si otteneva pretendendo l'unanimità dei consensi rispetto alla delibera di revoca della liquidazione (unanimità che finiva per imbalsamare la volontà della maggioranza di far riemergere la società dalle nebbie del suo scioglimento), oggi si ottiene invece conferendogli un diritto di recesso e ciò senza più così ostacolare il volere dei soci di maggioranza di ritornare a una operatività piena, e non più solo liquidatoria, della società.

Peraltro, è pur vero che la richiesta di recesso può di nuovo (in teoria) condurre allo scioglimento della società, ove la società stessa (o i suoi soci) non abbiano i mezzi per far fronte alla liquidazione del socio recedente, e quindi tornandosi con ciò in quel guado dal quale ci si voleva allontanare: ma è anche vero (in pratica) che qualora si voglia da parte della maggioranza dei soci far luogo al ritorno della società alla sua normale esistenza imprenditoriale, tra i costi da stimare ci saranno anche quelli della possibile richiesta di liquidazione dei soci dissenzienti, con i quali dunque si aprirà una fase di negoziazione per acquisirne il consenso o per stabilire l'entità della liquidazione che gli stessi pretendono.

4.3.5 La fusione e la scissione

Con una previsione innovativa della riforma rispetto al diritto previgente, è ora dunque previsto che la fusione cui una società a responsabilità limitata partecipi o la scissione di una società a responsabilità limitata costituiscono per i loro soci non consenzienti una occasione di recesso (art. 2473), e ciò quindi anche se la fusione/scissione non comporti una trasformazione del tipo societario o un mutamento dell'oggetto sociale: nell'ordinamento anteriore la fusione e la scissione non erano annoverate tra i casi di recesso sia per il generale sfavore con cui il legislatore osservava l'istituto del recesso sia per un indubbio *favor* del sistema per le operazioni di riorganizzazione aziendale in vista dell'acquisizione di una maggior produttività ed efficienza.

Identica previsione non è invece riprodotta dal legislatore della riforma per i soci di società per azioni (ove, quindi, se si voglia ascrivere la fusione e la scissione tra i casi di recedibilità, e sempre che si tratti di una società per azioni "chiusa", occorre provvedervi mediante apposite previ-

⁴⁷ Cfr. SALAFIA V., *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in *Società*, 2003, 380.

sioni statutarie): qui dunque di recesso si può parlare solo se dall'operazione derivi anche una trasformazione del tipo societario o un mutamento dell'oggetto sociale.

Dalla constatazione di questa differenza tra la normativa della società a responsabilità limitata e quella della società per azioni e dovendosene ricercare una ragione, si potrebbe derivare che (stante l'implausibilità di un'applicazione analogica in questo caso delle norme della società a responsabilità limitata alla società per azioni), la spiegazione di detta disparità sia da individuare nel carattere molto più intensamente personalistico che connota la compagine sociale della società a responsabilità limitata rispetto a quella della società per azioni e quindi nell'alterazione che in tale carattere si potrebbe verificare, per esempio, con un'operazione di fusione per incorporazione per la confluenza che con ciò si determini tra vecchi e nuovi soci; ma ciò non spiega tuttavia comunque la spettanza del recesso (stante il completo silenzio della normativa in questione) anche in casi di fusione/scissione perfettamente "neutri" rispetto all'accennato carattere personalistico, come invero accade nel caso di incorporazione di società interamente partecipata o partecipata dai medesimi soci che compongono l'incorporante oppure nel caso di una scissione per effetto della quale si origini una nuova società che abbia come soci gli stessi soci della società scissa.

Occorre infine notare, in argomento, che l'art. 2502, in tema di fusione che coinvolga una società di persone, concede il diritto di recesso ai soci della società di persone che non abbiano prestato il loro consenso all'operazione di fusione.

Sotto il profilo procedimentale occorre chiedersi, dato che la procedura di fusione/scissione si articola in varie fasi, tra loro anche distanti nel tempo, se il diritto di recesso sorga in occasione dell'atto di fusione o all'atto dell'assunzione delle decisioni dei soci circa l'approvazione del progetto di fusione/scissione⁴⁸: è quest'ultima probabilmente la tesi da seguire, anche in considerazione del rilievo che l'atto di fusione/scissione non si presta a essere revocato (con conseguente caducazione del diritto di recesso: art. 2473, ultimo comma) mentre a tal fine ben si presta invece la decisione dei soci di approvare il progetto di fusione/scissione.

4.3.6 La decisione di proroga del termine di durata della società

Come noto, la nuova disciplina delle società di capitali non impone più la necessaria presenza negli statuti societari di un termine di durata della

⁴⁸ MALTONI M., *Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, 309.

società, di modo che, nel diritto societario riformato, si possono ora avere sia società a tempo determinato sia società a tempo indeterminato (in queste ultime vi è diritto di recesso per i soci).

Orbene, nella disciplina del recesso dalla società per azioni (art. 2437), si legge una norma (non riprodotta nella disciplina del recesso dalla società a responsabilità limitata) per effetto della quale, come già detto sopra:

- a. nel caso di società contratta con la previsione di un termine di scadenza, la decisione di proroga di detto termine comporta un diritto di recesso per i soci non assenzienti rispetto a questa decisione;
- b. lo statuto della società per azioni può escludere questa facoltà di recesso in caso di proroga del termine di durata.

A parte la questione se, contratta una società a responsabilità limitata a tempo determinato, anche lì, per analogia, la decisione di proroga conferisca (come pare) ai dissenzienti il diritto di recesso, c'è poi da chiedersi, in caso di probabile risposta affermativa, se pure in questo caso lo statuto avrebbe la possibilità di escludere questa facoltà di recesso. Qui invece la risposta appare negativa, in quanto la legge della società a responsabilità nulla dice, e quindi dovrebbe prevalere il rilievo che, ove vi siano fattispecie di durata non determinata (o determinata ma lunghissima), svetta su ogni altro l'interesse del socio a sciogliere i vincoli che lo inchiodano nel libro soci di quella società.

4.3.7 Introduzione o rimozione di vincoli alla circolazione delle azioni

Un discorso analogo a quello appena fatto va ripetuto anche per il caso in cui vi sia, sempre in una società per azioni, una decisione dei soci che introduca nello statuto o rimuova dallo statuto stesso determinati vincoli alla circolazione di titoli azionari: per esempio, l'introduzione o la rimozione di clausole di gradimento o di prelazione o di liquidazione degli eredi del socio defunto.

Infatti, anche in questo caso di decisione dei soci di società per azioni di introdurre o rimuovere vincoli alla circolazione di titoli azionari, spetta ai soci non assenzienti il diritto di recesso, a meno che lo statuto non lo escluda: in altri termini, è questo un altro caso, analogo a quello precedente, in cui viene esplicitamente disposto che una determinata fattispecie, ove si legittima un diritto di recesso *ex lege*, è derogabile mediante apposita previsione statutaria, in modo che da essa derivi la soppressione del diritto di recesso che altrimenti competerebbe al socio non consenziente.

E anche qui, di nuovo, vi è da ripetere l'osservazione appena fatta circa l'impossibilità di estensione analogica di queste previsioni alla società a

responsabilità limitata, nella cui disciplina non si rinviene nulla in termini di attribuzione della facoltà di recesso per il caso dell'introduzione nello statuto o della rimozione da esso di vincoli alla circolazione delle partecipazioni al capitale sociale.

Invero, come detto, nella società a responsabilità limitata, il diritto di recesso è connesso alla presenza nello statuto di clausole che sanciscano «l'intrasferibilità delle partecipazioni» o che subordinino il trasferimento delle partecipazioni «al gradimento di organi sociali, di soci o di terzi senza prevederne condizioni e limiti», o che pongano «condizioni o limiti che nel caso concreto impediscono il trasferimento a causa di morte» (art. 2469, comma 2). Cosicché, ove tali clausole vengano introdotte (e a parte ogni discorso in termini di necessità o meno dell'unanimità dei consensi dei soci per tale introduzione), a ogni socio spetta il diritto di recesso (senza che tale diritto sia escludibile per statuto); ove tali clausole vengano soppresse, i soci perdono invece il diritto di recesso di cui fino a quel momento avevano goduto.

4.3.8 L'eliminazione di casi di recesso previsti dallo statuto

Come già visto, è possibile che:

- a. sia nello statuto della società per azioni che in quello della società a responsabilità limitata siano previsti casi di recesso ulteriori rispetto a quelli dettati direttamente dalla legge stessa;
- b. nello statuto di società per azioni si preveda l'esclusione del diritto di recesso che discenderebbe *ex lege* nei casi di proroga del termine di durata della società e di introduzione nello statuto o di rimozione da esso di vincoli alla circolazione di titoli azionari.

Orbene, nel caso in cui:

1. si eliminino i casi di recesso inseriti nello statuto sociale di società per azioni e di società a responsabilità limitata in aggiunta a quelli discendenti direttamente dalla legge;
2. si inseriscano nello statuto di società per azioni norme volte a eliminare i casi di recesso che ai soci competerebbero se la società deliberasse la proroga del suo termine di durata e l'introduzione nello statuto o la rimozione da esso di vincoli alla circolazione di titoli azionari;

gli artt. 2437 (per la società per azioni) e 2473 (per la società a responsabilità limitata) attribuiscono la facoltà di recesso ai soci dissenzienti rispetto a queste decisioni eliminative del diritto di recesso.

4.3.9 Modifica dei criteri di determinazione del valore dell'azione in caso di recesso

Esercitare la facoltà di recesso significa, per il socio, maturare il diritto di ottenere la liquidazione del valore della propria partecipazione. Ebbene, come più avanti esamineremo, mentre la disciplina della società per azioni, pur dettando una normativa di *default* per determinare questo valore, offre la possibilità di orientare questa valutazione con apposite norme statutarie, nella disciplina della società a responsabilità limitata non si prevede un'analoga autonomia statutaria (ed è poi quindi opportuno domandarsi se un'identica manovrabilità statutaria si abbia anche, per analogia, quando si verte in tema di valutazione della quota del socio recedente da una società a responsabilità limitata).

Comunque, alla luce di quanto precede, nell'art. 2437 (in tema di recesso dalla società per azioni) si prevede che, ove la società adotti una deliberazione di modifica dei criteri di determinazione del valore della quota del recedente, in questo caso il socio dissenziente rispetto a questa deliberazione può esercitare il diritto di recesso.

Analoga norma non è dunque ripetuta per la società a responsabilità limitata, appunto probabilmente in considerazione del fatto che qui il legislatore, a differenza di quanto accade per la società per azioni, non prevede esplicitamente la possibilità di intervenire con lo statuto nella materia della valorizzazione della quota del recedente; ma così come non appare implausibile, perché non contraria a nessuna norma specifica e a nessun principio generale, una previsione dello statuto di società a responsabilità limitata in tema di valutazione della quota del recedente in deroga a quanto disposto dalla legge, così di conseguenza non appare implausibile nemmeno estendere, alla società a responsabilità limitata che abbia nel proprio statuto regole in tema di modalità di determinazione del valore della quota del recedente, la norma propria della società per azioni che appunto consente il diritto di recesso al socio non assenziente rispetto a modifiche che vengano operate nello statuto con riguardo alla tematica della determinazione del valore della quota da liquidare al recedente.

4.3.10 Modifica dei diritti dei soci

Sia nella normativa sul recesso da società per azioni (art. 2437) sia in quella del recesso da società a responsabilità limitata (art. 2473) sono contemplati casi di recesso connessi alla modifica di previsioni statutarie in tema di diritti dei soci. Più precisamente si attribuisce diritto di recesso al socio dissenziente:

- a. nella disciplina della società per azioni, rispetto all'adozione di deliberazio-

- ni riguardanti le «modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione»;
- b. nella disciplina della società a responsabilità limitata, rispetto all'adozione di decisioni comportanti «una rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'art. 2468, quarto comma».

Sotto quest'ultimo profilo va innanzitutto notato che il riferimento esatto non è tanto al quarto quanto al terzo comma dell'art. 2468: il richiamo al quarto comma dell'art. 2468 era contenuto invero nella bozza di decreto legislativo diffusa dalla Commissione Vietti dopo il Consiglio dei Ministri del 29-30 settembre 2002, quando nell'art. 2468 era contenuto un terzo comma, poi soppresso nella norma entrata in vigore nel 2003, ove vi era la previsione che le quote di società a responsabilità limitata fossero espresse in unità di euro, cioè senza decimali.

Cosicché una volta soppresso detto terzo comma, l'allora quarto comma è diventato l'attuale terzo comma e i richiami che dalla normativa di allora erano fatti al quarto comma avrebbero dovuto essere corretti con il riferimento non più a quello che era allora il quarto comma ma a quello che è oggi il terzo comma. Ma a questa correzione non si è provveduto e quindi anche nel testo della riforma entrato in vigore si è continuato a fare riferimento (e precisamente nel comma 2 dell'art. 2468⁴⁹ e nel comma 1 dell'art. 2473) al quarto comma dell'art. 2468 quando invece detto riferimento deve appunto intendersi fatto al terzo comma del medesimo art. 2468.

Ora, a parte queste precisazioni formali, vi è qui da sottolineare che, nel terzo comma dell'art. 2468, è contenuta la previsione della possibilità che lo statuto della società a responsabilità limitata attribuisca ai soci o a taluno di essi «particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili»⁵⁰ e che, dunque, ai sensi dell'art. 2473, comma 1, ove si decidano modifiche statutarie che impattano contro questi «particolari diritti» il socio dissenziente matura il diritto di recesso.

Va anche peraltro notato che il comma 4 dell'art. 2468 dispone che questi «particolari diritti» sono modificabili «solo con il consenso di tutti i soci» a meno che tuttavia vi sia sul punto una «diversa disposizione dell'atto costitutivo»: cosicché, evidentemente⁵¹, per aversi diritto di recesso per chi sia

⁴⁹ Qui però è intervenuta la correzione, cambiando il riferimento al "quarto comma" con il riferimento al "terzo comma", a opera dell'"errata corrige" di cui all'«avviso di rettifica» pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 153 del 4 luglio 2003.

⁵⁰ Sul che vedasi, *supra*, il par. 3.10.2.

⁵¹ Cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 240; AGOSTINI M., *La costituzione, i conferimenti e le quote della s.r.l.*, in *Federnotizie*, 2003, 70.

dissenziente, occorre immaginare una modifica di questi «particolari diritti» che intervenga in una società il cui statuto consenta detta modifica non all'unanimità.

Occorre anche sottolineare come, se la clausola di modificabilità a maggioranza dei “particolari diritti” non sia contenuta *ab origine* nell'atto costitutivo/statuto, essa può esservi introdotta successivamente con una procedura di modifica statutaria, ma anche qui, evidentemente, con il consenso di tutti i soci.

È necessario infine notare che, facendo l'art. 2473, comma 1, riferimento a «una rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'art. 2468, quarto [terzo, *n.d.a.*] comma», è solo questa rilevante modificazione che porta con sé il diritto di recesso e non anche qualsiasi altra, anche relevantissima, modificazione di diritti individuali dei soci che tuttavia non rientrino nella categoria dei “diritti particolari” di cui all'art. 2468, comma 3: si pensi, per esempio, alla soppressione (decisione per la quale, come visto *supra* al par. 3.11.6.3, non è necessaria l'unanimità dei consensi dei soci) del diritto di gradimento che i soci abbiano in occasione della cessione delle partecipazioni al capitale sociale; ebbene, seppur il diritto al gradimento sia indubbiamente in quel caso un diritto individuale del socio, quel diritto non rientra nella categoria dei “diritti particolari” di cui all'art. 2468, comma 3, e quindi la sua soppressione non dà diritto di recesso al socio che non abbia concorso all'adozione di quella decisione.

4.3.11

L'aumento del capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione

Come detto, l'art. 2481-*bis*, comma 1, terzo periodo, concede il recesso ai soci non consenzienti nel caso in cui gli altri soci decidano un aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto di opzione (ivi compreso quindi anche l'aumento da liberare mediante conferimento “in natura”).

Problemi in questo caso sorgono in merito alla liquidazione del socio recedente, in quanto, ai sensi dell'art. 2473, comma 3, «i soci che recedono dalla società hanno diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione in proporzione del patrimonio sociale. Esso a tal fine è determinato tenendo conto del suo valore di mercato *al momento della dichiarazione di recesso* [...]».

Questo *momento* invero potrebbe essere successivo all'esecuzione dell'aumento e quindi al conseguente incremento del patrimonio netto della società (ma pure al conseguente decremento della caratura della partecipazione del socio recedente): si pensi al caso del socio che si sia determinato al recesso in quanto la società non abbia, nell'escludere il diritto di opzione, deliberato alcun sovrapprezzo e che, quindi, se fosse liquidato tenendo conto della sottoscrizione intanto effettuata da chi aderisca al

deliberato aumento, si troverebbe nella medesima condizione in cui si troverebbe se permanesse in società (e cioè proprio quello che invece egli, pretendendo di recedere, dimostra invero di non volere).

Si rende quindi opportuno che, in tal caso, il momento di riferimento temporale della liquidazione del recedente sia fissato dalla decisione di aumento del capitale (oppure, una volta per tutte, dallo statuto) anteriormente alle sottoscrizioni dell'aumento di capitale e quindi, per esempio, fissato nel giorno di iscrizione della delibera di aumento nel Registro delle Imprese (che è il giorno di efficacia della delibera stessa, ai sensi dell'art. 2436, comma 5, richiamato nella società a responsabilità limitata dall'art. 2480)⁵².

Tra l'altro, il riferimento alla data di iscrizione della delibera di aumento nel Registro delle Imprese risponderebbe pure all'indubbia esigenza di un trattamento eguale di situazioni eguali, e quindi all'esigenza di effettuare la liquidazione di una pluralità di recedenti in base a un'unica situazione patrimoniale e non a tante situazioni patrimoniali quante sono le date in cui le dichiarazioni di recesso siano effettuate (con ciò che ne conseguirebbe, a fronte di questa pluralità di date, in ordine alle sottoscrizioni dell'aumento di capitale che nel frattempo intervenissero).

4.4 Il recesso dalla società soggetta ad altrui direzione e coordinamento

Secondo l'art. 2497-*quater*, può recedere il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento:

1. quando la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento deliberi una trasformazione che implichi il mutamento del suo scopo sociale ovvero una modifica del suo oggetto sociale consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento;
2. quando a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento per aver agito nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società soggette a direzione e coordinamento, arrecando pregiudizio alla redditività e al valore

⁵² Cfr. FAZZUTTI E., *Sub Articolo 248-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 188.

- della partecipazione sociale; in tal caso il diritto di recesso può essere esercitato soltanto per l'intera partecipazione del socio⁵³;
3. all'inizio e alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati e ne derivi un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto.

4.5 La procedura di recesso

Una volta che un socio abbia maturato il diritto di recesso e intenda effettivamente esercitarlo, occorre, da un lato, dar corso alla procedura finalizzata a consentire la fuoriuscita del socio stesso dalla società e, d'altro lato, occorre altresì procedere alla liquidazione della quota del socio recedente.

Sotto questo aspetto, la riforma non dice nulla nell'ambito della normativa dedicata specificamente alle società a responsabilità limitata, mentre un preciso quadro procedurale si può ottenere leggendo le norme che la nuova disciplina del diritto societario dedica al recesso dalla società per azioni; l'unica disposizione procedurale prevista nell'ambito delle società a responsabilità limitata è invero quella secondo cui il rimborso delle partecipazioni per cui è stato esercitato il diritto di recesso deve essere eseguito entro centottanta giorni (sei mesi) dalla comunicazione di recesso fatta dal socio alla società.

Dall'osservazione di questo notevole vuoto normativo appare abbastanza scontato discendere che, quanto alla procedura di recesso dalla società a responsabilità limitata, essa è materia da disciplinare assolutamente negli statuti e che, ove questa disciplina statutaria non sia apprestata, è inevitabile procedere con l'applicazione analogica delle norme in tema di società per azioni⁵⁴ (invero la norma di cui all'art. 2285 in tema di recesso da società di persone non aiuta per nulla, non contenendo alcuna previsione in termini di procedura di recesso).

⁵³ Quest'ultima è probabilmente una previsione che si attaglia solo alla società per azioni, in quanto nella società a responsabilità limitata, vige un principio di infrazionabilità della quota (sul quale vedasi *supra* il par. 3.8.2) dal quale potrebbe in effetti discendersi che sia da scartare ogni ipotesi di recesso "parziale" come invece ben può accadere nella società per azioni.

⁵⁴ In tal senso MASTURZI S., *Sub Articolo 2473*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 89; ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 241.

4.5.1 L'esercizio del diritto di recesso

Dispone dunque il nuovo art. 2437-*bis* (in tema di società per azioni, inevitabilmente applicabile per analogia alla società a responsabilità limitata⁵⁵, a meno che qui siano state predisposte, nel silenzio del legislatore, clausole statutarie *ad hoc*) che il diritto di recesso va esercitato mediante lettera raccomandata⁵⁶ che deve essere spedita⁵⁷:

- a. entro quindici giorni dall'iscrizione nel Registro delle Imprese della delibera che legittima il recesso;
- b. entro trenta giorni dalla conoscenza da parte del socio del fatto che legittima il recesso, se questo è diverso da una deliberazione.

Questa raccomandata deve indicare:

- le generalità del socio recedente;
- il domicilio del recedente per le comunicazioni inerenti al procedimento di recesso;
- il numero e la categoria delle azioni per le quali il diritto di recesso viene esercitato.

Ovviamente, il recesso non può essere esercitato e, se già esercitato, è privo di efficacia, se la società revoca⁵⁸ la delibera che lo legittima⁵⁹ ovvero se

⁵⁵ Cfr. in tal senso MALTONI M., *Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, 311, il quale tuttavia, quanto alla forma della dichiarazione di recesso, ove lo statuto non disponga sul punto, afferma l'esistenza di un principio di libertà di forma e quindi di esprimibilità della dichiarazione di recesso con qualsiasi mezzo espressivo.

⁵⁶ Nel diritto previgente, secondo Trib. Orvieto, 18 febbraio 1994, in *Società*, 1994, 1226, «il socio receduto da una società di capitali non fa più parte della compagine sociale fin dal momento in cui la società ha ricevuto conoscenza della dichiarazione di recesso; da quel momento egli diventa titolare di un diritto di credito per il rimborso della sua quota». Per Cass., 3 gennaio 1998, n. 12, in *Società*, 1998, 773, «l'esercizio del recesso da parte del socio dissenziente, previsto dall'art. 2437, 1° comma, c.c., è atto unilaterale recettizio e, pertanto, produce effetti dal momento in cui viene portato a conoscenza della società partecipata».

⁵⁷ Di un preavviso di novanta giorni parla invece l'art. 2285.

⁵⁸ La riforma non affronta l'eventualità dell'annullamento della decisione dei soci che legittima il recesso, evenienza che procura la caducazione del recesso a meno che la deliberazione annullata non abbia già prodotto effetti: cfr. CHIOMENTI F., *Revocabilità delle deliberazioni aventi a oggetto le modificazioni dell'atto costitutivo di cui all'art. 2437 c.c. in presenza di dichiarazioni di recesso dalla società*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 422; PRESTI G., *Questioni in materia di recesso nelle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 111.

⁵⁹ Cfr., nel diritto previgente, Trib. Orvieto, 18 febbraio 1994, in *Società*, 1994, 1226, secondo cui «il diritto di recesso è un diritto potestativo del socio assente o dissenziente, azionabile ogni qualvolta

è deliberato lo scioglimento della società: la nuova normativa della società per azioni (art. 2437-*bis*, ultimo comma) indica in novanta giorni il termine (corrente dal giorno in cui si verifica il fatto che legittima il recesso) entro il quale queste condizioni (la decisione di revoca o la decisione di scioglimento) debbono verificarsi al fine della caducazione del maturato diritto di recesso; per la società a responsabilità limitata o si ritiene questo termine applicabile per analogia oppure si ritiene che la revoca della delibera che cagiona il recesso oppure la decisione di scioglimento della società possano intervenire fino a che la quota del recedente non venga liquidata (o il capitale ridotto in misura corrispondente), poiché fino a quel momento il recedente dovrebbe conservare il suo *status socii* (con conseguente sua capacità di esercitare appieno i suoi diritti sociali)⁶⁰.

4.5.2 Le partecipazioni oggetto di recesso

Come appena visto, nella raccomandata recante l'esercizio del diritto di recesso da società per azioni, il recedente può scegliere la categoria e il numero delle azioni per le quali il recesso viene esercitato: in altri termini, originatosi il diritto di recedere, l'esercizio del diritto di recesso dalla società per azioni non deve necessariamente concernere l'intera posizione del socio, ma così come questi può recedere con riguardo a una delle categorie di azioni dal medesimo possedute, egli può anche recedere con esclusivo riferimento solo ad alcune delle azioni di una data categoria dal medesimo possedute (e quindi non necessariamente con tutte quelle che il socio stesso possieda).

Spostando l'obiettivo nella materia della società a responsabilità limitata, è dunque opportuno riflettere se anche nel recesso dalla società a responsabilità limitata il socio possa scegliere, come nella società per azioni⁶¹, di esercitare il recesso per l'intera sua quota o per una frazione di essa

ricorrono le condizioni tassativamente previste dalla legge, il cui esercizio obbliga la società a rimborsare la quota del socio receduto, senza che le sia consentito di evitare tale rimborso mediante la revoca della deliberazione a seguito della quale il recesso era stato dichiarato»; invece secondo GRIPPO G., *Il recesso del socio*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO G.E. e PORTALE G.B., vol. VI, t. 1, Torino, 1993, 180, la società poteva sottrarsi alla liquidazione delle azioni se avesse revocato la deliberazione che aveva determinato il sorgere del diritto di recesso.

⁶⁰ In tal senso MASTURZI S., *Sub Articolo 2473*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 90. Per la quiescenza dei diritti sociali del socio dopo aver esercitato il diritto di recesso cfr. FERRARA F., CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1999, 620.

⁶¹ Un argomento negativo per la recedibilità parziale dalla società a responsabilità limitata lo si rin-

(in modo cioè da rimanere nella compagine sociale per la caratura relativa alla frazione di quota per cui il recesso non sia stato esercitato)⁶².

La risposta non appare poter essere che nel senso della recedibilità integrale⁶³ (in quanto il recesso nella società a responsabilità limitata è invero essenzialmente collegato alla volontà del socio di non far più parte di una determinata compagine sociale al ricorrere di certe situazioni), anche se invero la *ratio* sottesa alla recedibilità parziale dalla società per azioni (e cioè la ricerca della diminuzione dell'entità del rischio del proprio investimento) non sembra poi così estranea anche alla società a responsabilità limitata. In questo quadro, quindi, una clausola statutaria che consentisse il recesso parziale non sarebbe completamente fuori luogo. Né argomento contrario al recesso parziale pare potersi trarre dall'unitarietà della quota di società a responsabilità limitata (sulla quale vedasi *supra* il par. 3.8.2): infatti l'unitarietà è una condizione della quota quando essa è in capo al socio (cioè non è configurabile una situazione di appartenenza al socio di una pluralità di quote), ma non quando essa dal socio è fatta oggetto di trasmissione.

Va infine verificato se alla società a responsabilità limitata sia estensibile, per analogia, anche la norma, sempre dettata per la società per azioni (art. 2437-*bis*, comma 2), secondo cui le azioni per le quali è esercitato il diritto di recesso non possono essere cedute (ed è pure disposto che le azioni oggetto di recesso devono essere depositate presso la sede sociale):

viene nella *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 9, ove si afferma che «posto che la nuova disciplina delle S.p.A. tende a porre al suo centro l'azione, piuttosto che la persona del socio, si è ritenuto di consentire il recesso per una parte della partecipazione, ritenendo coerente che, mutato il quadro dell'operazione, il socio voglia rischiare di meno, ma continuare a essere socio»: se ne dovrebbe desumere che essendo nella società a responsabilità limitata posta al centro dell'attenzione la persona del socio, un recesso parziale non si renderebbe appunto ammissibile, anche se, per vero, anche nella società a responsabilità limitata l'argomento della diminuzione dell'entità del rischio non è certo fuori luogo. Nel senso che il recesso riguarda, a differenza di quanto accade per il socio di società per azioni, l'intera partecipazione del socio di società a responsabilità limitata, cfr. ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 79.

⁶² Un labile (perché si potrebbe ben ritenere che il legislatore, quando scriveva, pensava invero alla società per azioni) argomento per il recesso parziale si potrebbe ricavare dall'art. 2497-*quater* in tema di diritto di recesso del socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento. Infatti, detto socio ha diritto di recedere (comma 1, lett. *b*) «quando a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497»; ebbene, «in tal caso» la legge dispone che «il diritto di recesso può essere esercitato soltanto per l'intera partecipazione del socio».

⁶³ In tal senso cfr. MALTONI M., *Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, 310, il quale punta la sua osservazione sull'indivisibilità della quota di società a responsabilità limitata; e, mi pare, anche MORANO A., *Analisi delle clausole statutarie in tema di recesso alla luce della riforma della disciplina delle società di capitali*, in *Riv. not.*, 2003, 305.

se infatti il socio esercita il recesso, manifesta di volere la liquidazione delle sue partecipazioni (ed esprime quindi una volontà contrastante con quella di trasmettere ad altri la titolarità delle partecipazioni stesse) mentre la società ha evidentemente interesse al ritiro dalla circolazione delle partecipazioni che sta liquidando, anche al fine della tutela degli interessi di chi, ignaro della dichiarazione di recesso, acquisti le partecipazioni in corso di liquidazione.

Nel caso invece della società a responsabilità limitata, dato che le partecipazioni non sono incorporate in azioni e che non sono destinate a circolare con alta frequenza, questo allarme è senz'altro minore⁶⁴: e quindi, anche a non ritenere l'applicabilità analogica alla società a responsabilità limitata della predetta norma dettata per la società per azioni, si dovrà peraltro ritenere che, se mai circoli la quota del socio che abbia richiesto il recesso, il cessionario in tal caso subentra (non tanto nella quota quanto) nel diritto alla riscossione della liquidazione spettante al recedente.

4.6 La valutazione delle partecipazioni del recedente

Sotto il profilo della valutazione del *quantum* dovuto al recedente, la normativa della società a responsabilità limitata contiene invece, a differenza di altri aspetti del recesso, qualche indicazione, anche se non certo con il crisma dell'eshaustività⁶⁵: dopo essersi dunque sancito che il socio recedente ha «diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione in proporzione del patrimonio sociale», la disciplina della riforma fornisce infatti alcune indicazioni per la determinazione di questo valore, disponendo che:

- a. la quota del recedente va proporzionalmente rapportata al valore *del patrimonio sociale*, il quale «è determinato tenendo conto del suo valore di mercato⁶⁶ al momento della dichiarazione di recesso»⁶⁷ (va quindi notato che

⁶⁴ Nel senso della non applicabilità alla società a responsabilità limitata dell'art. 2437-bis, comma 2, cfr. Cfr. RORDORF R., *Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, in *Società*, 2003, 929.

⁶⁵ Cfr. nell'ordinamento anteriore RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 353, favorevole all'applicazione dei criteri dettati per il recesso nella società di persone, in ciò contrastando con FERRI G., *Recesso del socio e speciali ragioni di deroga ai criteri legati di valutazione nel bilancio di esercizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, II, 141; cfr. pure SPEDICATI D., *Il diritto di recesso: il rimborso del recedente*, in *Riv. soc.*, 1993, 681.

⁶⁶ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative*, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366, par. 11, «è di particolare rilievo la disciplina dettata dal terzo comma dell'art. 2473, che tende ad assicurare

l'attenzione del legislatore è puntata non sul *valore della partecipazione* del recedente, bensì sul *valore del patrimonio sociale* con ciò che ne consegue – dovendosi ricavare proporzionalmente la quota di valore spettante al socio in quel patrimonio – sulla difficoltà di concepire, per esempio, una “super-liquidazione” del socio cui spetti la maggioranza del capitale sociale o comunque quel quoziente di esso da cui derivi la capacità di adottare decisioni vincolanti per gli altri soci, oppure del socio cui competano i “particolari diritti” di cui all’art. 2468, comma 3)⁶⁸;

- b. in caso di disaccordo, la determinazione deve essere compiuta tramite la relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente, applicandosi in tal caso il primo comma dell’art. 1349 del Codice civile (vale a dire che questo esperto non può comportarsi con mero arbitrio ma deve agire con equo apprezzamento e che se manca la determinazione dell’esperto o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione va fatta dal giudice).

Quanto alla determinazione del valore della partecipazione oggetto di recesso, la legge, con le previsioni sopra accennate, indica dunque un criterio che non può non suscitare riprese critiche, e ciò:

- non solo perché impone di discendere proporzionalmente il valore della quota dal valore del patrimonio sociale, il che lascia vasti àmbiti di perplessità, in quanto una quota (basti pensare al confronto di valore tra la quota cui – come detto – sia connesso il controllo “assembleare” e le altre quote di partecipazione al capitale sociale) può in effetti avere un valore non proporzionale rispetto all’intero patrimonio sociale;
- ma anche perché il criterio del «valore di mercato» del patrimonio sociale appare privo di fondamento, in quanto, se di un “valore di mercato” bisogna

che la misura della liquidazione della partecipazione avvenga nel modo più aderente possibile al suo valore di mercato; e introduce un procedimento volto a superare le soluzioni penalizzanti tuttora adottate dal diritto vigente».

⁶⁷ Nel diritto previgente cfr. Trib. Milano, 2 maggio 1996, in *Società*, 1996, 839, secondo cui «nel caso di recesso di un socio da una società per azioni non quotata in borsa o da società a responsabilità limitata, la quota deve essere liquidata tenendo conto del valore del patrimonio sociale quale risultante dal bilancio (redatto secondo i criteri legali) relativo all’esercizio sociale immediatamente precedente alla data in cui si è verificato il recesso, senza che possa assumere alcun rilievo la reale situazione patrimoniale della società (determinata secondo valori di mercato) alla data del recesso stesso»; per Trib. Torino, 26 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 1999, 2350, «ai fini del rimborso delle azioni il bilancio cui riferirsi deve essere individuato in quello relativo all’ultimo esercizio immediatamente precedente al recesso ancorché non ancora approvato».

⁶⁸ Cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 241.

parlare, questo è il valore di mercato delle singole quote (e sempre che esse abbiano un valore di mercato e cioè vi sia un mercato – ciò che invero assolutamente non esiste – ove queste quote si possano commerciare)⁶⁹ e non certo quello del patrimonio sociale.

Invero, se con l'espressione "valore di mercato" del patrimonio sociale il legislatore abbia inteso riferirsi al valore della società secondo le valutazioni che sono solite farsi sul mercato, e cioè in tutte quelle ipotesi in cui si deve operare una valutazione della società (per esempio, in caso appunto di cessione di quote, ma anche in quelli della cessione dell'azienda sociale, della determinazione di un concambio di fusione o scissione o di un sovrapprezzo da conferimento ecc.), non solo il legislatore avrebbe potuto utilizzare espressioni più confacenti, ma soprattutto avrebbe potuto approfittare – senza fatica – dei concetti espressi solo qualche decina di articoli addietro, e cioè, di nuovo, nella disciplina del recesso da società per azioni.

Nel nuovo art. 2437-ter è infatti più appropriatamente disposto che il valore delle azioni per le quali sia esercitato il diritto di recesso è determinato dagli amministratori, sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione contabile, tenuto conto⁷⁰:

1. della consistenza patrimoniale della società;
2. delle sue prospettive reddituali; nonché:
3. dell'eventuale valore di mercato delle azioni stesse.

Inoltre, nella normativa della società per azioni si dispone che, ove il diritto di recesso possa maturare da una deliberazione assembleare programmata nel prossimo futuro, i soci hanno diritto a conoscere in anticipo la determi-

⁶⁹ Rileva, per esempio, ZANARONE G., *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 168, che nella società a responsabilità limitata manca «per definizione un mercato anche solo potenziale delle quote per l'impossibilità di fare ricorso al pubblico risparmio».

⁷⁰ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 9, «all'art. 2437-ter le modalità di determinazione del valore della quota del recedente, fortemente penalizzanti nell'attuale disciplina, costituiscono grave problema, trattandosi di conciliare un atto, e un intento, liquidatorio, quale quello del socio, con i caratteri di una società, di un'impresa, in esercizio, e le due prospettive, liquidazione e continuità, sono in contrasto. Per l'ipotesi che nulla lo statuto preveda si è fatto riferimento alla "consistenza patrimoniale", volendo così indicare la non vincolatività dei dati contabili, e alle "prospettive reddituali", come elemento correttivo della situazione patrimoniale; il riferimento a un valore di mercato è eventuale. Si è però previsto che lo statuto, allora, a seconda del diverso assetto delle varie società, possa dare indicazioni analitiche di quali poste rettificare, e sui criteri di rettifica. In questo caso potrà tenersi conto, se statutariamente indicato, anche, per esempio, dell'avviamento».

nazione del valore che alle loro partecipazioni sarebbe attribuito in caso di recesso, e ciò nei quindici giorni precedenti la data fissata per l'assemblea; ed è pure disposto che ciascun socio ha diritto di prendere visione della valutazione e di ottenerne copia a proprie spese.

Anche di questa norma potrebbe porsi il problema della sua applicabilità analogica alla nuova società a responsabilità limitata: una conclusione in senso favorevole punterebbe evidentemente sulla completezza dell'informazione che tale disciplina intende realizzare; una conclusione negativa (che probabilmente appare preferibile) punterebbe invece sulla specialità della norma e sulla sua non estensibilità al di fuori del suo alveo, in quanto nella società a responsabilità limitata il carattere personalistico dei rapporti tra i soci, il diritto all'informazione di cui ciascun socio dispone, la "normale" partecipazione di ciascun socio alla vita della società affievoliscono del tutto la necessità di prelevare una disciplina propria di un mondo dove il socio è invece completamente estraneo all'attività sociale, della quale quindi è quasi completamente disinformato.

4.6.1 La determinazione statutaria dei criteri di valutazione

Come detto, nell'ambito delle norme sul recesso dalla società a responsabilità limitata, si rinviene un principio di correlazione abbastanza laconico tra il valore della quota e il valore "di mercato" del patrimonio sociale, ma nulla si prevede sulla predisposizione di una disciplina statutaria che faccia da guida per la determinazione del valore (del patrimonio sociale e quindi) della partecipazione.

In questo panorama normativo, è dunque opportuno chiedersi se la materia della valutazione della quota del recedente dalla società a responsabilità limitata sia regolabile mediante apposite previsioni statutarie⁷¹.

La risposta positiva non pare difficile da ottenere, solo che si consideri:

- in via generale, il clima di notevole derogabilità che contraddistingue la disciplina della nuova società a responsabilità limitata;
- in via particolare, la norma (dettata invero per le società per azioni, ma che non appare affatto incompatibile con la materia della società a responsabilità limitata) di cui al nuovo art. 2437-ter, secondo cui lo statuto «può stabilire criteri diversi di determinazione del valore di liquidazione»⁷².

⁷¹ Cfr. CAGNASSO O., *Ambiti e limiti dell'autonomia concessa ai soci nella "nuova" società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 372, il quale non ammette deroghe alla norma sulla valutazione della quota di chi recede. L'ammette invece RORDORF R., *Il recesso del socio di società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, in *Società*, 2003, 930.

⁷² Secondo SALAFIA V., *Statuti e riforma societaria: organizzazione, rapporti fra i soci, attività*

Percorrendo dunque questo cammino di determinazione statutaria delle regole che debbono presiedere la valutazione della partecipazione del recedente, è bene prendere spunto dal medesimo art. 2437-ter, che, dopo aver appunto previsto la possibilità di predisporre regole statutarie in questa materia, dispone come nello statuto si possano in particolare indicare:

- a. gli elementi dell'attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal bilancio, unitamente ai criteri di rettifica;
- b. altri elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in considerazione.

Innanzitutto, una questione di non poco momento è quella di stabilire se questa rettifica degli elementi dell'attivo e del passivo di cui all'art. 2437-ter possa condurre ad annullare il valore della partecipazione da liquidare fino al suo valore nominale o a un valore comunque simbolico (e cioè non correlato al valore effettivo della società).

Il caso è questo, assai ricorrente nella pratica operativa: Tizio, Caio e Sempronio, nell'atto costitutivo di una società (o anche nel corso di un'assemblea di modifica statutaria, ove, per semplicità di esempio, si registri l'unanimità dei consensi) convengono che, al fine di "scoraggiare" l'eventuale diritto di recesso che uno di essi voglia esercitare nel corso della vita sociale, nello statuto della società stessa venga inserita una previsione secondo cui le quote del recedente vengano rimborsate, per esempio, al valore "nominale" (oppure al valore "contabile" del patrimonio netto, non attualizzando quindi le poste di bilancio con i valori correnti dei beni appartenenti alla società, e non considerando l'avviamento).

Una clausola simile la si può poi immaginare, a maggior ragione, per il caso della valutazione della quota del socio che sia oggetto di un procedimento di esclusione: e cioè, per "sanzionare" ulteriormente chi incappi in una causa di esclusione, si inserisce nello statuto una previsione secondo cui la quota dell'escluso possa essere liquidata con il mero rimborso del valore nominale del capitale versato dal socio escluso.

sociale, patti parasociali, in *Società*, 2003, 414, mentre nella società per azioni «non sarebbe ammissibile una rettificazione in peggio rispetto al valore reale, perché essa comporterebbe una sostanziale espropriazione del socio, che nel nostro ordinamento non è ammissibile», nella società a responsabilità limitata, invece, «lo statuto originariamente approvato o successivamente modificato con il voto unanime di tutti i soci potrebbe legittimamente prevedere un criterio meno favorevole per i soci e più vantaggioso per la società, trattandosi sostanzialmente di una clausola nociva all'interesse privato, liberamente accettata dai soggetti interessati; non si potrebbe invece statutariamente stabilire un criterio più favorevole ai soci, poiché esso si tradurrebbe in un pregiudizio per il patrimonio della società e quindi anche per i creditori».

Ebbene, se evidentemente la disciplina di *default* che il legislatore predispone per questi casi si basa su una stretta correlazione tra somma da liquidare e valore “effettivo” della società (salvo poi capire come determinare questo valore effettivo), le clausole che affievoliscono il valore da liquidare sopra esemplificate non appaiono comunque implausibili: da un lato, infatti, c’è sempre da considerare questo clima di grande malleabilità della nuova disciplina della società a responsabilità limitata per adattare le strutture statutarie alle esigenze dei casi concreti, e, d’altro lato, c’è da sottolineare che non sembra un approdo irraggiungibile quello di ritenere la validità di queste clausole stante l’unanime consenso che su di esse i soci dispieghino nella fase costitutiva della società o in una successiva decisione modificativa dello statuto societario (una riflessione a parte poi meriterebbe l’argomento dell’introducibilità “a maggioranza” di clausole del genere).

Se dunque vi sia unanimità di vedute, perché allora impedire ai soci di una società a responsabilità limitata di regolarne la vita anche con previsioni di questo tipo? Se queste conseguenze sono state volute da loro stessi, per ritenere simili clausole non introducibili in uno statuto bisognerebbe pensare, non essendovi norme di legge esplicite di segno contrario (e ciò evidentemente in quanto si consideri la previsione di cui all’art. 2473, comma 3, non come un imperativo categorico ma una disciplina di *default*, disattivabile a piacimento), a un loro presunto conflitto con principi generali, inespressi dalla disciplina legislativa ma in essa immanenti. Principi che tuttavia appare difficile rinvenire, stante appunto il valore della sovrana volontà dei soci di autoregolarsi con previsioni statutarie ritagliate sulle loro specifiche esigenze, valore che di sé impregna tutta la disciplina della riforma del diritto societario.

A meno che non si ritenga che questo principio generale, dal quale sarebbe impedita l’inserzione di clausole di liquidazione “punitiva” per il recedente, sia da rinvenire nella stessa ritenuta inderogabilità della disciplina del recesso e quindi nella considerazione secondo cui la liquidazione irrisoria del recedente sarebbe un disincentivo del recesso e, quindi, in pratica, una sua soppressione “di fatto”.

Se invece si intenda procedere all’indicazione statutaria dei metodi da seguire per la determinazione del valore “effettivo” della quota da liquidare, va innanzitutto sottolineato che, se esistono diversi metodi di valutazione delle aziende⁷³, utilizzabili anche a seconda delle diverse tipologie e

⁷³ Con il *metodo patrimoniale, semplice o complesso*, si intende determinare il valore del patrimonio netto rettificato, attribuendo un valore alle attività e passività; sono comprese nella valutazione anche le attività immateriali, quali brevetti, marchi ecc., anche se esse non siano state rilevate contabilmente (perché, per esempio, di origine interna). Secondo il *metodo reddituale “puro”*, ci si basa sui flussi reddituali attualizzati e sulla capitalizzazione del reddito medio/normale atteso. In

realità imprenditoriali, il metodo valutativo attualmente più in voga è quello “misto” patrimoniale/reddituale, senza però dimenticare che il sistema dei “multipli” sta registrando da qualche tempo un successo notevole (sia che si tratti di moltiplicatori “causali” di larga diffusione e per i quali si disponga di ampie e sicure basi informative sia che si tratti di moltiplicatori derivanti da prezzi di transazioni di società comparabili)⁷⁴.

4.7 Il procedimento di liquidazione del socio che recede

Il nuovo art. 2473, comma 4, dispone innanzitutto che il rimborso delle partecipazioni per cui è stato esercitato il diritto di recesso «può avvenire anche mediante acquisto da parte degli altri soci proporzionalmente alle loro partecipazioni oppure da parte di un terzo concordemente individuato dai soci medesimi».

Da questa espressione possibilistica («può avvenire anche») evidentemente non può discendersi che la procedura di liquidazione del recedente possa prescindere dall'interpello dei consoci del recedente circa l'acquisizione delle quote del recedente stesso (se così fosse e se cioè ai consoci del recedente non fosse concesso questo diritto di “opzione”, si verificherebbe una inammissibile diluizione delle quote dei consoci del recedente): invero,

base al metodo “misto” (*patrimoniale-reddituale*), si determina come sopra il valore del patrimonio netto, al quale viene aggiunto il valore dell'avviamento, stimato mediante la capitalizzazione del “sovrareddito” tramite l'attualizzazione del reddito medio prospettico. Quest'ultimo metodo è quello attualmente più utilizzato perché considera non soltanto l'aspetto patrimoniale, ma anche quello reddituale e, pertanto, “corregge” in più o in meno la determinazione del valore del patrimonio (il valore patrimoniale, infatti, generalmente non è da solo sufficiente a esprimere il valore dell'azienda peritata). In sostanza, questo metodo costituisce un “compromesso” tra valore patrimoniale e aspettative reddituali, in quanto il valore del patrimonio netto viene rettificato con un riferimento al potenziale reddituale espresso dall'azienda. Esistono poi alcuni metodi finanziari come quello dei flussi di cassa attualizzati (DCF), generalmente utilizzato in altri contesti (per esempio, negli Stati Uniti) e il così detto EVA (Economic Value Added).

⁷⁴ Il metodo dei multipli si basa sull'applicazione di alcuni indicatori (multipli di mercato), desunti da quotazioni di borsa di aziende appartenenti al medesimo settore di quella oggetto della valutazione (oppure da transazioni aventi a oggetto aziende non quotate: ma qui il reperimento dei dati è più difficile e meno trasparente). Secondo gli studiosi della materia, tale metodo non è applicabile alle imprese di nuova costituzione, le quali non hanno multipli affidabili. La prassi americana che sta per essere accolta anche dalla prassi internazionale (principi contabili emanati dallo IASB) considera anche i “valori intangibili”, ovvero immateriali: ecco perché il legislatore della riforma del diritto societario ha introdotto, nell'art. 2427 (nota integrativa) il nuovo numero 3-bis che richiede l'illustrazione delle “immobilizzazioni immateriali di durata indeterminata” (cosiddetti *intangible assets*). Il moltiplicatore più noto è il seguente: P/E: prezzo/utile per azione (*price/earning*). Esistono comunque altri multipli, per esempio: Prezzo/flusso di cassa per azione (EV/EBIT: valore dell'azienda/risultato operativo).

quell'espressione possibilistica sta a significare "solo" che, ove non si faccia luogo ad acquisto delle quote del recedente da parte dei suoi consoci, si possono aprire altre strade prima della radicale liquidazione della società (e cioè la strada, come oltre vedremo, dell'acquisto delle quote del recedente da parte di terzi estranei alla compagine sociale oppure quella della liquidazione del recedente con utilizzo delle riserve o del capitale della società dalla quale si è domandato il recesso oppure procurando la necessaria liquidità con la vendita da parte della società di attività che vengano ritenute non strategiche oppure ancora ricorrendo al "classico" credito bancario)⁷⁵, ma non certo appunto che il diritto di opzione dei consoci del recedente possa essere *bypassato*.

Sotto questo profilo, è dunque assai più appropriata la disciplina del recesso dettata dalle corrispondenti norme della società per azioni, ove si legge (art. 2437-*quater*) che:

- a. gli amministratori devono offrire in opzione le azioni del socio recedente agli altri soci in proporzione al numero delle azioni possedute;
- b. se vi sono obbligazioni convertibili, il diritto di opzione spetta anche ai possessori di queste, in concorso con i soci, sulla base del rapporto di cambio;
- c. l'offerta di opzione va depositata presso il Registro delle Imprese entro quindici giorni dalla determinazione definitiva del valore di liquidazione;
- d. per l'esercizio del diritto di opzione deve essere concesso un termine non inferiore a trenta giorni dal deposito dell'offerta;
- e. coloro che esercitano il diritto di opzione, purché ne facciano contestuale richiesta, hanno diritto di prelazione nell'acquisto delle azioni che siano rimaste non optate.

Ebbene, anche nel campo delle società a responsabilità limitata occorre che l'organo amministrativo offra le quote del recedente prima di tutto all'acquisto degli altri soci e che per essi sia stabilito (opportuna è una previsione statutaria in tal senso) un termine entro il quale i medesimi possano decidere se acquisire o meno le quote del recedente, in proporzione alla propria percentuale di partecipazione al capitale sociale, e pure con la facoltà di prelazionare le quote del recedente che non siano optate da altri soci.

Se dunque questa procedura di offerta ai soci non sortisca alcun esito ecco che allora si apre, questa volta sì, il ventaglio di possibilità che la legge

⁷⁵ Cfr. MASTURZI S., *Sub Articolo 2473*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 91.

offre per soddisfare il diritto del socio recedente di vedere liquidato in denaro il valore delle sue partecipazioni⁷⁶. E così:

- a. in primo luogo l'organo amministrativo della società deve cercare un collocamento delle quote del recedente presso terzi estranei alla compagine sociale (ma si pone il problema se sia necessario il consenso – e forse addirittura il consenso unanime – degli attuali soci);
- b. in secondo luogo, qualora anche questo collocamento presso terzi (non possa avvenire o) non abbia esito positivo, il rimborso deve essere effettuato con l'utilizzo di riserve disponibili (con il risultato che le partecipazioni del recedente si "accrescono" sugli altri soci: alternative infatti non ve ne sono poiché, da un lato, la società non può acquistare proprie quote e, dall'altro, non riducendosi il capitale, si pone il problema – risolto appunto da questo sistema di "accrescimento" – del "collocamento" delle quote del recedente);
- c. in terzo luogo, la società deve procedere alla liquidazione del recedente mediante corrispondente riduzione del capitale sociale⁷⁷ (ma questa decisione di ridurre il capitale sociale può essere eseguita, per tutela dei creditori sociali⁷⁸, soltanto dopo tre mesi dal giorno dell'iscrizione nel Registro delle Imprese della decisione medesima, purché entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all'iscrizione abbia fatto opposizione oppure, in caso di opposizione, se il tribunale, ritenendo infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori, disponga che l'esecuzione abbia comunque luogo);
- d. in ultimo luogo, qualora il capitale non abbia sufficiente capienza per

⁷⁶ Cfr. nel diritto previgente Trib. Milano, 2 maggio 1996, in *Società*, 1996, 839, secondo cui «la società per azioni non quotata in borsa e la società a responsabilità limitata devono liquidare la quota al socio receduto entro il termine di quattro mesi e 45 giorni dalla data di chiusura dell'esercizio immediatamente precedente la data in cui è divenuto efficace il recesso stesso; in caso di inadempimento la società è tenuta a corrispondere sulla somma da liquidare gli interessi moratori, mentre non può essere disposta la rivalutazione monetaria, trattandosi di obbligazione pecuniaria disciplinata dal principio nominalistico e non di debito di valore».

⁷⁷ Anche nell'ordinamento *ante* riforma si è ritenuto (App. Torino, 1° dicembre 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, 415) che «al recesso di socio di s.r.l. – legittimamente esercitato – può conseguire la diminuzione del capitale sociale in misura corrispondente alla sua quota».

⁷⁸ Annota questa previsione come «assolutamente originale, sia pure nella sua portata eversiva», MASTURZI S., *Sub Articolo 2473*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 84, in quanto essa «non può certo dirsi finalizzata alla loro salvaguardia e, men che meno, alla conservazione e all'integrità del capitale sociale. Appare, piuttosto, un rimedio eccessivo e senz'altro sproporzionato agli interessi dei creditori che ricevono protezione dalla capacità dell'impresa di produrre nuova ricchezza e, per ciò stesso, dalla sua sopravvivenza, piuttosto che dalla sua estinzione».

poter sopportare il rimborso della partecipazione del socio receduto, la società deve essere posta in liquidazione, cosicché il recedente si soddisferà non più con la liquidazione della sua individuale quota ma con la più complessiva ripartizione del patrimonio sociale che residui dall'attività di liquidazione.

A parte quest'ultimo caso, e cioè quello nel quale l'esercizio del diritto di recesso porta alla liquidazione della società e quello della riduzione del capitale sociale, in tutti gli altri casi si assiste dunque a un mutamento nella titolarità delle quote di partecipazione in cui è suddiviso il capitale sociale: vuoi perché gli altri soci acquistino la quota del recedente, vuoi perché questo acquisto venga effettuato da terzi estranei alla compagine sociale, vuoi infine perché la società liquidi il recedente utilizzando le proprie riserve e quindi sugli altri soci si verifichi un fenomeno di "accrescimento" della partecipazione del recedente. Ora, ai fini dell'introducibilità di questi mutamenti nel Registro delle Imprese e della loro consacrabilità nel libro dei soci, appare inevitabile che essi debbano risultare da atto pubblico o con sottoscrizioni autenticate.

Come già detto, infine, ai sensi dell'art. 2473, comma 4, «il rimborso delle partecipazioni per cui è stato esercitato il diritto di recesso deve essere eseguito entro centottanta giorni dalla comunicazione del medesimo fatta alla società»: la norma appare scritta con un perentorio ("deve essere") carattere imperativo, ma ci si può probabilmente porre il problema della sua derogabilità statutaria e pure probabilmente risolverlo affermativamente⁷⁹.

4.8 L'esclusione dalla società

Se nel diritto anteriore alla riforma la previsione di casi di esclusione da una società di capitali rappresentava un vero e proprio tabù, per il fatto che, dovendosi rimborsare il socio escluso, ne derivava una diminuzione del capitale sociale potenzialmente lesiva dei diritti dei creditori sociali⁸⁰, la riforma del diritto societario invece innova fortemente su questa materia consentendo, per vero nelle sole società a responsabilità limitata, stante il loro rinnovato connotato personalistico, la previsione statutaria di casi di esclusione dei soci dal capitale sociale.

⁷⁹ Cfr. MALTONI M., *Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, 314.

⁸⁰ Cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 441.

D'altro canto, anche la tutela dei diritti dei terzi a non subire attentati all'integrità del capitale sociale è un valore che, nonostante la previsione di casi di esclusione, la riforma si dà carico di cautelare, e che viene dunque realizzata con il richiamo delle norme relative alla liquidazione del socio recedente, con il limite però che non si può procedere alla liquidazione dell'escluso mediante riduzione del capitale sociale, come oltre vedremo: se alla liquidazione del socio non si può far fronte altrimenti, la società deve dunque sciogliersi.

L'estremo rilievo che la riforma conferisce alla figura del socio di società a responsabilità limitata consente dunque di applicare alla società a responsabilità limitata stessa un istituto che è finora stato retaggio tipico delle società di persone, ove l'apporto personale del socio è talmente rilevante per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale da legittimare la previsione normativa (artt. 2286-2288) secondo cui (accanto a ipotesi di esclusione *ex lege*, derivanti da interdizione, inabilitazione, condanna a pena interdittiva dai pubblici uffici, perimento della cosa o del servizio promessi in conferimento, fallimento) il socio può, in particolare, essere espulso:

- a. in caso di «gravi inadempienze» nelle obbligazioni che gli derivano dalla legge o dal contratto sociale;
- b. ove sopravvenga la sua inidoneità a conferire in società l'opera promessa.

In altri termini, si tratta, specie nel primo caso, di ipotesi di esclusione "aperte", tali da permettere di giungere all'esclusione del socio in qualsiasi evenienza sia ravvisabile una sua grave inadempienza e la sua inidoneità a svolgere il ruolo promesso, stante la strettissima connessione che vi è, nelle società di persone, tra l'attività imprenditoriale e il ruolo nonché l'apporto dei singoli soci nello sviluppo della vita societaria: l'attività della società e quella dei soci talmente infatti si identificano, si sovrappongono e si compenetrano da legittimare una previsione normativa di estromissione del socio dalla compagine sociale ogni qualvolta il verificarsi di sue gravi inadempienze mini alle radici quel rapporto di estrema fiducia e di massima rilevanza dei rapporti personali tra i soci che di sé informa in modo perfino strutturale il clima imprenditoriale nel quale operano le società di persone.

Sono questi, infine, i motivi per i quali, nel prevedere ipotesi di esclusione, il legislatore ha limitato il suo spirito innovatore alla sola società a responsabilità limitata: qui invero si è data fortissima attenzione alla centrale posizione del socio e al carattere contrattuale dei rapporti tra i soci, e ciò non solo nella fase costitutiva ma anche nel corso dello sviluppo dell'intera vita societaria; mentre nella società per azioni il rapporto tra socio e società è indubbiamente molto più spersonalizzato e il clima che contraddistingue quell'ambiente imprenditoriale continua a non essere suscettibile

di legittimare, così come accadeva in passato, ipotesi di espulsione del socio dalla compagine sociale.

4.9 I casi di esclusione

L'art. 2473-*bis* del Codice civile, introdotto dalla legge di riforma, dispone dunque che l'atto costitutivo (o lo statuto) della società a responsabilità limitata «può prevedere specifiche ipotesi di esclusione per giusta causa del socio». Pertanto, non sono previste cause di esclusione *ex lege*, come capita per le società di persone (artt. 2286-2288), ma è data la possibilità di introdurre nel contratto sociale “specifiche” cause di esclusione: non di qualsiasi tipo, però, ma solo «per giusta causa»; la differenza di disciplina con le società di persone è probabilmente da ascrivere al rilievo che esclusione significa liquidazione del socio escluso con la conseguente depatrimonializzazione che ne deriva per la società e che quindi l'indicazione di fattispecie specifiche di esclusione è stata forse intesa dal legislatore (oltre che come elemento di certezza nei rapporti tra i soci) nel segno della maggior tutela possibile dei terzi creditori.

Ora, dato che la legge permette di inserire negli statuti «specifiche ipotesi di esclusione» appare innanzitutto assai problematica l'ammissibilità di una previsione generica di esclusione, e cioè quella secondo cui sarebbe escludibile il socio ove appunto ricorra, caso per caso, una generica «giusta causa» (e cioè un accadimento, valutabile appunto in termini di “giusta causa” che legittimi l'espulsione del socio, quale, per esempio, sarebbe il comportamento del socio che distrugga fondi della società per finalità personali); in altri termini, non appare possibile⁸¹, stante l'esigenza di “specificazione” che pare trarsi dalla norma in questione, replicare la normativa di cui all'art. 2286 ove viene comminata l'espulsione per generiche «gravi inadempienze» rispetto alle obbligazioni derivanti al socio dalla legge o dal contratto sociale⁸².

Se dunque si intendano sanzionare con l'esclusione eventuali gravi inadempienze, occorre specificare nello statuto sociale di quali inadempienze

⁸¹ Cfr. MASTURZI S., *Sub Articolo 2473-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 95, secondo la quale «il tenore letterale della disposizione è chiaro nel senso che le situazioni legittimanti l'esclusione debbano essere espressamente indicate e non possano genericamente ricondursi a una “giusta causa”». Cfr. pure MALTONI M., *Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, 314.

⁸² Trib. Perugia, 2 agosto 1994, in *Rass. giur. umbra*, 1995, 81.

si tratti: si pensi, per esempio, all'assunzione di un obbligo di non concorrenza o all'assunzione di un obbligo di prestare una data opera a vantaggio della società (e quindi, in ipotesi, a un dovere di abitare nell'abitazione incorporata nel capannone aziendale, a un dovere di presenza in un ufficio o in un negozio, a un dovere di svolgere certe pratiche, di tenere certi contatti, di assistere a dati eventi, quali fiere, mostre, esibizioni ecc.) che il socio obbligato poi non esegua correttamente.

Ciò che ora si rende dunque ammissibile è l'individuazione di "specifici" accadimenti al verificarsi dei quali si possa infine decidere l'esclusione del socio (per esempio: la sopravvenuta incapacità lavorativa, il sopravvenuto stato di incapacità legale, una condanna penale; quanto al fallimento del socio, questo accadimento è senz'altro di possibile previsione come causa di esclusione, con l'ovvia precisazione, tuttavia, che la liquidazione deve essere versata alla procedura e che comunque, in tal caso, occorre applicare il disposto dell'ultimo comma dell'art. 2471, che estende al fallimento la procedura di vendita prevista per il caso del pignoramento della quota di società a responsabilità limitata); peraltro, la nuova legge, come detto, aggiunge che si deve trattare di ipotesi di «giusta causa»⁸³.

Ora, se questa qualificazione in termini di "giusta causa" degli eventi il cui ricorrere legittima l'esclusione del socio impedisce senz'altro di riferire l'esclusione, da un lato, ad accadimenti indifferenti per la vita societaria (del tipo, per assurdo: "è escluso il socio che si tinge i capelli di rosso") e, d'altro lato, ad accadimenti che, pur in qualche misura relazionati alla vita societaria, sono per essa praticamente irrilevanti, e cioè che obiettivamente non ne comportano alcuna turbativa di rilievo⁸⁴, purtuttavia l'individuazione di un certo evento (invero attinente alla vita societaria e su di essa non completamente ininfluyente) in un dato statuto societario come presupposto di possibile esclusione determina senza dubbio la conseguenza che per "quello" statuto (e quindi per "quella" compagine societaria dalla quale è fuoriuscito "quello" statuto) l'evento di cui si parla è di per sé espressione di una "giusta causa"⁸⁵.

⁸³ Per GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 481, deve trattarsi di «ipotesi riconducibili al duplice genere dell'inadempimento ai doveri sociali e dell'impossibilità sopravvenuta del loro adempimento».

⁸⁴ Secondo MALTONI M., *Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, 315, occorre che si tratti di fattispecie che «a) devono avere attinenza con la persona del socio; b) devono avere rilievo organizzativo, nel senso che il prodursi di quella causa specifica può costituire un pregiudizio per l'efficiente svolgersi dell'attività sociale».

⁸⁵ In tal senso credo PERRINO M., *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1137, quando correla l'istituto dell'esclusione «con riferimento, per esempio, all'esigenza

Quello che, in altri termini, si vuole evidenziare con il ragionamento che precede è la considerazione che, quando l'esclusione sia subordinata al ricorrere, *tout court*, di una "giusta causa", allora il percorso mentale da compiere, per verificare se la "giusta causa" sussista o meno nel caso specifico (com'è fin qui accaduto per l'esclusione da società di persone), è quello di accertare (a posteriori) se nell'accadimento di un dato evento possa rinvenirsi il ricorrere di quegli indici di rilevante violazione da parte del socio di obblighi contrattuali o di doveri di correttezza, fedeltà, lealtà e diligenza⁸⁶ che permettono di collocarlo appunto nel novero di quelli che sono qualificabili in termini di fattispecie di "giusta causa".

Ma se il percorso è invece quello di definire "a priori" l'evento che una data collettività considera, ove detto evento in concreto si verifichi, elemento legittimante l'esclusione da quella collettività di uno dei suoi membri, allora non si apre più il giudizio ("a posteriori") se quell'evento sia una "giusta causa", perché che quell'evento sia una "giusta causa" l'ha già deciso "a priori" quella collettività annoverandolo tra quelli che appunto legittimano l'esclusione da essa.

Pertanto, quando il legislatore della riforma consente che lo statuto possa «prevedere specifiche ipotesi di esclusione per giusta causa del socio» non costringe all'elencazione di eventi che, se giudicati "a posteriori", sarebbero qualificabili come casi di "giusta causa", ma consente di introdurre nello statuto la previsione di eventi che da "quella" società sono "a priori" considerati, al fine dell'ordinato sviluppo della propria attività, elementi di grave turbativa, legittimanti per ciò l'allontanamento di uno dei membri di quella collettività, e quindi fattispecie di "giusta causa".

In sostanza, la "giusta causa" verificabile "a posteriori" non può non essere che un concetto valevole per l'ordinamento nel suo complesso e quindi per tutti i consociati che di quell'ordinamento sono parte; mentre la "giusta causa" specificata "a priori" è la giusta causa propria di quella data collettività che la definisce per sé, e che quindi potrebbe essere non generalizzabile al di fuori di quella collettività ove è stata definita e ove essa vige.

E ancora, ove occorra verificare "a posteriori" (si pensi al socio di società di persone escluso per giusta causa, che ricorra al giudice per la verifica se l'evento accadutogli sia in effetti rappresentabile in termini di giusta causa di esclusione) la qualificabilità di un dato evento in termini di "giusta causa", il giudice non potrebbe non riferirsi a ciò che è generalmente rite-

di preservare certi connotati professionali, o familiari, o comunque soggettivi dei soci in una compagine sociale ristretta».

⁸⁶ Cfr. Cass., 14 ottobre 1966, n. 2454, in *Giur. it. Mass.*, 1966; Cass., 10 giugno 1999, n. 5732, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2949; in *Giur. it.*, 2000, 542; in *Società*, 2000, 55; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1602, in *Giur. it.*, 2000, 1659.

nuto come “giusta causa”, in un dato ambito socio-economico e in un dato contesto spazio-temporale⁸⁷; ma se, nell’ambito di una data collettività, sia definito “a priori” ciò che integra una “giusta causa” per tale collettività, il sindacato giudiziale non si può più svolgere nei termini predetti in quanto esso qui deve invece limitarsi a verificare se la fattispecie indicata nello statuto come evento di “giusta causa” si sia effettivamente verificato, poiché ciò che è “giusta causa” in quel contesto (ove è stato deciso che dal ricorrere di quella “giusta causa” discendono certe conseguenze) è stato appunto a priori definito in quello stesso contesto.

Quindi occorre probabilmente ritenere che non è necessario che questi accadimenti legittimanti l’espulsione del socio debbano astrattamente rispondere a una ipotetica loro qualificazione in termini di “giusta causa” (seppur, come pare, essi debbano pur sempre riferirsi a “turbative” della vita societaria o dei rapporti tra i soci): pare più opportuno ritenere infatti che sono gli stessi soci, individuando taluni fatti come cause di espulsione, ad attribuire dunque con ciò solo a detti fatti il crisma della “giusta causa” legittimante l’espulsione da quella specifica compagine sociale.

Si pensi, per esempio, alla previsione statutaria dell’esclusione del socio che inizi a svolgere un’attività concorrenziale con quella della società⁸⁸: non vi sarebbe da chiedersi dunque se lo svolgimento di un’attività concorrenziale sia astrattamente una “giusta causa” di esclusione (anzi, essa normalmente non lo è, visto che solo gli amministratori – e non certo i soci di società di capitali – hanno un vincolo di non concorrenza); ma il solo fatto che una tale situazione di concorrenza venga qualificata nel contratto sociale come causa di esclusione, legittima di per sé la sua considerazione in termini di “giusta causa”, in quanto, dandosi appunto rilevanza del contratto sociale a un dato fatto (che astrattamente potrebbe anche non essere definibile in termini di “giusta causa” di espulsione), questa previsione fa assurgere automaticamente tale fatto al rango di evento rappresentante una “giusta causa” di esclusione.

Se infatti in un dato statuto si dia rilievo alla considerazione che i soci non debbano svolgere concorrenza con la società, e se uno di essi si renda invece inadempiente rispetto a questo obbligo di non concorrenza, tanto

⁸⁷ Secondo MASTURZI S., *Sub Articolo 2473-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 96, «la giusta causa presuppone la violazione di obblighi idonea a minare l’*affectio societatis* e a rendere incompatibile la permanenza del socio in società, incidendo sul regolare svolgimento del rapporto sociale».

⁸⁸ Questo esempio è utilizzato anche in MALTONI M., *Il recesso e l’esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, 315.

basta per fare qualificare in termini di “giusta causa” tale comportamento del socio che, in assenza di quella previsione statutaria, non gli potrebbe essere impedito e, tanto meno, potrebbe essere oggetto di lamentele da parte degli altri soci.

Si pensi, ancora, all’indicazione nello statuto, quali fattispecie di giusta causa, di eventi che di per sé non hanno diretta e connessa attinenza con l’attività che la società svolge, ma che siano, da una data compagine sociale, ritenuti invero talmente condizionanti l’*affectio societatis* da esser considerati di pregiudizio, ove ve ne sia la ricorrenza, di un regolare svolgimento dei rapporti tra i soci: si pensi, per esempio, al lungo stato di detenzione cui sia sottoposto un socio di una società di smaltimento di rifiuti il cui atto costitutivo sia stato stipulato sul presupposto (non importa se definito “formalmente” o “implicitamente”)⁸⁹ che i soci avrebbero prestato continuamente la propria prevalente opera lavorativa – manuale o intellettuale – a vantaggio della società; si pensi invece al reato di contenuto sessuale di cui sia imputato il socio di una società che gestisce asili-nido o al reato contro il patrimonio (per aver rubato le caramelle in un autogrill) commesso dal socio di una società di vigilanza notturna o di portavalori ecc.

Ebbene, in tutti questi casi, e in mille altri che si potrebbero immaginare, l’indicazione statutaria, tra le cause di esclusione, dello stato di detenzione o della commissione di particolari reati⁹⁰ evidenzia da sé che quelle fattispecie sono ritenute come fattispecie legittimanti l’esclusione e quindi fattispecie ritenute di “giusta causa” in quella data compagine sociale; e cioè senza che sia possibile un giudizio a posteriori sul punto se quelle fattispecie, oltre che essere considerate di “giusta causa” in quell’ambito, siano qualificabili come fattispecie di “giusta causa” in astratto, e cioè vevoli come tali per la generalità dei consociati.

⁸⁹ La vita reale delle società a responsabilità limitata insegna, a chi l’osservi, che molte di queste iniziative imprenditoriali nascono sul presupposto del lavoro, assiduo e continuo dei soci, a favore della società e quindi sul presupposto che, se i soci non prestassero alla società la propria opera, prevalente e continuativa, la società stessa sarebbe destinata alla chiusura; e che questo impegno di prestazione d’opera è spesso un presupposto talmente fondamentale da essere addirittura un presupposto “implicito”, che cioè non necessita nemmeno di una minima sua formalizzazione, tant’è appunto “scontato”. In altri casi, invece, si procede alla stipulazione di un vero e proprio contratto, ove i vari soci si distribuiscono i rispettivi compiti, si assumono i corrispondenti impegni e si attribuiscono le relative retribuzioni, le quali, volta a volta, vengono assegnate a titolo di compenso amministratori o di stipendio di lavoro dipendente.

⁹⁰ Per semplicità del discorso, non si entra qui nel merito se si debba trattare di cause di esclusione che scattano solo a condanna definitiva o anche in precedenti stadi del procedimento penale; e se e come si possano ipotizzare soluzioni di “sospensione” del socio (che sono evidentemente da definire tra i soci mediante la reciproca concessione di opzioni di *put* e di *call*) tra l’inizio delle indagini e il provvedimento che definitivamente sancisca o meno la responsabilità penale del socio coinvolto in detti procedimenti.

Si pensi inoltre all'introduzione nello statuto di cause di esclusione che afferiscano al possesso da parte del socio di particolari *status* personali (come l'iscrizione a un dato Ordine o Albo, per esempio l'Ordine degli Ingegneri per il socio di una società di costruzioni)⁹¹ oppure che facciano riferimento alla verifica di eventi incidenti sulla figura soggettiva del socio stesso o sulla sua capacità lavorativa (e quindi l'accadimento di infortuni o malattie particolarmente prolungate o gravi, la dichiarazione di interdizione o di inabilitazione, la condanna per certi reati, la sottoposizione a procedure concorsuali ecc.): qui, di nuovo, la previsione stessa della necessità del possesso di un certo *status* o la previsione stessa che la verifica di determinati eventi incida talmente sulla figura dei soci da minare alle radici il fondamento dell'unità di quella compagine sociale sono evidente manifestazione della volontà di chi ha scritto quello statuto di conferire a dette previsioni il rango di "giuste cause", legittimanti l'interruzione della prosecuzione della vita sociale tra il socio che in quelle fattispecie sia incorso e gli altri soci.

4.10 La procedura di esclusione

La nuova normativa in tema di esclusione del socio dalla società a responsabilità limitata non specifica nulla⁹² sulla materia della procedura da seguire per giungere alla decisione di esclusione: il nuovo art. 2473-bis infatti laconicamente dispone solo che «si applicano le disposizioni del precedente articolo», il quale, a sua volta, verte invero nella materia della procedura di rimborso del socio che recede, dichiarandola pertanto applicabile anche all'ipotesi di esclusione. Al tema della procedura di esclusione devono per-

⁹¹ Questo esempio è usato anche in MALTONI M., *Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, 315.

⁹² Per MASTURZI S., *Sub Articolo 2473-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 96-97, per ricercare le norme sul procedimento di esclusione applicabili per analogia ci si potrebbe rivolgere sia alla disciplina delle società personali (art. 2287) sia a quella delle società cooperative (art. 2533, commi 2 e 3) a seconda di quale tra dette discipline sia ritenuta più confacente al tipo della società a responsabilità limitata, e cioè se detto tipo sia meglio qualificabile in termini "personalistici" o se sia pur sempre un tipo a struttura capitalistica seppur fortemente caratterizzato da connotazioni "personalistiche"; nel caso specifico peraltro il problema è stemperato dal rilievo che le due discipline differiscono solo per i più ampi limiti temporali concessi, al socio di cooperativa, per opporsi all'esclusione. La delibera che esclude il socio dalla società a responsabilità limitata diviene efficace decorsi 60 (e non 30: art. 2287) giorni dalla comunicazione, salvo ovviamente che il tribunale nel frattempo abbia disposto la sospensione del provvedimento.

tanto dedicarsi gli statuti societari che, quindi, su questo punto, vanno attentamente confezionati.

4.10.1 Chi decide l'espulsione del socio

Sia perché il ricorrere di una causa di esclusione è un fatto che evidentemente mina i rapporti tra i soci, sia perché la decisione di espellere un socio non può essere qualificata come una competenza attinente la "gestione" della società (se un socio sia o meno da escludere è infatti questione che francamente agli amministratori non interessa, sotto il profilo del "mandato" da essi ricevuto di gestire la società), a prima vista può apparire abbastanza improbabile che lo statuto possa conferire, in assenza di qualsiasi orientamento in tal senso da parte del legislatore, il potere di esclusione all'organo amministrativo⁹³. Lo stesso discorso va evidentemente ripetuto per un eventuale potere di esclusione che sia, per esempio, conferito al collegio sindacale.

Certo è però che se lo statuto delegasse a detti organi la materia dell'esclusione non ci si troverebbe probabilmente in presenza di una clausola illegittima⁹⁴: invero l'attribuzione del potere di espulsione all'organo amministrativo o al collegio sindacale sarebbe da intendere alla stessa stregua di una clausola, sulla cui legittimità non dovrebbe altrettanto dubitarsi, che individuasse, per esempio, in un collegio di probiviri (composto da soggetti estranei alla compagine sociale) l'organo cui demandare l'accertamento del ricorrere della causa di esclusione e l'emanazione della "sentenza" di espulsione.

È vero che le cause di esclusione sono previste, in linea di larga massima, per sanzionare il venir meno, in capo a uno dei soci, di quelle caratteristiche soggettive il cui ricorrere aveva determinato i suoi consoci a stringere con il medesimo un contratto di società; ed è pur vero che quindi l'alveo naturale della decisione di escludere un socio risiede nel consesso degli altri soci; ma è pure vero che la remissione della materia a un organo estraneo alla partecipazione dei diretti interessati (il socio escludendo e i soci che vogliono espellerlo) appare essere una soluzione non solo dotata dei crismi della legittimità, ma anche di quelli dell'opportunità, e ciò al fine di sottrarre questa delicata materia all'animosità e al livore che, non è difficile

⁹³ Secondo ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 243, «l'atto costitutivo dovrà indicare anche l'organo competente a decidere dell'esclusione per giusta causa, che potrà essere sia l'assemblea (o i soci mediante consenso manifestato per iscritto o procedura di consultazione scritta), sia l'organo amministrativo».

⁹⁴ In senso conforme cfr. MALTONI M., *Il recesso e l'esclusione nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2003, 316.

immaginarlo, si scatenano inevitabilmente quando si tratta di accertare che uno dei soci non ha più i requisiti che gli consentono di permanere iscritto a libro soci.

Già si è detto, comunque, che la sede “naturale” per assumere ogni determinazione in ordine alla verifica di un caso di esclusione e per deciderne le conseguenze è quella del giudizio che su dette materie compete agli “altri” soci (“altri” rispetto a quello da escludere). E ciò, come si ribadisce, sia perché sono i soci normalmente a decidere, in presenza di una casistica di esclusione, sulla sussistenza o meno delle ragioni che presiedono alla continuazione della composizione soggettiva della compagine sociale, sia perché un forte indizio normativo in tal senso si trae dall'art. 2287 del Codice civile in tema di esclusione da società di persone, ove si afferma invero che «l'esclusione è deliberata dalla maggioranza dei soci, non computandosi nel numero di questi il socio da escludere».

4.10.2 La procedura per attivare la decisione di esclusione

Sia che dunque la decisione di esclusione venga assunta dai soci, sia che essa venga adottata dall'organo che lo statuto della società a responsabilità limitata individui come la sede competente per sanzionare l'esclusione stessa, per giungere pertanto alla decisione di espulsione di un socio occorre innanzitutto provocare l'inizio dell'*iter* che può portare all'assunzione di quella decisione. E così, è opportuno per esempio che lo statuto disponga che, qualora uno dei soci ritenga essersi maturato in capo a un altro consocio un fatto che legittima la decisione di esclusione, egli ne faccia notizia agli altri soci (o all'organo deputato dallo statuto a sancire l'esclusione, salvo che questo agisca “d'ufficio”) cosicché:

- qualora l'esclusione sia da decidersi al livello dei soci, si attivi la procedura attraverso la quale i soci normalmente assumono le loro decisioni (che, a seconda delle opzioni statutarie in materia, può concretarsi o in una deliberazione assembleare oppure in una decisione assunta mediante “consenso scritto” o mediante “consultazione espressa per iscritto”), salvo che, proprio per la decisione di esclusione, lo statuto preveda un procedimento decisionale *ad hoc*, cioè diverso da quello che normalmente viene seguito per l'assunzione di altre decisioni da parte dei soci;
- qualora l'esclusione sia da decidersi da un organo diverso dai soci, si attivi invece la procedura attraverso la quale quell'organo ordinariamente assume le proprie determinazioni; cosicché, se si tratta di un organo che, per legge o per statuto, è già dotato di proprie regole di funzionamento (si pensi all'organo amministrativo della società), queste dispiegheranno la loro efficacia anche per il giudizio di esclusione alla stessa stregua di quando esse disciplinano l'assunzione di qualsiasi altra decisione (salvo, anche qui, che

lo statuto preveda, per la decisione di esclusione, un particolare *iter* procedurale); se invece si tratta di un organo “non ordinario” (per esempio, un collegio di probiviri) che né nella legge né nello statuto trova proprie regole di funzionamento per decisioni estranee alla materia dell’esclusione, allora sarà evidentemente opportuno che nello statuto, accanto alla delega a quest’organo della materia dell’esclusione, siano pure scritte le regole di funzionamento in base alle quali quest’organo deve comportarsi.

4.10.3 La decisione di esclusione

Attivatasi dunque la procedura di esclusione, occorre infine adottare la conseguente decisione. Ebbene:

- se si tratta di un verdetto che debbono esprimere i soci, evidentemente nella decisione (da adottarsi con le maggioranze previste per le “ordinarie” decisioni dei soci oppure con le maggioranze “particolari” previste appositamente per il giudizio di esclusione) non può evidentemente concorrere il voto del socio che è oggetto della procedura di esclusione;
- se si tratta di una decisione che deve assumere un organo diverso dai soci, tale organo procederà anch’esso con le modalità decisionali sue proprie (e cioè, anche qui, con le maggioranze “ordinarie” con le quali tale organo adotta normalmente le sue decisioni o con il *quorum* “speciale” che sia eventualmente prescritto per le decisioni di esclusione). Ovviamente, se di quest’organo faccia parte anche il socio della cui esclusione si discute (si pensi a un socio che faccia anche parte del consiglio di amministrazione), egli dovrà astenersi dal partecipare all’adozione della decisione per palese suo conflitto di interessi.

Sempre nello statuto è pure opportuno inserire idonee previsioni in ordine alle formalità di comunicazione della decisione di esclusione al socio escluso⁹⁵.

Anche da queste considerazioni discende l’evidenza di come sia quindi più che legittima (e non solo opportuna) una clausola statutaria che sottragga la materia dell’esclusione al giudizio dei soci e la dimandi a un organo “estraneo” alla compagine sociale: basti pensare al caso che il socio di maggioranza voglia abusivamente prendersela con le minoranze o viceversa all’ipotesi in cui siano proprio i soci di minoranza che, puntando sull’assumibilità della decisione di esclusione senza il voto del socio

⁹⁵ Cfr. App. Milano, 25 settembre 1987, in *Società*, 1988, 61; e Cass., 15 luglio 1996, n. 6394, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Società*, n. 817.

da escludere, intendano mettere fuori il socio di maggioranza; così come infine al caso della società di due soli soci, uno dei quali intenda escludere l'altro.

Su quest'ultima ipotesi, in particolare, va poi fatta una ulteriore riflessione in quanto il richiamato art. 2287 del Codice civile dispone che «se la società si compone di due soci, l'esclusione di uno di essi è pronunciata dal tribunale, su domanda dell'altro». Ora, questa norma non è riprodotta nella disciplina dell'esclusione del socio da società a responsabilità limitata ed è quindi massimamente opportuno che lo statuto intervenga sull'eventualità di una tale fattispecie (e si rende anche qui opportuna la delega della materia a un organo diverso rispetto alla compagine dei soci), e cioè disciplinando l'ovvio conflitto che tra i due soci si dispiegherebbe ove uno dei due intenda escludere l'altro; a meno che la norma in tema di società di persone possa ritenersi già di per sé applicabile anche all'ambito della società a responsabilità in virtù di palese analogia.

4.10.4 Il conflitto causato dalla decisione di esclusione

Un'altra materia che è di imprescindibile regolamentazione statutaria, è quella del naturale conflitto che si scatena tra i soci nel caso in cui uno di essi sia fatto oggetto di una decisione di esclusione. È facile infatti pensare che, una volta sancita l'esclusione di un socio, il socio escluso solo raramente si acquieta al cospetto di tale decisione; nella grandissima maggioranza dei casi, infatti, si assiste evidentemente a un asperissimo conflitto teso (non solo alla determinazione dell'entità della liquidazione dell'escluso, ma ancor prima) alla verifica dell'effettiva sussistenza dell'accadimento che legittima l'assunzione di una decisione di esclusione e della legittimità della procedura seguita per giungere alla stessa decisione di esclusione.

Pertanto, è opportuno che lo statuto sancisca un assetto dei reciproci interessi dei soci confliggenti in base al quale la decisione di esclusione, che deve essere opportunamente motivata⁹⁶, non abbia immediata efficacia se non dopo un certo tempo (per esempio, il giorno finale del secondo mese successivo a quello in cui essa è comunicata all'escluso; oppure, come previsto dall'art. 2287 del Codice civile per l'esclusione da società in nome collettivo, dopo trenta giorni da detta comunicazione), entro il quale l'escluso possa, di fronte all'organo vocato a dirimere l'insorto conflitto, sollevare le proprie eccezioni (cui sia eventualmente riferito l'effetto di sospendere l'efficacia dell'esclusione fino al termine del giudizio che lì si instaura): e così

⁹⁶ Cfr. Cass., 19 novembre 1979, n. 6027, in *Mass. Foro it.*, 1979.

ovviamente la magistratura ordinaria oppure, nel caso di una più opportuna opzione, la giustizia arbitrale⁹⁷.

Circa i termini per l'opposizione va ricordato che nell'ordinamento si trovano quelli:

- di sei mesi nelle associazioni (art. 24);
- di trenta giorni nelle società di persone (art. 2287);
- di sessanta giorni nelle cooperative (art. 2533);

dal che quindi dovrebbe desumersi che lo statuto della società a responsabilità limitata non dovrebbe potersi spingere a comprimere sotto i trenta giorni il termine per esercitare questo diritto di opposizione alla decisione di esclusione.

4.11 La liquidazione del socio escluso

Come già rilevato, una delle pochissime norme che la nuova legge riserva alla tematica dell'esclusione dalla società a responsabilità limitata è proprio quella in materia di procedimento di liquidazione: afferma infatti l'art. 2473-bis che nel caso in cui sia decisa l'esclusione, «si applicano le disposizioni del precedente articolo, esclusa la possibilità del rimborso della partecipazione mediante riduzione del capitale sociale»; e quindi si applicano le norme in tema di fuoriuscita del socio dalla società a seguito dell'esercizio della facoltà di recesso⁹⁸.

Ebbene, il nuovo art. 2473, comma 4, dispone innanzitutto che il rimborso delle partecipazioni per cui è stato esercitato il diritto di recesso (e quindi anche per il rimborso in caso di esclusione) «può avvenire anche mediante acquisto da parte degli altri soci proporzionalmente alle loro partecipazioni oppure da parte di un terzo concordemente individuato dai soci medesimi».

Già si è visto sopra, trattando del recesso, che da questa espressione pos-

⁹⁷ L'arbitrabilità della materia dell'esclusione è riconosciuta, per esempio, da Cass., 30 marzo 1984, n. 2084, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3076; e Cass., 3 agosto 1988, n. 4814, in *Società*, 1988, 1135.

⁹⁸ Per MASTURZI S., *Sub Articolo 2473-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 96, «il richiamo che l'art. 2473-bis opera all'art. 2473 (e quindi anche al suo ultimo comma) non può intendersi riferito anche alla previsione che il recesso non è possibile (o, se esercitato, diviene inefficace) qualora sia deliberato lo scioglimento della società, in quanto non solo non vi sarebbero «ragioni per impedire a una società in liquidazione di escludere il socio, ma sarebbe assolutamente dirompente un'inefficacia dell'esclusione già deliberata per effetto dello scioglimento anticipato».

sibilistica («può avvenire anche») evidentemente non può discendersi che la procedura di liquidazione del socio uscente possa prescindere dall'interpello dei consoci dell'escluso circa l'acquisizione delle quote dell'escluso stesso, in quanto, in tal caso, si verificherebbe una inammissibile diluizione delle quote dei consoci del recedente.

È da ritenere pertanto che, prima dell'esperimento di qualsiasi altra soluzione, occorra offrire in opzione ai consoci dell'escluso le partecipazioni già di titolarità dell'escluso stesso (a ciascuno in proporzione alla sua quota di partecipazione al capitale sociale); e che solo se questa strada non dia risultato, si può passare a una delle altre soluzioni offerte dalla legge per la fuoriuscita del socio recedente (o escluso) dalla società, e cioè la strada dell'acquisto delle quote dell'escluso da parte di terzi estranei alla compagine sociale oppure quella della liquidazione dell'escluso con utilizzo delle riserve (ma non del capitale, com'è invero possibile in caso di recesso, stante l'esplicito divieto recato sul punto dal richiamato art. 2473-*bis*); nel caso che non si riesca nella liquidazione dell'escluso nemmeno utilizzando le riserve, la società si deve quindi sciogliere.

Nel silenzio della legge, e per permettere dunque ai consoci dell'escluso di esercitare il diritto di opzione, è opportuno pertanto che nello statuto della società si inseriscano idonee previsioni in ordine:

- a. alle modalità di comunicazione ai soci dell'offerta in opzione delle quote dell'escluso;
- b. alle modalità di comunicazione dell'esercizio dell'opzione e della manifestazione di interesse alla prelazione di quanto rimanga eventualmente inoptato.

Se dunque questa procedura di offerta ai soci non sortisca alcun esito ecco che allora si apre, questa volta sì, il ventaglio di possibilità che la legge offre per soddisfare il diritto del socio escluso di vedere liquidato in denaro il valore delle sue partecipazioni. E così:

1. in primo luogo l'organo amministrativo della società deve cercare un collocamento delle quote del recedente presso terzi estranei alla compagine sociale;
2. in secondo luogo, qualora anche questo collocamento presso terzi non abbia effetto positivo, il rimborso deve essere effettuato con l'utilizzo di riserve disponibili;
3. in ultimo luogo, qualora anche nelle riserve non si ritrovi una sufficiente capienza per poter sopportare il rimborso della partecipazione del socio escluso, la società deve essere posta in liquidazione, cosicché l'escluso si soddisfa in tal caso non più con la liquidazione della sua individuale quota

ma con la più complessiva ripartizione del patrimonio sociale che residui dall'attività di liquidazione.

4.11.1 L'entità del rimborso del socio escluso

Quando sia decretata l'esclusione di un socio dalla società, occorre procedere alla liquidazione della sua partecipazione⁹⁹. Ora, sotto questo aspetto,

⁹⁹ Nell'attuale normativa tributaria l'istituto dell'esclusione è disciplinato solo per le società di persone all'art. 16, lett. l) del TUIR: tale norma afferma la possibilità di optare per la tassazione separata con riferimento ai redditi compresi nelle somme o nei beni ricevuti dal socio escluso. Nessun riferimento vi è invece nel TUIR all'esclusione dalle società di capitali, in linea con il rilievo che l'esclusione dalle società a responsabilità limitata non è stata finora possibile (e che, con l'entrata in vigore della riforma del diritto societario, sarà istituito compatibile solo con la disciplina delle società a responsabilità limitata). L'unico istituto simile all'esclusione e fatto oggetto di attenzione da parte del TUIR è invero quello del recesso, disciplinato:

a. sotto il profilo della determinazione del reddito del recedente dall'art. 44 TUIR; e:

b. sotto il profilo della modalità di tassazione dall'art. 16, comma 1, lett. m), TUIR.

Ora, visto che la disciplina della liquidazione del socio uscente da una società di capitali non presenta alcuna differenza tra il caso del socio che receda e quello del socio che venga escluso, la "lacuna" che oggi esiste nel TUIR per quanto attiene all'esclusione del socio potrebbe essere dunque risolta facilmente aggiungendo la previsione della "esclusione" accanto a quella del recesso, e ciò per quanto concerne sia l'art. 44 (determinazione del reddito dell'escluso) sia l'art. 16 del TUIR (tassazione dell'escluso). E così, la disciplina che verrebbe a configurarsi come applicabile in capo al socio escluso dovrebbe distinguere tra l'ipotesi che a quest'ultimo venga erogata una somma uguale al valore contabile della partecipazione e quella invece in cui venga erogata una somma superiore.

Osservando dapprima il caso del socio escluso che riceve una somma pari al valore fiscale della partecipazione, poniamo, per esempio, che una società a responsabilità limitata sia composta da tre soci, i quali detengano ciascuno un terzo del capitale sociale, che esso ammonti a 90 e che la società abbia riserve di utili per 180. Poniamo poi anche che il socio escluso convenga con la società la liquidazione della sua quota per una somma di 90, e quindi per un valore pari a un terzo del patrimonio netto contabile. Ebbene, applicando l'art. 44, comma 3 del TUIR (opportunamente ampliato, e cioè comprendendovi l'esclusione), si genererebbe un reddito da capitale (e cioè un dividendo) per la differenza tra il costo di sottoscrizione e la somma ricevuta. Nell'ipotesi sopra descritta il socio annullerebbe così per 30 la sua quota di partecipazione al capitale sociale e per 60 genererebbe reddito da capitale assistito o meno da credito d'imposta, a seconda della situazione del basket in capo alla società. Se le riserve fossero patrimoniali (art. 44, comma 1) non si avrebbe alcun reddito ma solo l'azzeramento del valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione.

Nel caso invece del socio escluso che riceve una somma maggiore al valore fiscale della partecipazione, va osservato che anche in presenza di una causa di esclusione può invero capitare che esistano plusvalenze latenti nell'attivo patrimoniale di rilevante entità, per cui le parti si accordino per liquidare una somma maggiore rispetto al costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione. Nell'esempio prima proposto potrebbe essere fissata una somma di liquidazione dell'escluso pari a 100 (contro 90 di valore della partecipazione). Ebbene, se si tratta di riserve di utile non sembra si possa pervenire a diversa soluzione se non a quella di incrementare il reddito da capitale (dividendo) attribuito al socio escluso, assistito o meno da credito d'imposta. Se invece si tratta di riserve di capitale, posto che tutti i soci presentino un uguale valore fiscale della loro partecipazione, cioè 90, si

come già notato per la disciplina di altri profili della materia dell'esclusione, la nuova normativa della società a responsabilità limitata non contiene alcuna indicazione; l'unico indizio utilizzabile è la corrispondente norma in tema di liquidazione del socio recedente, ove si dispone che (art. 2473):

- a. la quota del recedente è proporzionalmente rapportata al valore del patrimonio sociale, il quale «è determinato tenendo conto del suo valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso»;
- b. in caso di disaccordo la determinazione è compiuta tramite relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente, applicandosi in tal caso il primo comma dell'art. 1349 del Codice civile (vale a dire che questo esperto non può comportarsi con mero arbitrio ma con equo apprezzamento e che se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione va fatta dal giudice).

Si rende pertanto massimamente opportuno un intervento statutario al fine di orientare la determinazione del valore della partecipazione del socio escluso, e ciò sia perché la norma sulla liquidazione del socio recedente presta il fianco a più di una osservazione critica, sia perché essa, dettata appunto in tema di recesso, va comunque opportunamente "tarata" sulla materia dell'esclusione, la quale presenta – è ovvio – peculiarità sue proprie.

Infatti, il criterio che il legislatore ha seguito per la liquidazione del socio recedente, sopra riportato, non può non suscitare perplessità, e ciò, come detto, non solo perché impone di derivare il valore della quota dal valore del patrimonio sociale senza tener conto del fatto che una data quota può in effetti avere un valore non proporzionale rispetto all'intero patrimonio sociale, ma anche perché il criterio del «valore di mercato» del patrimonio sociale appare privo di fondamento, perché sono semmai le quote (e non il patrimonio sociale) ad avere un "valore di mercato" (che peraltro nemmeno esse hanno, non esistendo un "mercato" in cui quelle quote si scambino).

Con l'espressione "valore di mercato" del patrimonio sociale il legislatore ha invero inteso riferirsi probabilmente al valore della società secondo le valutazioni (dell'*intera* società, per esempio, in caso di sua integrale cessione) che sono solite farsi sul mercato e quindi non discostarsi dalla previsione dell'art. 2437-ter per il caso della valutazione delle azioni per le quali è esercitato il diritto di recesso, che deve essere determinato dagli amministratori

genererebbe per il socio escluso il cosiddetto "sottozero", cioè un rimborso della partecipazione maggiore rispetto al costo sostenuto per acquisire la medesima. In tal caso il reddito da capitale pari a 10, che si determina in capo al socio escluso, non sarebbe assistito da credito d'imposta.

tenendo conto della consistenza patrimoniale della società, delle sue prospettive reddituali nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni.

4.11.2 La disciplina statutaria della valutazione delle quote del socio escluso

Dovendosi quindi necessariamente ricorrere alla predisposizione di una normativa statutaria *ad hoc* per disciplinare la questione della valutazione della partecipazione del socio escluso al fine del superamento del vuoto normativo e delle perplessità che sorgono dall'utilizzo di norme dettate su materie analoghe, è evidente che, nella maggior parte dei casi, la clausola che si rende più opportuna è quella secondo la quale:

- a. il valore della quota va relazionato al valore della società¹⁰⁰, il quale viene normalmente determinato con il metodo patrimoniale/reddituale, e cioè considerando attività e passività ai valori "correnti" e pure stimando l'avviamento¹⁰¹;
- b. non sia stabilita una relazione esattamente proporzionale tra valore della quota e valore della società, in quanto un conto è, come detto, la valutazione di una quota di maggioranza mentre altro conto è la valutazione di una quota di minoranza.

Quindi, per la redazione di un'adeguata previsione statutaria, si potrebbe attingere anche da quanto disposto nel nuovo art. 2437-ter, in tema di recesso dalla società per azioni, ove è previsto che il valore delle azioni per le quali è esercitato il diritto di recesso è determinato dagli amministratori potendosi prevedere:

- a. gli elementi dell'attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal bilancio, unitamente ai criteri di rettifica;
- b. altri elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in considerazione.

Se dunque si intende procedere all'indicazione statutaria dei metodi da seguire per la determinazione del valore della quota da liquidare (e fermo restando che non si può fare un discorso valevole per tutti i casi, in quanto

¹⁰⁰ Cfr. SALAFIA V., *Statuti e riforma societaria: organizzazione, rapporti fra i soci, attività sociale, patti parasociali*, in *Società*, 2003, 414, per il quale «la determinazione del valore della quota sarà fatta tenendo conto del suo valore di mercato al momento dell'esclusione o del minor valore previsto dallo statuto».

¹⁰¹ Cfr. Cass., 10 luglio 1993, n. 7595, in *Società*, 1994, 44; Cass., 2 agosto 1995, n. 8470, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 470.

ogni realtà aziendale reclama l'adozione di criteri valutativi suoi propri), va sottolineato che il metodo valutativo attualmente più seguito è appunto quello "misto" patrimoniale/reddituale, senza però dimenticare che il sistema dei "multipli" sta sempre più intensamente entrando nella prassi degli operatori.

4.11.3 La liquidazione dell'escluso non correlata al valore della società

Una questione di non poco spessore è poi quella di stabilire se questa rettifica degli elementi dell'attivo e del passivo (esplicitata nell'art. 2437-ter e poi riprodotta negli statuti come clausola di fonte convenzionale e non più di fonte legislativa) possa condurre ad annullare il valore della partecipazione da liquidare fino al suo valore nominale o a un valore comunque simbolico (e cioè non correlato al valore della società), al fine evidentemente di "sanzionare" l'escluso anche sotto il profilo pecuniario.

In altri termini: per "punire" ulteriormente chi incappi in una causa di esclusione, si potrebbe pensare all'introduzione nello statuto di una previsione secondo cui la quota dell'escluso possa essere liquidata con il mero rimborso del valore nominale del capitale versato dal socio escluso (oppure al valore "contabile" del patrimonio netto, non attualizzando quindi le poste di bilancio con i valori correnti dei beni appartenenti alla società, e non considerando l'avviamento).

Ebbene, se è ovvio che, in mancanza di una previsione statutaria, ci si debba forzatamente basare¹⁰² su una stretta correlazione tra somma da liquidare e valore "effettivo" della società (salvo poi capire come determinare questo valore effettivo), la clausola statutaria che eventualmente affievolisca il valore da liquidare non sembra infondata o illegittima:

- da un lato, infatti, c'è sempre da considerare questo clima di grande autonomia statutaria di cui la nuova disciplina della società a responsabilità limitata è intrisa;
- d'altro lato, c'è da sottolineare che non appare un risultato implausibile quello di ritenere la validità di queste clausole stante l'unanime consenso che su di esse i soci dispieghino nella fase costitutiva della società o in una successiva decisione modificativa dello statuto societario (andrebbe poi verificata la materia dell'introducibilità "a maggioranza" di clausole di questo tipo).

¹⁰² Cfr. App. Milano, 1° ottobre 1993, in *Arch. locazioni*, 1994, 579.

SOMMARIO

Introduzione

5.1 La "naturale" coincidenza tra amministratori e soci

5.2 La nomina e la cessazione degli amministratori

5.2.1 La nomina degli amministratori

5.2.2 Ineleggibilità, decadenza, onorabilità e professionalità

5.2.3 Durata in carica e rieleggibilità degli amministratori

5.2.4 Cessazione e sostituzione degli amministratori

5.2.5 La revocabilità dell'amministratore

5.2.6 La clausola *simul stabunt simul cadent*

5.2.7 Le formalità per la nomina e per la cessazione

5.2.8 Variazione di amministratori come variazione statutaria?

5.3 Il compenso degli amministratori

5.4 Il divieto di concorrenza per gli amministratori

5.5 L'assetto dell'organo amministrativo

5.5.1 L'abbandono del principio di collegialità

5.5.2 Il consiglio di amministrazione

5.5.2.1 *Il funzionamento collegiale del consiglio di amministrazione*

5.5.2.2 *Le decisioni assunte mediante "consultazione scritta" e "consenso espresso per iscritto"*

5.5.3 L'amministrazione congiuntiva o disgiuntiva

5.5.4 Amministratori delegati e comitato esecutivo

5.6 La rappresentanza

5.6.1 L'attribuzione della rappresentanza sociale

5.6.2 L'attribuzione della rappresentanza agli amministratori

5.6.3 Le limitazioni dei poteri rappresentativi degli amministratori

5.6.4 L'attribuzione della rappresentanza a soggetti non amministratori

5.7 Poteri, doveri e responsabilità degli amministratori

5.7.1 I compiti degli amministratori

5.7.2 L'azione di responsabilità verso gli amministratori e i soci che partecipano alla gestione

5.7.3 L'azione dei creditori sociali

5.7.4 L'amministratore in conflitto di interessi

5.8 I controlli

5.8.1 I poteri individuali di controllo del socio

5.8.2 Il controllo contabile e il controllo di legittimità e di corretta amministrazione

5.8.3 Collegio sindacale e/o revisore contabile?

5.8.4 Il controllo facoltativo dei conti nella "piccola" società a responsabilità limitata

5.8.5 Il collegio sindacale

5.8.5.1 *I limiti dimensionali del controllo obbligatorio*

5.8.5.2 *La nomina e la cessazione dei sindaci*

5.8.5.3 *Il funzionamento del collegio sindacale*

5.8.5.4 *Doveri e poteri dei sindaci "obbligatori"*

Introduzione

La tematica dell'amministrazione della società a responsabilità limitata è uno dei capisaldi su cui il legislatore della riforma del diritto societario ha fondato l'impianto del suo spirito riformatore: e ciò non solo perché sono state inserite nella normativa in materia notevoli novità rispetto al passato (in aderenza alla volontà della riforma di offrire agli operatori nuove e flessibili opportunità rispetto a quei pochi e imprescindibili strumenti di cui si disponeva nel vigore delle vecchie norme), ma anche perché pure nell'ambito della *governance* della società a responsabilità limitata tutta la normativa inerente è stata ammantata da quel clima di derogabilità (rispetto a quella tendenziale imperatività che contraddistingueva le norme abrogate) che caratterizza l'intera riforma della società a responsabilità limitata.

5.1 La "naturale" coincidenza tra amministratori e soci

Riproducendo innanzitutto un principio del passato¹, la normativa in tema di amministrazione della nuova società a responsabilità limitata esordisce (art. 2475, comma 1) ribadendo che l'amministrazione della società spetta, ove non sia diversamente previsto dall'atto costitutivo (o statuto, che dir si voglia) a soggetti che contemporaneamente rivestono la qualità di soci².

Si tratta, come detto, di una norma derogabile e che in effetti viene usualmente derogata, al fine di dar spazio alla presenza nell'organo amministrativo di soggetti diversi da coloro che sono iscritti nel libro dei soci (si pensi per esempio al caso della società a responsabilità limitata partecipata solo da altre società, ove evidentemente non si può realizzare la coincidenza tra socio e amministratore); peraltro, come disciplina di *default*, essa è una norma significativa in quanto offre un significativo spaccato della tendenziale coincidenza (a differenza di quanto accade nella società per azioni, ove l'art. 2380-*bis*, comma 2, dispone che «l'amministrazione della società può essere affidata anche a non soci»), nella vita di una "normale" società a responsabilità limitata, tra il "ceto" dei titolari del capitale sociale e il "ceto" dei gestori della società stessa: questi due mondi nella società a responsabilità limitata tendenzialmente si sovrappongono e si identificano, in quanto talmente sono rilevanti per la vita della società a responsabilità limitata la

¹ Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 314.

² Sull'invalidità della nomina dell'amministratore "estraneo" in assenza di una clausola statutaria che disattivi la necessaria coincidenza tra amministratori e soci, cfr. Trib. Milano, 27 giugno 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, 643; Trib. Novara, 23 novembre 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 368.

figura, la presenza e l'operatività del socio da indurre appunto il legislatore a precisare che, ove nulla di diverso sia disposto nello statuto sociale, l'amministrazione non può competere che a soggetti che al tempo stesso rivestano la qualità di soci.

5.2 La nomina e la cessazione degli amministratori

5.2.1 La nomina degli amministratori

Su questa materia occorre coordinare una pluralità di norme, e cioè:

- l'art. 2463, comma 2, n. 8, per il quale l'atto costitutivo deve indicare «le persone cui è affidata l'amministrazione»;
- l'art. 2468, comma 3, per il quale «resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società»;
- l'art. 2475, comma 1, per il quale l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci «nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479», a meno che ricorra una «diversa disposizione dell'atto costitutivo»;
- l'art. 2475, comma 3, per il quale, in caso di nomina di un organo amministrativo pluripersonale, in deroga alla regola di *default* in base alla quale, in caso di nomina di «più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione», «l'atto costitutivo può tuttavia prevedere [...] che l'amministrazione sia a esse affidata disgiuntamente oppure congiuntamente»;
- l'art. 2479, comma 1, ove si afferma che «i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo [...]»;
- ancora detto art. 2479, il cui comma 2, n. 2 asserisce che «in ogni caso» è riservata «alla competenza dei soci [...] la nomina, se prevista nell'atto costitutivo³, degli amministratori»;

³ Cfr. COLOMBO G.E., *Relazione* al Consiglio notarile di Milano sul tema *Amministrazione e controllo*, cap. V, par. 1, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/colombo.htm>, secondo cui «il senso dell'inciso "se prevista nell'atto costitutivo" non è quello che, in mancanza di tale previsione, nessuno amministri la società (o, soluzione ancor più impensabile, che gli amministratori vengano nominati da soggetti diversi dai soci), bensì quello che, in tal caso, tutti i soci sono investiti del potere di amministrare». Invece, per DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 473-474, quell'inciso significherebbe che la mancanza di alcuna previsione nell'atto costitutivo circa la nomina di amministratori successivi ai primi (quelli nominati nell'atto costitutivo) «dovrebbe, dunque, presumibilmente, considerarsi espressiva della volontà dei soci di rimettere la nomina dei successivi amministratori alla modifica dell'atto costitutivo medesimo». Trattandosi tuttavia di un'interpretazione che «non appare soddisfacente [...] una [...] più appagante chiave di lettura [...] [porterebbe a, n.d.a.] ritenere che la man-

e pure occorre notare che il legislatore nella società a responsabilità limitata non riproduce la normativa che nella società per azioni sancisce:

- all'art. 2328, comma 2, n. 11, che l'atto costitutivo deve indicare «la nomina dei primi amministratori» (in tema di società a responsabilità limitata, invece, per il n. 7 del comma 1 del “vecchio” art. 2475, nell'atto costitutivo occorre indicare «il numero, il cognome e il nome, la data e il luogo di nascita degli amministratori e i loro poteri, indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società»);
- all'art. 2383, comma 1, che «la nomina degli amministratori spetta all'assemblea, fatta eccezione per i primi amministratori, che sono nominati nell'atto costitutivo».

Da questo quadro normativo, che forse il legislatore non ha efficientemente coordinato (perché sovrabbondante, da un lato, e comunque non molto chiaro, dall'altro), si evince comunque che:

1. l'atto costitutivo reca, di regola, l'indicazione del modello di amministrazione prescelto (e cioè: monopersonale o pluripersonale e, in quest'ultimo caso, se si tratti di organo collegiale o meno), il numero (se si tratta di organo amministrativo pluripersonale) e la nomina di colui/coloro cui è affidata l'amministrazione della società;
2. l'atto costitutivo/statuto può indicare una pluralità di modelli amministrativi (per esempio: consiglio di amministrazione, amministratore unico, amministrazione congiunta/disgiunta) nonché la loro composizione (per esempio, indicando un numero minimo e un numero massimo di componenti dell'organo amministrativo pluripersonale) nell'ambito dei quali ai soci, di regola, spetta di scegliere (in forma collegiale, *ex* artt. 2479, comma 4, e 2479-*bis*) quello che concretamente, volta per volta, si intende utilizzare;
3. l'atto costitutivo può eliminare dalla società a responsabilità limitata «ogni obbligo di adozione della struttura corporativa»⁴ e così può stabilire la coincidenza tra la qualità di socio e la qualità di amministratore (artt. 2475, comma 1, 2479, comma 2, n. 2, e 2463, comma 2, n. 8), cosicché, da un lato, in tal caso la società non avrebbe più l'organo amministrativo (in quanto le funzioni gestorie spettano appunto ai soci – e sono da esercitarsi, di regola, in forma collegiale, *ex* artt. 2479, comma 4, e 2479-*bis*), e, d'altro lato, non

cata previsione nell'atto costitutivo della nomina degli amministratori [...] possa ricondursi [...] all'intento di affidare il relativo potere-dovere a ciascun socio in quanto tale».

⁴ ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 68.

occorre far luogo alla formale “nomina” di amministratori, sia in sede di atto costitutivo che successivamente, in quanto appunto la figura del socio e la figura dell'amministratore coincidono⁵;

4. ove si tratti di effettuare la determinazione del numero⁶ (e ciò in analogia a quanto identicamente disposto dall'art. 2380-*bis*, comma 4, in tema di società per azioni) e la nomina di amministratori posteriormente all'atto costitutivo (sia in quanto l'atto costitutivo eventualmente – ove possibile – non provveda, sia in quanto si siano verificate cessazioni di amministratori precedentemente nominati), questa è, di regola, una competenza dei soci (da

⁵ Nel senso che l'espressione (dell'art. 2475, comma 1) che fa salva una “diversa disposizione dell'atto costitutivo” riferita al fatto che l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci “nominati con decisione dei soci” significhi che l'atto costitutivo può stabilire che l'amministrazione spetta invariabilmente ai soci (quindi senza la necessità di nominare amministratori né nell'atto costitutivo né successivamente) cfr. BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1068 e 1073. Sulla completa abolizione dell'organo amministrativo e affidamento ai soci della competenze gestorie cfr. pure in senso favorevole MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 14 (del dattiloscritto); SALANITRO N., *La riforma delle società di capitali*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 2001, I, 569; BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1068; PARRELLA F., *Sub Articolo 2475*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 104; DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 474; D'AMBROSIO C., *La nuova società a responsabilità limitata tra società di persone e società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2003 I, 395; VASSALLI F., *Norme statutarie sul funzionamento e l'organizzazione del sistema di amministrazione delle s.r.l.*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 27-28-29 novembre 2002, 3 (del dattiloscritto); SCHIRÒ, *Il controllo dei soci e l'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 27-28-29 novembre 2002, 7 (del dattiloscritto).

Secondo invece ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 250, «può ritenersi comunque che la previsione di un organo amministrativo fra gli organi necessari della s.r.l. implichi l'impossibilità di operare un completo svuotamento delle sue funzioni, mediante l'atto costitutivo».

Dubbioso RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 666. Contrario RESTAINO L., *Sub Articolo 2479*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 165, per il quale «sebbene la legge delega consentisse l'adozione di strutture organizzative che prescindessero dal modello corporativo, non mi sembra che le norme in cui si è tradotta la legge delega consentano di ritenere che sia possibile prescindere dall'organo amministrativo; ne consegue che l'inciso “se prevista nell'atto costitutivo” non può essere riferito all'organo amministrativo, del quale va riaffermata, invece, la necessità».

⁶ Cfr. RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 667.

esercitarsi, di regola, dai soci in forma collegiale, *ex artt.* 2479, comma 4, e 2479-bis⁷;

5. lo statuto può probabilmente sottrarre ai soci⁸ la competenza circa la nomina degli amministratori e la scelta del modello amministrativo che la società intende utilizzare (come detto, l'art. 2475, comma 1, dispone che l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci «nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479», a meno che ricorra una «*diversa disposizione dell'atto costitutivo*»; e detto art. 2479, al comma 2, n. 2 asserisce che «in ogni caso» è riservata «alla competenza dei soci [...] la nomina, se prevista nell'atto costitutivo, degli amministratori»);
6. la decisione di nomina degli amministratori può non spettare a tutti i soci (e

⁷ Sulla nota questione se, nel diritto previgente, lo statuto della società a responsabilità limitata dovesse fornire indicazioni "tassative" sul modello di amministrazione prescelto e sul numero dei suoi componenti, oppure se lo statuto potesse invece indicare una pluralità di modelli di amministrazione e un numero variabile di loro componenti, e cioè da un minimo a un massimo, demandando poi ai soci di effettuare le scelte concrete nell'ambito delle varie opzioni statutarie, cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 351; per Trib. Nuoro, 1° febbraio 1995, in *Riv. not.*, 1995, 1051, «non è omologabile l'atto costitutivo di società a responsabilità limitata che prevede l'alternatività tra amministratore unico e consiglio di amministrazione a scelta dell'assemblea ordinaria in quanto, ai sensi dell'art. 2475 n. 7 c.c., l'atto costitutivo deve indicare il numero degli amministratori; una variazione nella composizione dell'organo amministrativo da monocratica a collegiale, o viceversa, comporta una modifica riservata solo alla competenza dell'assemblea straordinaria»; per Trib. Padova, 3 giugno 1994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 151, «la clausola dell'atto costitutivo di una società a responsabilità limitata che preveda che la società sia amministrata da un amministratore unico ovvero da un consiglio di amministrazione composto da tre a cinque membri è illegittima, comportando un'immotivata estensione dei poteri dell'assemblea ordinaria, in contrasto con la prescrizione dell'art. 2475, n. 7, c.c., ove si prevede che l'atto costitutivo indichi il "numero" degli amministratori, e con quella del 3° comma dell'art. 2380 c.c., che va interpretata nel senso che possa essere lasciata alla determinazione dell'assemblea ordinaria la fissazione del numero degli amministratori nell'ambito di un minimo e di un massimo, soltanto quando nell'atto costitutivo sia stato prescelto l'affidamento dell'amministrazione a un consiglio di amministrazione».

⁸ In tal senso SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 214; e GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2003, 455. Lo danno per scontato RESCIGNO M., *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 332; e ABRIANI N., *Conflitto di interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 421. Dubbiosi invece PORTALE G.B., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003, 263; e CAMPOBASSO G.F., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2003, 332. Possibilista CAGNASSO O., *Ambiti e limiti dell'autonomia concessa ai soci nella "nuova" società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 371. Come detto, invece, COLOMBO G.E., *Relazione al Consiglio notarile di Milano sul tema Amministrazione e controllo*, cap. V, par. 1, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/colombo.htm>, taccia di «soluzione [...] impensabile, che gli amministratori vengano nominati da soggetti diversi dai soci».

quindi può non essere adottata ai sensi dell'art. 2479), ma può essere attribuita a singoli soci o a gruppi di soci (art. 2468, comma 3);

7. in assenza di previsioni statutarie sul punto (che sono pertanto vivamente consigliabili), deve per analogia ritenersi applicabile alla società a responsabilità limitata, *mutatis mutandis*, la norma, dettata dall'art. 2380-bis, comma 5, secondo cui «il consiglio di amministrazione sceglie tra i suoi componenti il presidente, se questi non è nominato dall'assemblea».
8. manca nella nuova legge sulla società a responsabilità limitata qualsiasi indicazione sulla composizione, sulla nomina, sulla cessazione e insomma sul funzionamento in genere del consiglio di amministrazione, per cui, caso per caso, ci si deve porre il problema dell'applicabilità analogica delle regole proprie della società per azioni⁹ oppure di quelle della società di persone¹⁰ oppure si deve valutare se ci si trovi in uno spazio che il legislatore ha lasciato volutamente vuoto e che pertanto va statutariamente riempito (cosicché, il problema dell'applicazione analogica di regole "altrui" residua – si fa per dire – al solo caso della mancanza di una disciplina statutaria *ad hoc*).

5.2.2 Ineleggibilità, decadenza, onorabilità e professionalità

Su queste materie la nuova legge delle società a responsabilità limitata nulla dispone e quindi non appaiono esservi limitazioni¹¹. Cosicché:

1. le nomine degli amministratori di società a responsabilità limitata non sono soggette a cause di ineleggibilità (o di decadenza), e non appaiono applicabili per analogia le regole dettate per la società per azioni dall'art. 2382 (per il quale, come noto, non può essere nominato amministratore, e se nomina-

⁹ Sull'applicabilità analogica alla società a responsabilità limitata della disciplina della società per azioni in tema di consiglio di amministrazione cfr. BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statuari*, in *Società*, 2003, 1074. Dubbi invece in VASSALLI F., *Norme statutarie sul funzionamento e l'organizzazione del sistema di amministrazione delle s.r.l.*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 27-28-29 novembre 2002, 2 (del dattiloscritto).

¹⁰ Secondo ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 258, «la legge, a differenza che nel passato, non opera alcun rinvio alla disciplina delle società per azioni, e questa scelta impedisce all'interprete un automatico ricorso a tale disciplina per colmare le indicate carenze di disciplina. Anzi, poiché l'autonomia negoziale può, come si è visto, adottare modelli gestori di stampo assai simile a quello delle società personali, appare plausibile ritenere che nelle scelte interpretative si debba tener conto dell'assetto concretamente dato dai soci alla società e, dunque, ricorrere nell'opera di completamento della disciplina, a seconda dei casi concreti, anche alle regole sulle società personali».

¹¹ Cfr. RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 667.

to decade dal suo ufficio, l'interdetto, l'inabilitato, il fallito, o chi è stato condannato a una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità a esercitare uffici direttivi) in quanto è abbastanza plausibile ritenere che, ove il legislatore avesse voluto provvedere in materia, l'avrebbe dovuto fare esplicitamente;

2. se peraltro si intendano imporre statutariamente cause di ineleggibilità/decadenza, uguali o diverse da quelle dettate *ex lege* per la società per azioni, clausole siffatte non sono di certo illegittime;
3. altrettanto dicasi per l'introducibilità nello statuto di requisiti di onorabilità e professionalità (ed eventualmente anche di indipendenza, ma si è visto come l'essenza tipica della società a responsabilità limitata sia invece quella di una stretta coincidenza tra proprietà del capitale e titolarità delle funzioni gestorie); lo stesso art. 2387, in tema di società per azioni, non detta in questo ambito alcuno specifico requisito, ma lascia che sia eventualmente lo statuto a «subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati».

5.2.3 Durata in carica e rieleggibilità degli amministratori

Sotto il profilo della durata della carica di amministratore, la riforma conferma la disciplina previgente¹² nel senso di non porre alcun limite¹³: cosicché, caso per caso, la società deciderà se affidare agli amministratori un incarico “a tempo” oppure, come si suol dire, “fino a revoca o a dimissioni”,

¹² Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 231; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 315; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 292; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 524; cfr. anche Trib. Milano, 15 settembre 1986, in *Società*, 1987, 380, per il quale nella società a responsabilità limitata gli amministratori possono essere nominati a tempo indeterminato, non essendovi nessun richiamo nell'art. 2487, c.c., alla norma dell'art. 2383, 2° comma, secondo la quale la nomina degli amministratori non può essere fatta per un periodo superiore a tre anni; App. Milano, 28 novembre 1997, in *Giur. it.*, 1998, 1201, secondo cui «quando lo statuto di una società a responsabilità limitata prevede che la durata in carica degli amministratori sia determinata dall'assemblea all'atto della nomina, è consentito a quest'ultima di nominare amministratori in carica fino a revoca o dimissioni»; conforme Cass., 21 marzo 2000, n. 3312, in *Foro it.*, 2001, I, 2329.

¹³ Cfr. RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 667.

e cioè a tempo indeterminato (e così è opportuno che lo statuto preveda entrambe le soluzioni e che poi siano i soci, caso per caso, a decidere le nomine a tempo determinato o indeterminato, così com'è opportuna la previsione statutaria secondo cui, in mancanza di una determinazione in tal senso, la nomina si debba intendere come fatta a tempo indeterminato o a tempo determinato)¹⁴.

Nel caso di nomina per un periodo prefissato, è poi opportuno che negli statuti sia previsto che il parametro temporale utilizzato sia non "l'anno solare" ma "l'esercizio sociale" e che la scadenza della carica degli amministratori si abbia (così come ora dispone l'art. 2383, comma 2, in tema di società per azioni) in coincidenza della data «dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica».

È altresì opportuno che negli statuti di società a responsabilità limitata sia apposta la previsione della possibilità o meno di rielezione dopo la scadenza del mandato (dalla cui assenza dovrebbe comunque derivarsi la rieleggibilità come regola¹⁵, e ciò tanto più vale quanto più si pensi alla legittimità della nomina degli amministratori di società a responsabilità limitata a tempo indeterminato, e così per l'intera durata della vita della società)¹⁶: sono così legittime sia clausole che ammettano la rieleggibilità senza limiti (e così riproducenti nella società a responsabilità limitata la disciplina dell'art. 2383, comma 3), sia che la vietino, sia che la limitino temporalmente (per esempio, limitando la rielezione a un solo "mandato" ulteriore rispetto al primo)¹⁷.

5.2.4 Cessazione e sostituzione degli amministratori

Pure sotto il profilo della cessazione degli amministratori dalla loro carica, la nuova disciplina della società a responsabilità limitata nulla dice, ed è pertanto inevitabile attrarre qui per analogia¹⁸ (in caso di mancate previsioni statu-

¹⁴ Cfr. DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 472.

¹⁵ Cfr. PARRELLA F., *Sub Articolo 2475*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 102.

¹⁶ Cfr., per esempio, SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto - Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 231; nonché App. Milano, 28 novembre 1997, in *Giur. it.*, 1998, 1201; e Trib. Milano, 15 settembre 1986, in *Società*, 1986, 380.

¹⁷ Cfr. PARRELLA F., *Sub Articolo 2475*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 102.

¹⁸ Secondo RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Socie-*

tarie sul punto, che pertanto anche qui appaiono seriamente indispensabili, per fugare ogni dubbio operativo) le relative norme dettate in tema di società per azioni (art. 2385), e precisamente le previsioni secondo cui:

- a. l'amministratore che rinuncia al suo ufficio deve darne comunicazione scritta agli altri amministratori e, ove esista, al presidente del collegio sindacale;
- b. la rinuncia ha effetto immediato, se rimane in carica la maggioranza degli amministratori, o, in caso contrario, dal momento in cui la maggioranza degli amministratori si è ricostituita in seguito all'accettazione della nomina da parte dei nuovi amministratori;
- c. la cessazione degli amministratori per scadenza del termine ha effetto (cosiddetta *prorogatio*) dal momento in cui l'organo amministrativo è stato ricostituito.

Anche nella materia della sostituzione degli amministratori cessati dalla carica va ripetuto il discorso appena svolto: assenza di norme nella disciplina propria della società a responsabilità limitata, applicabilità analogica delle norme dettate in tema di società per azioni (art. 2386), opportunità di previsioni statutarie sul punto, quali quindi quelle secondo cui:

1. se nel corso dell'esercizio vengono a mancare uno o più amministratori, gli altri (cosiddetta "cooptazione") devono provvedere a sostituirli (con deliberazione approvata, se esiste, dal collegio sindacale), purché la maggioranza sia sempre costituita da amministratori nominati dai soci¹⁹;
2. gli amministratori come sopra nominati restano in carica fino al più prossimo evento decisionale dei soci;
3. se viene meno la maggioranza degli amministratori nominati dai soci, quelli rimasti in carica devono provocare una decisione dei soci perché provvedano alla sostituzione dei mancanti;
4. gli amministratori come sopra nominati scadono insieme con quelli in carica all'atto della loro nomina²⁰;
5. se vengono a cessare l'amministratore unico o tutti gli amministratori, la decisione dei soci concernente la nomina dell'amministratore o dell'intero

tà, 2003, 667, invece «sembra logico far ricorso non tanto alla (ormai non più richiamata) disciplina della società azionaria, quanto piuttosto alle norme del codice in tema di mandato».

¹⁹ Cfr. DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 473.

²⁰ Secondo Cass., 24 giugno 1993, n. 7012, in *Riv. dir. comm.*, 1995, II, 141, «la norma di cui all'art. 2386 comma 3 c.c. – secondo cui gli amministratori nominati dall'assemblea scadono insieme con quelli in carica all'atto della loro nomina – non ha carattere imperativo ed è derogabile dall'atto costitutivo o dallo statuto della società; pertanto, in mancanza di una disposizione statutaria che

organo amministrativo deve essere provocata d'urgenza dal collegio sindacale, il quale può compiere nel frattempo gli atti di ordinaria amministrazione (in assenza di collegio sindacale dell'onere potrebbero alternativamente essere gravati l'amministratore unico o il presidente del consiglio di amministrazione dimissionari oppure il membro dell'organo amministrativo o il socio più diligenti).

5.2.5 La revocabilità dell'amministratore

La nuova disciplina della società a responsabilità limitata nulla esplicita (ed è quindi opportuna una previsione statutaria su questo punto) nemmeno in tema di revocabilità dell'amministratore dall'incarico affidatogli, quando invece nella nuova disciplina della società per azioni l'art. 2383, comma 3, ribadisce il previgente principio in base al quale gli amministratori «sono revocabili dall'assemblea²¹ in qualunque tempo, anche se nominati nell'atto costitutivo, salvo il diritto dell'amministratore al risarcimento dei danni, se la revoca avviene senza giusta causa»²².

Va inoltre notato che nell'art. 2479, comma 2, nell'elencazione delle materie per le quali vi è la competenza decisionale dei soci, vi è bensì l'indicazione della nomina degli amministratori, ma manca invece ogni riferimento alla loro revoca (diversamente accade invece nell'art. 2364 in tema di società per azioni, ove si contemplano sia la nomina che la revoca).

Da questo silenzio del legislatore potrebbe derivarsi una pluralità di considerazioni²³:

- da un lato si potrebbe ritenere che, non essendo detto nulla, l'amministrato-

stabilisca la scadenza contemporanea di tutti gli amministratori, quale che sia la loro nomina, è valida la delibera con la quale l'assemblea ordinaria, fermo restando il limite triennale del mandato (art. 2383 comma 2 c.c.), ha nominato amministratori "in sostituzione", la cui durata travalichi quella dei componenti già in carica all'atto della nomina».

²¹ Cfr. Cass., 14 dicembre 1995, n. 12820, in *Società*, 1996, 776; in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1360, secondo cui «è illegittima perché in contrasto con la riserva all'assemblea del potere di revocare gli amministratori, la clausola statutaria di una società per azioni che preveda la decadenza dell'amministratore che abbia perduto la qualità di rappresentante legale del socio o rispetto al quale sia stata revocata la delega del socio ad amministrare, requisiti richiesti dallo statuto per l'eleggibilità alla carica».

²² Cfr. Trib. Milano, 24 aprile 2002, in *Giur. it.*, 2002, 2101, secondo cui «la delibera assembleare di revoca dell'amministratore, realizzando i suoi effetti in via immediata, non è suscettibile di esecuzione e non può pertanto essere oggetto di sospensione, che non comporterebbe in ogni caso la reimmissione nell'incarico dell'amministratore revocato, poiché gli effetti di tale revoca si sono ormai definitivamente realizzati ed esauriti; la protrazione degli effetti rispetto all'organizzazione sociale perdura infatti soltanto in relazione all'eventuale nomina di un nuovo amministratore».

²³ Cfr. VIDIRI G., *Sulla revoca degli amministratori delle società a responsabilità limitata*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 768.

re di società a responsabilità limitata non sia per nulla revocabile (salvo il caso della nomina a tempo indeterminato);

- d'altro lato potrebbe ritenersi che la normativa dettata in tema di società per azioni, circa la revocabilità anche in assenza di giusta causa, sia inevitabilmente applicabile anche alle società a responsabilità limitata per ragioni di analogia²⁴;
- d'altro lato ancora potrebbe pensarsi all'applicabilità analogica invece delle norme sulle società di persone (art. 2259), onde non sarebbe revocabile, se non per giusta causa, l'amministratore nominato nel contratto sociale (in quanto la nomina come amministratore sarebbe un attributo della sua qualità di socio, e quindi come un mandato *in rem propriam*, non disattivabile se non in casi eccezionali) mentre sarebbe revocabile l'amministratore nominato "con atto separato" e cioè al di fuori dell'atto costitutivo²⁵;
- d'ultimo lato, si potrebbe argomentare dalla struttura in concreto assunta dalla società a responsabilità limitata (e cioè se abbia prevalenza il suo spirito "capitalistico" piuttosto che quello "personalistico") per attingere caso per caso alle regole della società per azioni oppure a quelle delle società di persone²⁶.

Ora, l'indubbio carattere personalistico assunto dalla nuova società a responsabilità limitata e la preminenza concessa dalla legge alla figura del socio indubbiamente inducono la tentazione di "volger lo sguardo" alla normativa delle società personali; peraltro, la struttura indubbiamente corporativa e capitalistica che la società a responsabilità limitata comunque conserva, il fatto che l'amministratore possa anche non essere un socio, che nella società a responsabilità limitata non vi è una coincidenza biunivoca tra qualità di socio e qualità di amministratore, come invece vi è di *default* nelle società di persone (art. 2257, comma 1), fanno preferire²⁷ l'applicazione analogica della normativa della società per azioni in quanto l'amministratore non è un'espressione della qualità di socio (e poi, per quanto conti-

²⁴ Cfr. Trib. Milano, 15 novembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, 991, secondo cui «la facoltà per l'assemblea di revocare, anche senza giusta causa, gli amministratori ha carattere inderogabile e vale sia nei rapporti a tempo determinato che in quelli a tempo indeterminato».

²⁵ Cfr. BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1074; e DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 475-476.

²⁶ Cfr. ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 92.

²⁷ In contrario cfr. ABRIANI N., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, 201, per il quale la coincidenza della qualità di amministratore con quella di socio comporterebbe l'irrevocabilità in mancanza di giusta causa.

no i termini, nell'art. 2257, comma 1, si dice che l'amministrazione "spetta" ai soci, mentre nell'art. 2475, comma 1, si dice che l'amministrazione "è affidata" a uno o più soci) ma è il frutto della nomina che viene fatta da un organo sociale²⁸.

Da quanto precede deriva anche la soluzione della problematica di stabilire se con un'apposita clausola statutaria si possa disattivare nella società a responsabilità limitata la risarcibilità del danno in caso di revoca dell'amministratore in assenza di una giusta causa²⁹, puntando sulla considerazione che, chi assuma l'incarico di amministratore in una società che abbia nel proprio statuto una tale previsione, evidentemente accetterebbe una simile conseguenza.

Ebbene, se nel campo della società per azioni la legittimità di una clausola di esclusione da responsabilità risarcitoria in caso di revoca per giusta causa appare da escludere³⁰, nel campo della società a responsabilità limitata le conclusioni potrebbero non essere così categoriche, specie per il caso di nomina a tempo indeterminato³¹.

²⁸ Cfr. PARRELLA F., *Sub Articolo 2475*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 103.

²⁹ Secondo Cass., 21 novembre 1998, n. 11801, in *Giur. it.*, 1999, 562, «la giusta causa della revoca dell'amministratore societario, quale ragione di disconoscimento al mandatario del danno prodotto dall'anticipato scioglimento del rapporto (art. 2383, comma 3, c.c.), può derivare anche da fatti non integranti inadempimento, ma richiede pur sempre un *quid pluris*, rispetto al mero dissenso (alla radice di ogni recesso *ad nutum*), ossia esige situazioni sopravvenute (provocate o meno dall'amministratore stesso) che minino il *pactum fiduciae*, elidendo l'affidamento inizialmente riposto sulle attitudini e le capacità dell'organo di gestione». Per Cass., 22 giugno 1985, n. 3768, in *Società*, 1985, 1290, con riguardo alla revoca dell'amministratore di una società prima della scadenza del mandato, la ricorrenza di una giusta causa, al fine di escludere il diritto dell'amministratore medesimo al risarcimento dei danni, postula un suo comportamento contrario ai doveri imposti dalla legge o dall'atto costitutivo, o comunque la sussistenza di circostanze obiettive idonee a incidere sul carattere fiduciario del relativo rapporto; pertanto, non può essere ravvisata in mere divergenze o attriti con gli altri amministratori, ove si tratti di contrasti rientranti nella normale dialettica del consiglio di amministrazione, da risolversi all'interno di tale organo collegiale.

³⁰ Cfr. Trib. Bologna, 12 dicembre 1995, in *Società*, 1996, 907.

³¹ Secondo Cass., 7 settembre 1999, n. 9482, in *Società*, 2000, 436; in *Giust. civ.*, 2000, I, 767; in *Giur. it.*, 2000, 329, «l'art. 2383 c.c., che prevede il diritto al risarcimento dei danni in favore dell'amministratore di una società per azioni revocato dall'incarico senza giusta causa, non si applica indiscriminatamente, nonostante il richiamo a esso contenuto nell'art. 2487 c.c., agli amministratori di società a responsabilità limitata; esso, infatti, va inquadrato nel sistema normativo delle società per azioni, che non prevede la nomina di amministratori a tempo indeterminato, ipotesi nella quale l'applicazione della suddetta regola comporterebbe l'impossibilità, per tutta la durata della vita dell'amministratore, di una revoca in assenza di giusta causa senza obbligo di risarcimento del danno, in aperta contraddizione con il carattere fiduciario dell'incarico di cui si tratta; pertanto, la revoca di un amministratore di una società a responsabilità limitata nominato a tempo indeterminato non trova la sua disciplina nel predetto art. 2383 c.c., bensì nell'art. 1725 c.c., il cui 2° comma prevede che,

5.2.6 La clausola *simul stabunt simul cadent*

Secondo questa clausola, il venir meno di un dato numero di amministratori determina la decadenza dell'intero organo amministrativo: in passato, si è ammessa la legittimità della clausola che prevedeva la cessazione dell'intero consiglio di amministrazione ove fosse venuta meno la maggioranza dei suoi membri³², mentre si è discusso – ma concludendosi prevalentemente nel senso dell'ammissibilità – sulla legittimità della clausola che prevedesse la cessazione dell'intero organo al solo venir meno di uno dei suoi membri³³.

in assenza di giusta causa, la revoca del mandato a titolo oneroso a tempo indeterminato attribuisce al mandatario (figura la cui somiglianza con quella dell'amministratore di società di capitali giustifica l'applicazione analogica a quest'ultimo della relativa disciplina, in assenza di una normativa specifica) il diritto al risarcimento del danno solo se essa non sia stata comunicata con congruo preavviso»; cfr. pure Cass., 21 marzo 2000, n. 3312, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1953. Comunque cfr. Trib. Milano, 15 settembre 1986, in *Società*, 1987, 380, per il quale è ammissibile la revoca in qualunque tempo di un amministratore di società a responsabilità limitata, nominato a tempo indeterminato, salvo il diritto del revocato a ottenere il risarcimento del danno in mancanza di giusta causa; Trib. Milano, 10 maggio 2001, in *Giur. it.*, 2001, 2329, per il quale in caso di revoca, senza congruo preavviso, dell'amministratore di società a responsabilità limitata, nominato a tempo indeterminato, quest'ultimo ha diritto al risarcimento dei danni. Per la revocabilità senza giusta causa dell'amministratore nominato a tempo indeterminato cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 240; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 293; *contra*, nel senso della risarcibilità del danno, RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 315.

³² Cfr. Cass., 16 marzo 1990, n. 2197, in *Società*, 1990, 1038, secondo cui «è valida la clausola dello statuto di una società per azioni con cui si disponga la decadenza dell'intero consiglio di amministrazione al venir meno (per dimissioni o altra causa) della maggioranza dei suoi membri (*simul stabunt, simul cadent*), non essendo contraria ai principi *sub* artt. 2383 e 2386, c.c., né ad alcun'altra norma imperativa dell'ordinamento in materia societaria»; Trib. Milano, 5 ottobre 2000, in *Giur. it.*, 2001, 327, secondo cui «la clausola secondo cui "se per dimissioni o per altre cause viene a mancare la maggioranza degli amministratori si intende cessato l'intero consiglio e deve convocarsi d'urgenza l'assemblea per le nuove nomine" è valida e determina, verificandosi le situazioni ivi previste, la decadenza immediata dell'intero consiglio. L'assemblea per la nomina del nuovo consiglio deve essere pertanto convocata dal collegio sindacale ai sensi dell'art. 2386, comma ultimo c.c.».

³³ Per Trib. Milano, 22 dicembre 1989, in *Società*, 1990, 625, «è legittima la clausola statutaria la quale prevede la decadenza dell'intero consiglio di amministrazione quando viene meno per rinuncia, morte o altra causa anche soltanto la minoranza dei suoi componenti. Verificatasi la decadenza di tutto il consiglio di amministrazione per effetto della predetta clausola, gli amministratori rimasti non solo non hanno il dovere di convocare l'assemblea di cui sia stata fatta richiesta dai soci a norma dell'art. 2367, c.c., ma perdono anche il relativo potere». Anche per Trib. Verona, 16 gennaio 1992, in *Società*, 1992, 828, la clausola *simul stabunt simul cadent* è valida anche se la caducazione dell'intero consiglio consegue alla cessazione dalla carica anche di un solo membro del consiglio medesimo. Invece per Trib. Genova, 27 giugno 1986, in *Giur. comm.*, 1987, II, 614, «è illegittima la

Ora, peraltro, la materia è destinata a non presentare più problemi interpretativi: infatti, il nuovo art. 2386, comma 4 (in tema di società per azioni, ma evidentemente applicabile per analogia anche alle società a responsabilità limitata) dispone che «se particolari disposizioni dello statuto prevedono che a seguito della cessazione di taluni amministratori cessi l'intero consiglio, l'assemblea per la nomina del nuovo consiglio è convocata d'urgenza dagli amministratori rimasti in carica»; con ciò dunque ammettendosi la liceità della clausola di cessazione dell'intero organo amministrativo qualunque sia il numero degli amministratori che cessino dal loro incarico³⁴.

5.2.7 Le formalità per la nomina e per la cessazione

Accanto a tutte le lacune che si sono fin qui sottolineate, la nuova legge sulle società a responsabilità limitata propone anche qualche disciplina esplicita. È il caso delle formalità da esperirsi per la nomina degli amministratori, per le quali l'art. 2475, comma 2, richiama il disposto dell'art. 2383, comma 4, in tema di società per azioni, ove si dispone che entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina gli amministratori devono chiederne l'iscrizione nel Registro delle Imprese indicando per ciascuno di essi il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza, nonché a quali tra essi è attribuita la rappresentanza della società, precisando se disgiuntamente o congiuntamente.

Nella disciplina della società a responsabilità limitata, sempre per effetto del richiamo fattone dall'art. 2475, comma 2, viene altresì attratta la norma di cui al successivo comma 5 del medesimo art. 2383, per il quale le cause di nullità o di annullabilità della nomina degli amministratori che hanno la rappresentanza della società non sono opponibili ai terzi dopo l'adempimento della prescritta pubblicità, salvo che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza; va notato dunque che l'opponibilità ai terzi in discorso è di maggior portata di quella che si ha in caso di difetto, in capo all'amministratore, di potere rappresentativo o per attività "extra oggetto" sociale, di cui all'art. 2475-bis, comma 2, ove per l'opponibilità non basta dimostrare la "conoscenza" del terzo, ma occorre dimostrarne invero l'agire intenzionale a danno della società. La ragione di tutto ciò risiede probabilmente nella considerazione che nel primo caso si ha una specie di *falsus procurator* (caso quindi che sull'esterno ha un maggior impatto di instabilità degli atti

clausola statutaria (cosiddetta *simul stabunt simul cadent*) che prevede la decadenza dell'intero consiglio di amministrazione ove venga meno la minoranza dei componenti del consiglio».

³⁴ Cfr. DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 473.

compiuti) mentre nel secondo caso si ha invece una figura di “eccesso” rispetto ai poteri conferiti (e quindi una fattispecie “meno grave” rispetto a quella precedente).

Nel baratro invece delle lacune legislative di cui questa materia, come visto, abbonda, va notato che nella disciplina della nuova società a responsabilità limitata nulla si dice per le formalità da esperirsi per il caso di cessazione degli amministratori dal loro ufficio; e anche in questo caso inevitabilmente si avrà il soccorso analogico offerto dall’art. 2385, comma 3, sempre in tema di società per azioni, ove si afferma che «la cessazione degli amministratori dall’ufficio per qualsiasi causa deve essere iscritta entro trenta giorni nel Registro delle Imprese a cura del collegio sindacale»; dimodoché, se la società a responsabilità limitata ha il collegio sindacale, questa norma si applica pedissequamente, mentre, in caso contrario, la formalità di cessazione andrà svolta (ove non esperita dall’amministratore cessato)³⁵ o dai componenti superstiti dell’organo amministrativo o dal successore dell’amministratore cessato³⁶ oppure dai soci³⁷.

5.2.8 Variazione di amministratori come variazione statutaria?

È noto che, nel campo delle società di persone, ogni variazione attinente alle persone degli amministratori e ai poteri amministrativi/rappresentativi è materia di modifica del contratto sociale e quindi segue le relative regole di maggioranza (art. 2252) e di forma (art. 2300).

È dunque opportuno chiedersi se, nel caso di attribuzione di poteri di amministrazione congiunta o disgiunta a singoli membri del consiglio di amministrazione, questa sia una materia afferente la struttura stessa del contratto sociale (derivandosene che, in caso di modificazioni, occorre far luogo alle relative procedure ai sensi dell’art. 2480), oppure se si tratti, come in passato (quando questa era materia di “semplice” assemblea ordinaria), di una “semplice” nomina che non importa modificazione alcuna del contratto sociale.

Ora, il dubbio è legittimo, ove si pensi che:

- a. il legislatore ha connesso alla scelta dell’amministrazione congiuntiva e disgiuntiva l’applicabilità delle norme di cui agli artt. 2257 e 2258 disposti appunto dal legislatore per le società di persone;

³⁵ Cfr. Cass., 25 ottobre 1965, n. 2241, in *Riv. dir. comm.*, 1967, II, 161.

³⁶ Cfr. SANTINI G., *La società a responsabilità limitata senza sindaci*, in *Riv. soc.*, 1963, 997.

³⁷ Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 342.

- b. il legislatore stesso ha testualmente previsto (art. 2475, comma 3) che «l'atto costitutivo può tuttavia prevedere che [...] l'amministrazione sia a esse affidata disgiuntamente oppure congiuntamente», con ciò la norma sembrando abbastanza chiaramente evocare la considerazione di come la materia della nomina di amministratori congiunti o disgiunti attenga al contenuto stesso del contratto sociale (e che quindi per ogni relativa variazione ne occorra seguire le prescritte modalità operative).

Questo ragionamento sembra tuttavia eccessivo e il discorso va quindi probabilmente ricondotto nei “vecchi” binari, e cioè che lo statuto (o atto costitutivo) è la sede propria per contenere le possibili articolazioni che in concreto può assumere l'organo amministrativo (amministratore unico, consiglio di amministrazione collegiale o con membri dotati di poteri disgiunti o congiunti ecc.) salvo poi ritenere che l'evento della nomina degli amministratori (che quindi non assumerebbe valenza di modificazione statutaria) sia il momento in cui concretamente si sceglie tra le astratte previsioni che lo statuto consente e si prepongono di conseguenza le persone deputate ad amministrare la struttura amministrativa così scelta³⁸.

Indizi in questo senso si traggono dalla lettura delle varie norme che si occupano di questa materia:

- a. innanzitutto, l'art. 2463, comma 2, ove si dispone che l'atto costitutivo deve contenere «le norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti l'amministrazione e la rappresentanza» (n. 7) e l'indicazione delle «persone cui è affidata l'amministrazione» (n. 8), dal che si può probabilmente evincere la differenza tra norme “di struttura” (quelle sui sistemi di amministrazione, di natura “statutaria”) e norme “di funzionamento” (quelle sull'individuazione dei singoli soggetti nominati alle cariche sociali, di natura “non statutaria”);
- b. l'art. 2479, ove, al comma 2 si distinguono, tra le competenze dei soci, «la nomina, se prevista nell'atto costitutivo, degli amministratori» (n. 2) dalle «modificazioni dell'atto costitutivo» (n. 4) e da dove si può probabilmente intuire che, se la nomina degli amministratori fosse una modifica di atto costitutivo, non avrebbe senso farne menzione a parte;
- c. ancora l'art. 2479 ove, al comma 4, si fa riferimento alle modifiche statutarie come a un evento che richiede necessariamente l'assemblea collegiale, quando invece per le nomine alle cariche sociali i soci possono decidere «mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto».

³⁸ Cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 268.

Ora, per il solo fatto della necessità dell'intervento del notaio a ogni evento dal quale consegue una modifica allo statuto della società, se dunque la nomina alle cariche sociali fosse considerabile come variazione dello statuto, si avrebbe un'inconcepibile decisione di modifica statutaria al di fuori di un consesso collegiale, con ciò dunque confermandosi, ancora una volta, che la tematica della nomina degli amministratori, nonostante la parificazione che la riforma della società a responsabilità limitata opera con le regole delle società di persone, è materia estranea alla sua considerazione in termini di modifica del contratto sociale.

Nulla peraltro toglie, infine, che, con una (comunque improbabile, stanti le conseguenze che ne deriverebbero in termini di costi e di appesantimento di procedure) apposita disposizione statutaria, si disponga che le variazioni degli amministratori debbano essere considerate negli stessi modi delle "vere e proprie" modifiche statutarie, e così con le relative applicazioni.

5.3 Il compenso degli amministratori

Anche su questa tematica la nuova disciplina della società a responsabilità limitata è completamente silente³⁹ e quindi pure in questo caso è opportuno un puntuale lavoro statutario ("pescando" di nuovo dalla normativa dettata in materia per la società per azioni) per rimediare alla lacuna del legislatore, e così per esempio, prevedere che:

1. i compensi spettanti ai membri del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo siano stabiliti all'atto della nomina o dall'assemblea e che in assenza di alcuna determinazione l'incarico amministrativo si presume svolto gratuitamente⁴⁰;

³⁹ Secondo DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 483-484, se non v'è dubbio che abbiano diritto al compenso e l'amministratore estraneo e l'amministratore che sia nominato «secondo un procedimento di stampo capitalistico».

Dubbi invece sul compenso vi sarebbero ove si tratti di un amministratore-socio il quale sia nominato in base a un procedimento «di stampo personalistico» in quanto il compito di amministrare le società di persone è compreso fra i doveri che il socio di società di persone assume nei confronti degli altri soci con la firma del contratto sociale.

⁴⁰ Cfr. Cass., 19 marzo 1991, n. 2895, in *Società*, 1991, 959, secondo cui ove manchi una disposizione nell'atto costitutivo e l'assemblea si rifiuti o ometta di stabilire il compenso dell'amministratore o lo determini in misura inadeguata, l'amministratore è abilitato a richiedere al giudice la determinazione del suo congruo compenso; per Trib. Milano, 23 maggio 1991, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 545, la determinazione a opera del giudice del compenso spettante all'amministratore di società

2. i compensi possano essere costituiti in tutto o in parte da partecipazioni agli utili⁴¹ o dall'attribuzione del diritto di sottoscrivere a prezzo predeterminato aumenti di capitale di futura emissione;
3. la remunerazione degli amministratori investiti di particolari cariche sia stabilita dal consiglio di amministrazione (sentito, se esista, il parere del collegio sindacale) e che l'assemblea possa determinare un importo complessivo per la remunerazione di tutti gli amministratori, inclusi quelli investiti di particolari cariche⁴².

È infine opportuna l'inserzione nello statuto della previsione dell'accantonamento di un'indennità di fine rapporto per gli amministratori, ai fini della sua deducibilità da parte della società che erogherà dette indennità (artt. 70, comma 3, 16, comma 1, lett. c), e 49, comma 2, D.P.R. 917/1986).

5.4 Il divieto di concorrenza per gli amministratori

Nella disciplina della riforma il divieto di concorrenza per gli amministratori è proposto solo nell'ambito della disciplina della società per azioni (al-

va effettuata in via equitativa, potendosi trarre elementi indicativi e orientativi dalle tariffe professionali, in relazione al tipo di prestazioni offerte e alla qualifica professionale dell'amministratore. Peraltro, per Cass., 17 marzo 1981, n. 1554, in *Foro it. Mass.*, 1981, il giudice, investito della domanda con cui l'amministratore di una società di capitali (che abbia agito come organo della stessa e non nella veste di mandatario libero professionista) lamenta l'insufficienza del compenso liquidatogli dall'assemblea, non può operare l'adeguamento di detto compenso, qualora la determinazione di esso da parte dell'assemblea della società sia stata accettata senza riserve dall'amministratore.

⁴¹ Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 103; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 263.

⁴² Cfr. Cass., 12 aprile 1976, n. 1289, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1251, secondo cui «è nullo, per contrarietà alla norma, penalmente sanzionata, dell'art. 2389, 2° comma, c.c., il contratto stipulato dal presidente di una società per azioni, di sua sola iniziativa, con un consigliere delegato della stessa e che si risolva nell'attribuzione al secondo, quale corrispettivo di prestazione di attività proprie del suo ufficio, di un compenso non stabilito dal consiglio di amministrazione previo parere del collegio sindacale»; Trib. Torino, 3 marzo 1987, in *Società*, 1987, 726, secondo cui «la spettanza degli emolumenti di cui al 2° comma dell'art. 2389, c.c., è condizionata non solo a una valida deliberazione del consiglio di amministrazione previo parere del collegio sindacale, ma anche all'aver l'amministratore rivestito particolari cariche in conformità all'atto costitutivo; tali cariche non sono semplicemente le eventuali incombenze svolte dall'amministratore in ordine a specifici affari la cui cura gli sia stata affidata, bensì riguardano le mansioni inerenti a funzioni particolari istituzionalmente previste dall'atto costitutivo, come la carica di amministratore delegato o di presidente del consiglio di amministrazione».

l'art. 2390) e non è più riprodotto, come invece accadeva prima, nell'ambito della società a responsabilità limitata.

Visto che è assai problematico⁴³ porsi questioni di applicazione analogica e cioè derivare dalla disciplina della società per azioni un divieto anche per gli amministratori di società a responsabilità limitata⁴⁴, oppure, al contrario ragionare in termini di "ubi lex voluit dixit"⁴⁵, è bene che pure su questa materia vi sia un intervento di tipo statutario, per dissipare all'origine ogni dubbio, ove vi sia interesse a impedire un'eventuale attività concorrenziale per gli amministratori di una società a responsabilità limitata.

E così prevedere, riproducendo, in sostanza, la disciplina della società per azioni, che gli amministratori della società a responsabilità limitata non possono assumere la qualità di soci illimitatamente responsabili in società concorrenti, né esercitare un'attività concorrente per conto proprio o di terzi, né essere amministratori o direttori generali in società concorrenti⁴⁶ salvo autorizzazione dei soci.

Evidentemente, l'amministratore che si trovi in conflitto con una siffatta previsione diviene immediatamente revocabile e può essere passibile di un'azione di risarcimento danni⁴⁷.

5.5 L'assetto dell'organo amministrativo

Nel sistema previgente, l'assetto dell'organo amministrativo poteva essere

⁴³ Non ha dubbi invece DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 482, per il quale il divieto di concorrenza è «intrinsecamente connesso allo statuto giuridico di qualunque amministratore, sia di società di persone (art. 2301) sia di società di capitali (art. 2390)».

⁴⁴ Cfr. BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1074, secondo cui «si potrebbe arrivare a ipotizzare [...] l'estensione anche ai soci, in quanto tali, dell'art. 2301 c.c., che stabilisce un divieto di concorrenza in capo ai soci delle società in nome collettivo».

⁴⁵ Secondo PARRELLA F., *Sub Articolo 2475-ter*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 116, il divieto di non concorrenza sarebbe stato rimesso dal legislatore all'autonomia statutaria.

⁴⁶ Infatti secondo App. Milano, 10 giugno 1991, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 235 e in *Società*, 1991, 1657, non si pone in concorrenza con la società l'amministratore che diventa amministratore unico di un'altra società con diverso oggetto sociale.

⁴⁷ Cfr. Cass., 1° ottobre 1975, n. 3091, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 158, secondo cui nelle società di capitali, il divieto per l'amministratore, ai sensi dell'art. 2390 1° comma, di assumere la qualità di socio illimitatamente responsabile in società concorrenti o di esercitare comunque attività concorrente, tendendo a evitare che l'amministratore, durante il suo ufficio si trovi in situazioni di dannoso antagonismo con la società amministrata, opera a prescindere dal momento in cui egli abbia assunto la

articolato in due sottoinsiemi: l'organo amministrativo monocratico, e cioè composto da un solo soggetto (l'amministratore unico) e l'organo amministrativo pluripersonale, vale a dire quello composto da una pluralità di soggetti.

In quest'ultimo caso gli amministratori necessariamente andavano a comporre un organo collegiale, detto consiglio di amministrazione (era abbastanza minoritaria⁴⁸ infatti la tesi per la quale vi potesse essere una

qualità incompatibile, o intrapreso l'attività concorrente, e anche, quindi, se le indicate situazioni siano non successive, ma preesistenti alla sua nomina. In entrambi i casi, però, l'inosservanza del divieto in questione non tocca la validità della delibera assembleare di nomina dell'amministratore, né determina, nella seconda ipotesi, l'ineleggibilità del medesimo, ma comporta solo l'obbligo per l'amministratore di smettere la qualità o l'attività incompatibile, al fine di non esporsi alla sanzione della revoca (art. 2390 2° comma), salvo che abbia ricevuto autorizzazione in forza di rituale delibera dell'assemblea dei soci, o in forza di espressa clausola dello statuto.

⁴⁸ In senso contrario all'amministrazione disgiuntiva cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 233; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 293; RACUGNO G., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 1066; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 525; Cass., 24 aprile 1963, n. 1081, in *Foro pad.*, 1963, I, 1054; App. Milano, 29 ottobre 1971, in *Mon. trib.*, 1972, 13; Trib. Roma, 21 dicembre 1974, in *Riv. not.*, 1975, 615; Trib. Milano, 14 novembre 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, 79; Trib. Cosenza, 9 febbraio 1994, in *Società*, 1994, 671, secondo cui «non può essere omologata la clausola dello statuto di una s.r.l. nella quale è stabilito che gli amministratori, qualora siano due, amministrino disgiuntamente la società sia perché il principio della necessaria collegialità dell'amministrazione affidata a più persone sancito per le società per azioni dall'art. 2380 c.c. – sebbene detta norma non sia espressamente richiamata dall'art. 2487 c.c. per le società a responsabilità limitata – deve essere ritenuto un principio di portata generale come si desume dall'espresso richiamo dell'art. 2392, che stabilisce la responsabilità solidale di tutti gli amministratori per i danni derivati alla società dall'inosservanza dei doveri, sia perché è incompatibile con l'esercizio disgiuntivo dell'amministrazione la possibilità riconosciuta all'amministratore di sottrarsi alla responsabilità per gli atti commessi qualora abbia dimostrato il suo dissenso nei modi previsti dalla legge»; Trib. Foggia, 27 aprile 1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, 32, secondo cui non è omologabile lo statuto di una s.r.l. che preveda la nomina di due amministratori con potere di amministrare disgiuntamente.

In senso favorevole cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. I, 1982, 316; ZANARONE G., *La clausola di amministrazione disgiuntiva nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1979, 90; CALANDRA BONAURA V., *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, Milano, 1984, 141; CALANDRA BUONAURA V., *Ancora sull'amministrazione disgiuntiva nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1995, II, 231; Trib. Napoli, 21 giugno 1996, in *Società*, 1997, 71, secondo cui nella società a responsabilità limitata vi è la «possibilità, per i più amministratori, di operare in forma non collegiale. Quest'ultima affermazione è fondata sul mancato richiamo dell'art 2380 c.c. (il quale prevede, tra l'altro, che quando l'amministrazione di una S.p.A. è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione). Ebbene, si ribadisce, da questo omesso richiamo la prevalente (e preferibile) opinione dottrinale e giurisprudenziale (cfr. per tutte, App. Firenze, 29 gennaio 1990 e Trib.

pluralità di amministratori che non componessero un organo collegiale, ma che agissero individualmente e, caso per caso, in via tra loro disgiunta o congiunta)⁴⁹.

5.5.1 L'abbandono del principio di collegialità

La differenza tra un organo amministrativo pluripersonale a funzionamento collegiale e un organo amministrativo pluripersonale a funzionamento non collegiale (e quindi, in quest'ultimo caso, con i suoi membri operativi, volta a volta, in via tra di loro congiunta o disgiunta) è nota ed evidente: collegialità significa adozione delle decisioni non in via individuale da parte di ciascun soggetto amministratore (seppur in via congiunta con altri amministratori), ma in via appunto collegiale e cioè a seguito di un confronto che si svolga tra le idee e le opinioni di ciascuno di coloro che sono chiamati (in un unico contesto di tempo e di luogo) ad assumere una decisione su una data problematica.

In altri termini, collegialità significa che:

- i membri di un dato organo vengano per tempo (in modo da potersi adeguatamente preparare alla discussione) convocati in un certo luogo e in una certa ora per discutere su un certo ordine del giorno⁵⁰;
- essi in quel contesto assistano a un'esposizione delle tematiche in campo da parte del loro collega che si faccia carico di illustrare agli altri i problemi che occorre affrontare;

Lucca, 17 novembre 1989) inferisce che la società a responsabilità limitata può essere amministrata da più persone senza che queste formino necessariamente il consiglio di amministrazione. Questo, ovviamente, non esclude che la s.r.l. possa ugualmente optare per un organo amministrativo collegiale, tanto che l'art. 2497, secondo comma, c.c., richiama numerose norme che si occupano della disciplina di questo (artt. 2381, 2385, 2386, 2388, 2391, 2392 c.c.). La s.r.l. ha, quindi, una gamma di moduli amministrativi più ampia di quella prevista per le s.p.a.: amministratore unico, consiglio di amministrazione, più amministratori non collegiali. Questi ultimi possono, ad avviso del Collegio, operare sia in forma disgiunta che congiunta, al pari di quanto previsto per le società di persone (artt. 2257 e 2258 c.c.), la cui disciplina è sicuramente applicabile, anche solo per effetto della libera scelta dei soci della s.r.l.».

⁴⁹ Cfr. GAGLIOTI A., *Amministrazione bipersonale di società a responsabilità limitata e principio di maggioranza*, in *Società*, 1997, 71; Trib. Napoli, 13 febbraio 1997, in *Società*, 1997, 1161, secondo cui «il consiglio di amministrazione di una società a responsabilità limitata non può essere composto da due soli membri abilitati ad agire solo congiuntamente».

⁵⁰ Cfr. Cass., 5 settembre 1995, n. 9314, in *Corr. trib.*, 1995, 351, secondo cui l'atto attraverso il quale si esprime la volontà del consiglio di amministrazione può avere rilevanza giuridica solo quando sia stato preceduto dalla convocazione di tutti coloro che hanno diritto di partecipare alla fase della deliberazione, sicché deve considerarsi inammissibile l'atto deliberativo adottato nonostante l'omessa convocazione di un componente del consiglio stesso.

- essi poi discutano sugli aspetti positivi e negativi delle soluzioni da adottare;

e che ciascuno di loro infine, formatosi in tal modo il più idoneo convincimento a seguito delle spiegazioni ricevute e della discussione cui ha partecipato, voti per la soluzione che gli appare più consona, risultando dunque come approvata quella che raggiunge un numero di consensi tale da integrare il *quorum* richiesto per ritenersi adottata.

In questo panorama, irrompe dunque prorompente la riforma, che in questo ambito dispiega assai chiaramente le linee guida sulle quali essa è stata impostata: centralità della figura del socio, massima coincidenza tra la figura del socio e il ruolo di amministratore, ampia derogabilità della disciplina legale e quindi notevole possibilità di praticare l'autonomia statutaria, e cioè la capacità degli operatori di darsi regole proprie, diverse da quelle proposte dal legislatore come disciplina di *default*.

Ora, la prima regola che in questa materia si incontra nel nuovo Codice civile (e a parte ogni discorso circa il possibile affidamento dell'amministrazione della nuova società a responsabilità limitata al consesso dei soci o all'adozione statutaria di forme organizzative "atipiche", quali quelle che deriverebbero dalla possibile importazione nella società a responsabilità limitata dei sistemi monistico e dualistico della società per azioni: e cioè sfruttando la "manovrabilità" che offre l'art. 2479, comma 1)⁵¹ è quella di cui all'art. 2475, commi 3 e 5, ove si leggono dunque tre prescrizioni:

- a. quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste «costituiscono» il consiglio di amministrazione (dalla nomina di una pluralità di amministratori discende, dunque, di *default*, la loro necessaria collegialità, e quindi

⁵¹ Ne è sicuro DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 478. Possibilisti sono BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1071; PARRELLA F., *Sub Articolo 2475*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 107; FORTUNATO S., *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 308; AMBROSINI S., *Appunti in tema di amministrazione e controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 357; ABRIANI N., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, 201; CAGNASSO O., *Ambiti e limiti dell'autonomia concessa ai soci nella "nuova" società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 371; MONTALENTI P., *L'amministrazione sociale nella riforma del diritto societario*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, par. 8 (del dattiloscritto); contrari invece PRESTI G., *Le nuove ricette del diritto societario*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G., *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 16; e ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 265.

- non si applica il principio, di cui all'art. 2257, comma 1, per il quale, «salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri»⁵²;
- b. l'atto costitutivo può tuttavia prevedere che l'amministrazione sia a esse affidata disgiuntamente oppure congiuntamente (in tali casi si applicano, rispettivamente, gli artt. 2257 e 2258 del Codice civile);
- c. la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'art. 2481 «sono in ogni caso di competenza» dell'organo amministrativo della società.

Va inoltre rammentato che, ai sensi dell'art. 2468, l'atto costitutivo della società (o il suo statuto, che dir si voglia) può prevedere (comma 3) «l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società» (come, per esempio, la necessità di consenso del tal socio per certe operazioni, che è come dire l'attribuzione al medesimo di un diritto di veto) e che (comma 4) «salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo e salvo in ogni caso» il diritto di recesso del socio dissenziente rispetto a queste modifiche «i diritti previsti dal precedente comma possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci».

Questi possibili assetti organizzativi che si possono scegliere nella nuova società a responsabilità limitata impattano dunque violentemente contro la prassi seguita nell'ordinamento previgente, in quanto:

- come prima, ci si può continuare ad affidare all'organo monocratico, e cioè all'amministratore unico;
- come prima ci si può affidare a un organo pluripersonale di natura collegiale (il consiglio di amministrazione);
- diversamente da prima si può procedere alla nomina di un organo amministrativo pluripersonale, i cui membri però non agiscono collegialmente (salvo che per l'approvazione del progetto di bilancio d'esercizio e del progetto di fusione e per la deliberazione dell'aumento di capitale sociale che sia stata demandata dall'assemblea all'organo amministrativo, casi nei quali la collegialità⁵³ è imprescindibile) ma secondo le regole non col-

⁵² Questa regola discendente dall'art. 2257, comma 1, sulla disgiuntività dell'operato degli amministratori, ove non sia diversamente disposto, si dovrebbe dunque applicare ove l'atto costitutivo rimettesse l'amministrazione a una pluralità di soggetti, escludendo esplicitamente che quella pluralità di amministratori integri un consiglio di amministrazione. Cfr. sul punto COLOMBO G.E., *Relazione al Consiglio notarile di Milano sul tema Amministrazione e controllo*, cap. V, par. 1, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/colombo.htm>.

⁵³ Beninteso, anche in questi casi, ove lo statuto lo consenta, la decisione può essere assunta dal consiglio di amministrazione mediante il procedimento del "consenso scritto" o della "consultazio-

legiali (di cui agli artt. 2257 e 2258 del Codice civile) proprie invero dell'amministrazione delle società di persone;

- in conseguenza di quanto precede, inoltre, mediante apposite previsioni statutarie, si possono predisporre elenchi di materie da devolvere, caso per caso, all'organo collegiale o a singoli amministratori, e qui, volta a volta, in via fra loro congiunta o disgiunta;
- ancora: diversamente da prima, probabilmente si può (ai sensi dell'art. 2475, comma 1⁵⁴, e dell'art. 2479, comma 1)⁵⁵ abolire del tutto⁵⁶ l'organo amministrativo e affidare la competenza gestionale al consesso dei soci, in assemblea (art. 2379, comma 3) o extrassemblearmente (art. 2379, comma 4) (ferma restando la necessità⁵⁷ del rispetto del principio collegiale ove i soci si trovino a decidere nelle materie di cui all'art. 2475, ultimo comma).

Occorre porre attenzione peraltro al fatto che la riforma, come invero può apparire a una prima lettura, non offre tre diversi modelli di amministrazione:

- l'amministratore unico;
- il consiglio di amministrazione;
- la pluralità di amministratori che non agiscono collegialmente.

E ciò in quanto i modelli sono sempre due (amministratore unico e consiglio di amministrazione), ma con la particolarità che, ove sia nominata una pluralità di amministratori che agiscono in base al dettato degli artt. 2257 e 2258 del Codice civile, si è pur sempre in presenza di un consiglio di amministrazione, nel cui ambito tuttavia il metodo collegiale viene "spento" nelle materie indicate nello statuto e affidate all'agire disgiunto o congiunto dei suoi membri, con l'unico limite che la collegialità ritorna invece in tutta la sua pienezza in quelle occasioni in cui occorre farsi luogo all'approvazione del progetto di bilancio e del progetto di fusione/scissione da presentare

ne espressa per iscritto": cfr. VASSALLI F., *Norme statutarie sul funzionamento e l'organizzazione del sistema di amministrazione delle s.r.l.*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 27-28-29 novembre 2002, 5 (del dattiloscritto).

⁵⁴ Secondo cui «salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479».

⁵⁵ Secondo cui «i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione».

⁵⁶ Si veda *supra* il par. 5.2.1.

⁵⁷ Sull'inderogabilità del metodo collegiale per le deliberazioni di cui all'art. 2475, ultimo comma, cfr. per esempio, BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1067.

alla decisione dei soci oppure all'aumento di capitale delegato dall'assemblea all'organo amministrativo.

È assai chiaro infatti in tal senso il disposto dei commi 3 e 5 del richiamato art. 2475, ove si legge:

- da un lato che (comma 3) «quando l'amministrazione è affidata a più persone, *queste costituiscono il consiglio di amministrazione. L'atto costitutivo può tuttavia prevedere, salvo quanto disposto nell'ultimo comma del presente articolo, che l'amministrazione sia a esse affidata disgiuntamente oppure congiuntamente*»; e
- dall'altro, che (comma 5) «la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ai sensi dell'art. 2481 *sono in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo*».

In altri termini, se certe determinazioni sono «in ogni caso» da assumersi dall'organo amministrativo, vuole dire che ove sia «tuttavia» nominata una pluralità di amministratori in via tra loro disgiunta o congiunta, il metodo collegiale è solo quiescente, pronto però a riproporsi ogni volta che ricorrono quegli eventi che richiedono la collegialità⁵⁸; non avrebbe infatti senso ritenere che il comma 5 valga per il solo caso della nomina di un consiglio di amministrazione (e non valga invece se sia nominata una pluralità di amministratori non collegiali) in quanto non vi sarebbe invero alcuna necessità di dire che, se c'è il consiglio di amministrazione, l'organo amministrativo «in ogni caso» decide nelle materie di cui sopra s'è detto (progetti di bilancio e di fusione, aumento di capitale). Se invero la pluralità di amministratori in quelle materie decide «in ogni caso» in via collegiale, significa che essi compongono un consiglio, nel cui ambito essi in talune materie lavorano collegialmente mentre in altri casi lavorano individualmente (e, volta a volta, in via tra loro congiunta o disgiunta).

⁵⁸ Per GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 477, «nonostante l'opzione per l'amministrazione disgiuntiva occorre una decisione collegiale per le decisioni relative alla redazione dei progetti di bilancio, di fusione o scissione, all'aumento del capitale». In tal senso anche SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 216, per il quale «nella considerazione del legislatore tali materie, data la loro delicatezza per gli equilibri interni ma al tempo stesso la loro importanza per le dinamiche aziendali, dovrebbero essere decise nel rispetto della ponderazione equilibrata del primo tipo di schema decisionale [cioè il consiglio di amministrazione, *n.d.a.*], senza accedere ai rischi della congenita improvvisazione dell'amministrazione disgiuntiva o della pesantezza decisionale (pur temperata dall'art. 2258) dell'amministrazione congiunta»; e pure DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 472.

Insomma, quell'espressione ha senso appunto nel caso di nomina di una pluralità di amministratori (nel caso di nomina di un amministratore unico, invece, alla collegialità si è rinunciato "in partenza") la quale, normalmente, non agisce come collegio, mentre, in determinate materie, deve agire collegialmente: è in sostanza un consiglio di amministrazione che opera collegialmente in certe materie (quelle inderogabilmente indicate dalla legge e quelle eventualmente indicate dallo statuto) e in certe altre lascia invece liberi i propri membri di assumere decisioni individuali (in via disgiunta o congiunta) e cioè al di fuori di un contesto collegiale.

Occorre sottolineare infine che, ove si sia prescelta una forma gestionale che preveda la totale soppressione dell'organo amministrativo e l'attribuzione di tutti i poteri gestori all'assemblea, allora, da quanto si è finora osservato dovrebbe di necessità discendere che (mentre in tutte le altre materie possono anche essere disposte procedure extrassembleari: art. 2479, comma 4), ove i soci – quali amministratori – si trovino a dover adottare decisioni nelle materie di cui all'art. 2475, comma 5, quelle decisioni debbano essere assunte in via probabilmente collegiale (e quindi assembleare)⁵⁹, cosicché, nello statuto vi può ben essere la previsione che tutte le decisioni dei soci si assumono mediante "consenso scritto" o "consultazione espressa per iscritto" (ai sensi dell'art. 2479, comma 3), ma tale previsione va limitata:

- sia con riferimento alle materie di cui ai nn. 4 e 5 del secondo comma dell'art. 2479, la cui necessaria assemblearità è *esplicitamente* prevista nell'art. 2479, comma 4;
- sia con riferimento alle materie di cui all'art. 2475, comma 5, la cui necessaria collegialità è (*esplicitamente*, con riguardo al "vero e proprio" organo amministrativo; e *implicitamente*, con riguardo all'assemblea che sia "onerata" dei compiti del consiglio di amministrazione) disposta dal medesimo art. 2475, comma 5.

5.5.2 Il consiglio di amministrazione

Il funzionamento del consiglio di amministrazione è indubbiamente una materia sulla quale la riforma del diritto societario riserva una notevole dose di novità.

Infatti, stante il carattere spiccatamente personalistico che la società a responsabilità limitata ha assunto a seguito della nuova disciplina e quindi

⁵⁹ Cfr. PARRELLA F., *Sub Articolo 2475*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 105, nota 19.

stante il rilievo che nella vita sociale assume il socio come singolo, il legislatore prende atto che nell'amministrazione di una società a responsabilità limitata del metodo collegiale si può fare anche a meno: il tendenziale ristretto numero degli amministratori, la loro quotidiana frequentazione e il loro continuo confronto al di là di formali convocazioni, il rilievo che la riforma attribuisce alla persona del socio-individuo che dal metodo collegiale deriva probabilmente solo elementi di fastidio piuttosto che di più completa formazione della sua volontà, sono tutti fattori che inducono a ritenere come il metodo collegiale sia nella maggior parte dei casi assolutamente sovrabbondante.

Adottare il metodo collegiale significa infatti ambire a quella virtuosa formazione delle decisioni da assumersi da parte di un dato consesso che si realizza seguendo quell'*iter* (convocazione, relazione, discussione, votazione, verbalizzazione) attraverso il quale al membro di quel consesso si offre l'opportunità di prepararsi per tempo, di sentire un'approfondita spiegazione, di interloquire con i suoi colleghi e di trarre da tutto questo sviluppo di eventi le migliori condizioni possibili per giungere alla decisione più appropriata.

Tuttavia, il metodo collegiale è sicuramente virtuoso in quei casi ove i membri di quel dato consesso non siano in frequente contatto tra di loro, siano tendenzialmente numerosi, non vivano minuto per minuto la realtà aziendale: ma ove si tratti di un consesso composto, come accade di regola nelle società a responsabilità limitata, da pochi soggetti, che lavorino fianco a fianco tutto il giorno, che si conoscano perfettamente, che continuamente interagiscano tra di loro, non ha alcun senso "costringerli" a una seduta collegiale che si rivelerebbe (come si è, nella maggior parte dei casi, finora in effetti rivelata) del tutto sovrabbondante e che, come la pratica insegna, nel passato è quasi sempre avvenuta solo "sulla carta", nonostante dai libri sociali invariabilmente risulti la verbalizzazione di riunioni "lunghe e articolate", nel corso delle quali sempre si svolgono discussioni "ampie e approfondite" (come più o meno usa recitare il gergo dei verbali).

Così, la riforma del diritto societario "prende il toro per le corna" e, rinnovando completamente questa materia, al comma 4 dell'art. 2475 dispone che «qualora sia costituito un consiglio di amministrazione, l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto».

In altri termini, nonostante non si siano prescelte forme di amministrazione non collegiale (e cioè la nomina di una pluralità di amministratori che agiscano in via fra loro congiunta o disgiunta), e quindi si sia prediletto un sistema di *governance* caratterizzato dalla nomina di un consiglio di amministrazione, lo statuto della nuova società a responsabilità limitata può abilitare (*opt in*) questo organo a funzionare non "in via collegiale" (cioè con la contemporanea presenza "fisica" dei suoi membri, nel medesimo conte-

sto spaziale oppure in collegamento audio-video, ma pur sempre “in rete”, in tempo reale) bensì “in via remota” e “scollegata” (cioè in modo che ogni membro dell’organo assuma la propria decisione in un contesto di spazio e di tempo diverso dal contesto in cui assumono la propria decisione gli altri membri del medesimo organo).

La riforma abilita in sostanza un sistema decisionale per effetto del quale:

- ogni componente del consiglio può assumere la sua decisione non in una sfera di collegialità ma nell’ambito della sua personale sfera individuale;
- egli, una volta assunta la sua decisione, la fa pervenire alla società;
- l’insieme di queste decisioni individualmente assunte diviene al fine deliberazione dell’organo ove esse siano in numero tale da integrare il *quorum* prescritto.

Ora, come detto, questa procedura di decisione individuale si può articolare, secondo la legge, secondo una duplice modalità (che verrà più oltre illustrata):

- a. la consultazione scritta;
- b. il consenso espresso per iscritto.

In entrambi i casi, comunque, recita sempre il quarto comma dell’art. 2475 (con considerazione invero un po’ pleonastica circa la “chiarezza”), «dai documenti sottoscritti dagli amministratori devono risultare con chiarezza l’argomento oggetto della decisione e il consenso alla stessa». Ciò che invece è importante sottolineare è che la necessità dell’espressione scritta della volontà impedisce di dare rilievo in questo ambito all’atteggiamento silente o a comportamenti concludenti.

5.5.2.1 *Il funzionamento collegiale del consiglio di amministrazione*

Come detto, il comma 4 dell’art. 2475 permette il sistema decisionale della “consultazione scritta” o del “consenso espresso per iscritto” qualora l’atto costitutivo lo preveda espressamente.

Ove dunque questa previsione statutaria non compaia oppure il metodo della “consultazione” o del “consenso” sia statutariamente previsto non per tutte le materie ma solo per un novero limitato di decisioni⁶⁰, allora assume

⁶⁰ Questa limitazione può essere effettuata con vari metodi: il più classico è la ricerca del discrimine mediante la definizione di particolari soglie di “valore” oppure in ragione della materia da affrontare.

piena vigenza il tradizionale sistema collegiale, sul quale peraltro la legge di riforma non spende una parola.

È quindi imprescindibile che di questa materia si occupi l'atto costitutivo della società (o lo statuto che dir si voglia), il quale dovrà dunque almeno intervenire sulle seguenti problematiche:

- a. il sistema di convocazione, disponendo almeno in tema di:
 1. soggetti legittimati a effettuare la convocazione;
 2. convocazione su richiesta di una minoranza di consiglieri;
 3. modalità di spedizione dell'avviso;
 4. tempi minimi da rispettare tra la spedizione dell'avviso e lo svolgimento della riunione;
- b. il sistema di svolgimento dell'adunanza, dettando norme su:
 1. luogo⁶¹ della seduta;
 2. presidenza della seduta;
 3. svolgimento dell'adunanza;
 4. verbalizzazione dell'adunanza⁶²;
 5. possibilità di svolgimento mediante l'ausilio di mezzi di comunicazione a distanza⁶³;

⁶¹ Cfr. App. Genova, 17 luglio 1987, in *Società*, 1987, 1202, secondo cui è affidata al presidente o all'amministratore delegato la scelta del luogo in cui di volta in volta il consiglio di amministrazione viene convocato o nella sede sociale o nel resto del territorio nazionale o, anche, in qualsiasi altro paese estero se la natura o l'urgenza di una deliberazione lo esige nell'interesse della società.

⁶² Cfr. Trib. Roma, 30 maggio 1987, in *Società*, 1987, 1037, secondo cui nessuna prescrizione di forma è prevista dalla legge per l'esistenza e la validità delle deliberazioni consiliari, a nulla rilevando che l'art. 2421, n. 4, c.c., disponga la tenuta del libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, riconnettendosi tale norma all'esigenza di tenuta dei libri da parte dell'imprenditore piuttosto che alla previsione di una particolare forma dell'atto; Cass., 6 marzo 1987, n. 2397, in *Dir. fall.*, 1987, II, 646, secondo cui «la verbalizzazione delle deliberazioni del consiglio di amministrazione ha una funzione meramente certificativa della volontà già formata con la votazione, per cui le deliberazioni non verbalizzate (al contrario di quanto è prescritto, dall'art. 2375 c.c., per le deliberazioni dell'assemblea dei soci) sono pienamente valide sia nei rapporti interni sia nei confronti dei terzi che ne abbiano avuto conoscenza; infatti, l'obbligo della verbalizzazione di dette deliberazioni non è imposto dall'art. 2388 c.c. né può desumersi dall'art. 2421, n. 4 c.c., che impone alla società di tenere il libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione, perché l'obbligo dell'imprenditore commerciale di tenere alcuni libri non si riconnette mai a un'esigenza di forma degli atti di cui deve essere registrato il compimento (principio affermato, in tema di applicazione dell'art. 2103 c.c., in relazione alla questione dell'avvenuto conferimento o meno della firma sociale al dipendente della banca mediante deliberazione del consiglio di amministrazione della medesima)».

⁶³ Sotto questo profilo, è opportuno che lo statuto della società a responsabilità limitata fornisca un'ideale regolamentazione della materia per garantire il rispetto del metodo collegiale e del principio di buona fede e di parità di trattamento dei componenti del consiglio di amministrazione, disponendo, in particolare, che: il presidente dell'adunanza deve poter accertare l'identità e la legittimazione degli intervenuti, regolare lo svolgimento dell'adunanza, constatare e proclamare i risul-

- c. il *quorum* per la valida costituzione dell'organo (secondo l'art. 2388, comma 1, in tema di società per azioni, ma probabilmente applicabile per analogia, in assenza di una previsione statutaria sul punto, per la validità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione è necessaria la presenza della maggioranza degli amministratori in carica, quando lo statuto non richiede un maggior numero di presenti);
- d. il *quorum* deliberativo (secondo l'art. 2388, comma 2, sempre in tema di società per azioni, sulla cui probabile applicabilità analogica va ripetuto quanto precede, le deliberazioni del consiglio di amministrazione sono prese a maggioranza assoluta dei presenti, salvo diversa disposizione dello statuto) con eventuale attribuzione al presidente del voto "doppio" (a meno che il consiglio sia composto di due soli membri)⁶⁴ nel caso in cui nella votazione si consegua un numero identico di voti favorevoli e di voti contrari.

Sotto quest'ultimo profilo (e indirettamente con riguardo anche a quello del *quorum* costitutivo), stante l'assenza di previsioni normative in materia, l'ampia autonomia statutaria e il rilievo assunto dalle figure dei partecipi alla vita della società a responsabilità limitata, si può ritenere plausibile una clausola statutaria che disponga per le decisioni del consiglio di amministrazione l'unanimità dei presenti (o addirittura l'unanimità di coloro che compongono il consiglio stesso)⁶⁵.

tati della votazione; il soggetto verbalizzante deve poter percepire adeguatamente gli eventi oggetto di verbalizzazione; deve essere consentito agli intervenuti di partecipare alla discussione e alla votazione simultanea sugli argomenti all'ordine del giorno; nell'avviso di convocazione (salvo che si tratti di adunanza totalitaria) devono essere indicati i luoghi audio-video collegati a cura della società, nei quali gli aventi diritto possano affluire, dovendosi ritenere svolta la riunione nel luogo ove siano stati presenti il presidente e il soggetto verbalizzante. Cfr. comunque Trib. Roma, 24 febbraio 1997, in *Società*, 1997, 695, secondo cui «è legittima la clausola dello statuto di società a responsabilità limitata che prevede la possibilità che le riunioni del consiglio di amministrazione si svolgano per tele-videoconferenza, a condizione che tutti i partecipanti siano identificabili e possano intervenire in tempo reale nella discussione»; e pure PALAZZOLO A., *La telematica nelle riunioni societarie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 271.

⁶⁴ Cfr. Trib. Milano, 18 luglio 1984, in *Società*, 1984, 1363, secondo cui non è legittimo l'atto costitutivo di una s.r.l. nel cui statuto sia compresa la clausola istitutiva di un consiglio di amministrazione composto da due soli membri, il quale deliberi, nel caso di votazione in parità a favore e contro l'oggetto della decisione, con prevalenza del voto del presidente.

⁶⁵ Cfr. PARRELLA F., *Sub Articolo 2475*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 106; BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 21, nota 34. Cfr. invece nel previgente ordinamento Trib. Cassino, 21 giugno 1991, in *Società*, 1992, 82, secondo cui non è omologabile la clausola di uno statuto di società a responsabilità limitata che prevede che il consiglio di amministrazione possa deliberare soltanto all'unanimità.

Alla società a responsabilità limitata si rende poi probabilmente applicabile per analogia, in assenza di una specifica previsione sul punto, pure il disposto del comma 3 dell'art. 2388, secondo cui «il voto non può essere dato per rappresentanza» (e derivando tale applicazione analogica dalla responsabilità che è connessa alla funzione amministrativa e dall'inconciliabilità che pare esservi tra detta responsabilità e la possibilità di una delega di poteri partecipativi); ci si potrebbe peraltro porre il problema di una clausola che, nel silenzio della disciplina della società a responsabilità limitata, impedisca invece esplicitamente l'applicazione analogica cui si è appena accennato, dettando la previsione di una delega; ma anche verso la legittimità di questa clausola potrebbero essere ripetuti i rilievi di cui sopra.

Quanto invece all'applicabilità del comma 4 del medesimo art. 2388 circa l'invalidità delle deliberazioni dell'organo amministrativo⁶⁶, essa appare inevitabile⁶⁷, in quanto l'alternativa – che appare essere implausibile, stante la “specialità” della materia – è quella dell'applicazione dei principi di diritto “comune”⁶⁸.

⁶⁶ Cfr. Cass., 26 novembre 1998, n. 12012, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1436; Trib. Milano, 16 luglio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 1886; Cass., 5 settembre 1995, n. 9314, in *Società*, 1996, 171. Cfr. anche SANTAGATA R., *Omessa convocazione di uno dei consiglieri e invalidità delle delibere del Consiglio d'amministrazione*, in *Giur. comm.*, 1997, II, 156.

⁶⁷ Secondo PARRELLA F., *Sub Articolo 2475-ter*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 119, invece, «l'assunto secondo il quale il vizio del conflitto di interessi costituirebbe l'unica ipotesi in cui possono essere impugnate le decisioni degli amministratori sembra trovare fertile terreno [...] nell'impronta personalistica della nuova s.r.l.» e in particolare nella deterrenza rappresentata dall'attribuzione a ogni socio dell'azione di responsabilità e, nel suo ambito, dell'azione cautelare di revoca per gravi irregolarità. Per ABRIANI N., *Conflitto di interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 418-419, «la mancanza di una regolamentazione corrispondente a quella prevista, per la S.p.A., dall'art. 2388 sembra riflettere una precisa opzione legislativa volta a circoscrivere in termini selettivi l'impugnabilità delle deliberazioni consiliari e, più in generale, delle decisioni degli amministratori di s.r.l. Ciò induce a dubitare che nei confronti di tali deliberazioni (o decisioni) siano proponibili azioni di nullità o annullabilità per vizi di procedimento o contenuto diversi dal conflitto d'interessi».

⁶⁸ Sull'invalidità delle decisioni dell'organo amministrativo va ricordato che per Trib. Milano, 16 luglio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 1886, le delibere del consiglio di amministrazione sono impugnabili negli stessi termini delle delibere assembleari, essendo applicabile in via analogica la relativa disciplina; e che pure per Cass., 14 dicembre 2000, n. 15786, in *Foro it. Mass.*, 2000, «poiché il singolo socio è legittimato a impugnare le delibere del consiglio d'amministrazione lesive dei suoi diritti e poiché all'impugnazione delle delibere del consiglio d'amministrazione è applicabile, in via analogica, la disciplina relativa all'impugnazione delle delibere assembleari, la disposizione dell'art. 2377, comma 3, c.c. – che opera tanto per l'annullamento che per la dichiarazione di nullità delle delibere – è applicabile anche alle deliberazioni del consiglio d'amministrazione impugnate dal singolo socio, con la conseguenza che l'annullamento o la dichiarazione di nullità della delibera del consiglio d'amministrazione ha effetto rispetto a tutti i soci». Per Cass., 28 agosto 1995, n. 9040, in *Giust.*

5.5.2.2 Le decisioni assunte mediante "consultazione scritta" e "consenso espresso per iscritto"

Per discernere gli elementi caratterizzanti la "consultazione scritta" rispetto al "consenso espresso per iscritto" occorre probabilmente riferirsi alle modalità in cui l'espressione della decisione viene sollecitata al membro del consiglio di amministrazione.

E così, quando nella legge si parla di *consultazione scritta* evidentemente si fa riferimento al caso in cui uno dei componenti del consiglio di amministrazione (è facile andare con l'immaginazione al presidente del consiglio di amministrazione, ma senza nulla sottrarre alla possibile iniziativa di un consigliere "semplice") svolga una specie di "referendum" tra gli altri componenti ("tutti" gli altri, apparendo inammissibile che si ricerchi il *quorum* sufficiente consultandone solo "alcuni") dell'organo per verificarne il consenso rispetto all'assunzione di una data decisione; un caso abbastanza tipico può essere quello del bilancio d'esercizio, ove è pensabile che, una volta predisposta la bozza del bilancio, essa sia circolarizzata a tutti gli amministratori per ottenerne l'approvazione⁶⁹.

E così la "scena" della "consultazione scritta" assomiglia a quella ove, in ipotesi:

- si fanno, per esempio, pervenire (su supporto cartaceo o magnetico, per via di corrispondenza "ordinaria", per telefax o posta elettronica⁷⁰, salva poi la necessità di acquisire l'originale della scrittura per conservarlo presso la società)⁷¹ a tutti i componenti del consiglio di amministrazione⁷², la notizia

civ., 1996, I, 112, l'amministratore di una società cooperativa a r.l. può impugnare la delibera del consiglio di amministrazione non conforme a legge che sia direttamente lesiva di un suo diritto soggettivo e ottenere l'annullamento, essendo applicabile in via analogica la disciplina generale per l'impugnazione delle deliberazioni degli organi collegiali societari, di cui all'art. 2377 c.c., la quale è caratterizzata da connotati di specialità, ma non di eccezionalità o contrarietà rispetto alla comune disciplina delle nullità e annullabilità degli atti giuridici.

⁶⁹ Di «proposta di decisione circolarizzata» parla PARRELLA F., *Sub Articolo 2475*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 107.

⁷⁰ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 214.

⁷¹ Occorre ricordare che la trasmissione via telefax (di un *documento scritto*) e la trasmissione per posta elettronica (di un *documento scritto* "scannerizzato"), hanno una ridotta efficacia probatoria in quanto esse sono "riproduzioni meccaniche" che fanno piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime (art. 2712); e che per posta elettronica può essere inviato uno scritto "scannerizzato", ma non una "semplice" videoscrittura, la quale non è una scrittura privata per la mancanza della sotto-

della disponibilità di un ufficio da acquistare in sostituzione di quello attualmente condotto in locazione dalla società e l'illustrazione delle opportunità e dei costi che un tale acquisto comporta;

- si chiede ai componenti del consiglio di amministrazione, nella medesima missiva, di assumere una decisione scritta in merito (che anche qui può essere in forma cartacea tradizionale o in forma digitale)⁷³ e infine di fare avere alla società questo scritto (di nuovo, per normale spedizione postale, per fax o via e-mail);
- si raccolgono queste decisioni scritte presso la società entro un dato termine (imposto dallo statuto o dalla lettera con cui la "consultazione" prende avvio) e si constata se entro quel termine si è formato il consenso di un numero di consiglieri tale da integrare la maggioranza richiesta dallo statuto per l'assunzione delle deliberazioni da parte dell'organo amministrativo.

Nel caso invece del *consenso espresso per iscritto* evidentemente si prescinderebbe da questa preventiva consultazione⁷⁴. Qui invero la "scena" è quella

scrizione. Per considerarsi soddisfatto il requisito della forma scritta occorre infatti confezionare un "documento informatico" vale a dire quello sottoscritto con "firma elettronica", "firma elettronica avanzata" o "firma digitale": si veda sul punto l'art. 10, D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, come sostituito dall'art. 6, D.lgs. 23 gennaio 2002, n. 10.

⁷² Al di là di questa necessità di coinvolgimento nella decisione (cosiddetto "interesse al voto") vi sarebbe poi da valutare se gli amministratori abbiano o meno anche il cosiddetto "interesse al confronto" (cfr. per il medesimo problema in sede di decisione dei soci: RESTAINO L., *Sub Articolo 2479*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 160) e cioè a influenzare la determinazione di volontà degli altri: invero, nella normativa in esame non si riscontrano indici in tal senso e, anzi, l'abbandono del metodo collegiale dovrebbe chiaramente indicare che il legislatore, in una società così fortemente "personalizzata" come la società a responsabilità limitata, frequentata da un ristretto numero di soggetti, i quali sono quasi sempre assai strettamente in contatto tra di loro, non dia alcuna valenza alla virtuosità di un eventuale confronto.

⁷³ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 214.

⁷⁴ Cfr. COLOMBO G.E., *Relazione al Consiglio notarile di Milano sul tema Amministrazione e controllo*, cap. V, par. 1, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/colombo.htm>, secondo cui «non è agevole cogliere la differenza tra "consultazione scritta" e "consenso espresso per iscritto": probabilmente la consultazione scritta consiste nella sottoposizione (da parte di un amministratore agli altri) di una proposta di decisione ben definita e immodificabile, che si riterrà accolta quando venga accettata per iscritto dalla maggioranza dei consiglieri, mentre il consenso espresso per iscritto indicherebbe ogni altra ipotesi in cui da una o più dichiarazioni scritte (anche consistenti in proposte, controproposte, modificazioni delle proposte originarie ecc.) risulti che su una certa decisione si è formato il consenso della maggioranza dei consiglieri. Nonostante l'inapplicabilità, in queste ipotesi, delle regole sulla collegialità, mi parrebbe che – trattandosi pur sempre di decisioni del consiglio di amministrazione – si richieda che tutti i consiglieri vengano informati del-

di un nucleo ristretto di amministratori, che sono nell'immaginazione del legislatore a quotidiano contatto l'uno con l'altro, che lavorano "gomito a gomito": nessun bisogno c'è, in questo contesto, che uno "consulti" formalmente gli altri, in quanto essi di fatto si consultano continuamente.

Quindi, a esito di questa continuativa loro consultazione, ognuno di essi formula dunque la propria decisione scritta su una data problematica, e la somma di queste individuali decisioni diviene infine decisione dell'organo ove verso un dato obiettivo si coaguli il volere individuale di un numero dei consiglieri sufficiente per statuto per formare il *quorum* necessario.

La decisione così formata "in via remota" dovrà dunque essere comunicata a tutti gli amministratori (sia che abbiano concorso all'assunzione della decisione collettiva con decisione individuale di contenuto favorevole o contrario, sia che si siano "astenuiti" non mettendo per iscritto o non comunicando alla società alcuna loro volontà) e di tutta la procedura seguita e del contenuto della decisione assunta si deve fare verbalizzazione sull'apposito libro delle decisioni degli amministratori (art. 2478, comma 1, n. 3), conservando diligentemente tutti gli scritti che siano stati formati nei vari passaggi in cui la procedura decisionale si è articolata.

5.5.3 L'amministrazione congiuntiva o disgiuntiva

La riforma dunque consente di attrarre nella società a responsabilità limitata le regole amministrative tipiche della società di persone⁷⁵, vale a dire la cosiddetta amministrazione disgiunta (art. 2257 del Codice civile) e la cosiddetta amministrazione congiunta (art. 2258)⁷⁶:

- secondo il sistema di *amministrazione disgiunta*, le decisioni gestorie spettano a ciascuno di coloro che sono attributari delle funzioni amministrative, senza che occorra il consenso di altri;
- secondo il modello di *amministrazione congiunta*, le decisioni vanno assunte "congiuntamente" (ma non, come si ripete, "collegialmente") da coloro che dalla congiunzione sono vincolati: volta a volta, sarà una congiunzione *tra alcuni solo di coloro* che hanno la veste di amministratori oppure *tra tutti coloro* che sono nominati alla carica di amministratori della società.

la decisione proposta dall'uno o dall'altro di essi, in modo che essi possano esprimere per iscritto il loro consenso o il loro dissenso».

⁷⁵ Cfr. LIACE G., *L'amministrazione nelle società di persone*, in *Contr. e impr.*, 2002, 632.

⁷⁶ Cfr. AVAGLIANO M., *L'amministrazione disgiuntiva o congiuntiva e il consiglio di amministrazione*, in *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni*, in *Studi e materiali a cura dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato*, Roma, 2003, supplemento al fascicolo 1/2003, 345.

Vi potranno poi essere varie commistioni⁷⁷ dei due modelli di amministrazione congiunta e disgiunta, al fine di organizzare un sistema di amministrazione che si proponga di “pescare” tra di essi le migliori opportunità possibili: e anzi sarà senz’altro questa, come notoriamente l’esperienza insegna, la prassi più seguita, in quanto nelle società di persone, nell’assoluta maggioranza dei casi, ci si affida all’amministrazione disgiunta per quelle che sono usualmente individuate come materie di “ordinaria amministrazione” (e che sono quelle che attengono all’attuazione dell’oggetto sociale: comprare materia prima, vendere i propri prodotti, organizzare la vita societaria) e all’amministrazione congiunta per le cosiddette materie di straordinaria amministrazione (e cioè le decisioni “strutturali” – comprare l’opificio, “accendere” un mutuo – e/o quelle di maggior valore).

Infine, si potranno statutariamente tra loro “contaminare” tutti i vari modelli che il legislatore ha previsto, e così predisporre elenchi di materie da devolvere, volta a volta, alla competenza del consiglio di amministrazione o di singoli amministratori, e prevedendo, in quest’ultimo caso, la necessità o meno del loro operare congiunto o disgiunto.

Ora, in caso di amministrazione non collegiale congiunta o disgiunta, facendosi riferimento da parte della riforma della società a responsabilità limitata all’adottabilità del sistema di cui agli artt. 2257 e 2258, anche per le nuove società a responsabilità limitata e dovendosi/potendosi orientare statutariamente per la società a responsabilità limitata le regole che per le società di persone si traggono da quegli articoli, si osserva che:

- a. nel sistema di amministrazione disgiunta, ciascun altro amministratore (anche non socio) ha un diritto di opposizione (art. 2257, comma 2) rispetto alle decisioni che un altro amministratore (senza che vi sia alcun obbligo di informare gli altri prima di agire)⁷⁸ intende assumere (ovviamente prima che l’operazione sia compiuta, perché altrimenti dalla materia delle decisioni da assumere si passa alla materia delle eventuali responsabilità per le decisioni adottate); questo diritto di opposizione dovrebbe dunque competere agli altri amministratori, non ai soci;
- b. nel caso di questa opposizione, occorre procedere quindi alla decisione sul da farsi: ebbene, se nel caso della società di persone (stante la necessaria coincidenza tra figura di socio e ruolo di amministratore) la decisione è assunta dai “soci”, a maggioranza, determinata secondo la quota a ciascuno

⁷⁷ Cfr. Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 215.

⁷⁸ Cfr. RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 669.

di essi spettante sugli utili (art. 2257, comma 3), nel caso della società a responsabilità limitata occorre che lo statuto precisi se questa opposizione sia decisa dai soci (ipotesi nella quale la maggioranza richiesta evidentemente si formerebbe sommando le rispettive quote di partecipazione agli utili) oppure dagli amministratori (ipotesi nella quale la maggioranza richiesta evidentemente si formerebbe “per teste”)⁷⁹;

- c. nel silenzio del legislatore (e dello statuto) quest’ultima soluzione dovrebbe essere da scartare⁸⁰, in quanto, nella disciplina della società di persone, la legge, come detto, indica come la decisione debba essere presa dai soci a maggioranza, determinata secondo la parte che a ciascuno di essi spetta nella ripartizione degli utili (va qui all’uopo ricordato che ai sensi dell’art. 2468, comma 3, a un dato socio possono essere attribuiti “particolari diritti” in ordine alla distribuzione degli utili; “particolari diritti” di cui quindi bisognerebbe tener conto in questa votazione), e come quindi si tratti di una decisione propria non dell’organo amministrativo ma propria invece del “ceto” dei soci⁸¹ (che va quindi, di regola, ai sensi dell’art. 2479, commi 3 e 4, assunta in via collegiale, a meno che lo statuto della società a responsabilità limitata abbia previsto l’affidamento delle decisioni dei soci – fatta eccezione per quelle di cui ai nn. 4 e 5 del comma 2 dell’art. 2479 – alle procedure extrasassembleari denominate “del consenso scritto” o “della consultazione espressa per iscritto”);
- d. pare infine di potersi affermare che in detta votazione non debba astenersi il socio-amministratore la cui intenzione di compimento di un dato atto di gestione abbia dato luogo alla procedura di opposizione, a meno che egli non abbia un proprio conflitto di interessi con la decisione da adotta-

⁷⁹ Secondo COLOMBO G.E., *Relazione* al Consiglio notarile di Milano sul tema *Amministrazione e controllo*, cap. V, par. 1, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/colombo.htm>, nel caso di silenzio dello statuto sul punto «se sono stati nominati amministratori i signori A, B e C, parrebbe logico che sull’opposizione di C all’atto che A vuol compiere decidano solo gli amministratori A, B e C (in pratica, nell’esempio fatto, decida C), non i soci, che (tra l’altro) potrebbero essere in numero di 73 o 129». Invece secondo VASSALLI F., *Norme statutarie sul funzionamento e l’organizzazione del sistema di amministrazione delle s.r.l.*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 27-28-29 novembre 2002, 4 (del dattiloscritto), «sull’opposizione decide la maggioranza dei soci».

⁸⁰ Cfr. PARRELLA F., *Sub Articolo 2475*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 107; ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 256, secondo cui «la decisione sul compimento o meno dell’operazione spetta ai soci con maggioranza determinata secondo la loro quota di partecipazione agli utili».

⁸¹ Cfr. RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 669.

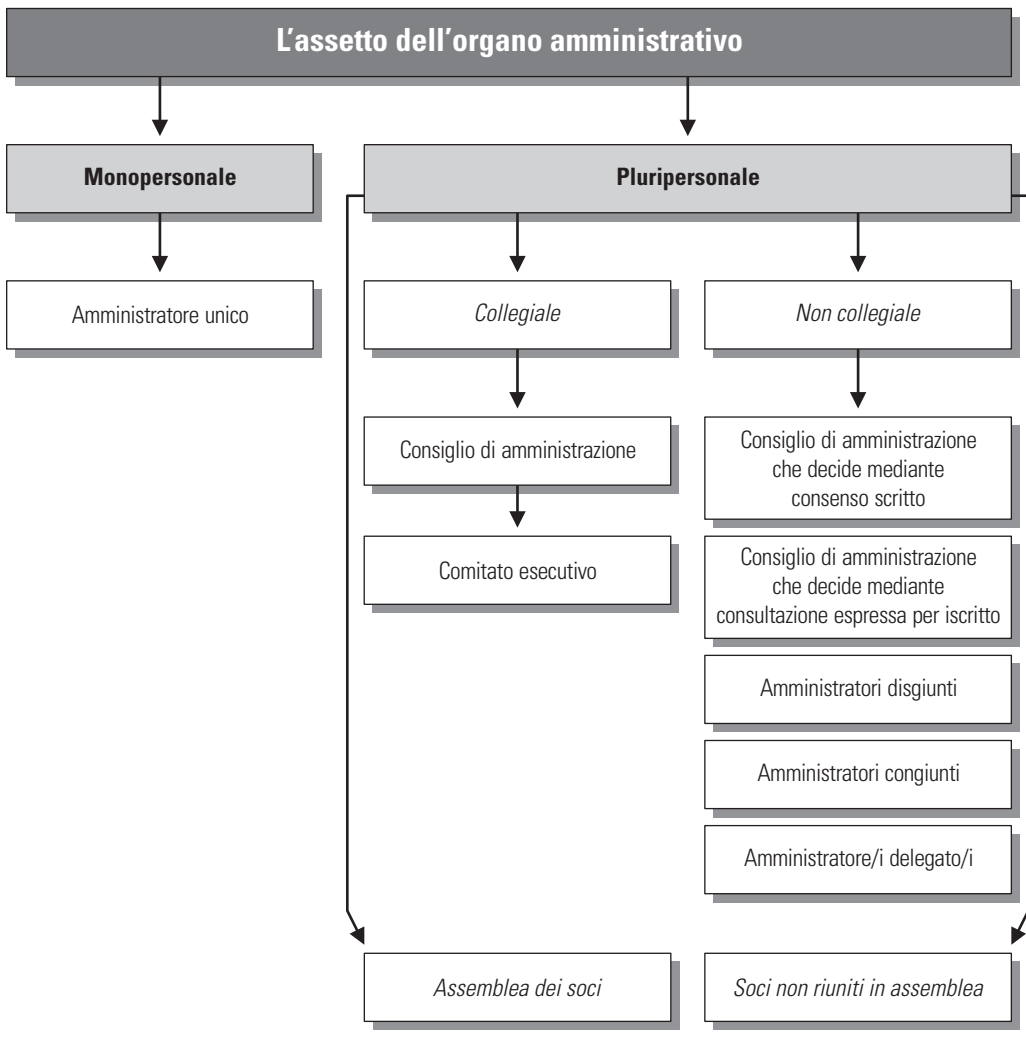
re: si tratta infatti di una votazione su una scelta da effettuare e su cui è “semplicemente” stato esercitato un diritto di opposizione, senza che questo diritto di opposizione metta fuori gioco la possibilità di colui che ha subito l’opposizione di concorrere alla decisione collettiva necessitata dalla subita opposizione;

- e. nel sistema di amministrazione congiunta, ove il criterio dell’agire sia la “maggioranza” degli amministratori congiunti (si può infatti prescegliere anche un sistema di amministrazione congiuntiva “all’unanimità”), è necessario statutariamente stabilire come quella maggioranza vada calcolata, in quanto, per le società di persone, secondo l’art. 2258, comma 2, questa si determina, pure qui, computando le quote spettanti a ciascun socio nella partecipazione agli utili; stante la necessaria coincidenza nella società di persone, ma non nella società a responsabilità limitata, della qualità di socio con la qualità di amministratore, o si ammette che questa modalità di amministrazione non sia praticabile nella società a responsabilità limitata ove l’amministrazione congiunta sia affidata (anche) a soggetti non soci, oppure appunto bisogna provvedere statutariamente⁸²;
- f. nel sistema di amministrazione congiunta, in caso d’urgenza, a ciascun amministratore spetta comunque di agire per evitare un danno alla società (art. 2258, ultimo comma), a meno che una conseguenza del genere sia esclusa dallo statuto (e sempre che la predetta norma dettata in tema di società di persone sia da ritenersi derogabile ove attratta nello statuto di una società a responsabilità limitata).

Sulla questione dei “contrast” che possano insorgere nell’ambito delle «decisioni da adottare nella gestione della società» va qui ricordato che l’art. 37, D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, sancisce che:

- negli atti costitutivi delle società a responsabilità limitata e delle società di persone possono essere contenute clausole con le quali si deferiscono a uno o più terzi i contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società (comma 1);
- in detti atti costitutivi si può pure prevedere che la decisione sia reclamabile davanti a un collegio, nei termini e con le modalità stabilite nello statuto stesso (comma 2);
- altresì può essere previsto che il soggetto o il collegio chiamato a dirimere i

⁸² BENAZZO P., *L’organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1072. Cfr. anche COLOMBO G.E., *Relazione al Consiglio notarile di Milano sul tema Amministrazione e controllo*, cap. V, par. 1, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/colombo.htm>, secondo cui il richiamo all’art. 2258 «non parrebbe estendersi al 2° comma dello stesso».

Figura 5.1 La governance delle società a responsabilità limitata

contrasti di cui ai commi 1 e 2 può dare indicazioni vincolanti anche sulle questioni collegate con quelle espressamente deferitegli (comma 3);

- infine, la decisione resa ai sensi delle disposizioni che precedono è impugnabile a norma dell'art. 1349, comma 2, del Codice civile (comma 4).

5.5.4 Amministratori delegati e comitato esecutivo

La nuova normativa non ripropone nella società a responsabilità limitata la disciplina, già prevista invece dal vecchio ordinamento, in tema di delegabi-

lità⁸³ dei poteri del consiglio di amministrazione a determinati suoi membri⁸⁴, i quali pertanto possano su certe operazioni⁸⁵:

- o decidere individualmente (si tratta quindi della nomina di uno o più⁸⁶ amministratori delegati, per i quali, anche qui, può essere previsto, caso per caso, che essi possano agire, in via loro disgiunta oppure che essi debbano agire in via “variamente” congiunta: per esempio, due su tre, uno determinato di essi in congiunzione con uno qualsiasi degli altri⁸⁷ ecc.);
- o decidere collegialmente (e cioè in modo che essi formino un organo – il

⁸³ Secondo Cass., 17 luglio 1979, n. 4191, in *Giur. it. Mass.*, 1979, la delega delle attribuzioni del consiglio di amministrazione di una società per azioni a uno dei suoi membri non può qualificarsi come un mandato, né può equipararsi integralmente a una delega di diritto amministrativo, trattandosi di un'ipotesi tipica di autorizzazione con cui si attribuisce a uno dei soggetti, già investito dei poteri di amministrazione dell'ente sociale, quale componente dell'organo collegiale, la facoltà di esercitare da solo detti poteri; tale autorizzazione è destinata a perdere efficacia sia per la revoca della delega, che può sopraggiungere in qualsiasi momento, sia per la cessazione della qualità di amministratore nei deleganti e nel delegato.

⁸⁴ Nel previgente ordinamento si riteneva che la delega avrebbe dovuto provenire dall'organo amministrativo e non dall'assemblea (né direttamente dallo statuto): cfr. Trib. Cassino, 9 giugno 1989, in *Società*, 1989, 1307, secondo cui è illegittima la clausola statutaria per la quale la società è amministrata da un consiglio di amministrazione composto da un presidente e da un amministratore delegato nominati dall'assemblea ed è pure illegittima la clausola statutaria per la quale il presidente del consiglio di amministrazione e l'amministratore delegato hanno i poteri di ordinaria amministrazione, con firma disgiunta, e quelli di straordinaria amministrazione con firma abbinata; invece per Trib. Vicenza, 24 marzo 1988, in *Dir. fall.*, 1988, II, 759, l'assemblea dei soci può nominare amministratori delegati, purché all'assemblea partecipino tutti i componenti del consiglio di amministrazione ed essi votino favorevolmente e non può pertanto essere omologato l'atto costitutivo della società che abbia previsto la nomina del consiglio di amministrazione da parte dell'assemblea alla quale non abbiano partecipato, perché estranei alla società, gli amministratori non soci; per Trib. Bologna, 3 ottobre 1988, in *Società*, 1989, 506, è nulla la clausola dell'atto costitutivo di società a responsabilità limitata che preveda la delega di tutti i poteri del consiglio di amministrazione al presidente dello stesso e al consigliere delegato in forma disgiunta; per Trib. Verona, 14 febbraio 1989, in *Società*, 1989, 954, è illegittima la clausola statutaria che preveda una delega permanente delle funzioni amministrative di pertinenza del consiglio di amministrazione a favore del comitato esecutivo, impedendo la possibilità di revoca *ad nutum* della stessa.

⁸⁵ Cfr. FANELLI G., *Effetti della delega del potere amministrativo sulla struttura organica della società per azioni*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, vol. II, Bologna, 1953, 299; CAGNASSO O., *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO G.E., PORTALE G.B., vol. IV, Torino, 1994, 287.

⁸⁶ Per App. Bologna, 26 ottobre 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 229, è legittima, perché non lede il principio di collegialità, la clausola dello statuto di società di capitali che attribuisce al consiglio di amministrazione la facoltà di nominare una pluralità di amministratori delegati i quali possano agire in via fra loro disgiunta.

⁸⁷ Cioè deve esserci sempre Tizio (che non può però operare da solo), con il consenso di uno qualsiasi tra Caio, Sempronio o Mevio.

“comitato esecutivo” – più ristretto, snello ed efficiente del “normale” consiglio di amministrazione)⁸⁸.

Le ragioni della mancata riproposizione di queste figure di amministratori (e la loro previsione solamente nell'ambito delle società per azioni: art. 2381) non sono difficili da intuire: da un lato, nelle società a responsabilità limitata il consiglio di amministrazione è, di regola, già di per sé assai snello e poco numeroso, cosicché le esigenze di una delega di poteri non sono pertanto così “urgenti” come invece può accadere nei consessi amministrativi delle società per azioni, che frequentemente sono numericamente più “robusti” e quindi sono molto più “complicati” da gestire; d'altro lato, il legislatore, avendo previsto che i membri del consiglio di amministrazione possano agire nelle forme dell'amministrazione congiuntiva e disgiuntiva come accade per le società personali, di fatto ha sostituito con queste nuove figure quelle forme amministrative che nella società per azioni vengono impersonate dagli amministratori e dai consiglieri delegati.

Tuttavia, nonostante la mancata previsione normativa, ove anche nelle società a responsabilità limitata si voglia continuare a far ricorso, come in passato, alla nomina di amministratori delegati, ciò non appare una soluzione implausibile o, addirittura, illegittima⁸⁹: stante il clima di grande deroga-

⁸⁸ Secondo Cass., 25 maggio 1991, n. 5944, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 526, la qualità di amministratore di una società di capitali è compatibile con la qualifica di lavoratore subordinato della medesima, ove sia accertato in concreto lo svolgimento di mansioni diverse da quelle proprie della carica sociale rivestita, con l'assoggettamento a effettivo potere di supremazia gerarchica e disciplinare (nella specie, la Suprema Corte ha confermato la decisione dei giudici di merito con cui è stata esclusa la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra una società per azioni e un soggetto nominato dirigente e amministratore delegato, per l'assenza di un vincolo di subordinazione e l'impossibilità di individuare nell'ambito delle funzioni di amministrazione e gestione della società, mansioni dirigenziali estranee alla delega); per Cass., 29 maggio 1998, n. 5352, in *Foro it. Mass.*, 1998, la qualità di lavoratore subordinato non è compatibile con quella di amministratore unico di società di capitali datrice di lavoro, non essendo configurabile il vincolo di subordinazione ove manchi la soggezione del prestatore a un potere sovraordinato di controllo e disciplina, escluso dall'immedesimazione in unico soggetto della veste di esecutore della volontà sociale e di quella di unico organo competente a esprimerla.

⁸⁹ Favorevoli alla nomina di amministratori delegati sono DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 479; SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 215; CAGNASSO O., *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Società*, 2003, 801; anche PARRELLA F., *Sub Articolo 2475-ter*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 116, dà per scontata, commentando il contratto concluso in conflitto di interessi di cui all'art. 2475-ter, comma 1, l'applicabilità della norma al caso – tra gli altri – del contratto concluso dalla società a responsabilità limitata per il tramite di un suo amministrato-

bilità delle norme che disciplinano la nuova società a responsabilità limitata e il clima di altrettanto grande rilievo dell'autonomia statutaria che ne consegue, potrebbe benissimo immaginarsi il confezionamento per la società a responsabilità limitata, sulla scia della prassi seguita sotto il vecchio sistema, di un organo amministrativo collegiale che operi come tale e che, in certe materie, invece di ricorrere ad amministratori con poteri disgiunti da quelli degli altri consiglieri o congiunti con quelli di taluni di essi, ricorra alla "vera e propria" delega di poteri (determinandone quindi contenuto, limiti e modalità di esercizio, riservandosi di impartire direttive e di intervenire direttamente anche nelle materie delegate e comunque conservando poteri di revoca) a determinati suoi membri che possano così operare o individualmente (cioè come consiglieri delegati) o collegialmente (e cioè come comitato esecutivo). Ovviamente, ai poteri delegati farà normalmente seguito l'attribuzione di poteri rappresentativi della società nell'ambito appunto delle materie delegate.

Nel caso che sia effettuata una delega "generale" di poteri amministrativi (e cioè all'organo delegato sia stato attribuito il potere/dovere di effettuare qualsiasi operazione, di ordinaria e di straordinaria amministrazione), si deve ritenere applicabile anche alla società a responsabilità limitata la normativa dettata in materia per la società per azioni e così, ai sensi dell'art. 2381, comma 3, il consiglio di amministrazione comunque deve pur sempre:

- a. sulla base delle informazioni ricevute da chi è stato delegato, valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società;
- b. se è stata delegata l'elaborazione di piani strategici, industriali e finanziari della società, farne un approfondito esame;
- c. valutare, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione.

A loro volta gli organi delegati debbono (art. 2381, comma 5):

1. curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa;
2. riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni centottanta giorni:

re delegato. Identicamente accade per ABRIANI N., *Conflitto di interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 419; e per RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G. (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 46.

- sul generale andamento della gestione;
- sulla sua prevedibile evoluzione; nonché:
- sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate.

Infine, essendo gli amministratori tenuti ad agire in modo informato, ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati ogni informazione relativa alla gestione della società (art. 2381, ultimo comma).

5.6 La rappresentanza

Tra i principi di maggior importanza che la legge delega 366/2001 ha indicato al legislatore delegato come obiettivi da perseguire con la riforma del diritto societario, si collocano sicuramente quelli dell'esigenza di una disciplina legislativa che conferisca la maggior certezza possibile ai rapporti tra la società di capitali e coloro che entrano con essa in contatto e di una maggior responsabilizzazione delle società per le operazioni che le medesime compiono nell'esplicazione della loro attività⁹⁰.

Un rilevante esempio di tali principi lo si ritrova nella riformata disciplina della rappresentanza della società a responsabilità limitata.

5.6.1 L'attribuzione della rappresentanza sociale

Il potere di rappresentanza degli amministratori è il potere di manifestare la volontà sociale nei confronti dei terzi e di creare rapporti giuridici tra essi e la società; si tratta peraltro di un potere ben diverso rispetto a quello di un "semplice" procuratore (art. 1388 c.c., del quale la società, come qualsiasi altro soggetto può comunque avvalersi) in quando il rapporto intercorrente tra amministratori e società è come noto caratterizzato dalla cosiddetta "immedesimazione organica"⁹¹.

⁹⁰ Cfr. AVAGLIANO M., *La rappresentanza*, in *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni*, in *Studi e materiali* a cura dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 2003, supplemento al fascicolo 1/2003, 347.

⁹¹ Cfr. Cass. sez. un., 14 dicembre 1994, n. 10680, in *Riv. giur. lav.*, 1995, 805, secondo cui la controversia nella quale l'amministratore di una società di capitali, o ente assimilato, chiedi la condanna della società stessa al pagamento di una somma dovuta per effetto dell'attività di esercizio delle funzioni gestorie, è soggetta al rito del lavoro ai sensi dell'art. 409 n. 3, c.p.c., atteso che, se verso i terzi estranei all'organizzazione societaria è configurabile, tra amministratore e società, un rapporto di immedesimazione organica, all'interno dell'organizzazione sono ben configurabili rapporti di credito nascenti da un'attività, come quella resa dall'amministratore, continua, coordinata e prevalentemente personale.

In altri termini, il rapporto tra amministratori e società non è un rapporto tra due soggetti (come imprescindibilmente accade nel “normale” rapporto di rappresentanza negoziale tra procuratore e rappresentato): amministratori e società sono un “tutt’uno” (la persona fisica che agisce per l’ente non è infatti “semplicemente” un rappresentante di detto ente, ma ne è un organo, cioè lo strumento di diretta imputazione all’ente medesimo dell’attività giuridica posta in essere dal suo “rappresentante”), mentre nella rappresentanza negoziale di diritto comune vi è una naturale duplicità di soggetti (il rappresentante e il rappresentato).

In questa materia, occorre dunque osservare le seguenti norme:

1. nell’art. 2463, comma 2, n. 7, del nuovo Codice civile, si sancisce innanzitutto che lo statuto della società a responsabilità limitata deve contenere «le norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti l’amministrazione e la rappresentanza»;
2. nel successivo art. 2475 viene poi disposto che «all’atto di nomina degli amministratori si applicano il quarto e quinto comma dell’art. 2383»;
3. detto quarto comma, in particolare, dispone che «entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina gli amministratori devono chiederne l’iscrizione nel Registro delle Imprese⁹² indicando per ciascuno di essi il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza, nonché *a quali tra essi è attribuita la rappresentanza della società, precisando se disgiuntamente o congiuntamente*»;
4. nell’art. 2475-bis, comma 1, è disposto che gli amministratori «hanno la rappresentanza generale della società»;
5. nel successivo comma 2 del medesimo art. 2475-bis è infine disposto che le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dall’atto costitutivo o dall’atto di nomina, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società.

Le norme che disciplinano la rappresentanza di una società devono quindi derivare dal suo statuto; in base a dette norme, coloro che concretamente hanno i poteri di rappresentanza rinvengono poi nel loro atto di nomina le regole di esercizio della rappresentanza stessa, e, in particolare, le regole sul loro operare congiunto o disgiunto. In termini concreti si

⁹² Cfr. Cass., 12 aprile 1995, n. 4173, in *Foro it. Mass.*, 1995, per la quale il potere di rappresentanza degli amministratori deriva esclusivamente dall’atto di conferimento dei relativi poteri e non dalla pubblicità della nomina, avendo al riguardo l’iscrizione degli atti riguardanti la società, efficacia dichiarativa e non costitutiva.

può dunque verificare, senza pretese di esaustività in questa elencazione, la seguente casistica⁹³:

- a. se l'amministrazione sia affidata a un amministratore unico, questi normalmente ha anche la rappresentanza della società e cumula quindi in sé i poteri decisori (interni) e i poteri rappresentativi (esterni);
- b. una possibile variante può essere quella che si verifica quando l'amministratore unico:
 1. subisca limiti statutari *in ordine alla sua potestà decisionale* (si pensi al caso in cui i suoi poteri di decisione siano limitati a pratiche di valore non eccedente una certa soglia o non si possano estendere a certe materie – come, per esempio, quella degli acquisti immobiliari), superati i quali per la valida assunzione delle decisioni occorrenti vi è la necessità del coinvolgimento di altri soggetti (per esempio, l'assemblea dei soci); oppure:
 2. subisca limitazioni – spesso connesse alle sue limitazioni “decisionali”, di cui sopra – *in ordine ai suoi poteri rappresentativi* (e anche qui dunque si avrà la necessità del concorso dell'amministratore unico con altri soggetti – in ipotesi, uno o più soci – per validamente stipulare contratti in nome e per conto della società);
- c. se l'amministrazione sia invece affidata a un consiglio di amministrazione, la rappresentanza della società normalmente spetta al presidente del consiglio stesso (quando non anche a uno o più vicepresidenti, in caso di assenza o impedimento del presidente predetto), al quale per statuto possono pure competere poteri decisori/amministrativi “in proprio” (come normalmente accade per la rappresentanza “giudiziale” della società), e quindi senza la necessità in tali casi di una determinazione collegiale;
- d. in caso di nomina di amministratori o consiglieri delegati, normalmente viene disposta la coincidenza tra i poteri decisori di costoro e il potere che i medesimi hanno di eseguire concretamente, rappresentando la società, le decisioni che gli stessi assumono; di nuovo, come visto per l'amministratore unico, anche qui si possono poi prevedere le più varie combinazioni e le più varie limitazioni;
- e. in caso infine di nomina di amministratori “disgiunti” o “congiunti” (nuovo terzo comma dell'art. 2475) si possono alternativamente avere:
 1. l'attribuzione della rappresentanza a ciascun amministratore “disgiunto” nelle aree di propria individuale competenza decisionale (salvo anche qui limitazioni per materia o per valore, e quindi, per esempio, la necessi-

⁹³ Concorda DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 483.

- tà del coinvolgimento di altri soggetti nel caso di stipula di particolari contratti);
2. l'attribuzione della rappresentanza a ciascun amministratore "congiunto" (fermo restando che la decisione va comunque assunta congiuntamente da coloro cui è appunto attribuita l'amministrazione congiuntiva) oppure l'attribuzione "congiunta" dei poteri amministrativi a una data pluralità di amministratori "congiunti".

5.6.2 L'attribuzione della rappresentanza agli amministratori

Un problema che la riforma propone è quello di capire se il legislatore, quando ha esplicitato che la rappresentanza spetta agli amministratori (art. 2475-bis, comma 1: «gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società») abbia creato una connessione (scindibile o inscindibile che sia) tra la carica di amministratore e il potere di rappresentanza⁹⁴. In altri termini, il problema è se nel campo delle società a responsabilità limitata si determini ciò che si verifica per le società di persone per effetto dell'art. 2266, ove il potere di rappresentare deriva necessariamente (salvo deroghe statutarie) dalla qualità di socio-amministratore⁹⁵.

E ciò tanto più ove si pensi che la corrispondente norma in tema di società per azioni (il nuovo art. 2384, comma 1) evidenzia un concetto diverso da quello espresso in tema di società a responsabilità limitata; e cioè che «il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale», un'espressione dalla quale non si desume, come invece in effetti si può desumere dalla disciplina delle società a responsabilità limitata, la predetta connessione tra la qualità di amministratore e i poteri di rappresentanza.

Ora, questa affermazione della riforma circa l'attribuzione della rappresentanza agli amministratori di società a responsabilità limitata è assai significativa: in considerazione del carattere molto più spiccatamente "personalistico" che la società a responsabilità limitata ha assunto con la rifor-

⁹⁴ Cfr. PARRELLA F., *Sub Articolo 2475-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 112, per il quale «sembra desumersi che nella s.r.l. il potere di rappresentanza non derivi da un'investitura *ad hoc*, ma costituisca una qualità intrinseca di ogni amministratore»; e anche DEL PRATO E., *L'amministrazione della s.r.l. (art. 2475) e il conflitto di interessi*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 27-28-29 novembre 2002, 4-5 (del dattiloscritto).

⁹⁵ Per SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 217, «qualunque amministratore è istituzionalmente dotato di poteri di rappresentanza generale».

ma, la norma sulla rappresentanza ci viene ora a dire che la società è così tanto un tutt'uno con i suoi soci che essi legittimamente la rappresentano per il solo fatto di esserne amministratori, senza quindi che per l'attribuzione del potere di rappresentanza occorran invero particolari investiture. Il potere di rappresentare non consegue pertanto a una specifica attribuzione, è un derivato intrinseco della qualità di amministratore.

È chiaro peraltro che: da un lato, evidentemente, questa connessione tra la figura di amministratore e i poteri di rappresentanza può essere statutariamente disattivata (anche se in effetti la legge non lo prevede esplicitamente, come invece capita nelle società personali per l'art. 2298); d'altro lato, è pure evidente che in tanto l'amministratore legittimamente esplicherà poteri rappresentativi ove egli sia abilitato dai meccanismi decisionali interni (e cioè, per esempio, vi sia il supporto di una delibera dell'organo amministrativo collegiale o si tratti di decisioni assumibili da un amministratore dotato di poteri di amministrazione in via disgiunta dagli altri).

In mancanza, infatti, se la società risulterà invero validamente impegnata dall'operato del suo rappresentante, egli ne pagherà le conseguenze in termini di sua assunzione di responsabilità per gli atti compiuti e di sua possibile revocabilità per giusta causa: l'atto compiuto dall'amministratore vincolerà bensì la società con i terzi che egli ha contattato, ma, se si tratti di un'attività censurabile, l'amministratore che abbia così agito rischierà la condanna per risarcimento danni e di esser privato della sua qualità di amministratore⁹⁶.

È infine scontato che la rappresentanza non può spettare a chi (socio o non socio) sia estraneo all'organo amministrativo, a meno che non vi sia una specifica procura rilasciata dall'amministratore dotato di rappresentanza che validamente possa appunto firmare quella procura.

⁹⁶ Cfr. Cass., 15 novembre 1999, n. 12615, in *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Società*, n. 833, secondo cui «nelle società di capitali, dotate di distinta personalità giuridica e titolari di un proprio patrimonio, l'interesse del socio al potenziamento e alla conservazione della consistenza economica dell'ente è tutelabile esclusivamente con strumenti interni, rappresentati dalla partecipazione alla vita sociale e dalla possibilità di insorgere contro le deliberazioni o di far valere la responsabilità degli organi sociali, mentre non implica la legittimazione a denunciare in giudizio atti esterni e in particolare a impugnare i negozi giuridici stipulati dalla società, la cui validità, anche nelle ipotesi di nullità per illiceità dell'oggetto, della causa o dei motivi, resta contestabile solo dalla società stessa, senza che in contrario il socio possa invocare la norma dell'art. 1421 c.c.»; Cass., 9 luglio 1997, n. 6201, in *Foro it. Rep.*, 1997, voce *Intervento in causa e litisconsorzio*, n. 24, secondo cui «è titolare di un interesse giuridicamente tutelabile il socio di una società di capitali, convenuta in giudizio per accertare la formulazione di un contratto di acquisto con essa stipulato, perché l'accoglimento di tale domanda, depauperando il patrimonio sociale, diminuisce il valore dei suoi diritti di partecipazione alla società e incide quindi sulla quota a esso spettante; pertanto il socio è legittimato a esperire intervento adesivo dipendente in detto giudizio (art. 105, 2° comma, c.p.c.) per sostenere le ragioni della società, e a impugnare, in via autonoma, la sentenza che invece escluda tale suo interesse».

5.6.3 Le limitazioni dei poteri rappresentativi degli amministratori

Nell'analizzare la materia dell'assunzione da parte della società delle sue decisioni imprenditoriali e della loro concreta attuazione occorre distinguere due momenti:

- a. il profilo "interno", e cioè il meccanismo che conduce un dato organo societario (competente ad adottare una data decisione) a formare la sua volontà;
- b. il profilo "esterno", e cioè, da un lato, la materiale esecuzione dell'assunta decisione mediante l'operato di coloro che sono preposti ad attuare la volontà della società e, d'altro lato, quando tale attuazione presuppone – come spesso accade – la stipulazione di contratti, la conclusione dell'attività negoziale necessaria o opportuna per eseguire le decisioni adottate.

Sotto il primo profilo vengono in considerazione le regole che presiedono alla ripartizione dei compiti negli organi (i soci; gli amministratori) tra cui sono distribuite, per statuto o per legge, le competenze decisorie della società nonché quelle che disciplinano il funzionamento di tali organi; sotto il secondo profilo vengono invece in considerazione le regole relative alla rappresentanza della società. Un conto è infatti l'assunzione della decisione (si pensi alla decisione di acquistare un immobile assunta da un consiglio di amministrazione), altro conto è quello di materialmente stipulare il contratto di acquisto di quell'immobile.

È evidente che questi due momenti sono tra di loro intrinsecamente collegati, in quanto:

1. da un lato, chi ha la rappresentanza della società per stipulare un dato contratto non può prescindere dall'assunzione di una decisione di stipula di quel contratto assunta dall'organo societario che è preposto a queste decisioni (e quindi ci si pone il problema del compimento di un atto che non sia stato deciso e del compimento di un atto eccedente ciò che sia stato deciso: si è deciso di comprare un'auto, il rappresentante ne compra invece quattro);
2. d'altro lato, fermo restando il profilo della responsabilità del rappresentante che agisce essendo privo degli occorrenti poteri (per essere l'attività che compie estranea all'oggetto sociale o per eccedere egli rispetto alle attribuzioni rappresentative che gli sono conferite), il che può attivare sia una sua rimozione per giusta causa sia una sua chiamata in responsabilità a fronte di danni eventualmente patiti dalla società⁹⁷:
 - ci si deve porre anche il problema del possibile riverbero sulla validità

⁹⁷ Cfr. FERRI G., *Le Società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da VASSALLI F., vol. X, t. 3, Torino, 1985, 663.

- dei contratti stipulati dal rappresentante della società stessa in contrasto con l'attività che la società ha indicato nel suo statuto come proprio oggetto sociale (il caso è quello della società che ha per oggetto la produzione di viti e bulloni ma che poi compra un'area, costruisce appartamenti e infine li vende);
- c'è anche da risolvere il problema dell'amministratore che eccede rispetto ai propri poteri rappresentativi (per esempio: la società ha in effetti deciso di comprare un immobile del costo di 1 milione di euro, ma il contratto viene stipulato da un rappresentante i cui poteri rappresentativi sono limitati ai contratti di valore non superiore a 500mila euro).

Che fine fanno quindi: il contratto stipulato dal rappresentante di una società se l'organo amministrativo non abbia deciso la stipula di quel contratto o lo abbia deciso in maniera difforme da ciò che poi in effetti è stato compiuto? il contratto stipulato in dispregio dell'oggetto sociale? il contratto bensì deciso dall'organo amministrativo ma stipulato da un soggetto che non abbia i necessari poteri rappresentativi?

Ebbene, il nuovo diritto societario detta, come si ripete, le seguenti regole di comportamento:

- a. gli amministratori hanno la rappresentanza "generale" della società (art. 2475-*bis*, comma 1);
- b. entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina gli amministratori devono chiederne l'iscrizione nel Registro delle Imprese indicando per ciascuno di essi il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza, nonché a quali tra essi è attribuita la rappresentanza della società, precisando se disgiuntamente o congiuntamente (art. 2383, comma 4, richiamato nella società a responsabilità limitata dall'art. 2475, comma 2);
- c. le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dall'atto costitutivo o dall'atto di nomina, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società (art. 2475-*bis*, comma 2);

e non più riproducendo il previgente principio in base al quale «l'estraneità all'oggetto sociale degli atti compiuti dagli amministratori in nome della società non può essere opposta ai terzi in buona fede» ("vecchio" art. 2384-*bis*)⁹⁸.

⁹⁸ Per Trib. Milano, 20 ottobre 1997, in *Giur. it.*, 1998, 965, «ai rapporti tra amministratori e società di capitali sono applicabili le norme degli artt. 1394 e 1395 c.c. In particolare, il compimento di atti estranei all'oggetto sociale costituisce sempre un abuso di rappresentanza degli amministratori, tanto se la carenza non sia opponibile al terzo perché in buona fede quanto se lo sia perché il terzo è

Di conseguenza, se ne trae che:

1. i terzi, di regola (e cioè a meno del loro dolo), non potranno subire censure (né proporre) in ordine alla validità del contratto da loro stipulato con il rappresentante della società⁹⁹, se:
 - il contratto stesso non sia stato previamente deciso dall'organo competente¹⁰⁰ o sia stato deciso difformemente da ciò che poi il rappresentante ha messo in pratica¹⁰¹;
 - il contratto ecceda l'oggetto sociale¹⁰²;

in mala fede; la differenza tra le due ipotesi riguarda esclusivamente gli effetti esterni dell'abuso. La prestazione di garanzie per debiti altrui, anche se genericamente prevista dallo statuto, può considerarsi atto conforme all'oggetto sociale solo se, in concreto, sia strumentale alla realizzazione dell'attività tipica di impresa prescelta dai soci; questo nesso di strumentalità non potrà dirsi sussistente quando la prestazione della garanzia – oltre a essere eterogenea rispetto all'oggetto – si risolva nella partecipazione della società ai soli rischi dell'operazione e non anche ai connessi guadagni, a prescindere dalla gratuità o onerosità della garanzia rilasciata. La prova della mancanza di buona fede in capo al terzo, che consente di rendergli opponibile l'estraneità di un atto all'oggetto sociale, è posta a carico della società. Tale prova può tuttavia essere fornita anche tramite presunzioni e a tal fine assumono primaria rilevanza le caratteristiche dell'atto e le circostanze in cui lo stesso è stato posto in essere. L'appartenenza di una società a un gruppo non legittima l'esercizio di qualsiasi attività estranea all'oggetto sociale solo perché compiuta a favore del gruppo o di altra società del gruppo; il modello delle aggregazioni di imprese è infatti compatibile con il nostro ordinamento con il limite che le operazioni intragruppo non devono causare pregiudizio alle singole società in esse coinvolte». Secondo App. Milano, 30 settembre 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, 873, gli interventi gratuiti compiuti da una società a favore di un'altra società giuridicamente autonoma non possono essere considerati, di per sé, per la semplice mancanza di controprestazioni contrattualmente esigibili, contrari o estranei al conseguimento dell'oggetto sociale della società che li ha compiuti; la legittimità di tali interventi è però subordinata alla condizione (presumibile in determinate circostanze) che detti interventi siano preordinati al soddisfacimento di un proprio interesse economico, sia pure mediato o indiretto, ma giuridicamente rilevante.

⁹⁹ Cfr. DEL PRATO E., *L'amministrazione della s.r.l. (art. 2475) e il conflitto di interessi*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 27-28-29 novembre 2002, 4-5 (del dattiloscritto).

¹⁰⁰ Per ABRIANI N., *Conflitto di interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 421-422, invece, la società potrebbe far valere il difetto di potere rappresentativo per le «operazioni che comportano una modifica sostanziale del programma di attività descritto nell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci, che il codice assegna inderogabilmente alla competenza dei soci» nonché per gli «acquisti pericolosi» (che non siano stati autorizzati dai soci ai sensi dall'art. 2465, comma 2) e per l'acquisto di partecipazioni in società a responsabilità illimitata (pure non autorizzati dai soci ai sensi dell'art. 2361). Cfr. anche MONTALENTI P., *L'amministrazione sociale nella riforma del diritto societario*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, par. 8 (del dattiloscritto).

¹⁰¹ Cfr. Cass., 7 febbraio 2000, n. 1325, in *Società*, 2000, 975; Cass., 16 settembre 1986, n. 5623, in *Società*, 1986, 1203.

¹⁰² Cfr. ABRIANI N., *Conflitto di interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 421.

- il contratto sia stato stipulato da un amministratore carente dei poteri rappresentativi (perché non li ha o agisce in eccesso di quelli conferitigli);
- il contratto sia stato stipulato da un'amministrazione *stand alone* quando invece egli avrebbe dovuto agire secondo regole di rappresentanza "congiuntiva"¹⁰³;

e ciò in quanto, stante il potere "generale" di rappresentanza della società attribuito agli amministratori, sui terzi stessi non incombe alcun onere di verifica (dell'avvenuta assunzione di una decisione di stipula da parte dell'organo preposto, della congruenza del contratto con l'oggetto sociale, dell'eventuale limitazione dei poteri rappresentativi dell'amministratore che stipula).

L'aggiunta dell'aggettivo "generale" al sostantivo "rappresentanza" (nell'espressione dell'art. 2475-*bis* ove si dice che gli amministratori hanno la «rappresentanza generale» della società) viene dunque a significare un importante punto di svolta: disporre della rappresentanza "generale"¹⁰⁴ di un ente, come la società di capitali, che ha capacità giuridica "generale" (si veda *supra* il par. 2.1.3), infatti, significa non avere limiti¹⁰⁵ nella tipologia degli atti da compiere (beninteso, verso l'esterno, perché verso l'interno l'amministratore che agisce per la società pur sempre risponde – come detto – del suo operare); e significa quindi che i terzi non hanno alcun onere di accertare la congruità dell'attività compiuta dal rappresentante della società con le "procedure interne" della società stessa (e quindi con il suo oggetto sociale e con le decisioni da assumersi dai suoi organi competenti).

Con specifico riguardo agli atti compiuti in eccesso rispetto all'oggetto sociale, la nuova norma è pertanto in stridente contrasto con la normativa previgente, ove invero si prevedeva che «gli amministratori che hanno la rappresentanza della società possono compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale» ("vecchio" art. 2384, comma 1). Quindi, mentre nel

¹⁰³ Nei tempi più recenti è stato deciso che la clausola di rappresentanza congiuntiva non fosse opponibile ai terzi fino al limite dell'*exceptio doli* (Cass., 1° dicembre 1995, n. 12420, in *Guida al dir.*, 6 gennaio 1996, 36; Cass., 28 novembre 1987, n. 8852, in *Società*, 1988, 238; e MONTANARI M., *La clausola di rappresentanza congiuntiva nelle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 18), ma in passato si erano levate numerose voci nel senso dell'inopponibilità (cfr., per esempio, Cass., 23 giugno 1977, n. 2664, in *Giur. comm.*, 1978, II, 75).

¹⁰⁴ La quale ovviamente comprende anche la rappresentanza processuale: Cass., 17 aprile 1997, n. 3305, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2137.

¹⁰⁵ Per PARRELLA F., *Sub Articolo 2475-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 112, «sembra desumersi che nella s.r.l. il potere di rappresentanza non derivi da un'investitura *ad hoc*, ma costituisca una qualità intrinseca di ogni amministratore, il quale avrebbe conseguentemente i poteri di vincolare da solo la società indipendentemente dal regime di amministrazione prescelto».

previgente ordinamento l'opponibilità ai terzi dell'atto compiuto dall'amministratore al di là dell'oggetto sociale veniva meno solamente ("vecchio" art. 2384-*bis*) in caso di mala fede del terzo (intesa sia come non conoscenza dei limiti dell'altrui potere rappresentativo sia come non conoscibilità di detti limiti con l'ordinaria diligenza)¹⁰⁶, oggi invece tale opponibilità crolla solo al cospetto del dolo del terzo (e cioè l'atto compiuto dall'amministratore non vincola la società se si dimostra che il terzo ha intenzionalmente agito a danno della società stessa). In sostanza, il nuovo sistema grava in misura minore i terzi che entrano in contatto con la società, sotto il profilo del loro onere di informarsi circa i poteri di chi rappresenta la società stessa;

2. d'altro canto, se invece dunque appunto si dimostri che i terzi abbiano «intenzionalmente agito a danno della società» (non basta cioè la mala fede – cioè la mera conoscenza degli altrui limiti operativi¹⁰⁷ – ma occorre che il terzo "sfrutti" la situazione o per danneggiare – dolo "specifico" – volutamente la propria controparte oppure anche¹⁰⁸ – dolo "generico" – per procurarsi, pur sempre intenzionalmente, un vantaggio così esorbitante da far ritenere il suo operato potenzialmente dannoso per la società), allora le limitazioni ai poteri dell'amministratore che agisce in nome e per conto della società (che risultino dall'atto costitutivo, come accade per il limite derivante dall'oggetto sociale, o dall'atto di nomina, come accade per le limitazioni individuali che un dato rappresentante abbia per il proprio operato) divengono opponibili al terzo contraente¹⁰⁹, il quale subisce dette limitazio-

¹⁰⁶ Cass., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Giur. it. Mass.*, 1976.

¹⁰⁷ Per App. Torino, 18 ottobre 1982, in *Dir. fall.*, 1983, II, 397, a norma dell'art. 2383-*bis* c.c. «l'inefficienza dell'atto compiuto dal rappresentante di una società estraneo all'oggetto sociale è opponibile al terzo non in buona fede, il quale di conseguenza è tenuto alla restituzione della prestazione ricevuta; la buona fede del terzo, ai fini dell'opponibilità a norma dell'art. 2384-*bis*, è esclusa dalla sua colpa grave»; per Trib. Genova, 29 gennaio 1985, in *Società*, 1986, 47, l'estraneità all'oggetto sociale degli atti compiuti dall'amministratore in nome della società è opponibile al terzo ogni qual volta, secondo una valutazione da compiersi caso per caso, risulti che di quell'estraneità il terzo avrebbe potuto rendersi tempestivamente conto con l'uso di una normale diligenza (nella fattispecie in esame si è reputato che la concessione di fidejussioni per debiti altrui non rientrasse nell'oggetto di una società di assicurazioni e che tale circostanza non potesse essere scusabilmente ignorata dall'istituto di credito con cui il contratto di fidejussione era stato stipulato); per Cass., 10 aprile 1999, n. 3514, in *Vita not.*, 2000, 352 l'estraneità all'oggetto sociale degli atti compiuti dagli amministratori è opponibile ai terzi quando risulti la conoscibilità di tale estraneità tramite l'esame dell'atto costitutivo e dello statuto della società, in relazione ai quali siano state rispettate le formalità pubblicitarie.

¹⁰⁸ Cfr. Cass., 10 agosto 1988, n. 2814, in *Dir. fall.*, 1989, II, 365.

¹⁰⁹ Secondo Cass., 6 febbraio 1993, n. 1506, in *Vita not.*, 1993, 1458, «l'art. 2384 c.c., a norma del quale, quando l'amministrazione di una società di capitali ha la rappresentanza della società medesima, le limitazioni del relativo potere, poste dall'atto costitutivo o dallo statuto, sono opponibili al terzo, pure se pubblicate, nel solo caso in cui si provi che questi abbia agito intenzionalmente a danno della società, trova applicazione, quale disposizione speciale in materia societaria, anche con

ni come le subirebbe chiunque stipulasse con un rappresentante in eccesso di poteri (art. 1398 del Codice civile)¹¹⁰;

3. se infine l'atto sia compiuto da un soggetto che affermi la propria qualifica di amministratore-rappresentante senza in effetti esserlo, resta sempre in campo la predetta regola di diritto comune (art. 1398) per la quale il rappresentato non è certo vincolato dall'attività del *falsus procurator* a meno che ricorrano indici di apparenza tali (sua presenza nella sede sociale, utilizzo della carta intestata ecc.) da ingenerare nei terzi la convinzione che un dato soggetto possa validamente impegnare la società¹¹¹.

5.6.4 L'attribuzione della rappresentanza a soggetti non amministratori

Se è vero che (art. 2475-bis, comma 1) «gli amministratori hanno la rappresentanza generale della società» e se è vero che l'amministratore (ove sia debitamente a ciò autorizzato, o per "potere proprio" o per potere attribuitogli dall'organo amministrativo di cui egli fa parte) può attribuire la rappresentanza della società a terzi:

- con procura "speciale" (e cioè per un dato atto: per esempio, una compravendita immobiliare);
- con procura "generica" (e cioè per una serie di atti della stessa specie: per esempio, tutte le compravendite immobiliari di una data impresa di costruzioni); e pure:
- con procura "generale" (e cioè per una serie di atti, non della stessa specie: per esempio, la procura a dirigere uno stabilimento, con tutto ciò che comporta in ordine all'organizzazione dello stabilimento e ai rapporti con clienti, fornitori, dipendenti ecc.; ma con il limite, quanto a queste procure "generali", che non si può certo delegare la completa direzione dell'attività sociale)¹¹²;

riguardo alle obbligazioni cambiarie e, quindi, configura una deroga all'art. 12, comma 2, R.D. 14 dicembre 1933 n. 1669, secondo cui il potere di obbligarsi cambiariamente in nome e per conto dell'imprenditore commerciale, spettante in via presuntiva al rappresentante dell'imprenditore stesso, resta escluso quando vi sia una contraria previsione pubblicata ai sensi dell'art. 2206 c.c.».

¹¹⁰ Per un caso particolare cfr. Cass., 12 aprile 1976, n. 1289, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1251, secondo cui è nullo, per contrarietà alla norma, penalmente sanzionata, dell'art. 2389, 2° comma, c.c., il contratto stipulato dal presidente di una società per azioni, di sua sola iniziativa, con un consigliere delegato della stessa e che si risolve nell'attribuzione al secondo, quale corrispettivo di prestazione di attività proprie del suo ufficio, di un compenso non stabilito dal consiglio di amministrazione previo parere del collegio sindacale.

¹¹¹ Cfr. Cass., 3 marzo 1994, n. 2123, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Rappresentanza nei contratti*, n. 8; Cass., 19 settembre 1995, n. 9902, in *Corr. giur.*, 1996, 671.

¹¹² Cfr. ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, 97; e pure Trib. Milano, 9 marzo 1989, in *Società*, 1989, 926.

il problema è se la rappresentanza possa essere attribuita a terzi estranei (soci o non soci) rispetto all'organo amministrativo, mediante una decisione dell'organo amministrativo stesso (e quindi, per esempio, con una deliberazione del consiglio di amministrazione dalla quale *direttamente* discenda il potere di rappresentanza; non si tratta quindi della deliberazione autorizzativa, sopra menzionata, che serve, per esempio, al presidente del consiglio di amministrazione per stipulare la procura finalizzata ad attribuire la rappresentanza della società a un terzo estraneo al consiglio di amministrazione).

L'opinione contraria¹¹³ potrebbe essere rintuzzata oltre che invocando l'ampia autonomia statutaria che il legislatore ha regalato alla società a responsabilità limitata (cosicché si può ipotizzare l'introduzione nello statuto della società a responsabilità limitata di una clausola che abiliti l'organo amministrativo ad attribuire, con una propria decisione, la rappresentanza della società, per esempio, a soggetti dotati di particolari incarichi – si pensi a un direttore di stabilimento o a un capo filiale – ma anche a “semplici” soci o addirittura a terzi del tutto estranei), anche perché dalla norma di cui all'art. 2475-bis, comma 1, deriva bensì l'affermazione di un principio (la connessione tra ruolo di amministratore e l'attribuzione a quel ruolo della qualità di rappresentante “generale”) ma non deriva l'esclusione di altre soluzioni, a fianco di quella; ma pure invocando la prassi fin qui seguita dai “grandi stipulatori” (si pensi alle banche per la stipula dei mutui) i cui statuti sono da sempre stati caratterizzati (senza aver mai subito censure di illegittimità sul punto) da previsioni del tipo appunto di quella secondo cui l'organo amministrativo può individuare, con proprie deliberazioni, soggetti (si tratta normalmente di dipendenti addetti alla propria “rete” commerciale) cui attribuire la rappresentanza della società per certi atti o per determinate categorie di atti e i cui poteri di rappresentanza sono sempre finora derivati quindi non per effetto del rilascio di procure ma per “derivazione diretta” da una siffatta deliberazione dell'organo amministrativo.

5.7 Poteri, doveri e responsabilità degli amministratori

L'impronta personalistica della nuova società a responsabilità limitata e lo spiccato ruolo attribuito al singolo socio nella vita societaria trovano nella riformata disciplina della responsabilità degli amministratori uno dei mo-

¹¹³ Cfr. PARRELLA F., *Sub Articolo 2475-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 113.

menti di loro massima esplicazione: il socio ha un nuovo incisivo potere di controllo dell'amministrazione, ha la possibilità, sconosciuta nel diritto pre-vigente, di esperire individualmente l'azione di responsabilità, può infine chiedere al giudice in via cautelare di rimuovere gli amministratori: in altri termini il legislatore ha inteso (controbilanciando il "potere" degli amministratori con la possibile iniziativa del singolo) prefigurare un sistema di contrappesi, finalizzato alla risoluzione "interna" di eventuali conflitti mediante la ricerca di quell'equilibrio che può derivare dallo stimolo alla negoziazione endosocietaria dei contrapposti interessi e opinioni¹¹⁴.

5.7.1 I compiti degli amministratori

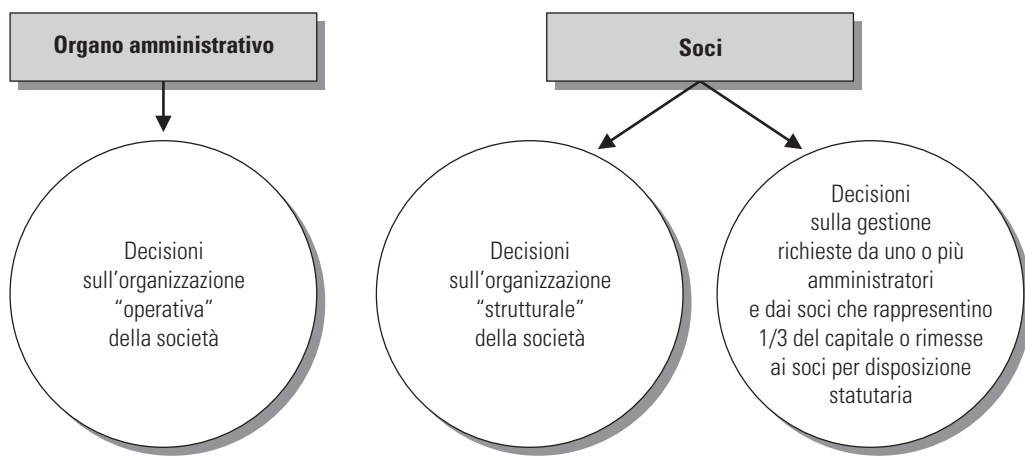
Sulla distribuzione della decisionalità societaria tra soci e amministratori, si veda *infra* quanto illustrato al par. 6.1.

Qui va solo ricordato, in breve, osservando il sistema che il legislatore ha proposto come *default* (e quindi facendo salva ogni previsione statutaria che, in tutto in parte, attragga sui soci date competenze gestorie) che la società a responsabilità limitata resta incardinata, come in passato, su una struttura "corporativa" (cioè è strutturata in organi con competenze decisorie diversificate), ove:

- al consesso dei soci è rimessa (oltre alle competenze gestorie che siano attratte sui soci stessi per disposizione statutaria, per richiesta di uno o più amministratori e dei soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale) la decisionalità sull'*organizzazione strutturale* della società (vale a dire, principalmente, in tema di nomine alle cariche sociali, di approvazione del bilancio e di distribuzione degli utili e di modifiche statutarie); mentre:
- all'organo amministrativo è rimessa la decisionalità sull'*organizzazione operativa* (vale a dire in tema di scelte di gestione e di funzionamento della società)¹¹⁵.

¹¹⁴ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 211, per il quale il legislatore ha inteso «garantire il permanere di una stabilità societaria interna attraverso [...] la negoziazione e l'attività transattiva endosocietaria [...]; che non significa naturalmente aver voluto legittimare un potere ricattatorio dei singoli, ma fornire una regola a deterrenza di una irrazionale attività gestionale».

¹¹⁵ È quindi riproponibile anche *post* riforma il pensiero secondo cui «gli amministratori costituiscono il "potere esecutivo" della società per azioni [...]. La competenza degli amministratori è [...] una competenza generale, in contrapposizione alla competenza speciale dell'assemblea: il loro potere decisionale si estende a ogni sorta di atti, diretti a conseguire l'oggetto sociale, che non siano espressamente rimessi alla competenza dell'assemblea. La loro funzione può, sotto questo aspetto, essere assimilata alla stessa funzione imprenditoriale di coordinamento dei fattori della produzione».

Figura 5.2 Il sistema di *default* di distribuzione delle decisioni societarie

Infatti, l'incarico che gli amministratori ricevono per effetto della loro nomina è quello di compiere «le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale» (come afferma in tema di società per azioni il primo comma dell'art. 2380-*bis*, inevitabilmente applicabile anche per la società a responsabilità limitata); compito che gli amministratori sono obbligati a svolgere secondo il principio di comportamento in base al quale essi rispondono della violazione «dei doveri a essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo» (art. 2476, comma 1) dovendoli adempiere (questo concetto è prelevato dalla normativa della società per azioni, che pure non può non essere qui applicabile), «con la diligenza¹¹⁶ richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro

ne»: GALGANO F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Diritto civile e commerciale*, vol. III, t. 2, Milano, 1990, 432.

¹¹⁶ Per SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 219, invece, dato che l'art. 2476 afferma la responsabilità solidale degli amministratori senza prevedere «espressamente un dovere di diligenza, come nelle società per azioni» se ne dovrebbe desumere «una maggior tolleranza riservata all'amministratore di società a responsabilità limitata (che normalmente è un socio). In entrambi i casi in altri termini si richiede all'amministratore di dimostrare in modo circostanziato la ragionevolezza professionale della sua inadempienza, ma nell'un caso [quello della società per azioni, *n.d.a.*], si tratta di alta e specifica professionalità, nell'altro [quello della società a responsabilità limitata, *n.d.a.*] l'accortezza richiesta, pur sempre professionale, ha contenuto meno elevato e più generico: insomma, in un caso si deve trattare di uno specialista della professione di amministratore, nell'altro di un buon professionista». Invece per DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 479, va ripetuta «pedissequamente» nella società a responsabilità limitata la disciplina dettata per la società per azioni: «deve qui intendersi richiamato, in particolare, il concetto dell'agire diligente, mirato ad assicurare la legalità e la correttezza».

specifiche competenze» (art. 2392, comma 1); il che, peraltro «non significa che gli amministratori debbano necessariamente essere periti in contabilità, in materia finanziaria, e in ogni settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale, ma significa che le loro scelte devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione»¹¹⁷. Non si tratta¹¹⁸ quindi di una responsabilità sull'esito della gestione (e quindi in base a una valutazione *ex post* di ciò che è accaduto), ma sull'avvedutezza (quale giudicabile *ex ante*) delle attività compiute quale sarebbe stata praticata da un amministratore diligente e corretto¹¹⁹.

Quindi essi devono «agire in modo informato»¹²⁰ e si devono curare an-

tezza dell'amministrazione e a perseguire l'interesse sociale»; identico il pensiero espresso da ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 260, secondo cui «deve ritenersi che la nuova formulazione non segni al riguardo un particolare distacco dal precedente sistema». Cfr. pure DI AMATO S., *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 289.

¹¹⁷ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 6, n. III, 4.

¹¹⁸ Cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 260.

¹¹⁹ Secondo Trib. Milano, 26 giugno 1989, in *Società*, 1989, 1179, «nel valutare la responsabilità dell'amministratore relativamente ai danni che dalla sua gestione sono derivati alla società si deve considerare che se è vero che l'opera di gestione e amministrazione – discrezionale e finalizzata al raggiungimento dello scopo sociale – si dispiega nell'ambito del rischio dell'impresa, non è men vero che il rischio di impresa deve essere sempre affrontato con valutazione critica dei fatti improntata, guidata e ispirata alla più ampia, profonda conoscenza dei possibili, prevedibili e pensabili fattori che influenzano il risultato sia sul versante positivo sia su quello negativo»; per Trib. Milano, 14 settembre 1992, in *Società*, 1993, 511, l'autorità giudiziaria non può sindacare il merito degli atti compiuti dall'amministratore giudicando sulla base di criteri astratti e discrezionali di opportunità e convenienza, di talché vi può essere colpa di quest'ultimo non tanto perché il suo operato, in una valutazione a posteriori, non ha prodotto risultati utili, quanto perché gli atti contestati, secondo le regole dell'ordinaria diligenza professionale a cui ogni amministratore è obbligato (*ex art. 1176, 2° comma, c.c.*), non avrebbero dovuto essere compiuti (neppure con giudizio *ex ante*) a quelle condizioni, che l'amministratore ha accettato per propria negligenza, pur potendo prevedere, sin dal momento in cui l'atto era stato compiuto, che sarebbero risultate dannose; per Trib. Milano, 10 febbraio 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, 326, nell'adempimento delle obbligazioni verso la società, l'amministratore deve osservare la diligenza del mandatario, che non può prescindere da un connotato di adeguata perizia consistente nella prudenza e avvedutezza in relazione a quelle attività, negoziali e materiali, tipicamente implicate dalla gestione societaria-commerciale. Non è tuttavia sindacabile il merito gestorio delle scelte gestionali e delle modalità della loro conduzione, se non nella misura in cui si riscontri l'omissione delle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste dall'ordinaria diligenza professionale a cui ogni buon amministratore è obbligato, secondo un criterio di prevedibilità e prevenibilità delle conseguenze insoddisfacenti e pregiudizievoli.

¹²⁰ Cfr. DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 480, e cioè l'obbligo di ciascun amministratore, anche di società a responsabilità limitata, «di cercare, al meglio delle proprie capacità, quanto meno di capire come stiano andando

che della «adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento» (art. 2403, comma 1)¹²¹, devono prestare attenzione all'operato degli amministratori cui siano attribuite particolari funzioni (fermo restando che, ai sensi dell'art. 2391, comma 1, la responsabilità degli altri amministratori non sorge se il danno è provocato nell'esercizio di «attribuzioni proprie del comitato esecutivo» oppure se si tratti «di funzioni in concreto attribuite a uno o più amministratori») e devono intervenire, ove conoscano di un'evenienza potenzialmente o effettivamente dannosa, per eliminarne o attenuarne le conseguenze. Da notare che la legge di riforma ha eliminato la previsione di cui al "vecchio" art. 2392, comma 2, sull'obbligo di «vigilanza sul generale andamento della gestione», nell'intento del legislatore di evitare «indebite estensioni» della responsabilità degli amministratori¹²².

Ebbene, nel caso di inadempimento di questi «doveri a essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società» (art. 2476, comma 1):

- a. gli amministratori sono solidalmente¹²³ responsabili per i danni che alla società derivano a causa del loro inadempimento;

le cose [...] chiedendo tutte le notizie ravvisate più opportune in merito all'attività della stessa e, in generale, pretendendo di ricevere adeguata informazione "sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione [...]".

¹²¹ Per MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 12 (del dattiloscritto), invece «nella Società per azioni (solo nella Società per azioni) [corsivo dell'Autore, n.d.a.] e ora in tutte le Società per azioni, e non più solo in quelle quotate, l'istituzione e la funzionalità di un adeguato e preciso "assetto organizzativo, amministrativo e contabile" diventa oggetto primario, tipico, irrinunciabile dei doveri degli amministratori».

¹²² Infatti, secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 6, n. III, 4, detta previsione è stata «sostituita da specifici obblighi ben individuati (v. in particolare gli artt. 2381 e 2391)». L'abrogata previsione, «soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali» finiva per trasformare la responsabilità degli amministratori «in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili».

¹²³ Cfr. Cass., 24 settembre 1959, n. 2609, in *Giust. civ.*, 1959, I, 881, secondo cui l'assemblea di una società per azioni, con suo insindacabile apprezzamento, può scegliere, tra gli amministratori, quali responsabili solidali, colui o coloro contro i quali ritiene più conveniente esercitare l'azione sociale di responsabilità. Nell'ambito dei rapporti interni tra essi condebitori è consentito poi l'accertamento del grado di responsabilità di ciascuno, per cui l'amministratore o gli amministratori condannati, che abbiano pagato il debito, hanno il diritto di rivalersi nei confronti degli altri (anche se contro di questi non sia stata proposta l'azione sociale), secondo i comuni principi che regolano il regresso nella responsabilità solidale. Per Trib. Ancona, 4 luglio 1995, in *Gius.*, 1995, 3882, malgrado gli ammi-

- b. la responsabilità non si estende agli altri amministratori che siano ignari del comportamento pregiudizievole tenuto dal loro collega e che dimostrino di essere esenti da colpa (ma difficilmente sarà escludibile la responsabilità dell'amministratore che non abbia sufficientemente vigilato sul comportamento degli altri amministratori)¹²⁴;
- c. la responsabilità non si estende agli amministratori che, essendo invece a cognizione che l'atto dannoso si stava per compiere, abbiano fatto constare il proprio dissenso (gli amministratori sono tuttavia responsabili per l'evento dannoso se non hanno fatto il possibile «per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose»: art. 2392, comma 2, in tema di società per azioni)¹²⁵;
- d. infine (per inevitabile applicazione analogica dell'art. 2392, comma 1, in tema di società per azioni) la responsabilità degli altri amministratori non sorge se il danno è provocato nell'esercizio di «attribuzioni proprie del comitato esecutivo» oppure se si tratti «di funzioni in concreto attribuite a uno o più amministratori».

nistratori delle società di capitali siano responsabili in solido per gli atti della gestione societaria, tale responsabilità deve essere in concreto graduata in relazione ai diversi periodi di tempo in cui è stato ricoperto l'incarico di amministratore e in relazione alle diverse funzioni in concreto svolte.

¹²⁴ Cfr. Cass., 4 aprile 1998, n. 3483, in *Giur. it.*, 1999, 324; in *Società*, 1999, 62; in *Dir. fall.*, 1999, II, 253; in *Giust. civ.*, 1999, 1809, secondo cui la responsabilità solidale degli amministratori a norma dell'art. 2392 c.c. può essere in parte attenuata soltanto nelle ipotesi in cui la complessità della gestione sociale renda necessaria la ripartizione di competenze e attività mediante ricorso a istituti specifici, quali le deleghe di funzioni al comitato esecutivo o a uno o più amministratori, attraverso una procedura formalizzata secondo la previsione dell'art. 2381 c.c.; è pertanto da escludere che, al di fuori delle ipotesi riconducibili al citato art. 2381, una divisione di fatto delle competenze tra gli amministratori, l'adozione, di fatto, del metodo disgiuntivo nell'amministrazione, o, semplicemente, l'affidamento all'attività di altri componenti il collegio di amministrazione, possano valere a escludere la responsabilità di alcuni amministratori per le violazioni commesse dagli altri, posto che la condotta omissiva per affidamento a terzi, lungi dal comportare esclusione di responsabilità, può costituire invece ammissione dell'inadempimento dell'obbligo di diligenza e vigilanza; per App. Roma, 14 marzo 2000, in *Gius.*, 2000, 1879, sussiste la responsabilità dei sindaci di società per omissione di controllo sull'attività gestionale dell'organo amministrativo ove l'omissione di controllo abbia riguardato la stessa ragionevolezza dell'operato dell'organo amministrativo, apprezzabile con un giudizio prognostico *ex ante* qualora lo stesso appaia affetto da illegittimità sostanziale per essere in contrasto con sani criteri gestionali dell'impresa; per App. Milano, 21 maggio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 344, affinché l'amministratore non delegato di una società di intermediazione mobiliare possa esimersi da responsabilità per omessa vigilanza sull'operato degli amministratori delegati non è sufficiente l'ignoranza della sussistenza dei presupposti dell'illecito commesso da questi ultimi, ma occorre che tale ignoranza sia incolpevole, cioè non superabile con l'uso dell'ordinaria diligenza.

¹²⁵ Secondo Trib. Milano, 2 marzo 1995, in *Gius.*, 1995, 2269, in materia di responsabilità degli amministratori nei confronti della società, la responsabilità dell'amministratore che non ha compiuto l'operazione per la quale è stata promossa l'azione di responsabilità non sussiste quando non gli sia stato possibile rimuovere o evitare e attenuare le conseguenze dannose dell'operazione stessa.

La responsabilità degli amministratori va quindi definita come¹²⁶:

- responsabilità “per colpa”¹²⁷ e quindi non “oggettiva”;
- responsabilità di tipo “contrattuale”¹²⁸, con ciò che ne consegue in ordine all’onere della prova¹²⁹ e alla determinazione dell’entità del danno risarcibi-

¹²⁶ Cfr. DI AMATO S., *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 290; MAINETTI F., *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 937.

¹²⁷ Cfr. App. Napoli, 26 novembre 1990, in *Società*, 1991, 1050, secondo cui la responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni è una responsabilità per fatto proprio e per propria colpa, potendosi configurare solo nei confronti di quegli amministratori che abbiano colpevolmente commesso l’atto illegittimo o che comunque non l’abbiano prevenuto con una buona scelta degli impiegati o con una diligente sorveglianza.

¹²⁸ Cfr. Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Foro it. Mass.*, 1998, secondo cui «la responsabilità verso la società degli amministratori di una società per azioni, prevista e disciplinata dagli artt. 2392 e 2393 c.c. (applicabili anche alle s.r.l., giusta richiamo dell’art. 2487 stesso codice), trova la sua fonte nell’inadempimento dei doveri imposti ai predetti dalla legge o dall’atto costitutivo, ovvero nell’inadempimento dell’obbligo generale di vigilanza o dell’altrettanto generale obbligo di intervento preventivo e successivo (sicché il relativo *thema probandum* si articola nell’accertamento dei tre elementi dell’inadempimento di uno o più degli obblighi suindicati, del danno subito dalla società, del nesso causale), mentre “danno risarcibile” sarà quello causalmente riconducibile, in via immediata e diretta, alla condotta (dolosa o colposa) dell’agente, sotto il duplice profilo del danno emergente e del lucro cessante (commisurato, cioè, in concreto, al pregiudizio che la società non avrebbe subito se un determinato comportamento illegittimo, commissivo o omissivo, non fosse stato posto in essere dall’amministratore). Altra e distinta forma di responsabilità è, per converso, quella degli amministratori verso i creditori sociali – prevista dal successivo art. 2394 c.c. come conseguenza dell’inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell’integrità del patrimonio sociale – la cui natura extracontrattuale presuppone l’assenza di un preesistente vincolo obbligatorio tra le parti, e un comportamento dell’amministratore funzionale a una diminuzione del patrimonio sociale di entità tale da rendere lo stesso inidoneo per difetto ad assolvere la sua funzione di garanzia generica (art. 2740 c.c.), con conseguente diritto del creditore sociale di ottenere, a titolo di risarcimento, l’equivalente della prestazione che la società non è più in grado di compiere. L’indiscutibile natura diretta e autonoma dell’azione *ex art. 2394 c.c.* ne esclude, poi, qualsivoglia carattere surrogatorio, attesa la non riconducibilità al novero degli effetti di un mero fenomeno surrogatorio di un così radicale mutamento del titolo di responsabilità, da contrattuale (artt. 2392, 2393) ad extracontrattuale (art. 2394), con la conseguenza che, se l’accoglimento della domanda proposta ai sensi degli artt. 2392 e 2393 c.c. comporta la devoluzione del risultato utile di essa in via primaria e diretta all’incremento del patrimonio sociale (mentre i creditori attori ne trarrebbero solo indirettamente beneficio), ciò non è a dirsi in caso di azione proposta *ex art. 2394 c.c.*, ove il danno subito dai creditori costituisce anche (ed esclusivamente) la misura del loro interesse ad agire». Per Trib. Milano, 22 dicembre 1983, in *Società*, 1984, 883, sul curatore che agisca in responsabilità contro gli amministratori incombe l’onere di provare, oltretché l’insufficienza del patrimonio a soddisfare le ragioni creditorie, l’inosservanza, da parte dei medesimi, degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale e che da tale inosservanza è derivato un danno (nesso di causalità); non deve invece il curatore provare la colpa degli amministratori, mentre spetta a questi ultimi provare i fatti che valgono a escludere o ad attenuare la loro responsabilità.

¹²⁹ Cfr. Trib. Milano, 22 dicembre 1983, in *Società*, 1984, 883, secondo cui sul curatore che agisca in

le (fermo tuttavia restando che, ove ne ricorrano i presupposti, vi è una responsabilità extracontrattuale, così come accade per qualsiasi altro soggetto, per l'amministratore che, con colpa o dolo, ingiustamente compia atti dannosi per la società non in esecuzione delle proprie attribuzioni)¹³⁰;

- responsabilità solidale (salvo per l'amministratore che versi in un'ignoranza incolpevole o che, sapendo del possibile evento dannoso, non faccia constare la propria contrarietà).

5.7.2 L'azione di responsabilità verso gli amministratori e i soci che partecipano alla gestione

Nel caso in cui sia dunque ravvisabile la responsabilità degli amministratori, la nuova legge (art. 2476, comma 3) dispone, con disciplina evidentemente di diritto imperativo¹³¹, che «ciascun socio»¹³², anche se la società è in liquidazione¹³³:

- a. può esperire l'azione di responsabilità (che è finalizzata al risarcimento del danno¹³⁴ che la società ha patito a causa dell'operato dei suoi amministratori

responsabilità contro gli amministratori incombe l'onere di provare, oltreché l'insufficienza del patrimonio a soddisfare le ragioni creditorie, l'inosservanza, da parte dei medesimi, degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale e che da tale inosservanza è derivato un danno (nesso di causalità); non deve invece il curatore provare la colpa degli amministratori, mentre spetta a questi ultimi provare i fatti che valgono a escludere o ad attenuare la loro responsabilità.

¹³⁰ Cfr. Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Giur. comm.*, 2000, II, 167.

¹³¹ Circa l'inderogabilità della previsione cfr. PARRELLA F., *Sub Articolo 2476*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 127.

¹³² Quindi si può trattare sia di un socio amministratore che anche di un socio non amministratore (e pertanto non di un amministratore non socio), con il che si abilita l'esperimento dell'azione anche nel caso in cui (di facile verifica nella società a responsabilità limitata) tutti i soci siano anche amministratori: cfr. FORTUNATO S., *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 303. Cfr. pure DI AMATO S., *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 289.

¹³³ Dal fatto che il legislatore abbia, nell'art. 2393, comma 1, esplicitamente previsto il caso del promuovimento dell'azione di responsabilità anche durante la fase di liquidazione e che nell'ambito della disciplina della società a responsabilità limitata la previsione non sia ripetuta, non è da derivare che nella società a responsabilità limitata l'azione di responsabilità non sia esperibile durante la fase di liquidazione: si tratta invero di una considerazione da ascrivere al rilievo che nella società per azioni, trattandosi di azione che presuppone un deliberato assembleare, vi era la necessità di prevedere chiaramente che lo stato di liquidazione non osta a quella deliberazione.

¹³⁴ Secondo Cass., 4 aprile 1977, n. 1281, in *Giur. comm.*, 1977, II, 449, nel giudizio di responsabilità contro i sindaci di una società, che sia stato promosso dal curatore del fallimento della società medesima, ai sensi dell'art. 2407 c.c., per non avere i sindaci vigilato sull'attività illecita degli ammi-

- ri), la quale si prescrive in cinque anni (art. 2949, comma 1)¹³⁵, termine che peraltro rimane sospeso durante la carica (art. 2941, comma 1, n. 7)¹³⁶;
- b. può altresì chiedere, nell'ambito dell'azione di responsabilità¹³⁷, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, che sia adottato il provvedimento cautelare¹³⁸ di revoca degli amministratori medesimi (in tal caso il giudice può subordinare il provvedimento alla prestazione di apposita cauzione);
- c. può infine chiedere la condanna al risarcimento dei danni, in solido con gli amministratori, degli altri «soci che hanno intenzionalmente¹³⁹ deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi» (art. 2476, comma 7)¹⁴⁰;

nistratori, consistente nel porre in essere operazioni dopo la totale perdita del capitale sociale (art. 2449 c.c.), il danno va commisurato all'insufficienza dell'attivo fallimentare, e, cioè, alla differenza fra il passivo e l'attivo, nei limiti in cui tale insufficienza sia legata da nesso di causalità a quel comportamento omissivo.

¹³⁵ Cfr. DI AMATO S., *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 297; SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 222; MAINETTI F., *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 942.

¹³⁶ Cfr. Trib. Roma, 17 settembre 2001, in *Società*, 2002, 744, secondo cui «il decorso del termine di prescrizione dell'azione sociale di responsabilità è sospeso, ai sensi dell'art. 2941 n. 7 c.c., finché gli amministratori (o i sindaci) destinatari della pretesa risarcitoria sono ancora in carica».

¹³⁷ Secondo FORTUNATO S., *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 306, non vi sarebbe un inscindibile nesso tra istanza di revoca e azione di responsabilità e quindi si tratterebbe di due giudizi che hanno *petitum* e *causa petendi* diversi, in quanto l'azione di responsabilità avrebbe come presupposto un "danno" già arrecato alla società, mentre l'azione per la revoca degli amministratori avrebbe come presupposto "gravi irregolarità" di gestione. Cfr. anche MAINETTI F., *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 943.

¹³⁸ Esclude pertanto la ricorribilità alla tutela cautelare residuale di cui all'art. 700 c.p.c. al fine di promuovere la revoca dell'amministratore al di fuori dell'azione sociale di responsabilità SCHIRÒ, *Il controllo dei soci e l'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 27-28-29 novembre 2002, 9 (del dattiloscritto).

¹³⁹ Per RESCIGNO M., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1501, l'avverbio "intenzionalmente" è «fuorviante», in quanto inutile (se riferito al decidere o all'agire: chi agisce o decide lo fa sempre "intenzionalmente") oppure depotenziante la previsione se essa sia intesa come intenzionalità del (procurare) danno. Cfr. anche COLOMBO G.E., *Relazione al Consiglio notarile di Milano sul tema Amministrazione e controllo*, cap. V, par. 4, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/colombo.htm>, secondo cui «l'avverbio "intenzionalmente" va inteso – probabilmente – nel senso di "consapevolmente", cioè con la consapevolezza dell'illiceità e dannosità dell'atto».

¹⁴⁰ È la presa d'atto della "incidenza" del socio nella vita quotidiana della società a responsabilità limitata, cosicché si sancisce detta responsabilità in via "diretta" e cioè senza dover più passare attraverso la problematica dimostrazione della responsabilità del socio in quanto amministratore

d. può probabilmente continuare a esperire l'azione di responsabilità anche in caso di procedura concorsuale¹⁴¹; infatti la mancata ripetizione, nel campo della società a responsabilità limitata, della norma dettata in tema di società per azioni (secondo cui l'azione di responsabilità spetta agli organi fallimentari: art. 2394-bis) non vale ovviamente a negare l'azione a questi (che la possono ben esperire ai sensi dell'art. 43 della legge fallimentare) bensì appunto a protrarre la legittimazione attiva del singolo socio¹⁴², e quindi in concorso con le procedure;

fermo restando comunque che l'azione di responsabilità (nonostante non vi sia nessuna previsione legislativa in materia) può comunque essere esercitata dalla società (la titolarità dell'azione da parte della società è dimostrata, oltre che dal rilievo secondo cui detta azione mira al ripristino del patrimonio sociale danneggiato dalla condotta dell'amministratore oggetto di censura, anche dal potere di rinuncia/transazione che alla società spetta, e di cui oltre)¹⁴³, dietro decisione dei soci e/o degli amministratori (diversi da quelli da convenire in responsabilità), senza che ciò

“di fatto”. Anzi, questa nuova responsabilità è ben più estesa di quella dell'amministratore di fatto in quanto può trattarsi di una responsabilità derivante anche da un singolo atto, senza che occorra dimostrare alcuna serialità o sistematicità. Secondo RESCIGNO M., *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 333, si tratterebbe di una responsabilità contrattuale, in quanto discendente «da un dovere fiduciario del socio verso la società in tutti i casi in cui, di fatto, eserciti un'influenza nella gestione». Cfr. pure DI AMATO S., *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 303; MAINETTI F., *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 939.

¹⁴¹ Cfr. PARRELLA F., *Sub Articolo 2476*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 128; SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 222.

¹⁴² Ritiene invece la legittimazione esclusiva della procedura concorsuale PANZANI L., *L'azione di responsabilità e il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, Relazione al Seminario permanente di diritto commerciale e fallimentare, Roma, 10 ottobre 2002, 14 (del dattiloscritto).

¹⁴³ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 221; VASSALLI F., *Norme statutarie sul funzionamento e l'organizzazione del sistema di amministrazione delle s.r.l.*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 27-28-29 novembre 2002, 8 (del dattiloscritto). Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «la soluzione adottata non esclude che pur sempre si tratta di un'azione sociale di responsabilità esperita dal socio nel suo interesse». Cfr. pure DI AMATO S., *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 294; MAINETTI F., *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 937.

peraltro rappresenti un motivo di paralisi dell'azione individuale dei soci e senza che questa concorrente legittimazione della società degradi l'azione individuale del socio al rango di azione surrogatoria, dal che deriverebbe – ciò che invece non è – l'esperibilità dell'azione da parte dei soci solamente in caso di inerzia della società¹⁴⁴.

Va altresì notato che (art. 2476, ultimo comma) l'approvazione del bilancio da parte dei soci non implica liberazione degli amministratori e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale¹⁴⁵.

Le novità rispetto al diritto previgente sono evidenti:

1. l'azione di responsabilità non è più esercitabile solo a seguito di un'apposita deliberazione assembleare¹⁴⁶ (ove evidentemente la maggioranza aveva la meglio, con l'unica "salvezza" che l'amministratore-socio non poteva votare a favore di se stesso per conflitto di interessi)¹⁴⁷ ma è esercitabile individualmente da ciascun socio, qualunque sia la sua percentuale di partecipazione al capitale sociale¹⁴⁸;
2. non vi è più la revoca "automatica" dell'amministratore convenuto in responsabilità, disposta dal "vecchio" art. 2393, comma 3, per il caso che l'adozione della deliberazione di promuovimento dell'azione di responsabilità fosse decisa con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale¹⁴⁹;

¹⁴⁴ Cfr. PARRELLA F., *Sub Articolo 2476*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 129.

¹⁴⁵ Cfr. Trib. Roma, 17 maggio 1999, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 265; Trib. Milano, 13 giugno 1991, in *Società*, 1992, 76.

¹⁴⁶ Cfr. ZAMPERETTI G.M., *Azione sociale di responsabilità e quorum deliberativi nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 1999, 432.

¹⁴⁷ Cfr. VAIRA M., *Società a responsabilità limitata composta da due soci e delibera dell'azione di responsabilità: brevi osservazioni sul tema*, in *Giur. it.*, 1999, 1660; Cass., 2 settembre 1998, n. 8699, in *Guida al dir.*, 1998, fasc. 37, 67, secondo cui «in ipotesi di società a responsabilità limitata composta da soli due soci (titolari ciascuno del cinquanta per cento del capitale sociale) entrambi amministratori, è valida la deliberazione assembleare con la quale si decida l'azione di responsabilità nei confronti di uno di quei soci, il quale si sia astenuto dalla deliberazione, e con la quale il medesimo venga revocato dalla carica di amministratore; infatti, relativamente all'azione di responsabilità, risulta raggiunta la maggioranza richiesta dall'art. 2393 c.c., e, quanto alla revoca dalla carica di amministratore, v'è stato il voto favorevole dell'altro socio-amministratore, titolare di una quota ben superiore al quinto del capitale sociale, come prescritto dal 3° comma della stessa norma».

¹⁴⁸ Di «"privatizzazione" del controllo sulla società, affidato non al giudice e in particolare al p.m., bensì ai soci (e in parte [...] al collegio sindacale)» parla SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 219.

¹⁴⁹ Cfr. Trib. Como, 2 agosto 1999, in *Società*, 2000, 611, secondo cui l'amministratore di società di capitali revocato a seguito della deliberazione dell'azione di responsabilità, ma non contestualmen-

3. non è più possibile richiamare anche per la società a responsabilità limitata i rimedi cautelari che derivano dall'art. 2409¹⁵⁰ (e quindi non si ha più nelle società a responsabilità limitata la possibile "ingerenza" del pubblico ministero)¹⁵¹, in quanto (a parte la necessità, per l'azione *ex art.* 2409, di un quoziente pari a un decimo del capitale sociale, che è – si badi – lo stesso quoziente richiesto dalla legge perché nella società a responsabilità limitata la minoranza si possa opporre al tentativo di rinuncia/transazione dell'azione di responsabilità che la maggioranza del capitale sociale intenda effettuare, ai sensi dell'art. 2476, comma 5) il solo esperimento dell'azione di responsabilità legittima il giudice a disporre la revoca degli amministratori ove ravvisi «gravi irregolarità»¹⁵² gestorie¹⁵³ (così come probabilmente non ha sen-

te sostituito, non conserva il potere di convocare l'assemblea per la nomina del nuovo amministratore, in quanto l'art. 2393 comma 3 c.c., esclude qualsiasi possibilità di *prorogatio* dell'amministratore revocato *ex lege*, quand'anche per la sola ordinaria amministrazione e, persino, per il solo atto di convocazione dell'assemblea per la nomina del suo successore.

¹⁵⁰ Cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 266-267. Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «è sembrato logico che [...] divenisse sostanzialmente superflua e in buona parte contraddittoria con il sistema la previsione di forme di intervento del giudice quali quelle ora previste dall'art. 2409. Esse infatti sono sostanzialmente assorbite dalla legittimazione alla proposizione dell'azione sociale di responsabilità da parte di ogni socio e dalla possibilità di ottenere in quella sede provvedimenti cautelari come la revoca degli amministratori. La prospettiva è in sostanza quella di fornire ai soci uno strumento in grado di consentire a essi di risolvere i conflitti interni alla società».

¹⁵¹ Che, nelle società per azioni, è stata comunque limitata al caso delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 2409, ultimo comma).

¹⁵² Il problema è che qui si tratta di gravi irregolarità "esistenti" mentre nell'art. 2409 si può trattare del "solo" "fondato sospetto" di gravi irregolarità: cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 223.

¹⁵³ All'eventualità di un utilizzo dell'art. 2409 da parte dei sindaci di società a responsabilità limitata (per effetto del richiamo che l'ultimo comma dell'art. 2477 opera alla disciplina del collegio sindacale di società per azioni) accennano MARCIANO R., *Sub Articolo 2477*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 139; NAZZICONE L., *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità ex art. 2409: le novità della riforma societaria*, in *Società*, 2003, 1079; D'AMBROSIO C., *La nuova società a responsabilità limitata tra società di persone e società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 409; MAINETTI F., *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 943. Contrario è COLOMBO G.E., *Relazione al Consiglio notarile di Milano sul tema Amministrazione e controllo*, cap. V, par. 4, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/colombo.htm>, opinione che è però avversata da RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Diritto societario: dai progetti alla riforma*, Courmayeur, 27-28 settembre 2002, 8 (del dattiloscritto).

so nella società a responsabilità limitata ogni richiamo ai rimedi di cui all'art. 2408, stante il potere individuale di ispezione spettante al socio di società a responsabilità limitata ai sensi dell'art. 2476, comma 2);

4. debutta con la riforma la responsabilità solidale del socio che, pur non essendo amministratore, pervade talmente di sé l'attività sociale da essere il terminale "naturale" delle decisioni formalmente adottate dall'organo amministrativo, il quale ne rimane comunque pur sempre responsabile (qui si tratta sia del caso dell'amministratore "di fatto" sia di quei casi in cui gli amministratori o sottopongono un'operazione all'approvazione dei soci o eseguono un'operazione che sia autorizzata dai soci, ai sensi degli artt. 2479, comma 1, e 2468, comma 3)¹⁵⁴;
5. non è più prevista l'azione di responsabilità promossa dai creditori sociali (di cui all'art. 2394 in tema di società per azioni).

Per il vero, nonostante l'esperibilità da parte del singolo socio dell'azione di responsabilità, qualunque sia l'entità della sua partecipazione al capitale sociale, permane comunque un notevole rilievo al possesso di certi quozienti di capitale; infatti (a meno di una diversa disposizione dell'atto costitutivo che potrebbe intervenire ad aggravare – e non certo a semplificare – questa facoltà della società di rinuncia/transazione) l'azione di responsabilità contro gli amministratori può essere oggetto di rinuncia o transazione¹⁵⁵ da parte della società, purché (art. 2476, comma 5)¹⁵⁶:

- vi consenta una maggioranza dei soci rappresentanti almeno i due terzi

¹⁵⁴ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «si tiene in tal modo conto delle caratteristiche del tipo societario in questione e della circostanza che nella concreta realtà in esso molto spesso l'effettivo potere di amministrazione non corrisponde all'assunzione della relativa veste formale e che, pertanto, la mancata assunzione della prima non può divenire un facile strumento per eludere la responsabilità che deve incombere su chi la società effettivamente gestisce».

¹⁵⁵ Secondo Cass., 1° ottobre 1999, n. 10869, in *Società*, 2000, 432, a norma dell'art. 2393 c.c. compete esclusivamente all'assemblea dei soci il potere di deliberare sia il promuovimento dell'azione sociale di responsabilità sia la rinuncia all'esercizio di tale azione, sia la transazione; pertanto, la rinuncia o la transazione effettuata dal nuovo amministratore (o dal legale rappresentante della società) senza la preventiva delibera assembleare è affetta non da mera inefficacia, secondo la disciplina dell'atto posto in essere dal rappresentante senza poteri, ovvero da mera annullabilità, in base alle regole sul difetto di capacità a contrattare, ma da nullità assoluta e insanabile, deducibile da chiunque vi abbia interesse e rilevabile d'ufficio; la delibera assembleare costituisce modo formale e inderogabile di espressione della volontà della società di cui non sono ammessi equipollenti (nella specie la Suprema Corte ha annullato la decisione di merito secondo cui la sottoscrizione di un accordo da parte di tutti i soci costituiva manifestazione della volontà, equiparabile a una delibera assembleare, di ratificare l'operato del legale rappresentante).

¹⁵⁶ Cfr. DI AMATO S., *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsa-*

(limite che pare alterabile in aumento ma non in diminuzione, e ciò in quanto, se fosse vero il contrario, ne uscirebbe svuotato il carattere imperativo della normativa in questione, così dettato a tutela del singolo socio)¹⁵⁷ del capitale sociale; e:

- non si oppongano tanti soci che rappresentino almeno il decimo (limite che pare statutariamente alterabile in diminuzione ma non in aumento, sempre per gli stessi motivi di cui sopra) del capitale sociale;

(quindi più che di azione “individuale” di responsabilità è più opportuno parlare di azione di responsabilità “delle minoranze”, del tipo di quella esercitabile da una minoranza qualificata verso gli amministratori di società quotate).

Comunque (art. 2476, comma 6), anche in caso di rinuncia o di transazione da parte della società dell'azione di responsabilità (così come anche in caso di vittorioso esperimento dell'azione), resta fermo il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che siano stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori¹⁵⁸.

bilità limitata, in *Giur. comm.*, 2003, I, 296; MAINETTI F., *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 945.

¹⁵⁷ Cfr. però COLOMBO G.E., *Relazione al Consiglio notarile di Milano sul tema Amministrazione e controllo*, cap. V, par. 4, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/colombo.htm>, secondo il quale «non si vede perché l'autonomia dei soci dovrebbe potersi esercitare solo nello scegliere tra l'irrinunciabilità e/o intransigibilità (da parte della società) e la rinunciabilità e transigibilità alle precise condizioni indicate dalla norma: tale ipotetica alternativa “prendere o lasciare” non sarebbe sorretta da alcuna apprezzabile *ratio*, tanto più in un sistema – quello della società a responsabilità limitata – che la legge delega vuole ispirato a un’“ampia” autonomia statutaria. Mi pare quindi certo che l'atto costitutivo potrà sia aumentare il *quorum* necessario per la rinuncia (per esempio, i 4/5 del capitale) sia diminuirlo (per esempio, la maggioranza assoluta del capitale: che mi parrebbe la soluzione più equilibrata), sia elevare la quota di sbarramento (per esempio, opposizione del quinto del capitale) sia diminuirla (per esempio, opposizione del ventesimo del capitale). Anzi, mi parrebbe dubbia l'ammissibilità di una clausola dell'atto costitutivo che escludesse del tutto la possibilità di una decisione di rinuncia o di transazione da parte dei soci, lasciando gli amministratori in balia dei capricci di un socio avente l'1 per cento o ancor meno».

¹⁵⁸ Per Cass., 7 settembre 1993, n. 9385, in *Fallimento*, 1994, 44, l'azione individualmente concessa dall'art. 2395 c.c. ai soci per il risarcimento dei danni loro cagionati dagli atti dolosi o colposi degli amministratori, di natura perciò extracontrattuale, presuppone che i danni suddetti non siano solo il riflesso di quelli arrecati eventualmente al patrimonio sociale, ma siano direttamente cagionati al socio, come conseguenza immediata del comportamento degli amministratori e dei sindaci che tale comportamento abbiano reso possibile violando i loro doveri di controllo. Il diritto alla conservazione del patrimonio sociale spetta alla società e non al socio come tale, il quale ha in materia un interesse, la cui eventuale lesione non può concretare quel danno diretto necessario per potersi esperire l'azione individuale di responsabilità contro gli amministratori. Tale danno diretto, peraltro, non sussiste neppure per il solo fatto che nel comportamento degli amministratori possa configurarsi un illecito penale, né può consistere nella mancata distribuzione degli utili, perché questi,

Come detto, l'azione di responsabilità tende a risarcire il danno che la società ha patito per effetto della *mala gestio* dei suoi amministratori; inoltre al vittorioso esperimento dell'azione consegue che la società (salvo il suo diritto di regresso nei confronti degli amministratori) rimborsa (art. 2476, comma 4) agli attori le spese di giudizio e quelle da essi sostenute per l'accertamento dei fatti (spese che altrimenti rimangono a loro carico, e questo a mo' di deterrente verso liti temerarie).

Sotto questo ultimo aspetto va pure notato che, a differenza di quanto capita in tema di società per azioni (art. 2393-bis) non si fa riferimento al provvedimento liquidatorio del giudice e pertanto potrebbe ritenersi che al socio competa il rimborso di quella parte di onorari eccedente ciò che sia liquidato dal giudice¹⁵⁹.

5.7.3 L'azione dei creditori sociali

Mentre nel previgente diritto era possibile per i creditori di società a responsabilità limitata esperire l'azione di responsabilità verso gli amministratori ove costoro avessero attentato all'integrità del patrimonio sociale¹⁶⁰ (per effetto del richiamo che il "vecchio" art. 2487, comma 2, operava al "vecchio" art. 2394), oggi, se l'azione dei creditori permane nella disciplina della società per azioni (art. 2394), non ve ne è più traccia nella disciplina della società a responsabilità limitata.

Abolizione voluta? perdurante esperibilità? quanto incide su questo vuoto la concessione dell'azione sociale di responsabilità – quasi fosse un "contrappeso" in nome degli interessi dei terzi – al socio "individuo"? che ruolo, in questa scelta di non previsione, ha avuto la considerazione che questo "contrappeso" può non funzionare in molte realtà ove vi è una fortissima commistione tra soci e amministratori, nel senso che tutti o quasi tutti i soci sono direttamente o indirettamente coinvolti nell'amministrazione?

Il problema, che è oggettivamente complicato, va affrontato da una notevole serie di angoli visuali¹⁶¹:

a. visto che l'art. 2476, comma 6, sancisce che sia il vittorioso esperimento

prima della distribuzione, appartengono alla società, sì che il danno derivante dalla loro distrazione a opera degli amministratori è della società e non dei soci, che ne vengono pregiudicati solo di riflesso, tanto da non essere neppure abilitati a proporre azione di indebito arricchimento per conseguire la quota di utili occultata nel bilancio di esercizio.

¹⁵⁹ Cfr. PARRELLA F., *Sub Articolo 2476*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 129.

¹⁶⁰ Cfr. Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Foro it. Mass.*, 1998.

¹⁶¹ Cfr. anche COLOMBO G.E., *Relazione al Consiglio notarile di Milano sul tema Amministrazione-*

dell'azione di responsabilità sia la sua rinuncia o transazione «non pregiudicano il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori», tra questi terzi potrebbe dunque ben essere compreso anche il creditore della società¹⁶²; si osserva peraltro che in detto comma 6 ci si riferisce evidentemente al danno direttamente procurato dall'amministratore al patrimonio del terzo e non anche al danno che il creditore subisca per effetto del depauperamento del patrimonio sociale (tanto è vero che in materia di società per azioni permane la distinzione tra l'azione contrattuale di responsabilità promossa dai soci e quella extracontrattuale esperita dai creditori, distinzione che altrimenti non avrebbe senso)¹⁶³;

- b. il creditore danneggiato potrebbe essere considerato titolare di un'azione extracontrattuale legittimata dal comportamento illecito degli amministratori lesivo del diritto di credito spettante al creditore stesso¹⁶⁴, oppure dell'azione di responsabilità contrattuale spettante al socio, che il creditore esperirebbe in via surrogatoria¹⁶⁵; ma anche qui è abbastanza assorbente il rilievo che bisogna pur dare un significato alla previsione delle due azioni in materia di società per azioni e al silenzio che su questa problematica regna nel campo della società a responsabilità limitata¹⁶⁶.

Resta comunque fermo che se si tratti del creditore di società soggetta ad

ne e controllo, cap. V, par. 4, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/colombo.htm>; DI AMATO S., *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 298.

¹⁶² Cfr. RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Diritto societario: dai progetti alla riforma*, Courmayeur, 27-28 settembre 2002, 17 (del dattiloscritto).

¹⁶³ Cfr. PARRELLA F., *Sub Articolo 2476*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 127.

¹⁶⁴ Sul tema della configurabilità dell'azione dei creditori sociali verso gli amministratori come azione di responsabilità per lesione del loro credito cfr. Trib. Milano, 6 febbraio 1989, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 758.

¹⁶⁵ Cfr. PANZANI L., *L'azione di responsabilità e il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, Relazione al Seminario permanente di diritto commerciale e fallimentare, Roma, 10 ottobre 2002, 13 (del dattiloscritto).

¹⁶⁶ Cfr. PARRELLA F., *Sub Articolo 2476*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 127. Secondo SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 221, i creditori hanno «una doppia possibilità, in caso di azione contrattuale agendo in via surrogatoria in senso tipicamente civilistico, ovvero in via extracontrattuale (se sono ricomprensibili nei terzi di cui all'art. 2476, sesto comma)».

altrui direzione o coordinamento, al medesimo spetta pur sempre l'azione di cui all'art. 2497, per la lesione che sia stata procurata al patrimonio sociale.

5.7.4 L'amministratore in conflitto di interessi

La normativa che la disciplina della società a responsabilità limitata dedica al conflitto di interessi¹⁶⁷ si occupa di due differenti problemi (art. 2475-ter)¹⁶⁸:

- a. il profilo (esterno alla società) del contratto concluso dal rappresentante della società che si trovi (sia per conto proprio che per conto di terzi) in conflitto di interessi con la società stessa;
- b. il profilo (interno alla società) della partecipazione dell'amministratore in conflitto di interessi all'assunzione della decisione per la quale sussiste il suo conflitto¹⁶⁹.

Sotto il primo profilo, il comma 1 dell'art. 2475-ter riproduce il principio di diritto comune (art. 1394)¹⁷⁰, cosicché «i contratti conclusi dagli amministratori che hanno la rappresentanza della società in conflitto di interessi, per conto proprio o di terzi, con la medesima possono essere annullati¹⁷¹ su domanda della società, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal ter-

¹⁶⁷ Cfr. Trib. Napoli, 1° luglio 1996, in *Società*, 1997, 291, secondo cui in tema di conflitto di interessi per amministratori e società di capitali (o cooperative), le norme di cui agli artt. 1394 e 2391 c.c. si pongono in una relazione di reciproca esclusione, ciascuna avendo un proprio ambito di applicazione: l'art. 2391 c.c. copre ogni ipotesi in cui sussista un consiglio di amministrazione della società, mirando all'annullamento della delibera e del contratto concluso in esecuzione di essa, laddove l'art. 1394 c.c. può trovare applicazione nei rapporti fra società di capitali e amministratori nei casi in cui non vi sia scissione tra potere rappresentativo della volontà della società e potere deliberativo (vale a dire nei casi di amministratore unico o di amministratore delegato, allorché il negozio da quest'ultimo posto in essere rientri nell'ambito dei limiti di competenza previsti dalla delega).

¹⁶⁸ Cfr. AVAGLIANO M., *Il conflitto di interessi degli amministratori*, in *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni*, in *Studi e materiali* a cura dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 2003, supplemento al fascicolo 1/2003, 349.

¹⁶⁹ Cfr. Trib. Trento, 6 luglio 1999, in *Giur. comm.*, 2001, II, 84, secondo cui l'amministratore che sia anche azionista della società deve astenersi dal voto nella deliberazione assembleare che preveda l'autorizzazione a suo favore a esercitare attività concorrenti.

¹⁷⁰ Secondo Cass., 24 febbraio 1998, n. 1998, in *Corr. giur.*, 1998, 665, il comportamento di un amministratore unico di una società che persegua interessi confliggenti con quelli della società amministrata, integra gli estremi del conflitto di interessi e rende quindi applicabile alla materia societaria l'art. 1394. Cfr. pure ANGELICI C., *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 104; ASCARELLI T., *Fideiussione; conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio. Oggetto e capacità sociale*, in *Riv. soc.*, 1959, 736; FERRI G., *Fideiussioni prestate da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 1959, II, 27.

¹⁷¹ E quindi sono "convalidabili" ex art. 1444 (e non "ratificabili" ex art. 1399): cfr. Trib. Palermo, 26 maggio 2000, in *Società*, 2000, 1235.

zo» (si tratta quindi di ogni caso in cui il rappresentante non agisca in base a un previo conforme deliberato assembleare – il quale escluderebbe il conflitto d'interessi: e così si tratta del caso dell'amministratore unico, dell'amministratore delegato, dell'amministratore disgiuntivo dotato di correlativi poteri di rappresentanza, e via dicendo); ovviamente, anche se non richiamato, è pure applicabile l'altro principio di diritto comune (art. 1395) secondo cui è annullabile a maggior ragione il contratto concluso dal rappresentante con se stesso, a meno che egli sia abilitato comunque a concluderlo o dal soggetto rappresentato o dall'oggettiva predeterminazione del contenuto contrattuale.

Sotto il secondo profilo, il comma 2 del medesimo art. 2475-ter afferma che «possono»¹⁷² essere impugnate» (da ogni amministratore¹⁷³, dal collegio sindacale o dal revisore)¹⁷⁴ «entro novanta giorni¹⁷⁵ le decisioni adot-

¹⁷² Si tratterebbe pertanto di una valutazione discrezionale: cfr. FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile* a cura di GALGANO F., Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 835.

¹⁷³ Sicuramente quelli dissenzienti e quelli assenti. Resta il dubbio per quelli assenzienti, sul quale COLOMBO G.E., *Relazione* al Consiglio notarile di Milano sul tema *Amministrazione e controllo*, cap. V, par. 1, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/colombo.htm>., propone di applicare per analogia la disciplina della società per azioni.

¹⁷⁴ Occorre notare che per il “vecchio” art. 2391, richiamato nella società a responsabilità limitata dal “vecchio” art. 2487, comma 2, la legittimazione spettava, oltre che ai sindaci, ai soli amministratori «assenti o dissenzienti».

¹⁷⁵ La legge non stabilisce il *dies a quo* e pertanto potrebbe ritenersi che detto termine decorra dal giorno della conoscenza del “danno attuale” e pertanto, dal momento della produzione del danno stesso (anche perché se così non fosse, allora la norma in commento finirebbe per perdere senso, in quanto, essendo il danno il presupposto dell'impugnazione, bisognerebbe appunto attendere il verificarsi del danno per procedere con l'impugnazione, cosicché, ove il danno si verificasse il novantesimo giorno l'azione non sarebbe esperibile): in tal senso cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 259.

Contrario ABRIANI N., *Conflitto di interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 418, il quale non intravede nella norma la possibilità di far decorrere il termine dal giorno della produzione del danno e quindi ammette che detto termine decorra (se non dal giorno della decisione almeno) dal giorno della trascrizione della decisione nel libro delle decisioni degli amministratori.

Stante la scarsità della tutela offerta dalla norma in commento il socio dovrebbe quindi determinarsi a percorrere altri rimedi: a parte il procedimento cautelare atipico di cui all'art. 700 c.p.c., il socio potrebbe (una volta eventualmente esperita un'opportuna attività di “ispezione”) agire in responsabilità contro l'amministratore in conflitto (ma anche qui occorre la prova del danno, trattandosi di un'azione risarcitoria) nel cui ambito richiedere anche la revoca giudiziale dell'amministratore (art. 2476); potrebbe altresì, ove esista, fare denuncia del conflitto d'interessi al collegio sindacale (artt. 2477 e 2408); potrebbe infine, ancor prima, e forse ancor meglio sfruttare la facoltà di avocare la decisione in questione ai soci (che l'art. 2479, commi 1 e 4, consente ai soci che detengano almeno un terzo del capitale sociale), la cui eventuale invalidità potrebbe essere censurata – qui invero più agevolmente rispetto a quanto “offre” l'art. 2391 – ai sensi degli artt. 2377 e seguenti.

tate dal consiglio di amministrazione¹⁷⁶ con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi con la società, qualora le *cagioni-no*¹⁷⁷ un danno patrimoniale»¹⁷⁸ e che «in ogni caso sono salvi i diritti

Alla luce di tutte queste inefficienze si rende opportuna un'apposita disciplina statutaria, che, per esempio, devolva all'organo amministrativo in versione "collegiale" le decisioni che uno dei membri di tale organo sarebbe abilitato ad adottare *stand alone* (perché, per esempio, egli sia un amministratore "delegato" o un amministratore "disgiuntivo") e sulle quali egli tuttavia si trovi in conflitto d'interessi; oppure che le devolva direttamente alla collettività dei soci ai sensi dell'art. 2479, comma 1 (e quindi sia che l'organo amministrativo sia pluripersonale sia che esso sia monocratico).

Nel diritto previgente si riteneva che i cinque anni decorressero dalla data del contratto (Cass., 22 giugno 1990, n. 6278, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 182) o, secondo diversa opinione, dal giorno in cui la società abbia conoscenza degli effetti a sé sfavorevoli (cfr. SANTARSIERE V., *Sulla devianza della gestione delle società capitalistiche*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2274).

¹⁷⁶ Il riferimento al "consiglio di amministrazione" è un evidente *lapsus*, poiché la norma in commento deve intendersi riferita anche al caso dell'assunzione non collegiale di una data decisione da parte degli amministratori.

¹⁷⁷ La differenza tra questa espressione e quella dell'art. 2391, ove si parla di deliberazioni impugnabili «qualora possano recare danno alla società» viene intesa da PARRELLA F., *Sub Articolo 2475-ter*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 118, nel senso che occorre dimostrare non più il mero pericolo di danno ma la produzione di un danno attuale. Nello stesso senso SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 218; ABRIANI N., *Conflitto di interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 416, il quale sottolinea che nelle decisioni dei soci (art. 2479-ter, comma 2) per aversi invalidità da conflitto d'interessi occorre che detto conflitto sia causa di un "danno potenziale" mentre nelle decisioni degli amministratori (art. 2475-ter) il conflitto di interessi genera invalidità della decisione ove esso determini un "danno effettivo". «Esiterei a sostenere che l'annullamento delle deliberazioni consiliari viziate da conflitto di interessi sia consentito, nelle s.r.l., nel solo caso in cui tali deliberazioni abbiano già in concreto manifestato effetti negativi sul patrimonio della società. Se così fosse, verrebbe meno una delle principali funzioni dell'impugnazione dell'atto viziato, che risiede appunto nell'esigenza di eliminarlo per evitare danni futuri (per quelli eventualmente già verificatisi è l'azione risarcitoria, non quella reale, a soccorrere). Mal si comprenderebbe, inoltre, il diverso regime rispetto all'impugnazione delle deliberazioni assembleari (o decisioni dei soci) parimenti viziate da conflitto d'interesse di un socio che abbia espresso voto determinante: deliberazioni che, nell'ambito stesso della s.r.l., l'art. 2479-ter, secondo comma, dichiara impugnabili (non se abbiano già cagionato un danno patrimoniale, bensì) "qualora possano recare danno alla società"»: RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 670.

¹⁷⁸ Per App. Napoli, 23 novembre 1987, in *Società*, 1988, 486, l'amministratore di una società può porre in essere atti che abbiano come finalità il perseguimento di propri fini esclusivi ancorché concorrenziali con quelli societari, ma sempre nei limiti invalicabili del divieto di agire in danno della società rappresentata; per Cass., 22 dicembre 1993, n. 12700, in *Società*, 1994, 782; in *Dir. fall.*, 1994, II, 721, ai fini della responsabilità dell'amministratore di una società *ex art. 2391*, 2° comma, c.c., per non essersi astenuto dal voto sulla deliberazione con cui gli vengono affidati lavori in appalto, non basta che le opere siano state realizzate dall'appaltatore – per personali attitudini o per il concorso di particolari circostanze a lui favorevoli – con costi minori di quelli contabilizzati, ma deve fornirsi la prova del danno "ingiusto" cagionato alla società, e cioè dell'eccessività del corrispettivo pattuito

acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della decisione».

Invero, la nuova legge non riproduce espressamente l'obbligo di astensione che era sancito nel "vecchio" art. 2391, comma 1 (richiamato nella società a responsabilità limitata dal "vecchio" art. 2487, comma 2), ma è evidente che detta astensione deve essere praticata ancor oggi, visto che se il voto di chi è in conflitto di interessi sia determinante, la decisione così adottata è impugnabile¹⁷⁹.

Sulla medesima linea di ragionamento, ci si pone poi il problema¹⁸⁰ se siano applicabili alle società a responsabilità limitata anche tutte le altre norme che, in tema di deliberazione da assumersi con un membro dell'organo deliberante in conflitto d'interessi, sono dettate dall'art. 2391 in materia di società per azioni, ma non esplicitamente richiamate per la società a responsabilità limitata, e in particolare¹⁸¹:

1. la norma sull'obbligo (cosiddetta di *disclosure*) di chi si trovi in conflitto di

rispetto a quello di norma effettivamente praticato per opere del medesimo tipo o, comunque, della concreta possibilità di realizzare tali opere mediante altre imprese a condizioni più vantaggiose per la committente. Secondo Cass., 4 aprile 1998, n. 3483, in *Giur. it.*, 1999, 324; in *Società*, 1999, 62; in *Dir. fall.*, 1999, II, 253; in *Giust. civ.*, 1999, 1809, ai fini della sussistenza della responsabilità degli amministratori per la loro partecipazione a una delibera riguardante un'operazione in conflitto di interessi con la società, è sufficiente che tale operazione presenti una utilità per la controparte nella quale i suddetti amministratori abbiano un interesse, risultando ininfluenza, a tal fine, la valutazione delle scelte gestionali e delle ragioni che hanno indotto gli amministratori a compierle, posto che, in presenza di un conflitto di interessi, la fonte della responsabilità è costituita dal compimento dell'azione in sé e per sé considerata, dalla sua illegittimità conseguente all'essere stata compiuta in violazione di precisi canoni generali e specifici di comportamento, e dalla dannosità della scelta gestionale, senza che, peraltro, possa rilevare il merito di tale scelta.

¹⁷⁹ Per PARRELLA F., *Sub Articolo 2475-ter*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 115, invece, la materia dell'astensione sarebbe rimessa dal legislatore all'autonomia statutaria.

¹⁸⁰ Cfr. SALANITRO N., *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2003, 47.

¹⁸¹ Per PARRELLA F., *Sub Articolo 2475-ter*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 117, solo nel quarto caso dell'elenco nel testo si applicherebbe la normativa della società per azioni, mentre le altre tre norme non troverebbero applicazione nella materia della società a responsabilità limitata, perché ritenute tipiche della disciplina della società azionaria e non estensibili al di là di essa. In particolare l'Autore trae conferma del fatto che l'amministratore in conflitto d'interessi non abbia un obbligo di informazione, dal rilievo che l'azione di impugnazione spetta ora a qualsiasi amministratore, e non più solo a quelli "assenti o dissenzienti" ("vecchio" art. 2391), e ciò in quanto gli amministratori (pag. 118) «potrebbero aver votato a favore della decisione viziata senza essere stati [i] a conoscenza della posizione conflittuale in cui versavano uno o più altri amministratori». Sull'i-

interessi di darne notizia agli altri membri dell'organo amministrativo, «precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata» (comma 1)¹⁸² (va ricordato che nell'ordinamento previgente, per il “vecchio” art. 2391, comma 1, richiamato nella società a responsabilità limitata dal “vecchio” art. 2487, comma 2, era sancito che l'amministratore, il quale, in una determinata operazione avesse avuto, per conto proprio o di terzi, interesse in conflitto con quello della società, avrebbe dovuto «darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale»)¹⁸³;

2. la norma sulla necessità di motivazione della deliberazione da assumersi, e per la quale sia stato dichiarato il conflitto di interessi, circa «le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione» (comma 2);
3. la norma sulla responsabilità dell'amministratore, in caso di sua azione o omissione, per i danni derivati alla società a causa del conflitto di interessi (comma 4);
4. la norma sulla responsabilità dell'amministratore per i «danni che siano derivati alla società dall'utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico» (ultimo comma).

Ora, quanto all'obbligo di *disclosure*, non appare possibile ritenere la correttezza del comportamento di un amministratore che taccia sulla sua situazione di conflitto d'interessi, poiché la società, con tale silenzio, non è messa di certo nelle condizioni migliori per adottare la decisione, stante il conflitto del suo amministratore, più adeguata possibile¹⁸⁴.

napplicabilità analogica alla società a responsabilità limitata, in questa materia, delle norme sulla società per azioni cfr. DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 481-482.

¹⁸² Secondo la prevalente dottrina formatasi nel previgente ordinamento, ove l'amministratore si trovi in una situazione di conflitto di interessi con la società rispetto a una determinata operazione, egli deve in ogni caso darne comunicazione agli altri amministratori e ai sindaci, in quanto vi sarebbe l'inderogabile esigenza che, al momento di decidere se compiere o meno l'operazione, gli organi sociali siano, comunque, al corrente del conflitto, e possano, pertanto, compiutamente valutare la posizione di conflitto tra amministratore e società: cfr. FRÈ G., SBISÀ G., *Delle società per azioni*, in SCIALOJA A., BRANCA G., GALGANO F. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2325-2461, Bologna-Roma, 1998, 827; MARANO P., *Sull'astensione degli amministratori di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 627.

¹⁸³ Di nuovo, secondo PARRELLA F., *Sub Articolo 2475-ter*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 115, anche la materia dell'obbligo di *disclosure* sarebbe stata dal legislatore consegnata all'autonomia statutaria.

¹⁸⁴ Per SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 217, invece «non sussistono gli obbli-

Quanto poi alla necessità di motivare la decisione con specifico riguardo al conflitto d'interessi dell'amministratore, questa invero appare, nella società a responsabilità limitata, più un'opportunità che un vero e proprio dovere; invece si tratta di una prescrizione che ha una grande valenza nella società azionaria, vocata al mercato e che deve perciò massimizzare l'informazione circa l'oculatazza del suo operato.

Delle due norme di responsabilità infine non è possibile non ritenere l'applicazione anche alla società a responsabilità limitata perché altro non sono che la specificazione, in *subiecta materia*, della più generale responsabilità dell'amministratore per i danni che egli procuri alla società con il suo operato; e senza dimenticare che sussiste pure una responsabilità penale (di cui all'art. 2634), seppur a querela, per gli amministratori che «avendo un *interesse in conflitto* con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale».

Quanto ai profili prescrizionali, se è vero che l'azione di annullamento del contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi è soggetta alla prescrizione quinquennale e che l'azione di annullamento della decisione adottata dall'organo amministrativo con il concorso determinante di un suo componente in conflitto d'interessi si prescrive in "soli" tre mesi, ciò non può essere inteso come una contraddizione¹⁸⁵: infatti, se si scelga un'amministrazione "agile" (l'amministratore unico, l'amministratore "disgiuntivo", l'amministratore delegato ecc.) si paga il prezzo di avere meno possibilità di controllo, mentre scegliendo un'amministrazione "più complessa" quelle possibilità aumentano notevolmente¹⁸⁶.

5.8 I controlli

5.8.1 I poteri individuali di controllo del socio

Con una norma fortemente innovativa (e così risolvendo i vari problemi

ghi di *disclosure* (si presume che vi sia una maggiore conoscenza in una società personalizzata)». Per COLOMBO G.E., *Relazione* al Consiglio notarile di Milano sul tema *Amministrazione e controllo*, cap. V, par. 1, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/colombo.htm>, occorre invece applicare per analogia la disciplina della società per azioni.

¹⁸⁵ Cfr. CURSIO L., *Delibere "invalidi" del consiglio di amministrazione e poteri d'impugnazione degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1983, II, 593.

¹⁸⁶ Cfr. SALANITRO N., *L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni*, Milano, 1965, 192.

che si erano posti in materia nel diritto previgente)¹⁸⁷, il comma 2 dell'art. 2476 dispone che «i soci che non partecipano all'amministrazione¹⁸⁸ hanno diritto di avere dagli amministratori notizie¹⁸⁹ sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia¹⁹⁰, i libri sociali¹⁹¹ e i documenti relativi all'amministrazione¹⁹²» (non-

¹⁸⁷ Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 338; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 294; LATTES G., *Del controllo individuale del socio nelle società a r.l. mancanti di collegio sindacale*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 148; GIANNATTASIO G., *In tema di cessione della quota e di diritto di ispezione del socio nella società a responsabilità limitata*, in *Giust. civ.*, 1974, I, 751; MACRÌ G.B., *Il controllo del socio nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 1983, 314; MONTAGNANI C., *Diritti d'informazione, controllo individuale e controllo giudiziario nelle società prive di collegio sindacale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 237; CUPIDO M., *Diritto di controllo del socio di società a responsabilità limitata in caso di mancanza del collegio sindacale*, in *Società*, 1995, 1474; FERRARI M.P., *Modalità di esercizio del diritto di revisione dei soci ex art. 2489 c.c.*, in *Società*, 2000, 978.

¹⁸⁸ Cfr. MAINETTI F., *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 937.

¹⁸⁹ E quindi non più solo "annualmente", come accadeva nel diritto previgente per la facoltà concessa alla minoranza qualificata di eseguire o di far eseguire la revisione della gestione, ma «[...] anche a cadenze infrannuali [...] e comunque nei limiti delle esigenze di riservatezza sociale e aziendale»: SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 220. Sul "controllo" effettuato da un socio resosi particolarmente "oppressivo" per la società cfr. Pret. Venezia, 27 febbraio 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 3272.

¹⁹⁰ Pertanto, con la facoltà di compiere anche la cosiddetta "revisione della gestione" (che il "vecchio" art. 2489 concedeva a una minoranza qualificata), comprendente la verifica della corrispondenza della contabilità agli atti di gestione, delle valutazioni di bilancio, della consistenza della cassa sociale, dell'esistenza dei valori di proprietà della società ecc.: cfr. FORTUNATO S., *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 306.

¹⁹¹ E cioè, in difetto di prescrizioni limitative, tutti quelli di cui all'art. 2478; cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto - Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 285. Si tratta per esempio del libro soci e del libro delle decisioni dei soci, degli amministratori e dei sindaci. Cfr. nel diritto previgente Trib. Roma, 7 dicembre 2000, in *Società*, 2001, 604, secondo cui «nelle società a responsabilità limitata prive di collegio sindacale, i libri sociali che ogni socio ha diritto di consultare sono esclusivamente il libro dei soci, quello delle adunanze e delle deliberazioni dell'assemblea e quello delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione; ai soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale è inoltre consentito, ma solo una volta l'anno, l'accesso alla documentazione contabile, a condizione che sia finalizzato a far eseguire la revisione della gestione».

¹⁹² E quindi il libro giornale, il libro inventari, i libri Iva, gli altri registri fiscali, i libri del personale dipendente, gli altri libri la cui tenuta è richiesta da normative settoriali; e poi tutte le scritture contabili e la documentazione che serve per compilarle (per esempio: le fatture emesse e quelle ricevute), la documentazione bancaria, i contratti, la corrispondenza in genere ricevuta e spedita: cfr. DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv.*

ché – si ritiene – la relativa documentazione “accessoria”¹⁹³ e di farne copie, a proprie spese¹⁹⁴.

Nel sistema previgente, l'art. 2489 consentiva bensì ai soci un potere di ispezione ma lo limitava:

- a. ai casi di inesistenza del collegio sindacale (oggi invece il potere di ispezione compete anche se vi siano il collegio sindacale e/o il revisore)¹⁹⁵;
- b. ai libri sociali (non estendendosi quindi anche ai «documenti relativi all'amministrazione»)¹⁹⁶.

La “invasione di campo” che è concessa ai soci¹⁹⁷ rispetto ai documenti relativi all'amministrazione, derivata dallo spiccato carattere personalistico che la società a responsabilità limitata ha assunto e che è perfettamente

soc., 2003, 485. Invece secondo ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 262, il controllo del socio non può estendersi «alla consultazione di libri e scritture contabili».

¹⁹³ Cfr. Trib. Milano, 7 novembre 1994, in *Gius.*, 1995, 167, per il quale «il diritto del socio di ispezionare i libri sociali si estende agli atti e documenti aventi funzione accessoria» (nella specie, è stato accertato il diritto del socio a ispezionare l'elenco degli intervenuti in assemblea e le relative deleghe); Cass., 20 giugno 2000, n. 8370, in *Foro it.*, 2000, I, 3506; in *Società*, 2000, 1191; in *Dir. e prat. soc.*, 2000, fasc. 24, 65, secondo cui «il diritto di ispezione dei libri sociali, previsto dall'art. 2422 c.c., si estende anche alle deleghe rilasciate per l'esercizio del diritto di voto, in funzione della tutela degli interessi del rappresentato. E infatti, ove la partecipazione dei soci sia stata indiretta, la verifica della validità delle deliberazioni assembleari, che si attua attraverso l'esame dell'elenco nominativo dei partecipanti, elemento essenziale della verbalizzazione prescritta dall'art. 2375 c.c., in quanto fonte primaria di prova della composizione dell'assemblea, non può prescindere dall'esame delle deleghe di cui si tratta, avuto riguardo al carattere incompleto dell'elenco degli intervenuti, privo di indicazioni circa i contenuti e le modalità di rilascio della procura».

¹⁹⁴ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 220. Cfr. anche Cass., 12 ottobre 1994, n. 8332, in *Società*, 1995, 37; Trib. Milano, 22 aprile 1993, e Trib. Milano, 30 marzo 1993, entrambe in *Giur. comm.*, 1993, II, 743.

¹⁹⁵ In tal senso, PRESTI G., *Relazione introduttiva*, in *Atti del convegno sul tema Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Varese, 20-21 settembre 2002, 12 (del dattiloscritto); SCHIRO, *Il controllo dei soci e l'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 27-28-29 novembre 2002, 2 (del dattiloscritto).

¹⁹⁶ Cfr. però Trib. Milano, 9 aprile 2002, in *Giur. it.*, 2002, 1657, secondo cui «il diritto potestativo di eseguire la revisione della gestione spettante al socio che rappresenti almeno un terzo del capitale sociale non è circoscritto a un mero riscontro dei dati contabili risultanti dall'ultimo bilancio, ma riguarda tipicamente la gestione in corso; detto diritto può esercitarsi solo una volta all'anno e si estingue definitivamente a seguito della trasformazione della società a responsabilità limitata priva di collegio sindacale in società per azioni».

¹⁹⁷ Sul ricorso alla tutela cautelare d'urgenza da parte del socio per garantirsi il diritto di ispezione, cfr. Pret. Verona, 8 ottobre 1992, in *Società*, 1993, 224.

in linea con l'attribuzione al singolo socio dell'azione di responsabilità, è un dato che potrebbe anche preoccupare (e che da sé potrebbe bastare per scegliere la forma della società per azioni anziché quella della società a responsabilità limitata): da questo potere attribuito al singolo socio deriva infatti che sia il socio che intenda informarsi sia quello che intenda solo disturbare hanno un vastissimo campo d'azione cui la società è completamente succube, senza poter invocare diritti di segreto o comunque di riservatezza, costi e fastidi. Il potere di intromissione del socio può essere così quotidiano e imponente da risultare infatti defaticante anche per la struttura societaria più efficiente, trasparente e organizzata.

Piuttosto ci si può legittimamente porre il problema della derogabilità statutaria di questo diritto all'informazione, anche perché più non compare esplicitato nella nuova disciplina il principio, già sancito nel "vecchio" comma 2 dell'art. 2489, per il quale «è nullo ogni patto contrario». Peraltro, se è vero che questa previsione non è stata ripetuta dalla riforma, il diritto all'informazione appare di tale valore (sia in sé e per sé che in connessione con gli altri diritti attribuiti individualmente al socio quali l'azione di responsabilità e la richiesta di revoca degli amministratori) da non poter tollerare deroghe diminutive¹⁹⁸.

I «soci che non partecipano all'amministrazione» e che sono attributari dei descritti poteri sono tutti coloro che non concorrono, né di diritto né di fatto¹⁹⁹, all'amministrazione della società: ed è da ritenere che questa partecipazione non si abbia né se i soci siano talora coinvolti (*ex art.* 2479, comma 1) nell'adozione di date decisioni né se a taluno dei soci siano riservati "partico-

¹⁹⁸ Cfr. BRANCADORO G., *La riforma del diritto societario: criteri direttivi dei decreti attuativi e modifiche al Codice civile in materia di s.r.l.*, in *Atti del convegno Paradigma sul tema La riforma del diritto societario: nuovi modelli di s.r.l. e di s.p.a.*, Milano, 27-28-29 novembre 2002, 6 (del dattiloscritto); SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 219-220; PARRELLA F., *Sub Articolo 2476*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 124; PRESTI G., *Relazione introduttiva*, in *Atti del convegno sul tema Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Varese, 20-21 settembre 2002, 12 (del dattiloscritto); BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1070; DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 486. Cfr. pure, nel diritto previgente, Cass., 9 novembre 1993, n. 11057, in *Foro it.*, 1994, I, 1456; in *Società*, 1994, 475; in *Vita not.*, 1994, 820, secondo cui «non può essere approvata a maggioranza, bensì all'unanimità, la modifica statutaria che elevi il *quorum* necessario alla minoranza societaria per l'effettuazione della revisione della gestione e del bilancio sociale, in quanto rende più gravosa la condizione della minoranza e incide sull'interesse di ogni singolo socio a poter facilmente cumulare, a tali fini di controllo, la propria quota con quella di altri soci».

¹⁹⁹ Sull'amministratore di fatto cfr., per esempio, Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Giur. comm.*, 2000, II, 167.

lari diritti” (ai sensi dell’art. 2468, comma 3) inerenti l’amministrazione della società; infatti, il diritto di ispezione del socio è il “contrappeso” per i soci che non amministrano e non si vedrebbe perché chi sia coinvolto solo per limitati aspetti nell’amministrazione della società (e quindi non partecipi al suo complessivo svolgersi e quindi non possa “controllarla” appieno) debba avere un trattamento deteriore rispetto ai soci che non amministrano²⁰⁰.

5.8.2 Il controllo contabile e il controllo di legittimità e di corretta amministrazione

Nella disciplina della società a responsabilità limitata il legislatore (con il “solito” intento di voler apprestare una disciplina specifica delle società a responsabilità limitata non più “fotocopiata” da quella della società per azioni ma finalizzata a essere adeguata alla natura di un tipo societario chiuso al mercato dei capitali, caratterizzato da un forte rilievo della personalità dei soci e da un grado massimo di autonomia statutaria e organizzativa) pare non voler seguire la strada percorsa, nel regolamentare la società per azioni, circa la scissione della sfera delle funzioni di controllo nei due sottoinsiemi:

- del controllo “contabile” (nella società per azioni tendenzialmente affidato a un revisore contabile o a una società di revisione); e
- del controllo “di legalità e di corretta amministrazione” (nella società per azioni “latina” affidato al collegio sindacale, in quella “dualistica” al consiglio di sorveglianza e in quella “monistica” al comitato per il controllo della gestione);

in riforma del previgente ordinamento nel quale queste due dimensioni del controllo erano accorpate e affidate entrambe al collegio sindacale (nel “vecchio” art. 2488 si dettava l’obbligo della nomina del collegio sindacale al superamento di una data soglia di capitale sociale e di dati limiti dimensionali e si lasciava all’autonomia dei soci di istituire facoltativamente il collegio sindacale al di sotto di dette soglie)²⁰¹.

²⁰⁰ In tal senso SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 220; PARRELLA F., *Sub Articolo 2476*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 125.

²⁰¹ Cfr. CAVANNA M., *L’obbligatorietà del collegio sindacale nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 8; QUATRARO B., *Il collegio sindacale della società a responsabilità limitata: l’art. 2488 c.c. novellato, è operativo?*, in *Arch. civ.*, 1992, 1009.

Infatti, le uniche norme che si occupano del controllo nel nuovo Codice civile nel campo della società a responsabilità limitata (discendenti dal monito della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, il cui art. 3, comma 2, lett. *h*), impone al legislatore delegato di «stabilire i limiti oltre i quali è obbligatorio un controllo legale dei conti») sono:

- l'art. 2463, comma 2, n. 8, ove si parla della nomina, nell'atto costitutivo dei «soggetti incaricati *del controllo contabile*»; e
- l'art. 2477 il quale (oltre a sancire nel suo comma 2 che «la nomina *del collegio sindacale*²⁰² è obbligatoria se il capitale non è inferiore a [...]» e nel suo comma 3 che «la nomina *del collegio sindacale* è altresì obbligatoria se [...]») è rubricato “*controllo legale dei conti*”²⁰³;

quasi a voler significare che l'aspetto del controllo di “legalità” e di “corretta amministrazione” sia materia estranea alla società a responsabilità limitata²⁰⁴, ove invero questo controllo è di fatto affidato ai soci (che in effetti sono personalmente assai presenti nella vita societaria, a differenza di quanto accade nel campo della società per azioni), i quali dispongono:

1. di individuali poteri di ispezione, ai sensi dell'art. 2476, comma 2; nonché:
2. dell'individuale legittimazione a convenire in responsabilità gli amministratori, ai sensi dell'art. 2476, comma 3, e, nell'ambito di questa azione, a richiederne la revoca giudiziale.

Per il vero, tuttavia, nel comma 5 del medesimo art. 2477 si esplicita che, ove il collegio sindacale sia di obbligatoria presenza nella società a responsabilità limitata (come vedremo più avanti), a esso «si applicano le disposizioni in tema di società per azioni», e visto che le norme che sono dedicate al collegio sindacale dalla disciplina della società per azioni attengono non

²⁰² E quindi *non* del revisore contabile: cfr. RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 671, il quale peraltro, “non si sentirebbe” «di escludere che, anche in queste società a responsabilità limitata di maggiori dimensioni, fermo restando l'obbligo di nomina del collegio sindacale, l'atto costitutivo possa prevedere la separazione del controllo di amministrazione dal controllo contabile e l'affidamento di quest'ultimo a un revisore (o a una società di revisione)».

²⁰³ Che non è una definizione “a caso”, come conferma l'art. 3, comma 1, lett. *h*), della legge 3 ottobre 2001, n. 366, che richiede alla legge delegata di stabilire i limiti oltre i quali si rende obbligatorio nella società a responsabilità limitata «*il controllo legale dei conti*».

²⁰⁴ Cfr. in tal senso SALAFIA V., *Il controllo legale dei conti nella società a r.l., secondo la riforma societaria*, in *Società*, 2003, 13, il quale peraltro (a p. 14) ammette che, mediante un'apposita normativa statutaria, al collegio sindacale (sia quello “obbligatorio, sia quello “facoltativo”) possano essere attribuite competenze ulteriori rispetto a quelle di controllo contabile.

al controllo “contabile” bensì a quello “di legalità”, allora evidentemente dovrebbe derivarsene²⁰⁵ che il legislatore abbia pensato a un collegio sindacale di società a responsabilità limitata che, oltre a controllare i conti (come afferma la rubrica dell’art. 2477) controlli pure la legalità e la correttezza dell’operato degli amministratori (art. 2403, comma 1, richiamato dal comma 5 dell’art. 2477)²⁰⁶.

Se poi invece si tratti di società a responsabilità limitata controllante obbligata al consolidamento del bilancio (art. 25, D.lgs. 127/1991), dato che l’art. 41 di detto D.lgs. dispone che il bilancio consolidato «deve essere assoggettato a un controllo che ne accerti la regolarità e la corrispondenza alle scritture contabili dell’impresa controllante [...]», dovrebbe ritenersi (in base al comma 3 dell’art. 2409, anch’esso richiamato dall’ultimo comma dell’art. 2477)²⁰⁷ che:

- a. anche la società a responsabilità limitata (che superi i limiti dimensionali di cui all’art. 2477) si debba dotare di un revisore contabile (o di una società di revisione) per il controllo dei conti e di un collegio sindacale

²⁰⁵ Cfr. MARCIANO R., *Sub Articolo 2477*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 139; RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 671.

²⁰⁶ Cfr. FORTUNATO S., *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 307, per il quale dunque «il rinvio alla disciplina della S.p.A., insomma, non sembra legittimare una “naturale” limitazione dei compiti del collegio sindacale al solo controllo legale dei conti», con la conseguenza che i sindaci debbono tutti essere revisori contabili.

Anche secondo ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 265, occorre «propendere per una tendenziale simmetria tra il collegio sindacale della s.r.l. e quello della S.p.A. “chiusa” (non tenuta alla redazione del bilancio consolidato) nella quale i compiti di controllo contabile e di controllo sulla gestione possono essere attribuiti al collegio sindacale che, però, deve essere costituito per intero da revisori contabili», come anche sarebbe dimostrato dai compiti non di mero controllo contabile derivanti ai sindaci dagli artt. 2479, ultimo comma (presenza all’assemblea totalitaria), 2479-ter (impugnazione di decisioni dei soci), 2482-bis (osservazioni in sede di riduzione del capitale sociale), 2485 (richiesta al Tribunale di nomina del liquidatore giudiziale) ecc. *Contra* SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 225, per il quale «se i sindaci avessero un controllo amministrativo pieno, e quindi concorrente con quello dei soci (che la normativa non esclude), si rischierebbe concretamente o un eccesso di controllo [...] o per converso una pericolosa deresponsabilizzazione».

²⁰⁷ Secondo SALAFIA V., *Il controllo legale dei conti nella società a r.l., secondo la riforma societaria*, in *Società*, 2003, 14, non sarebbe «agevole sostenere, in contrario, che il controllo del bilancio consolidato, in seno alla società a r.l. che lo ha redatto, è subordinato all’esistenza nella struttura della predetta società dell’organo di controllo interno». Nello stesso senso ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 263.

affidatario del “solo” compito del controllo della legalità e della correttezza dell’amministrazione²⁰⁸;

- b. la società a responsabilità limitata che non superi detti limiti dimensionali di cui all’art. 2477 debba dotarsi di un organo deputato al controllo contabile (che è il revisore o la società di revisione²⁰⁹, in quanto la normativa della società per azioni attribuisce inderogabilmente il controllo contabile al revisore o alla società di revisione, senza possibilità di assorbire il ruolo di controllo contabile nell’alveo dei compiti del collegio sindacale, proprio nel caso in cui si tratti di società per azioni soggetta alla disciplina del bilancio consolidato)²¹⁰.

Questa rigorosa interpretazione è probabilmente quella che ha il maggior pregio sistematico, in quanto apparirebbe altrimenti inaccettabile un sistema nel quale, a parità di requisiti dimensionali, l’entità dei controlli dipenda dall’adozione di una forma societaria piuttosto che di un’altra; a meno di non trovare giustificazione della differenza nella sopraccennata rilevanza dei poteri di controllo attribuiti al singolo socio di società a responsabilità limitata e che non hanno riscontro nella disciplina della società per azioni²¹¹.

5.8.3 Collegio sindacale e/o revisore contabile?

Come visto, l’art. 2477 sancisce:

- nel suo comma 2 che «la nomina *del collegio sindacale* è obbligatoria se il capitale non è inferiore a [...]»;

²⁰⁸ Cfr. MARCIANO R., *Sub Articolo 2477*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 141. Per SALAFIA V., *Il controllo legale dei conti nella società a r.l., secondo la riforma societaria*, in *Società*, 2003, 14, invece, «anche nelle società a r.l., tenute alla redazione del bilancio consolidato, deve essere istituito un organo di controllo contabile, il quale deve assumere inderogabilmente la veste del collegio sindacale, in osservanza del citato art. 2477, il quale prescrive la forma esclusiva del collegio sindacale per l’organo di controllo interno nelle società a r.l. obbligate a istituirlo».

²⁰⁹ Il comma 3 dell’art. 41 del D.lgs. 127/1991 dispone che «il controllo è demandato agli organi o soggetti cui è attribuito per legge quello sul bilancio d’esercizio dell’impresa controllante». Ora, il dilemma è che, se non si superano le note soglie dimensionali, il controllo dei conti della società a responsabilità limitata controllante non spetta a nessun organo, mentre spetterebbe al collegio sindacale se si superassero quelle soglie; peraltro, dovendosi applicare le norme della società per azioni, la soggezione della società alle norme del bilancio consolidato impedisce di demandare il controllo contabile al collegio sindacale trattandosi di un compito inderogabilmente proprio del revisore.

²¹⁰ Cfr. FORTUNATO S., *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 308.

²¹¹ Cfr. RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 672.

- nel suo comma 3 che «la nomina *del collegio sindacale* è altresì obbligatoria se [...]»;
- nel suo comma 5 che «nei casi previsti dal secondo e terzo comma si applicano le disposizioni [sul collegio sindacale] in tema di società per azioni».

Ora, nel richiamo che il comma 5 fa alle norme sulla società per azioni, non va compreso, di regola, anche il richiamo alla norma di cui all'art. 2409-*bis*, che dispone l'affidamento del controllo contabile della società per azioni al revisore o alla società di revisione (oppure al collegio sindacale nelle società che non consolidano i bilanci e che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio): infatti, l'art. 2309-*bis* (che fa parte del par. 4 rubricato "Del controllo contabile") è estraneo alle norme propriamente rivolte al collegio sindacale e che sono contenute nel precedente par. 3 (rubricato "appunto" "Del collegio sindacale")²¹².

Quanto precede, come detto, è la "regola"; come visto, vi è però l'eccezione della società a responsabilità limitata che sia obbligata al consolidamento del bilancio: infatti, il consolidamento del bilancio impedisce, nella società per azioni, di affidare il controllo contabile al collegio sindacale (art. 2409-*bis*, comma 3) e sarebbe assai disarmonico, a parità di livello dimensionale, ritenere che nella società a responsabilità limitata sia il controllo contabile sia il controllo di legalità e di corretta amministrazione siano affidati al solo collegio sindacale. In tal caso dunque (e solo in tal caso) si dovrebbe ritenere che anche nella società a responsabilità limitata vada obbligatoriamente nominato il revisore contabile o la società di revisione (accanto al collegio sindacale), distribuendo al revisore/società di revisione il controllo contabile e al collegio sindacale il controllo di legalità e di corretta amministrazione.

5.8.4 Il controllo facoltativo dei conti nella "piccola" società a responsabilità limitata

Come detto, l'art. 2477, comma 1, dispone che, ove non ricorrano i presupposti in base ai quali scatta l'obbligo del collegio sindacale «l'atto costitutivo può prevedere, determinandone le competenze e poteri, la nomina di un collegio sindacale o di un revisore»²¹³.

²¹² In tal senso SALAFIA V., *Il controllo legale dei conti nella società a r.l., secondo la riforma societaria*, in *Società*, 2003, 13, secondo cui nelle società a responsabilità limitata «obbligate alla costituzione dell'organo di controllo, questo deve assumere esclusivamente la forma del collegio sindacale».

²¹³ Non si fa qui alcuna menzione alle società di revisione.

Qui siamo in un campo ove l'autonomia statutaria può spaziare ampiamente, e solamente con i seguenti limiti:

- che questo intervento statutario parrebbe riguardare, stando alla lettera della norma, esclusivamente «competenze e poteri» dell'organo di controllo (e quindi non, per esempio, la sua composizione²¹⁴, la sua nomina, il suo funzionamento, la sua retribuzione, la sua cessazione, la sua responsabilità)²¹⁵; ma è comunque assai forte l'argomento che si basa sul rilievo che, se la legge ha addirittura consentito di non far luogo ad alcun controllo, non si vedrebbe perché, una volta introdotto facoltativamente quel controllo, il margine di autonomia concesso allo statuto della società a responsabilità limitata dovrebbe subire limitazioni²¹⁶;
- che la figura del revisore (anche qui senza potersi incidere – pare – sulle sue caratteristiche soggettive²¹⁷, sulla sua nomina, sulla sua cessazione e sulle sue responsabilità) può essere alternativa al collegio sindacale (in quanto «l'atto costitutivo può prevedere [...] la nomina di un collegio sindacale "o" di un revisore»), ma non concorrente con esso (non sembra cioè potersi riprodurre il modello della società per azioni con il collegio sindacale deputato al controllo di legalità e con il revisore vocato al controllo contabile)²¹⁸.

²¹⁴ Cfr., per l'inderogabilità della normativa della società per azioni in materia di requisiti soggettivi dei sindaci, SALAFIA V., *Il controllo legale dei conti nella società a r.l., secondo la riforma societaria*, in *Società*, 2003, 14; ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 264. *Contra* RORDORF R., *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 672, per il quale «quanto alle modalità di nomina, ai requisiti soggettivi e ai compiti dei sindaci (o degli eventuali revisori contabili), se la società a responsabilità limitata non ha dimensioni superiori a quelle enunciate nei citati commi secondo e terzo dell'art. 2477, sarà ancora una volta e più che mai l'autonomia statutaria a farla da padrone».

²¹⁵ In tal senso cfr. MARCIANO R., *Sub Articolo 2477*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 142.

²¹⁶ Cfr. FORTUNATO S., *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 307, per il quale «quando la s.r.l. si mantenga al di sotto dei limiti dimensionali che impongono la presenza del collegio sindacale, l'organo di controllo potrà anche configurarsi al di fuori degli schemi legali propri del collegio sindacale o del revisore esterno [...], con requisiti di struttura, professionalità, onorabilità e indipendenza definiti dalla stessa autonomia statutaria». Alla disciplina legale ci si dovrebbe invece rifare ove lo statuto disponga il controllo facoltativo "senz'altro", e cioè senza indicare nulla in termini di composizione dell'organo, compiti e poteri.

²¹⁷ Cfr. in tal senso SALAFIA V., *Il controllo legale dei conti nella società a r.l., secondo la riforma societaria*, in *Società*, 2003, 13, per il quale può trattarsi sia di una persona fisica sia di una società di revisione «a condizione che siano entrambe iscritte nello speciale registro dei revisori contabili».

²¹⁸ Cfr. MARCIANO R., *Sub Articolo 2477*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma*

Pertanto, per mezzo dello statuto si possono ampliare o diminuire i compiti che la legge “normalmente” attribuisce al collegio sindacale così come se ne può prevedere un ruolo di controllo di legalità accanto al ruolo di controllo contabile.

5.8.5 Il collegio sindacale

5.8.5.1 *I limiti dimensionali del controllo obbligatorio*

La disciplina del controllo nella società a responsabilità limitata si incentra sulla ripartizione della materia in controllo “obbligatorio” e controllo “facoltativo”.

In altri termini (art. 2477):

- a. la nomina del collegio sindacale è obbligatoria (e a esso vanno applicate le regole sul collegio sindacale della società per azioni) se il capitale sociale non è inferiore a quello minimo stabilito per le società per azioni, che è pari, a seguito della riforma (art. 2327), a 120mila euro²¹⁹; l'espressione «se il capitale sociale non è inferiore» deve essere intesa come riferita al capitale “deliberato” (e non solo al capitale “sottoscritto” o a quello “versato”), di modo che la nomina dei sindaci è indispensabile già in sede di atto costitutivo, ove la società nasca con un capitale sociale sottoscritto pari o superiore a 120mila euro, oppure in sede di deliberazione assembleare di aumento del capitale sociale in misura pari o superiore alla soglia predetta (anche se detto aumento non venga sottoscritto); se infine il raggiungimento o lo scavalco dello scalino di 120mila euro avvenga a opera di una decisione di aumento del capitale adottata dall'organo amministrativo (artt. 2481, comma 1, e 2475, ultimo comma), inevitabilmente va “organizzata”²²⁰ contestualmente una decisione dei soci²²¹ per la nomina dei sindaci (art. 2479, comma 2, n. 3);
- b. la nomina del collegio sindacale è altresì obbligatoria (e a esso vanno appli-

delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, vol. 3, Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione, Torino, 2003, 142.

²¹⁹ Evidentemente, le società a responsabilità limitata preesistenti alla riforma, le quali avessero avuto il collegio sindacale a causa del superamento della soglia di capitale sociale che appunto necessitava la presenza del collegio sindacale ma che non abbiano comunque un capitale pari o superiore a 120mila euro, possono quindi abolire il collegio sindacale.

²²⁰ Si può trattare sia di una decisione assembleare sia, se lo statuto lo consente, di una decisione assunta mediante “consenso scritto” o “consultazione espressa per iscritto” (art. 2479, comma 3).

²²¹ E allora, probabilmente, “tanto vale” che l'aumento sia deliberato “direttamente” dall'assemblea dei soci.

cate le regole sul collegio sindacale della società per azioni) se per due esercizi consecutivi²²² siano stati superati (anche se il capitale sia inferiore a 120mila euro) due dei seguenti limiti (che sono indicati dal primo comma dell'art. 2435-*bis*):

1. totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 3.125.000 euro;
 2. ricavi delle vendite e delle prestazioni: 6.250.000 euro;
 3. dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 50 unità;
- c. detto obbligo, connesso al superamento dei limiti dimensionali suindicati, tuttavia cessa (sempre che il capitale sia inferiore ai 120mila euro) se, per due esercizi consecutivi, due dei predetti limiti non vengano più superati²²³.

In assenza di un qualsiasi indizio legislativo sul punto, non è possibile infine ritenere che, in luogo del collegio sindacale, la società possa nominare per le funzioni di controllo dei conti un revisore contabile (così come accade nella società per azioni ove, ai sensi dell'art. 2409-*bis*, il controllo contabile è affidato a un revisore o a una società di revisione, a meno che appunto lo statuto demandi detto controllo, beninteso nei casi in cui ciò sia possibile, al collegio sindacale).

5.8.5.2 *La nomina e la cessazione dei sindaci*

Qualora il collegio sindacale sia presente già alla costituzione della società, l'atto costitutivo deve fare menzione (art. 2463, comma 2, n. 8) dei «soggetti incaricati del controllo contabile»; se poi costoro siano da nominare successivamente all'atto costitutivo (perché si siano superati i noti limiti dimensionali o perché i sindaci precedentemente in carica siano cessati) la competenza a tale nomina (ivi compresa la scelta del presidente del collegio sindacale: art. 2398) spetta «in ogni caso» (e cioè inderogabilmente) ai soci (art. 2479, comma 2, n. 3), i quali possono agire, a seconda della scelta che si sia fatta o meno nello statuto, sia collegialmente che extrassemblearmente (art. 2479, comma 3 e comma 4).

Dato che poi al collegio sindacale (e ciò tanto se la sua nomina sia obbligatoria quanto se essa sia facoltativamente disposta dallo statuto della società a responsabilità limitata) si debbono applicare (seppur con le riserve

²²² Pertanto, la nomina dei sindaci deve avvenire contestualmente all'approvazione del bilancio che accerta come, per il secondo consecutivo esercizio, siano superate queste "soglie di attenzione": cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 223, nota 59.

²²³ Ancora, è l'approvazione del bilancio del secondo esercizio consecutivo senza scavalco delle predette "soglie" a costituire il momento di cessazione dell'obbligo.

cui sopra s'è fatto cenno) le norme dettate in tema di società per azioni, ne deriva che:

1. anche il collegio sindacale della società a responsabilità limitata deve essere composto di tre o cinque membri effettivi, soci o non soci, oltre a due supplenti (art. 2397, comma 1); la nomina dei sindaci, con l'indicazione per ciascuno di essi del cognome e del nome, del luogo e della data di nascita e del domicilio (così come la cessazione dall'ufficio) deve essere iscritta, a cura degli amministratori, nel Registro delle Imprese nel termine di trenta giorni (art. 2400, comma 3);
2. non dovrebbe essere applicabile al collegio sindacale di società a responsabilità limitata (stante il cumulo su di esso delle funzioni di controllo contabile, di legalità e di corretta amministrazione) la norma (art. 2397, comma 2) secondo cui almeno un membro effettivo e uno supplente devono essere scelti tra gli iscritti nel registro dei revisori contabili istituito presso il Ministero della Giustizia (e secondo cui i restanti membri, se non iscritti in tale registro, devono essere scelti fra gli iscritti negli albi professionali individuati con decreto del Ministro della Giustizia, o fra i professori universitari di ruolo, in materie economiche o giuridiche); e quindi tutti i membri del collegio sindacale di società a responsabilità limitata dovrebbero essere revisori contabili ai sensi dell'art. 2409-bis, ultimo comma²²⁴;
3. non possono essere eletti alla carica di sindaco e, se eletti, decadono dall'ufficio (art. 2399):
 - a. l'interdetto, l'inabilitato, il fallito, o chi è stato condannato a una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità a esercitare uffici direttivi;
 - b. il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo;
 - c. coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza;
4. lo statuto può prevedere altre cause di ineleggibilità o decadenza, nonché

²²⁴ Cfr. MARCIANO R., *Sub Articolo 2477*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 139.

- cause di incompatibilità e limiti e criteri per il cumulo degli incarichi (art. 2399, comma 3);
5. la retribuzione annuale dei sindaci, se non è stabilita nello statuto, deve essere determinata dai soci all'atto della nomina per l'intero periodo di durata del loro ufficio (art. 2402);
 6. la cancellazione o la sospensione dal registro dei revisori contabili e la perdita dei requisiti previsti dall'ultimo comma dell'art. 2397 sono causa di decadenza dall'ufficio di sindaco (art. 2399, comma 2); i sindaci possono essere revocati solo per giusta causa; la deliberazione di revoca deve essere approvata con decreto dal tribunale, sentito l'interessato (art. 2400, comma 2).

I sindaci restano in carica per tre esercizi, e scadono (art. 2400, comma 1) in coincidenza con la data nella quale viene convocata l'assemblea per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della carica (nel caso in cui l'approvazione del bilancio non sia materia di deliberazione assembleare ma di decisione dei soci "in via remota", è opportuno che lo statuto stabilisca la scadenza della carica di sindaco in coincidenza con la data entro la quale il bilancio dovrebbe essere approvato dai soci: art. 2478-*bis*, comma 1). La cessazione dei sindaci per scadenza del termine ha effetto dal momento in cui il collegio è stato ricostituito (art. 2400, comma 1).

In caso di morte, di rinuncia o di decadenza di un sindaco, subentrano i supplenti in ordine di età (se occorre sostituire il presidente, la presidenza è assunta dal sindaco più anziano, *ex* art. 2401, comma 2, fino a che i soci non provvedano sul punto), nel rispetto del principio in base al quale vi deve essere tra i sindaci effettivi almeno un revisore dei conti (art. 2401, comma 1); quanto alla necessità dell'adozione da parte dei soci di decisioni idonee a reintegrare il collegio sindacale nella sua pienezza:

- se la nomina dei sindaci è demandata a una decisione assembleare, i nuovi sindaci restano in carica fino alla prossima assemblea (art. 2401, comma 1), la quale deve provvedere alla nomina dei sindaci effettivi e supplenti necessari per l'integrazione del collegio, fermo restando che tutti i nominandi, effettivi e supplenti, debbono essere iscritti al registro dei revisori contabili (va sottolineato che i nuovi nominati scadono insieme a quelli in carica);
- se invece la nomina dei sindaci sia una materia attribuita a una decisione extrassembleare dei soci, è da ritenere che la durata in carica dei supplenti divenuti effettivi permanga fino a che non intervenga una decisione dei soci in materia (e sicuramente appartiene alla sfera di diligenza dell'organo amministrativo operare affinché sia provocata una decisione dei soci sul punto).

Se infine con i sindaci supplenti non si completa il collegio sindacale, deve essere convocata l'assemblea (o sollecitata ai soci una decisione) al fine di provvedere all'integrazione del collegio medesimo (art. 2401, comma 3).

5.8.5.3 *Il funzionamento del collegio sindacale*

Se dunque si tratti di un collegio sindacale di nomina obbligatoria, le norme applicabili al suo funzionamento sono le stesse dettate per il collegio sindacale della società per azioni; altrettanto capita per il collegio sindacale che rinvenga la sua legittimazione non nel superamento dei limiti dimensionali di cui all'art. 2435-bis, ma in un'apposita previsione statutaria (ai sensi dell'art. 2477, comma 1), a meno che sia apprestata – ove possibile (come detto sopra) – una disciplina statutaria regolamentante il funzionamento di questo collegio sindacale “facoltativo”.

Comunque, ove si rendano applicabili le norme dettate per il collegio sindacale della società per azioni, le regole in materia sono le seguenti:

- per l'art. 2404, comma 1, il collegio sindacale deve riunirsi almeno ogni novanta giorni; la riunione può svolgersi, se lo statuto lo consente, indicando le modalità, anche con mezzi telematici;
- il sindaco che, senza giustificato motivo, non partecipa durante un esercizio sociale a due riunioni del collegio decade dall'ufficio (art. 2404, comma 2);
- delle riunioni del collegio deve redigersi verbale, che deve essere trascritto nel libro delle decisioni del collegio sindacale di cui all'art. 2478, comma 1, n. 4, e sottoscritto dagli intervenuti (art. 2404, comma 3); il sindaco dissenziente ha diritto di fare iscrivere a verbale i motivi del proprio dissenso (art. 2404, comma 4);
- il collegio sindacale è regolarmente costituito con la presenza della maggioranza dei sindaci e delibera a maggioranza assoluta dei presenti (art. 2404, comma 4);
- i sindaci devono assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo (art. 2405, comma 1);
- i sindaci, che non assistono senza giustificato motivo alle assemblee o, durante un esercizio sociale, a due adunanze consecutive del consiglio d'amministrazione o del comitato esecutivo, decadono dall'ufficio (art. 2405, comma 2).

5.8.5.4 *Doveri e poteri dei sindaci*

I sindaci di società a responsabilità limitata, identicamente a quelli della società per azioni (art. 2407, comma 1):

1. debbono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico;

2. sono responsabili della verità delle loro attestazioni;
3. devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio.

Essi inoltre sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica (art. 2407, comma 2); e pure a essi si applica la norma di cui all'art. 2476, ultimo comma, secondo cui «l'approvazione del bilancio da parte dei soci non implica liberazione degli amministratori e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale».

Ora, come già visto, se dalla rubrica del nuovo art. 2477 (così come dall'art. 2463, comma 2, n. 8) si deriva che al collegio sindacale di società a responsabilità limitata è demandato il controllo contabile, dal primo comma dell'art. 2403 (richiamato dal comma 5 dell'art. 2477) si trae quindi che il collegio sindacale deve pure vigilare:

- a. sull'osservanza della legge e dello statuto;
- b. sul rispetto dei principi di corretta amministrazione;
- c. sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

Inoltre, ai sensi dell'art. 2406, comma 1, in caso di omissione o di ingiustificato ritardo da parte degli amministratori, il collegio sindacale deve convocare l'assemblea ed eseguire le pubblicazioni prescritte dalla legge.

Nell'ambito della funzione di controllo contabile, inoltre, il collegio sindacale deve (art. 2409-ter)²²⁵:

- a. verificare, nel corso dell'esercizio e con periodicità almeno trimestrale, la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione nelle scritture contabili dei fatti di gestione;
- b. verificare se il bilancio di esercizio e, ove redatto, il bilancio consolidato corrispondono alle risultanze delle scritture contabili e degli accertamenti eseguiti e se sono conformi alle norme che li disciplinano;
- c. esprimere con apposita relazione un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto;
- d. riferire (art. 2429, comma 2) ai soci, in sede di approvazione del bilancio, sui risultati dell'esercizio sociale e sull'attività svolta nell'adempimento dei

²²⁵ Cfr. SALAFIA V., *Il controllo legale dei conti nella società a r.l. secondo la riforma societaria*, in *Società*, 2003, 14.

propri doveri, e fare le osservazioni e le proposte in ordine al bilancio e alla sua approvazione, con particolare riferimento all'esercizio della deroga (art. 2423, comma 4) all'applicazione di una norma sul bilancio quando, in casi eccezionali, detta applicazione si renderebbe incompatibile con una rappresentazione veritiera e corretta (in tal caso la nota integrativa deve motivare la deroga e deve indicarne l'influenza sulla rappresentazione della situazione patrimoniale, finanziaria e del risultato economico; e gli eventuali utili derivanti dalla deroga devono essere iscritti in una riserva non distribuibile se non in misura corrispondente al valore recuperato).

Va anche notato che se il collegio sindacale non formula rilievi sul bilancio, scatta la norma di cui all'art. 2434-*bis*, comma 2, per la quale «la legittimazione a impugnare la deliberazione di approvazione del bilancio su cui il revisore non ha formulato rilievi spetta a tanti soci che rappresentino almeno il cinque per cento del capitale sociale».

Con riguardo ancora al bilancio d'esercizio, per effetto del richiamo che l'art. 2478-*bis*, comma 1, opera nei confronti dell'art. 2429, devono ritenersi applicabili alla società a responsabilità limitata:

- la norma secondo cui il bilancio deve essere comunicato dagli amministratori al collegio sindacale, con la relazione, almeno trenta giorni prima di quello fissato per l'assemblea che deve discuterlo (comma 1);
- la norma secondo cui il bilancio, con le copie integrali dell'ultimo bilancio delle società controllate e un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio delle società collegate, deve restare depositato in copia nella sede della società, insieme con le relazioni degli amministratori e dei sindaci durante i quindici giorni che precedono l'assemblea, e finché sia approvato, affinché i soci ne possano prendere visione (comma 3);

si deve infine ritenere che la relazione dei sindaci vada depositata nel Registro delle Imprese insieme all'altra documentazione di cui all'art. 2478-*bis*, comma 2 (che richiama infatti l'art. 2435).

Ai fini che precedono, i sindaci (facendo menzione dei loro accertamenti nel libro delle decisioni del collegio sindacale, di cui all'art. 2478, comma 1, n. 4) possono (artt. 2403-*bis* e 2409-*ter*):

- a. in qualsiasi momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo;
- b. chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari;
- c. scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo e all'andamento generale dell'attività sociale;

d. avvalersi, sotto la propria responsabilità e a proprie spese, nell'espletamento di specifiche operazioni di ispezione e di controllo di propri dipendenti e ausiliari (fermo restando che l'organo amministrativo può rifiutare agli ausiliari e ai dipendenti dei sindaci l'accesso a informazioni riservate: art. 2403-bis, ultimo comma) a meno che si tratti di soggetto che abbia particolari qualità "negative (si tratti cioè di soggetto interdetto, inabilitato, fallito, o condannato a una pena che importi l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità a esercitare uffici direttivi) o legato alla società o agli amministratori da particolari rapporti (si tratti cioè del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, degli amministratori, del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo; e di coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza);

e ancora possono:

1. convocare (art. 2406, comma 2) l'assemblea (o, meglio, sollecitare una decisione dei soci), previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, qualora nell'espletamento del loro incarico ravvisino fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere;
2. impugnare (art. 2475-ter, comma 3) le decisioni del consiglio di amministrazione adottate con il voto determinante di un suo membro in conflitto di interessi;
3. impugnare (art. 2479-ter, comma 1) le decisioni dei soci.

Infine, se è probabilmente precluso ai sindaci di società a responsabilità limitata l'esperimento della denuncia di cui all'art. 2409 spettante ai sindaci di società per azioni (ai sensi dell'ultimo comma del medesimo art. 2409), in quanto sarebbe strano che un'azione primariamente riservata ai soci di società per azioni (e che non compete ai soci di società a responsabilità limitata, stante la loro individuale legittimazione a convenire in responsabilità gli amministratori e a domandarne la revoca giudiziale) sia appunto esperibile (non dai soci ma) dai sindaci della società a responsabilità limitata²²⁶, potrebbe apparire invece riconducibile anche nell'alveo

²²⁶ Cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G.,

della società a responsabilità limitata (per effetto del solito richiamo operato dall'art. 2477, ultimo comma, alla disciplina della società per azioni) dell'istituto della denuncia al collegio sindacale di cui all'art. 2408 del nuovo Codice civile. Cosicché:

1. ogni socio di società a responsabilità limitata può denunciare i fatti che ritiene censurabili al collegio sindacale, il quale deve tener conto della denuncia nella relazione ai soci;
2. se detta denuncia sia fatta da tanti soci che rappresentino un ventesimo del capitale sociale (ma lo statuto può abbassare questa soglia), il collegio sindacale deve:
 - indagare senza ritardo sui fatti denunciati;
 - presentare le sue conclusioni ed eventuali proposte ai soci;
 - provocare una decisione dei soci qualora nell'espletamento del suo incarico ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere.

Peraltro nella società a responsabilità limitata ogni richiamo ai rimedi di cui all'art. 2408 potrebbe non avere senso, stante il potere individuale di ispezione spettante al socio di società a responsabilità limitata ai sensi dell'art. 2476, comma 2.

VELLA F., Bologna, 2003, 266-267. Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «è sembrato logico che [...] divenisse sostanzialmente superflua e in buona parte contraddittoria con il sistema la previsione di forme di intervento del giudice quali quelle ora previste dall'art. 2409. Esse infatti sono sostanzialmente assorbite dalla legittimazione alla proposizione dell'azione sociale di responsabilità da parte di ogni socio e dalla possibilità di ottenere in quella sede provvedimenti cautelari come la revoca degli amministratori. La prospettiva è in sostanza quella di fornire ai soci uno strumento in grado di consentire a essi di risolvere i conflitti interni alla società». All'eventualità di un utilizzo dell'art. 2409 da parte dei sindaci di società a responsabilità limitata (per effetto del richiamo che l'ultimo comma dell'art. 2477 opera alla disciplina del collegio sindacale di società per azioni) accennano MARCIANO R., *Sub Articolo 2477*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 139; NAZZICONE L., *La denuncia al tribunale per gravi irregolarità ex art. 2409: le novità della riforma societaria*, in *Società*, 2003, 1079; D'AMBROSIO C., *La nuova società a responsabilità limitata tra società di persone e società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2003 I, 409. Contrario è COLOMBO G.E., *Relazione al Consiglio notarile di Milano sul tema Amministrazione e controllo*, cap. V, par. 4, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/colombo.htm>, opinione che è però avversata da RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno sul tema Diritto societario: dai progetti alla riforma*, Courmayeur, 27-28 settembre 2002, 8 (del dattiloscritto).

SOMMARIO

	Introduzione
6.1	La distribuzione della decisionalità societaria tra i soci e l'organo amministrativo
6.2	Le "decisioni" e le "deliberazioni" dei soci
6.3	Le modalità di assunzione delle decisioni da parte dei soci
6.3.1	"Consenso" scritto e "consultazione" espressa per iscritto
6.3.2	<i>L'assemblea dei soci</i>
6.3.2.1	<i>La convocazione</i>
6.3.2.2	<i>La convocazione su richiesta della minoranza</i>
6.3.2.3	<i>La rappresentanza in assemblea</i>
6.3.2.4	<i>Il luogo di svolgimento dell'assemblea</i>
6.3.2.5	<i>La presidenza e la segreteria dell'assemblea</i>
6.3.2.6	<i>L'assemblea "totalitaria"</i>
6.3.2.7	<i>Il regolamento dei lavori assembleari</i>
6.3.2.8	<i>La partecipazione alle assemblee e l'espressione del voto</i>
6.3.2.9	<i>Lo svolgimento delle assemblee mediante audio-videoconferenza</i>
6.3.2.10	<i>L'assemblea di seconda convocazione</i>
6.3.2.11	<i>Il rinvio dell'assemblea</i>
6.3.3	La verbalizzazione delle deliberazioni delle assemblee
6.3.3.1	<i>La verbalizzazione delle assemblee deserte?</i>
6.4	Il quorum deliberativo
6.4.1	Le decisioni dei soci <i>post</i> riforma e il problema dei <i>quorum</i> disposti nei "vecchi" statuti
6.5	La casistica delle decisioni dei soci
6.5.1	La decisione di modifica dei "diritti dei soci"
6.5.2	La decisione di modifica dell'atto costitutivo (e dello statuto)
6.5.3	La decisione di compiere «operazioni che comportano una sostanziale modifica dell'oggetto sociale»
6.5.4	La decisione di aumento e di riduzione del capitale sociale
6.6	L'invalidità delle decisioni dei soci
6.6.1	Annulabilità, nullità e inesistenza
6.6.2	La legittimazione all'azione di impugnazione
6.6.3	I termini per l'impugnazione
6.6.3.1	<i>In generale</i>
6.6.3.2	<i>I termini per l'impugnazione delle deliberazioni di aumento o di riduzione del capitale e dell'emissione di obbligazioni</i>
6.6.3.3	<i>Il termine per l'impugnazione della deliberazione di approvazione del bilancio</i>
6.6.4	Gli effetti dell'invalidità
6.6.5	La sostituzione della deliberazione invalida
6.6.6	Il procedimento di impugnazione

Introduzione

Dalla centralità che la riforma della società a responsabilità limitata assegna alla figura del socio, dal carattere più spiccatamente “contrattuale” attribuito ai rapporti tra i soci (così come afferma l’art. 3 della legge delega 366/2001), dalla sostanziale sovrapposizione nella società a responsabilità limitata tra il “ceto” dei proprietari del capitale sociale e il “ceto” di coloro che lavorano per la società e che adottano le decisioni amministrative, deriva una quasi completa rivisitazione, a opera della riforma, della normativa previgente in tema di ripartizione di competenze tra soci e amministratori e di modalità di assunzione delle decisioni da parte dei soci; il tutto, anche qui, contraddistinto da un’amplissima capacità, concessa agli operatori, di modellare le regole della legge secondo le esigenze del caso concreto, e ciò in base al dettato della legge delega n. 366/2001 (art. 3, comma 2, lett. e) secondo cui è riconosciuta una «ampia autonomia statutaria riguardo alle strutture organizzative» e «ai procedimenti decisionali della società».

6.1 La distribuzione della decisionalità societaria tra i soci e l’organo amministrativo

Occorre innanzitutto sottolineare che la riforma ripropone (artt. 2463, comma 2, n. 7, 2475, comma 1, e 2479, comma 1), come sistema di *default* (e cioè in mancanza di diversa opzione da parte dell’atto costitutivo o dello statuto), la tradizionale divaricazione tra:

- le decisioni aventi a oggetto “l’amministrazione” della società (cioè la gestione della società, il suo funzionamento e cioè quindi la sua *organizzazione operativa*, affidate appunto all’organo amministrativo; insomma, quelle che l’art. 2380-*bis* per la società per azioni indica come «le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale»); e
- le decisioni aventi a oggetto *l’organizzazione strutturale* della vita societaria (e cioè l’approvazione del bilancio, le nomine alle cariche sociali, le modifiche statutarie), che sono proprie dei soci.

La *governance* delle società a responsabilità limitata è dunque impostata su una struttura di *default* organizzata in base alla “tradizionale” ripartizione delle decisioni tra amministratori e soci a seconda che si tratti dell’adozione di decisioni inerenti o meno l’amministrazione della società; ne parlano, come detto, per esempio:

1. l’art. 2463, comma 2, n. 7 che prescrive la presenza nell’atto costitutivo del-

le «norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti l'amministrazione e la rappresentanza»;

2. l'art. 2475 in tema di struttura dell'organo amministrativo della società a responsabilità limitata, secondo il quale (comma 1), «salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479».

Nonostante la centralità attribuita alla persona del socio e la rilevanza attribuita al suo personale volere, anche nella società a responsabilità limitata riformata quindi si assiste di regola alla distribuzione delle competenze decisionali tra l'organo amministrativo, cui compete, si ripete, la decisionalità sulla "gestione" e pertanto sul "funzionamento" della società, e il consenso dei soci, cui compete la decisionalità in ordine alle nomine alle cariche sociali, all'approvazione del bilancio e alla distribuzione degli utili, alle modifiche dell'atto costitutivo.

D'altra parte, la riforma stessa offre tuttavia squarci di amplissima derogabilità a questo sistema di base:

- non solo, infatti, l'organo amministrativo può essere compresso o addirittura del tutto abolito¹, passando cioè in parte o per intero (artt. 2475, comma 1, e 2479, comma 1) le sue competenze ai soci (nel previgente regime era comunque previsto qualcosa di simile – ma assai più "lieve" – dall'art. 2364, comma 1, n. 4, ove si disponeva che l'assemblea deliberava sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società «riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo»);
- non solo è possibile che i soci che rappresentino un terzo del capitale sociale (o il minor quoziente previsto dallo statuto) "avochino" al consesso dei soci la decisione su determinate questioni attinenti alla gestione della società (art. 2479, comma 1);
- ma pure è possibile che l'atto costitutivo «preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società» (art. 2468, comma 3), con il che l'amministrazione della società, in tutto o in parte, può essere materia sottratta sia all'organo amministrativo che ai soci nel loro complesso e attribuita solamente ad alcuno di essi.

Non è insomma un caso che la normativa in tema di società a responsabilità limitata non riproponga le espressioni, che il legislatore della riforma ha

¹ Cfr., per esempio, GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 475, per il quale «[...] l'atto costitutivo può: [...] concentrare tutti i poteri in capo ai soci e attribuire a essi anche l'amministrazione della società, com'è nelle società di persone».

invece dedicato alla società per azioni, secondo cui «la gestione dell'impresa spetta *esclusivamente* agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale» (art. 2380-*bis*, comma 1) e secondo cui l'assemblea ordinaria, ove coinvolta in materia gestionale, delibera solo su «autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto» (art. 2364, comma 1, n. 5), e quindi non *decide* ma solo *eventualmente autorizza*; nella nuova società a responsabilità limitata invero (e, a parte, si ripete, la possibilità della radiale abolizione dell'organo amministrativo e dell'affidamento della gestione ai soci):

- a. l'amministrazione spetta, di regola, ai soci (art. 2475, comma 1);
- b. la distribuzione della decisionalità tra soci e amministratori è impostata dalla legge prevedendo un novero *minimo* di materie inderogabilmente riservate ai soci ma demandando allo statuto l'ampliamento di detto novero minimo (e non fissandone un tetto *massimo*) (art. 2479, commi 1 e 2);
- c. *qualsiasi* socio in *qualsiasi* momento può richiedere di avocare ai soci la decisione su *qualsiasi* materia – seppur detta materia competente di *default* alla decisionalità degli amministratori – per la quale egli ritenga appunto opportuno un pronunciamento dei soci (art. 2479, comma 1).

Quindi, il sistema di *default* che il legislatore ha prefigurato distribuendo la decisionalità societaria tra consesso degli amministratori e consesso dei soci è una struttura assai derogabile e conformabile alle esigenze del caso concreto poiché, a parte le citate opportunità di abolire del tutto l'organo amministrativo o di attribuire a singoli soci «particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società», è dunque possibile immaginare una società a responsabilità limitata intensamente strutturata sulla decisionalità dei soci (fermo comunque restando che, in caso di presenza di un organo amministrativo, a esso sono «in ogni caso» riservate le decisioni inerenti la redazione del progetto di bilancio, dei progetti di fusione o scissione e quelle di aumento del capitale a esso delegate dallo statuto: art. 2475, ultimo comma).

Insomma, il quadro delle decisioni sociali può essere così raffigurato²:

- a. ai soci spetta innanzitutto di decidere su tutte quelle materie per le quali «in ogni caso» (e cioè senza possibilità di deroga) è indispensabile il loro intervento, e cioè:
 1. l'approvazione del bilancio e la distribuzione degli utili (art. 2479, comma 2, n. 1);

² Della collettività dei soci come di «un vero e proprio organo sovrano» parla ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 76.

2. la nomina (art. 2479, comma 2, n. 2), se prevista nell'atto costitutivo, degli amministratori e (in analogia con il disposto dell'art. 2364, comma 1, n. 3) la determinazione del loro compenso;
3. la nomina (e, come sopra, il compenso) dei sindaci e del presidente del collegio sindacale o del revisore nel caso in cui (ai sensi dell'art. 2477) ricorra l'obbligo di nomina o, nonostante tale obbligo non vi sia, la società intenda ugualmente procedere a detta nomina (art. 2479, comma 2, n. 3);
4. le modificazioni dell'atto costitutivo (art. 2479, comma 2, n. 4);
5. 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 2, n. 5);
6. le altre decisioni a essi demandate dalla legge, e cioè:
 - l'acquisto di partecipazioni in società a responsabilità illimitata (art. 2361, comma 2);
 - l'autorizzazione al compimento di acquisti "pericolosi" (art. 2465, comma 2);
 - la riduzione del capitale per perdite (artt. 2482-*bis*, comma 1, e 2482-*ter*, comma 1);
 - l'emissione di titoli di debito, ove l'atto costitutivo attribuisca ai soci questa competenza (art. 2483);
 - la messa in liquidazione della società (art. 2484, comma 1, n. 6);
 - la nomina e la revoca dei liquidatori e la determinazione dei criteri di liquidazione (art. 2487);
 - la revoca dello stato di liquidazione (art. 2487-*ter*);
 - l'approvazione della richiesta di concordato preventivo o fallimentare e la domanda di ammissione all'amministrazione controllata (artt. 152, 161 e 187 della legge fallimentare);
- b. ai soci può essere inoltre demandato di decidere su tutte quelle materie che «siano riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo» (art. 2479, comma 1);
- c. infine i soci debbono esprimersi in tutti quei casi in cui i soci stessi siano chiamati a decidere in quanto si tratti di argomenti sottoposti alla loro approvazione (art. 2479, comma 1):
 1. da uno o più amministratori (con ciò riproducendosi uno scenario simile a quello che era prefigurato nel vecchio art. 2364, comma 1, n. 2, richiamato nella società a responsabilità limitata dal vecchio art. 2486, comma 2);
 2. da tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale, i quali, evidentemente, in tal modo avocano a sé competenze proprie degli amministratori.

Occorre precisare che queste due ultime ipotesi di intervento decisionale

Tabella 6.1 Le competenze decisionali dei soci

Le decisioni dei soci	
<i>con metodo non necessariamente assembleare*</i>	<i>con metodo necessariamente assembleare</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Approvazione del bilancio e distribuzione degli utili • Nomina degli amministratori e determinazione del compenso • Nomina dei sindaci e del revisore e determinazione del compenso • Modificazione dell'atto costitutivo • Emissione di titoli di debito • Compimento di acquisti "pericolosi" • Altre materie previste dallo statuto • Su qualsiasi materia lo richieda un amministratore • Su qualsiasi materia lo richiedano i soci titolari di almeno 1/3 del capitale 	<ul style="list-style-type: none"> • Decisioni di modifica statutaria • Decisioni sulla richiesta del notaio di "opportuni provvedimenti" (art. 2436, comma 3) • Operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale • Operazioni che comportano una rilevante modificazione dei diritti dei soci • Riduzione del capitale per perdite • Nomina e revoca dei liquidatori e determinazione dei criteri di liquidazione • Messa in liquidazione della società e revoca dello stato di liquidazione • Approvazione della richiesta di concordato preventivo o fallimentare e della domanda di amministrazione controllata • Acquisto di partecipazioni in società a responsabilità illimitata

* A meno che richiedano l'assemblea un amministratore o i soci che rappresentino 1/3 del capitale.

dei soci sono previste direttamente dalla legge e che la loro operatività non dipende dunque da un'esplicita previsione statutaria in tal senso; anzi, è vero il contrario, e cioè che, stante il carattere non derogabile con il quale la norma appare scritta (in ossequio al rilevante ruolo dei soci nella nuova società a responsabilità limitata), allo statuto non dovrebbe essere consentito di intervenire nel senso di restringere queste ipotesi di intervento dei soci che discendono dalla legge, il cui dettato si può intendere derogabile probabilmente solo se lo statuto disponga in senso "estensivo" rispetto al coinvolgimento dei soci (per esempio, prevedendo che la decisione dei soci possa essere attivata da un quoziente di soci inferiore al terzo del capitale sociale previsto *ex lege*)³.

³ Per Cass., 22 marzo 1969, n. 927, in *Dir. fall.*, 1969, II, 907, «l'art. 2367 c.c., in quanto realizza una efficace tutela della minoranza dei soci, deve ritenersi inderogabile, ma tale inderogabilità non riguarda quelle parti della disposizione, che non incidono sulla finalità della stessa, e in particolare non impedisce l'utile specificazione del termine nel quale gli amministratori o, in loro vece, i sindaci, debbono convocare, su richiesta della minoranza, l'assemblea dei soci, termine stabilito in modo

Va inoltre sottolineato che se la legge, all'art. 2479, comma 2, elenca le materie, sopra indicate, che «in ogni caso» sono di competenza dei soci, dopo aver disposto nel precedente comma 1 che «i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo», con tutto ciò si configura chiaramente un quadro di ripartizione di competenze che può essere statutariamente alterato solo espandendo il ruolo dei soci (e ciò anche in nome della loro "centralità" nella nuova società a responsabilità limitata) e comprimendo corrispondentemente quello degli amministratori; infatti:

- a. elencando una serie di competenze dei soci (coincidenti sostanzialmente con l'elenco delle materie che nel sistema previgente erano tipicamente assegnate alla competenza delle assemblee, ordinarie e straordinarie);
- b. sancendo l'inespropriabilità di queste competenze al consesso dei soci; e
- c. attribuendo allo statuto il potere di deviare "sui" soci (e non, viceversa, "dai" soci) altre competenze, diverse da quelle loro già inderogabilmente attribuite;

altro risultato appunto non si ottiene che il possibile affidamento ai soci di decisioni di contenuto "amministrativo", visto appunto che ogni altro tipo di decisione, diversa da quelle di natura amministrativa, già compete (e inderogabilmente compete) ai soci.

Di contro, resta peraltro fermo, come già si è sottolineato, che agli amministratori spetta inderogabilmente («in ogni caso» dice l'art. 2475, ultimo comma) di decidere in ordine:

- a. al progetto di bilancio;
- b. ai progetti di fusione o scissione; e
- c. all'aumento di capitale delegato dallo statuto all'organo amministrativo medesimo;

ma ciò, ovviamente, solo se un organo amministrativo esista e quindi sempre che le sue competenze siano per intero state attribuite all'assemblea. A meno che, ma appare lettura francamente eccessiva, la norma di cui all'art.

generico e approssimato dalla cennata norma con la locuzione "senza ritardo". Legittimamente, di conseguenza, lo statuto della società stabilisce un termine preciso nel quale l'assemblea debba essere convocata, sempre che lo spazio di tempo così fissato sia ritenuto (in caso di contestazione) dal giudice ricompreso nel concetto, posto dalle norme in esame, di convocazione fatta senza ritardo, cioè, nel tempo ragionevolmente necessario, secondo le circostanze, per adempiere la formalità di convocazione e per consentire la partecipazione dei soci con la necessaria informazione sugli argomenti in discussione».

2475, ultimo comma, vada intesa nel senso che l'organo amministrativo sia insopprimibile: se infatti così fosse, si dovrebbe pensare all'implausibile scenario di un organo amministrativo che potrebbe essere in carica solo per queste materie, potendo essere tutte le altre devolute ai soci, il che appare essere un'ipotesi del tutto improbabile.

Occorre anche qui ricordare, per completezza di argomentazione, la "facoltativa" competenza (nel senso che in tanto essa sussiste in quanto la disponga lo statuto sociale) dell'organo amministrativo a deliberare la riduzione del capitale per esistenza di perdite superiori al terzo del capitale sociale dopo il decorso dell'anno "di grazia" nel caso che il capitale sociale sia suddiviso in quote prive di valore nominale (art. 2482-*bis*, comma 6).

Insomma, ne emerge un assetto di rapporti, fondato sulla rilevanza della figura del socio, abbastanza antitetico a ciò che accade per la società per azioni, ove quella rilevanza non c'è e ove quindi si assiste al fenomeno esattamente contrario, e cioè alla possibilità (art. 2365, comma 2) che lo statuto attribuisca alla competenza dell'organo amministrativo (o del consiglio di sorveglianza o del consiglio di gestione) le deliberazioni concernenti la fusione per incorporazione di società interamente possedute o possedute almeno al novanta per cento, l'istituzione o la soppressione di sedi secondarie, l'indicazione di quali tra gli amministratori hanno la rappresentanza della società, la riduzione del capitale in caso di recesso del socio, gli adeguamenti dello statuto a disposizioni normative, il trasferimento della sede sociale nel territorio nazionale; insomma, una serie di decisioni di natura tale che, in una società alla cui "vita" il socio è spesso un elemento "estraneo" e "lontano", meglio esse si addicono a chi è "presente" in società svolgendovi continuativamente la propria opera.

6.2 Le "decisioni" e le "deliberazioni" dei soci

Anche sotto il profilo dell'espressione della volontà dei soci la riforma innova notevolmente rispetto al sistema previgente, sostituendo, in nome del carattere più spiccatamente "contrattuale" che i rapporti tra i soci hanno oggi assunto, l'espressione "deliberazione" con l'espressione "decisione" (si vedano, per esempio, le rubriche della "Sezione IV" del "Capo VII" e dell'art. 2479), per individuare il risultato del procedimento mediante il quale i soci giungono alla formazione ed espressione della loro volontà collettiva. Già nella legge delega n. 366/2001 si evita il termine "assemblea" e si ricorre alla locuzione «procedimenti decisionali» (art. 3, comma 2, lett. e)⁴.

⁴ Cfr. LENER R., *L'assemblea nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 171.

Il ragionamento su questo punto deve prendere le mosse dal rilievo che l'art. 3, comma 1, lett. a), della legge 366/2001, dispone, come noto, che la riforma del diritto societario avrebbe dovuto essere ispirata, quanto alla nuova società a responsabilità limitata, «sul principio della rilevanza centrale [...] dei rapporti contrattuali tra i soci».

Ora, dare rilevanza ai «rapporti contrattuali» tra i soci significa che non solo nella fase costitutiva della società (ove per la formazione stessa del “contratto” di società si richiede ovviamente il consenso unanime dei soci) ma anche nel corso di tutto lo sviluppo della vita societaria può prevedersi che si proceda con modalità “contrattuali” (quelle, in altri termini, con cui si assumono le decisioni nelle società di persone) in luogo delle tradizionali modalità “deliberative”.

Il “contratto” è infatti quel negozio giuridico il quale non può non formarsi che con il convergente volere di tutti coloro che concorrono alla sua stipulazione; la “deliberazione” è invece quel negozio giuridico, tipica espressione del principio di maggioranza vigente nei consessi assembleari (al palese fine di evitarne altrimenti la possibile paralisi), che si forma anche contro il volere (è il caso del socio dissenziente) o a prescindere dal volere (è il caso del socio assente) di taluno dei partecipi di quel consesso, e ciò a opera del favorevole concorso di un numero di soggetti tale da superare il quoziente minimo richiesto (dalla legge o da uno statuto) perché la deliberazione si consideri appunto adottata e quindi vincolante (ciò che per un contratto sarebbe implausibile) sia per coloro che hanno favorevolmente concorso alla sua approvazione sia per coloro che non vi hanno partecipato o che addirittura hanno espresso un volere contrario.

Il puntarsi da parte della legge delega sulla centralità dei “rapporti contrattuali” tra i soci e da parte della legge delegata (non più sulle “deliberazioni” ma) sulle “decisioni” dei soci è quindi un chiarissimo indice dell'intenzione del legislatore di riconoscere nella società a responsabilità limitata la rilevanza della figura del socio e l'imprescindibilità del suo materiale concorso all'intrapresa economica della società stessa: la società a responsabilità limitata ha una consistenza patrimoniale assai debole (può infatti nascere ed esistere con soli 10mila euro di capitale sociale) e, nella gran parte dei casi, non ha quindi la capacità di crearsi una struttura organizzativa e operativa che faccia a meno dal personale concorso dei soci allo sviluppo della sua attività.

Conferire dunque rilevanza ai rapporti “contrattuali” tra i soci non solo al momento in cui la società nasce ma anche durante tutto il corso della sua vita significa pertanto che le “decisioni” che i soci assumono possono essere statutariamente organizzate in modo da conferire il massimo rilievo possibile alla volontà del singolo socio o di alcuni soci: e quindi con la libertà, sconosciuta nel sistema previgente, di prevedere clausole di unanimità o *quorum* che rasentino l'unanimità, così come di prevedere che l'adozione

di certe decisioni (si pensi a particolari materie o a particolari valori) sia subordinata, per esempio, al personale volere del socio Tizio o del socio Caio o di entrambi.

Resta comunque pur sempre fermo il rilievo secondo cui, quando i soci assumano a maggioranza in un'assemblea le loro decisioni, al concetto di "deliberazione" continuerà a potersi fare ricorso, così come d'altronde lo stesso legislatore testimonia utilizzando appropriatamente il termine "deliberazione" nell'ultimo comma dell'art. 2479-*bis*, ove appunto ci si riferisce (è la previsione dell'assemblea totalitaria di società a responsabilità limitata) all'esito di un procedimento decisionale di tipo assembleare.

6.3 Le modalità di assunzione delle decisioni da parte dei soci

Anche su questo profilo la riforma offre scenari completamente nuovi. Infatti, se è vero che il sistema di *default* che il legislatore propone, in mancanza di diversa opzione, è quello dell'assunzione delle decisioni da parte dei soci mediante il "tradizionale" metodo assembleare, è pure vero (art. 2479, comma 3) che «l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto».

Si ripropone, in sostanza, nell'ambito delle decisioni dei soci, il medesimo equilibrio di interessi che si è già visto quando si sono illustrate le modalità decisionali da parte degli amministratori della società a responsabilità limitata, ove si è sottolineato come al sistema collegiale cui si è finora stati abituati siano state affiancate dal legislatore della riforma modalità decisionali che nettamente prescindono dalla collegialità.

Brevemente, il legislatore, anche nella materia delle decisioni dei soci, prende atto che nella società a responsabilità limitata talmente frequenti e intensi sono i rapporti tra i soci (i quali, tra l'altro, spesso lavorano quotidianamente gomito a gomito), da rendere assolutamente sovrabbondante il sistema assembleare collegiale: il metodo collegiale (che si sviluppa dalla convocazione dell'organo deliberante fino alla verbalizzazione delle sue decisioni, attraverso le fasi dell'illustrazione della materia agli intervenuti, della discussione tra i presenti e infine della votazione) ha infatti una ragion d'essere quando la decisione da assumere acquisti "valore aggiunto"⁵ adottando detto metodo.

⁵ Secondo Trib. Milano, 13 gennaio 1988, in *Società*, 1988, 384, «la formazione della volontà degli enti e delle persone giuridiche mediante il procedimento di deliberazione assembleare consente che, applicando il metodo collegiale, si crei una volontà collettiva che non è la semplice somma di distinte dichiarazioni individuali; in assemblea, la partecipazione unitaria e, in concentrazione di

In altri termini, quando un dato consesso sia composto da soggetti che normalmente non hanno rapporti né tra di loro né tra essi e la società (o che li hanno talmente scarsi da non potervi essere comunque un continuo e fruttuoso scambio di opinioni), che si riuniscono solo dietro formale convocazione, che spesso non sono sufficientemente competenti o preparati all'assunzione della decisione, allora ha senso che si punti sulla possibile virtuosità del sistema collegiale: e cioè, "investendo" sull'approfondimento che può scaturire da un collegiale e contestuale confronto d'opinioni tra soggetti che, per tempo convocati (e che quindi si potrebbero adeguatamente "preparare" sulla materia da discutere), e poi compiutamente informati sull'opportunità dell'assunzione di una data decisione, possano, dalla discussione che ne scaturisce, trarre le migliori motivazioni possibili per aderire o meno alle proposte determinazioni.

Ma, se membri di questo consesso siano soggetti che, per lavorare in società fianco a fianco l'uno dell'altro, si trovano in costante contatto e confronto e che quindi possono approfondire continuamente le ragioni dell'assunzione di date decisioni senza aspettare di convergere in una formale riunione assembleare, allora il metodo collegiale viene a essere una palese sovrastruttura e un vuoto rito, di nessuna utilità e pure di molto fastidio; anzi, come la prassi del passato ha spesso insegnato, esso diviene causa della confezione di fasulle verbalizzazioni di improbabili sedute che nella realtà in effetti mai si sono svolte, se non nell'immaginazione del commercialista (o dell'addetto all'ufficio amministrativo della società) che "per forza" di cose ha dovuto provvedervi.

Ora:

1. se la nuova legge inderogabilmente impone l'assunzione delle decisioni dei soci con il metodo collegiale per le seguenti materie:
 - a. le modificazioni dell'atto costitutivo (art. 2379, comma 2, n. 4, e comma 4);
 - b. le decisioni di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci (art. 2379, comma 2, n. 5, e comma 4); e
2. se il metodo assembleare appare imprescindibile per le seguenti altre mate-

tempo, dei diversi associati che intervengono, permette che la discussione e la dichiarazione di voto di ciascuno influiscano sull'espressione volitiva degli altri, garantendo una integrazione reciproca delle volontà individuali; permettere che la votazione avvenga frazionatamente può alterare lo svolgimento dell'assemblea, che in via ordinaria non può che richiedere una contestualità, per quanto possibile, delle diverse dichiarazioni di voto».

rie (non elencate come soggette inderogabilmente al metodo collegiale nell'art. 2379, comma 2 e comma 4):

- a. la riduzione del capitale per perdite (artt. 2482-*bis*, comma 1, e 2482-*ter*, comma 1) (qui infatti si tratta di una modifica statutaria e il metodo assembleare ne deriva come conseguenza);
- b. la decisione di adozione di «opportuni provvedimenti» ove il notaio verbalizzante ritenga non adempite le condizioni stabilite dalla legge (art. 2436, comma 3, secondo periodo) (il metodo assembleare dovrebbe derivare dal rilievo che si tratta di una decisione circa una precedente decisione dell'assemblea);
- c. la messa in liquidazione della società (art. 2484, comma 1, n. 6) (pure qui si tratta di una modifica statutaria);
- d. la nomina e la revoca dei liquidatori e la determinazione dei criteri di liquidazione (art. 2487) (qui se, per vero, la legge fa riferimento alla “assemblea”, e se pure, per vero, si tratta di materia che, nel “vecchio” diritto, era soggetta alle regole dell'assemblea straordinaria ai sensi del “vecchio” art. 2450, potrebbe invero ritenersi che la penna del legislatore, ove ha scritto il termine “assemblea” in quel caso fosse animata esclusivamente dal pensiero verso le procedure della società per azioni; in detta norma, peraltro, si dice che l'assemblea di società per azioni è “straordinaria” in quanto delibera con le maggioranze previste per le modifiche dell'atto costitutivo, ciò che potrebbe attrarre la materia, spostando il discorso nel campo della società a responsabilità limitata, nel novero di quelle per le quali appunto è prevista la necessaria assemblearità *ex* art. 2479, comma 4);
- e. la revoca dello stato di liquidazione (art. 2487-*ter*) (questo è il caso eguale e contrario rispetto alla messa in liquidazione e quindi pare seguirne le stesse sorti);

(quanto invece all'approvazione della richiesta di concordato preventivo o fallimentare e alla domanda di ammissione all'amministrazione controllata, di cui agli artt. 152, 161 e 187 della legge fallimentare, invero, detta legge è stata scritta in un'epoca dove di decisioni extrassembleari ovviamente non si parlava e quindi ci si può fondatamente interrogare se il riferimento alla “assemblea” operato in quelle norme debba ancor oggi essere inteso in senso cogente)⁶;

(quanto infine alla decisione di assunzione di partecipazioni in una società a responsabilità illimitata, l'art. 2361, comma 2, si riferisce invero a una deliberazione assembleare, ciò che non potrebbe peraltro non essere così,

⁶ Cfr. RESTAINO L., *Sub Articolo 2479*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 161, nota 13.

in quanto il legislatore che scrive quella norma sta evidentemente pensando al caso della società per azioni, *sedes materiae* ove decisioni non assembleari, come noto, non se ne prevedono);

3. per ogni altro ambito decisionale dunque l'atto costitutivo può prevedere (art. 2379, commi 3 e 4) che i soci decidano attraverso il metodo del «consenso scritto» o della «consultazione espressa per iscritto», a meno che (art. 2379, comma 4) il metodo assembleare sia richiesto:

a. da uno o più amministratori;

b. da un numero di soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale.

A quest'ultimo riguardo occorre sottolineare che non è richiesto che gli amministratori e i soci esplicitino le motivazioni in base alle quali essi domandano la decisione assembleare, cosicché deve ritenersi che detta richiesta abbia in sé un "valore assoluto", e cioè non sia possibile non darvi seguito o comprimerne l'espressione in qualunque modo: anche per questo quindi (nonché per il "solito" rilievo della centrale rilevanza del socio nella vita sociale) la norma appare senz'altro inderogabile nel senso di non potersi statutariamente restringere i casi in cui la legge dispone la necessità del metodo assembleare, mentre essa appare d'altro canto senz'altro derogabile ove si voglia per statuto ampliare la previsione legislativa circa la necessità di svolgere l'assemblea (per esempio, prevedendo che l'assemblea possa essere richiesta da un quoziente di soci inferiore al terzo del capitale sociale).

Bisognerebbe poi capire fino a quale limite temporale questo potere di amministratori e soci di coinvolgere tutti i soci in una data decisione possa esplicarsi (si pensi, per esempio, a un *iter* di "consultazione scritta" già avviato con la divulgazione del quesito soggetto a referendum). A questa domanda probabilmente si risponde nel senso che detto potere va ritenuto ammissibile «fin quando non si formi una decisione sociale»⁷ e che comunque, se si tratta di richiesta dei soci (rappresentanti almeno un terzo del capitale sociale, salvo diminuzioni statutarie di questo quoziente) essa non potrà essere avanzata dai soci che, avendo già eventualmente votato, abbiano con ciò "consumato" quel potere di domandare la decisione collegiale per aver implicitamente "accettato", votando, il metodo extrassembleare.

Va infine sottolineato che, quando (per legge o per statuto) i soci adottano in assemblea le loro decisioni, la riforma non offre più nella società a responsabilità limitata la distinzione (che permane invece nella società per

⁷ Cfr. RESTAINO L., *Sub Articolo 2479*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 162.

azioni: art. 2363) tra assemblea in sessione “ordinaria” e assemblea in sessione “straordinaria”, ripartizione che la legge previgente essenzialmente operava (con riferimento alle materie trattate) per riferire all’una o all’altra sessione differenti regole in tema di *quorum* (vecchio art. 2486, comma 1) e di verbalizzazione (vecchio art. 2375, richiamato dal vecchio art. 2486, comma 2), quando invece ora:

- quanto ai *quorum*, la legge offre una regola di *default* (art. 2479-*bis*, comma 3), applicabile cioè in mancanza di diversa previsione di statuto, il quale dunque può intervenire a dettare un *quorum* deliberativo valevole per qualsiasi assemblea o diverso a seconda delle materie caso per caso trattate;
- quanto alla verbalizzazione, provvede l’art. 2480, che dispone il ministero notarile per quelle decisioni dei soci che importino modificazioni dell’atto costitutivo.

6.3.1 “Consenso” scritto e “consultazione” espressa per iscritto

Dopo aver dunque offerto la possibilità di prevedere nello statuto di società a responsabilità limitata l’adottabilità delle decisioni da parte dei soci non con il metodo collegiale ma mediante «consenso scritto» o «consultazione espressa per iscritto» (fatta eccezione, come sopra detto, per quelle che comportino modifiche allo statuto o autorizzino l’effettuazione di operazioni che comportano la modifica dell’oggetto sociale o dei diritti dei soci (nonché per le decisioni di riduzione del capitale per perdite, messa in liquidazione della società, nomina e revoca dei liquidatori e determinazione dei criteri di liquidazione, revoca dello stato di liquidazione, approvazione della richiesta di concordato preventivo o fallimentare e la domanda di ammissione all’amministrazione controllata) per le quali occorre inderogabilmente l’assemblea, la legge non spende invero una sola parola sulle modalità attraverso le quali queste metodologie decisionali concretamente si debbono esplicare. Per imprescindibili ragioni di certezza è dunque necessario che una opportuna regolamentazione di queste modalità operative sia apprestata negli statuti, ai quali può essere anche alternativamente demandato di:

- a. consentire l’utilizzo del “consenso scritto” e della “consultazione espressa per iscritto” per qualsiasi decisione;
- b. limitare l’assunzione di decisioni da parte dei soci al solo “consenso scritto” o alla sola “consultazione espressa per iscritto”;
- c. individuare quali siano le decisioni suscettibili di essere adottate con “consenso scritto” e quali invece siano quelle adottabili con “consultazione espressa per iscritto”.

Sotto quest'ultimo profilo, va innanzitutto premesso che “consultazione scritta” e “consenso espresso per iscritto”, in nome del riconoscimento che la riforma fa al carattere “contrattuale” dei rapporti tra i soci, sono entrambi metodi decisionali che si fondano sull'incontro delle singole volontà negoziali dei soci (è il cosiddetto “metodo negoziale puro”)⁸, allo stesso modo in cui esse si incontrano nelle società di persone, e ciò in contrapposizione al metodo deliberativo tipico dei consessi collegiali.

Più precisamente, quanto alla «consultazione scritta», occorre immaginare che qualcuno (un socio, un amministratore, un sindaco) appunto “consulti” i soci sull'opportunità di adottare una data decisione; e che, a mo' di “referendum”⁹, i soci rispondano a questa consultazione esprimendo o meno il proprio consenso sulla decisione prospettata da chi ha effettuato la consultazione¹⁰. Ebbene, nello statuto dovranno almeno essere inserite previsioni (oltre a doversi affrontare il problema circa la spettanza del soggetto legittimato a scegliere tra il sistema della “consultazione scritta” e quello del “consenso espresso per iscritto” ove siano entrambi praticabili, salvo che lo statuto consenta uno solo dei due metodi oppure dedichi un metodo a certe decisioni e l'altro metodo a certe altre decisioni) circa:

- a. l'individuazione dei soggetti legittimati ad attivare la consultazione;
- b. le modalità di invio di questa “circolare” ai soci (e cioè disponendo se possa esser scritta su qualsiasi supporto – cartaceo o digitale – e poi trasmessa con qualsiasi sistema: postale, “a mano”, “in corso particolare”, elettronico, via telefax ecc.) e comunque mediante metodologie di comunicazione che lascino prova dell'avvenuta trasmissione e dell'avvenuto raggiungimento del destinatario, al suo indirizzo “fisico” (per la posta), “virtuale” (per gli e-mail) o “telefonico” (per i telefax)¹¹;

⁸ Cfr. NOTARI M., *L'assemblea e i processi decisionali dei soci nelle proposte di riforma delle società non quotate*, in *Riv. soc.*, 2001, 130.

⁹ Di referendum parla MIRONE A., *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, 1998, 17.

¹⁰ Di «adesione non contestuale a un documento fatto previamente circolare» parla RESTAINO L., *Sub Articolo 2479*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 159.

¹¹ Occorre ricordare che la trasmissione via telefax (di un *documento scritto*) e la trasmissione per posta elettronica (di un *documento scritto* “scannerizzato”), hanno una ridotta efficacia probatoria in quanto esse sono “riproduzioni meccaniche” che fanno piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime (art. 2712).

- c. le modalità temporali da rispettare nella fornitura, da parte del socio, della propria decisione;
- d. le modalità di trasmissione alla società, al “consultante” e agli altri soci della decisione così espressa (per il che può ripetersi quanto sopra detto per l’invio della “circolare”)¹²;
- e. le modalità attraverso le quali infine si procede alla “conta” dei consensi pervenuti, alla proclamazione del risultato, alla sua verbalizzazione, alla sua divulgazione presso i soci, gli amministratori e i sindaci (o il revisore), alla conservazione della documentazione prodotta in questo procedimento.

Quanto al «consenso scritto», questa metodologia decisionale evidentemente differisce da quella appena illustrata per la mancanza di un preventivo stadio di “consultazione”: qui invero occorre immaginare, per esempio, che in una società a ristretta base sociale i soci siano talmente in contatto tra loro da accordarsi di mettere per iscritto la loro individuale volontà su un dato argomento senza convenire in una formale assemblea e che dalla somma dei consensi individuali così “spontaneamente” formatisi (e cioè non sollecitati da una preventiva “consultazione”) infine emerga la collettiva volontà dei soci di addivenire al compimento di una certa operazione¹³. E anche qui nello statuto occorrono norme, simili a quelle sopra previste per la consultazione scritta, inerenti le modalità di redazione e trasmissione dei consensi, il loro afflusso presso la società, la loro verifica e il loro computo, la proclamazione del risultato, la sua verbalizzazione.

Se dunque su tutto quanto precede la legge tace completamente, nella disciplina di riforma si rinvengono peraltro due disposizioni di principio, su cui è opportuno riflettere:

- a. innanzitutto, per l’art. 2479, comma 3, «dai documenti sottoscritti dai soci devono risultare con chiarezza l’argomento oggetto della decisione e il consenso alla stessa»: previsione che appare ovvia e quindi del tutto pleonastica in quanto la “chiarezza” non sembra essere un concetto dotato di

¹² Per posta elettronica può essere inviato uno scritto “scannerizzato”, ma non una “semplice” videoscrittura, la quale non è una scrittura privata per la mancanza della sottoscrizione. Per considerarsi soddisfatto il requisito della forma scritta occorre infatti confezionare un “documento informatico”, vale a dire quello sottoscritto con “firma elettronica”, “firma elettronica avanzata” o “firma digitale”: si veda sul punto l’art. 10, D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, come sostituito dall’art. 6, D.lgs. 23 gennaio 2002, n. 10.

¹³ Cfr. RESCIO G.A., *L’assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 21 (del dattiloscritto), secondo cui il concetto di “consenso espresso per iscritto” indica qualsiasi ipotesi di volontà decisionale extrassembleare non manifestata in seguito a una previa consultazione dei soci e in adesione a una predefinita proposta di decisione.

particolare valenza giuridica, a meno di non volerne derivare che il legislatore (ma, a questo punto, nient'affatto "chiaramente") abbia inteso con ciò escludere la possibilità di attribuire rilevanza a una volontà "tacita" del socio e quindi a un suo comportamento concludente (ciò che comunque dovrebbe già da sé desumersi dalla necessità che la volontà del socio sia "scritta"), fermo restando che la "chiarezza" non impedisce di certo l'assunzione, da parte del socio, accanto a decisioni "espressamente" formulate, anche di decisioni "implicitamente" desumibili da quanto è stato scritto;

- b. inoltre, per il successivo comma 5 del medesimo art. 2479, è disposto che «ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni previste dal presente articolo»: in altri termini, se si procede con la "consultazione", è imprescindibile che la circolarizzazione riguardi tutti i soci, mentre, se si procede con il "consenso", è pure qui imprescindibile che della decisione espressa da ciascun socio, una volta messa per iscritto, siano partecipati anche tutti gli altri soci¹⁴ (non è quindi possibile procedere, come nelle società di persone, con il metodo della "raccolta interna del consenso della maggioranza"¹⁵ e cioè che la maggioranza raccolga al suo interno i consensi sufficienti per l'adozione della decisione, senza coinvolgere in essa tutti i soci). Non va infatti dimenticato che, ai sensi dell'art. 2379-ter, comma 3, le decisioni «prese in assenza assoluta di informazione» sono equiparate a quelle «aventi oggetto illecito o impossibile» per essere impugnabili «da chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla trascrizione» della decisione nell'apposito libro delle decisioni dei soci¹⁶, pur sempre fermo restando che una conoscenza dell'evento assembleare acquisita per canali diversi da quello dell'ordinario avviso di convocazione è stata talora ritenuta sufficiente a integrare il diritto di informazione del socio e la validità dell'assunta deliberazione¹⁷.

Al di là di questa necessità di coinvolgimento nella decisione (cosiddetto "interesse al voto") vi sarebbe poi da valutare se i soci abbiano o meno

¹⁴ Cfr. BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1070.

¹⁵ Cfr. MIRONE A., *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, 1998, 18.

¹⁶ Sulla ricorrenza della «assoluta mancanza di informazione» quando il socio «non sia stato convocato, ma anche quando, in mancanza di decisione assembleare, egli non sia stato posto in condizione, perché assolutamente non informato, di esprimere la propria opinione», cfr. ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2479-ter*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 178.

¹⁷ Cfr. Trib. Torino, 27 maggio 1995, in *Società*, 1995, 1482.

anche il cosiddetto “interesse al confronto”¹⁸ e cioè a influenzare la determinazione di volontà degli altri: invero, nella normativa in esame non si riscontrano indici in tal senso e, anzi, l’abbandono del metodo collegiale dovrebbe chiaramente indicare che il legislatore, in una società così fortemente “personalizzata” come la società a responsabilità limitata, composta da un ristretto numero di soci, i quali sono quasi sempre assai strettamente in contatto tra di loro, non dia alcuna valenza alla virtuosità di un eventuale confronto.

Non appare peraltro implausibile (né certamente inopportuno) che statutariamente si preveda un sistema di espressione del “consenso scritto” del socio o della sua manifestazione di volontà a seguito di una ricevuta “consultazione scritta” solo dopo un preventivo stadio appunto di “confronto”, e cioè consentendo a ciascun socio di esprimere agli altri, prima che costoro “votino”, le proprie opinioni.

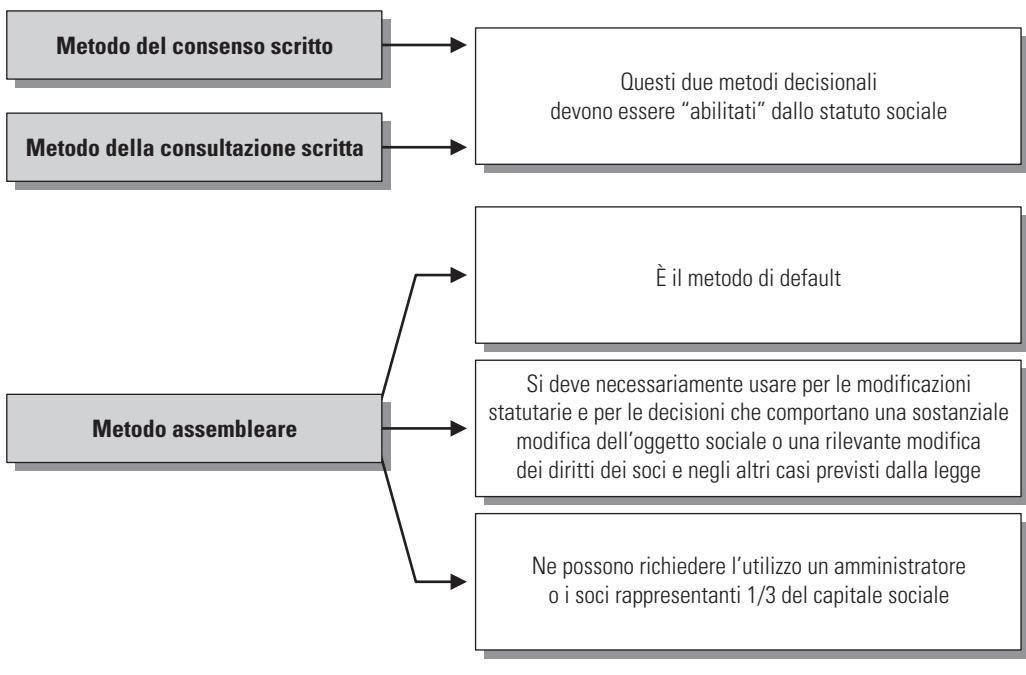
Quanto infine alla questione se il voto (una volta espresso mediante “consenso scritto” o “consultazione per iscritto” e prima che la decisione debba intendersi formata) sia revocabile dal socio che l’ha espresso (e salvo il caso che lo statuto della società a responsabilità limitata disciplini esplicitamente la materia) appare di poter affermare che se il voto esplicitato con quelle modalità sia qualificabile, come sembra, in termini di atto unilaterale recettizio (il voto dato in via remota non vale in quanto “dato” ma in quanto indirizzato nel “centro di raccolta” dei consensi dei soci, che è normalmente da individuarsi presso la sede sociale)¹⁹ allora altro non ne può discendere che una facoltà di revoca fin quando esso non sia giunto a detto centro di raccolta, l’arrivo presso il quale dovrebbe così rendere irrevocabile la volontà manifestata dal socio sull’assunzione di una data decisione (a meno di non voler equiparare il voto a una proposta contrattuale e quindi ritenerne la revocabilità fin quando la decisione non si sia formata).

6.3.2 L’assemblea dei soci

Quando dunque per volontà di legge o per disposizione statutaria le decisioni dei soci vanno assunte secondo il tradizionale metodo collegiale, occorre riferirsi alle nuove norme che la riforma detta in tema di svolgimento dell’assemblea dei soci. Esaminiamole a seconda delle fasi che lo sviluppo del procedimento assembleare attraversa.

¹⁸ Cfr. RESTAINO L., *Sub Articolo 2479*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 160.

¹⁹ Ma è bene che lo statuto di questa materia si occupi specificamente.

Figura 6.1 Le modalità decisionali dei soci

6.3.2.1 La convocazione

Il primo comma dell'art. 2479-*bis* dispone che:

- il sistema base, e cioè ove non vi siano sul punto previsioni statutarie, è quello della "tradizionale" «lettera raccomandata²⁰ spedita ai soci²¹ almeno otto giorni prima dell'adunanza al domicilio risultante dal libro dei soci»²²;

²⁰ Non è necessario l'«avviso di ricevimento» (o «ricevuta di ritorno»): cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 290; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-*bis*, Bologna-Roma, 1992, 189.

²¹ Ma, ovviamente, anche agli amministratori, ai sindaci (cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 295) e al revisore, ove nominati.

²² Secondo Trib. Milano, 28 settembre 1989, in *Società*, 1990, 47, «con riguardo alle formalità di convocazione dell'assemblea di società a responsabilità limitata, il termine di otto giorni previsto dall'art. 2484, 1° comma, c.c., deve essere computato dalla data di spedizione al socio dell'avviso di

- questa previsione di *default* può peraltro essere superata da un'apposita disposizione dell'atto costitutivo, con la quale è possibile determinare «i modi di convocazione dell'assemblea dei soci, tali comunque da assicurare la tempestiva informazione sugli argomenti da trattare»²³. Quindi:
 - non solo si può prevedere nello statuto della nuova società a responsabilità limitata l'abbassamento²⁴ del limite degli otto giorni per la spedizione della raccomandata (senza tuttavia infrangere il principio di una corretta tempestività dell'informazione al socio²⁵ che è sempre più oggetto di attenzione²⁶; per esempio, si potrebbe immaginare una clausola che preveda la convocazione con lettera che giunga al socio almeno quattro giorni “liberi” prima dell'adunanza) (si ricordi anche che la “parallela” norma in tema di società per azioni – l'art. 2366, comma 3 – dispone la possibili-

convocazione dell'assemblea e non da quella dell'effettiva ricezione di tale comunicazione»; ma per Trib. Milano, 11 gennaio 1979, in *Giur. comm.*, 1979, II, 237, «è annullabile, per irregolarità di convocazione, la deliberazione assunta da assemblea convocata dagli amministratori con lettera raccomandata spedita ai soci otto giorni prima dell'adunanza, ma pervenuta al socio impugnante il giorno dell'adunanza stessa».

²³ Va ricordato che Trib. Torino, 9 luglio 1999, in *Giur. it.*, 1999, 2099, per il quale «l'onere della prova che l'avviso di convocazione dell'assemblea sia stato ricevuto dal socio con un preavviso ragionevole e congruo per consentirgli di intervenire alla riunione spetta agli amministratori della società a responsabilità limitata, i quali, nel caso di lettera raccomandata spedita all'estero, non possono avvalersi della presunzione di tempestivo ricevimento che assiste tale tipo di comunicazione postale».

²⁴ Per Trib. Roma, 3 dicembre 1998, in *Riv. not.*, 1999, 501, «è omologabile l'atto costitutivo di una s.r.l. il cui statuto preveda, in alternativa al termine previsto dall'art. 2484 c.c. di 8 giorni a mezzo raccomandata per la convocazione dell'assemblea, un termine di convocazione di 5 giorni a mezzo telegramma, telex o telefax per quei soci che ne abbiano indicato i relativi numeri nel libro soci».

²⁵ Occorre per esempio rammentare che secondo Trib. Milano, 13 aprile 1987, in *Società*, 1987, 936, «deve ritenersi validamente costituita l'assemblea la cui convocazione è avvenuta secondo modalità differenti da quelle previste dallo statuto, se tale diversa forma di convocazione ne rappresenta un valido equipollente e se comunque è rispondente alla *ratio legis* della norma che impone la spedizione dell'avviso di convocazione almeno otto giorni prima dell'assemblea, in primo luogo, per evitare che possa venir mosso alcun addebito agli amministratori sotto il profilo del rispetto dell'obbligo di convocazione e, in secondo luogo, per garantire il diritto del socio ad avere uno spazio temporale sufficiente a programmare la sua partecipazione all'assemblea e ad acquistare le informazioni necessarie per esprimere in quella sede un voto informato e responsabile».

²⁶ Cfr. NATALE L., *Preavviso di convocazione dell'assemblea e interesse del socio all'informazione*, in *Società*, 1995, 1482; Trib. Torino, 9 luglio 1999, in *Giur. it.*, 1999, 2099, secondo cui l'avviso di convocazione deve pervenire al socio con un anticipo tale da consentirgli sia la materiale partecipazione all'assemblea, sia una diligente attività di documentazione e preparazione per la partecipazione al dibattito. Ma cfr. Trib. Foggia, 22 giugno 1999, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 2001, I, 491, secondo cui «per la corretta convocazione dell'assemblea di una società a responsabilità limitata è sufficiente che l'avviso di convocazione sia spedito almeno otto giorni prima dell'adunanza, a prescindere dall'effettiva ricezione, in quanto dalla spedizione deriva una presunzione legale della conoscenza, da parte del socio, degli argomenti da discutersi in assemblea».

- tà delle società per azioni “chiuse” di introdurre statutariamente avvisi “personalizzati” in luogo delle pubblicazioni su *Gazzetta Ufficiale* o giornali quotidiani, a condizione che l’avviso di convocazione sia «comunicato ai soci con mezzi che garantiscano la prova dell’avvenuto ricevimento almeno otto giorni prima dell’assemblea»);
- ma anche si possono prevedere modalità di convocazione che prescindano dalla lettera raccomandata, come, per esempio, l’utilizzo del telegramma, del telefax²⁷, della posta elettronica²⁸, dell’avviso pubblicato su un dato organo di stampa (così come disposto per le società per azioni dall’art. 2366, comma 2) o affisso in qualche luogo di normale accessibilità ai soci²⁹.

Non va peraltro dimenticato che il termine di convocazione non può essere scoordinato dalle norme disposte in tema di corretta ed esauriente informativa dei soci sugli eventi oggetto di futuro esame assembleare³⁰: e così se, in tema di riduzione del capitale per perdite, l’art. 2482-bis, comma 2, prevede il termine (peraltro statutariamente derogabile) di otto giorni prima dell’assemblea per il deposito presso la sede sociale della relazione degli amministratori (con le osservazioni dei sindaci o del revisore) sulla situazione patrimoniale della società; e se, in tema di bilancio d’esercizio, l’art. 2429, richiamato nella società a responsabilità limitata dall’art. 2478, comma 1, prescrive che il bilancio, con le copie integrali dell’ultimo bilancio delle società controllate e un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell’ultimo bilancio delle società collegate, deve restare depositato in copia nella sede della società, insieme con le relazioni degli amministratori e dei sindaci durante i quindici giorni che precedono l’assemblea, in modo che i soci possano prenderne visione; è difficile immaginare che detti termini possano venir messi nel nulla dalla possibilità che l’avviso di convocazione non giunga ai soci anteriormente a quei periodi che sono disposti nel loro interesse al fine di esplicitare il pro-

²⁷ Cfr. Trib. Roma, 3 dicembre 1998, in *Riv. not.*, 1999, 501.

²⁸ Cfr. Trib. Sassari, 19 maggio 2000, in *Società*, 2001, 209; in *Vita not.*, 2001, 883. Sulla convocabilità mediante telefax cfr. CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 523.

²⁹ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 227, che parla di convocazione mediante «telegrammi, il fax, la posta elettronica e persino i telefoni se dotati di registrazione e i telefoni mobili per gli “sms”».

³⁰ Sul tema che il termine di preavviso debba essere ampliato a seconda dell’oggetto della delibera, così che, per esempio, in caso di assemblea di approvazione del bilancio, il termine consenta ai soci di prendere visione del bilancio, depositato presso la sede sociale, cfr. NICCOLINI G., *In tema di rinvio all’assemblea e di applicabilità dell’art. 2441 cod. civ. alla s.r.l. (con una postilla sui termini di convocazione dell’assemblea di s.r.l.)*, in *Annali 1997 (Quaderni dell’Istituto giuridico della Facoltà di economia dell’Università degli Studi della Tuscia, n. 3)*, Viterbo, 1998, 355 e in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 593.

prio diritto all'informazione e alla consapevole preparazione in vista dell'evento decisionale cui essi debbono partecipare³¹.

È chiaro tuttavia che, ove si prescelga un sistema di convocazione "individuale" (e cioè non mediante pubblicazione o affissione), occorre immaginare (e prevedere in statuto) modalità di trasmissione dell'avviso tali da lasciare la prova del suo invio e della sua ricezione, in modo insomma che non vi siano perplessità in ordine alla corretta informativa a tutti i soci dell'approssimarsi dell'evento assembleare (si pensi al messaggio e-mail sottoscritto con firma digitale, il quale, per definizione, è dotato di una "validazione temporale")³²; e quindi ritenere insomma applicabile alla società a responsabilità limitata il disposto dell'art. 2366, comma 3, secondo cui nelle società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio si può convocare l'assemblea «mediante avviso comunicato ai soci con mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento».

Quanto infine:

- alla legittimazione a concepire³³ e a spedire l'avviso, in mancanza di un

³¹ Cfr. Cass., 11 maggio 1998, n. 4734, in *Società*, 1998, 1291, secondo cui «l'obbligo fissato dall'art. 2432, 3° comma, c.c. (...) applicabile anche in tema di società a responsabilità limitata, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 2491 c.c.) avente a oggetto il deposito del progetto di bilancio nei quindici giorni antecedenti all'assemblea fissata per l'approvazione del bilancio stesso, si rende strumentale rispetto alla finalità di assicurare il soddisfacimento del diritto dei soci a essere informati; un tal diritto – che rappresenta il bene giuridico tutelato dalla norma – postula non solo che il progetto di bilancio resti depositato per l'indicato periodo, ma anche e soprattutto che sia effettivamente consentito ai soci di esaminarlo, dal che consegue che ogni impedimento frapposto al socio (o a un suo delegato) il quale precluda allo stesso di prendere visione del (progetto di) bilancio comporti di per se stesso la violazione del diritto all'informazione tutelato dalla norma suddetta, e possa giustificare (rendendosi irrilevante, a un tal punto, ogni accertamento in ordine alla regolarità – in sé – del deposito) l'annullamento della successiva delibera di approvazione del bilancio medesimo».

³² Cfr. art. 14 (R) ("Trasmissione del documento informatico") del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 ("Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa") secondo cui:

a. «il documento informatico trasmesso per via telematica si intende inviato e pervenuto al destinatario, se trasmesso all'indirizzo elettronico da questi dichiarato» (comma 1);

b. «la data e l'ora di formazione, di trasmissione o di ricezione di un documento informatico, redatto in conformità alle disposizioni del presente testo unico e alle regole tecniche di cui agli <http://cldb/a?tipo=hL&Stringa=L1656330029>, comma 2 e <http://cldb/a?tipo=hL&Stringa=L1656330030>, comma 4, sono opponibili ai terzi» (comma 2);

c. «la trasmissione del documento informatico per via telematica, con modalità che assicurino l'avvenuta consegna, equivale alla notificazione per mezzo della posta nei casi consentiti dalla legge» (comma 3).

³³ Per Trib. Cassino, 14 maggio 1990, in *Vita not.*, 1991, 635, «la convocazione dell'assemblea, qualora l'amministrazione della società sia affidata a più persone, le quali costituiscono il consiglio di

input del legislatore, occorre provvedere statutariamente³⁴, individuando all'uopo o l'organo amministrativo nella sua collegialità e/o singoli suoi componenti oppure anche singoli soci³⁵;

- al contenuto dell'avviso di convocazione³⁶: nel silenzio della legislazione in tema di società a responsabilità limitata è da ritenere applicabile per analogia il disposto dell'art. 2366, comma 1, in tema di società per azioni, ove è prescritto che detto avviso deve almeno contenere «l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo dell'adunanza e l'elenco delle materie da trattare»³⁷; stante tale vuoto normativo, si prospetta quindi come oppor-

amministrazione, ha da essere deliberata da questo organo collegiale; la mancanza di questo requisito di regolarità della convocazione determina l'inesistenza della delibera assembleare».

³⁴ Cfr. Trib. Trento, 6 luglio 1999, in *Giur. comm.*, 2001, II, 84, per il quale la regola secondo cui la convocazione dell'assemblea deve essere deliberata collegialmente da parte del consiglio di amministrazione, a pena di annullabilità della conseguente deliberazione ai sensi dell'art. 2377 c.c., è rispettata anche quando la fissazione della data e del luogo di convocazione venga delegata al presidente.

³⁵ Si ricordi che Cass., 10 luglio 1975, n. 2719, in *Giur. comm.*, 1977, II, 39, sostenne che «in una società a responsabilità limitata, l'avviso di convocazione dell'assemblea deve essere sottoscritto da tutti gli amministratori, anche se questi sono gli unici soci, a dimostrazione della sussistenza dell'accordo di essi in ordine alla convocazione sino al momento della spedizione dell'avviso. La mancanza della sottoscrizione di uno degli amministratori nell'avviso di convocazione dell'assemblea di società a responsabilità limitata determina la nullità dell'avviso e quindi l'invalidità delle relative deliberazioni assembleari, tranne nel caso in cui vi sia stata la partecipazione di tutti i soci e degli amministratori (assemblea cosiddetta totalitaria)».

³⁶ Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 292.

³⁷ Cfr. Cass., 16 luglio 1968, n. 2570, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 82, secondo cui l'elenco delle materie da trattare, che deve essere inserito nell'avviso di convocazione dell'assemblea, a norma dell'art. 2366 c.c., non deve contenere l'indicazione particolareggiata degli argomenti e dei temi di esame, ma ne deve tuttavia fare una menzione, sia pure sintetica, ma chiara e non ambigua; Trib. Napoli, 12 gennaio 1989, in *Giur. comm.*, 1989, II, 426; in *Società*, 1989, 839, secondo cui «in considerazione della funzione dell'avviso di convocazione dell'assemblea, appare agevole escludere la necessità di un'indicazione particolareggiata delle materie o, addirittura, del contenuto della delibera da adottare, essendo sufficiente un'indicazione sintetica, purché chiara e non ambigua, specifica e non generica, idonea a consentire la discussione»; Cass., 27 aprile 1990, n. 3535, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1394; in *Giust. civ.*, 1990, I, 2577, secondo cui «l'enunciazione delle materie da trattare contenuta nell'avviso di convocazione dell'assemblea può essere sintetica, purché chiara e non generica; pertanto l'amministratore, il quale intenda adempiere al potere-dovere di convocare l'assemblea per lo scioglimento della società deve indicare nell'ordine del giorno la "causa" o le "cause" tipiche di esso (in modo distinto fra loro se non più d'una), anche se lo scioglimento sia proposto in virtù di delibera assembleare, senza necessità di indicarne i motivi per iscritto, costituendo essi oggetto di esposizione e di discussione nell'adunanza dei soci»; Trib. Vallo della Lucania, 25 ottobre 1996, in *Foro it.*, 1997, I, 592, secondo cui «l'ordine del giorno dell'assemblea deve essere formulato in modo chiaro e senza ambiguità, così da permettere ai soci di prevedere il tipo di deliberazione sul quale saranno chiamati a esprimere il loro voto (nella specie, il tribunale ha giudicato generica la dizione "deliberazione in merito alla proroga della società", posto che l'atto costitutivo prevedeva che la durata

tuna l'inserzione nello statuto della società a responsabilità limitata di una previsione *ad hoc*;

- alle modalità di inoltro dell'avviso di convocazione: qualora si intendano seguire metodologie di trasmissione diverse dalla tradizionale corrispondenza cartacea (ove evidentemente tiene banco il domicilio "fisico" del socio indicato nel libro dei soci), è opportuno che il libro soci sia integrato delle opportune informazioni: e così, dell'indirizzo di posta elettronica cui inviare gli e-mail oppure del numero telefonico cui trasmettere i fax;
- al problema della "sospensibilità" dell'avviso di convocazione mediante la procedura cautela d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., la legge di riforma non apporta alcun indizio, e quindi non ci si può non rimettere alle tesi formulate nel diritto previgente³⁸.

6.3.2.2 La convocazione su richiesta della minoranza

Nel sistema previgente, per effetto del richiamo numerico operato dal vecchio art. 2486, comma 2, il "vecchio" art. 2367 disponeva che gli amministratori avrebbero dovuto convocare senza ritardo l'assemblea³⁹, quando ne fosse stata fatta domanda da tanti soci che rappresentassero almeno il quinto del capitale sociale⁴⁰.

Oggi, invece, mentre è disposto che i soci di società per azioni possono richiedere la convocazione dell'assemblea se detta richiesta sia fatta da almeno un decimo del capitale sociale (o la minor percentuale prevista dallo statuto: art. 2367, comma 1), quanto alla società a responsabilità limitata è disposto (art. 2479, comma 1) che la decisione dei soci può essere attivata, come già riferito, da «tanti soci che rappresentano almeno un terzo del

della società potesse essere prorogata solo di biennio in biennio e il testo di deliberazione poi in concreto presentato all'approvazione dell'assemblea ipotizzava invece una modificazione statutaria in forza della quale la durata della società si sarebbe protratta per un più lungo arco di tempo); App. Milano, 27 marzo 2002, in *Società*, 2002, 1521, secondo cui «al fine di evitare la violazione del disposto di cui all'art. 2366, 1° comma, c.c., è sufficiente che nelle convocazioni assembleari sia contenuta un'identificazione sintetica, purché chiara e non ambigua, specifica e non generica, delle materie all'ordine del giorno».

³⁸ In senso contrario Trib. Catania, 19 ottobre 1993, in *Giur. comm.*, 1994, II, 691; e Trib. Napoli, 25 novembre 1996, in *Società*, 1997, 920; in senso favorevole Pret. Milano, 11 settembre 1985, in *Foro it.*, 1986, I, 545; e Pret. Voghera, 25 ottobre 1991, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 314.

³⁹ Per Trib. Aosta, 12 aprile 1994, in *Società*, 1995, 70, «si concretizza un abuso del diritto riconosciuto alla minoranza assembleare dall'art. 2367 c.c., qualora lo stesso diritto venga esercitato al solo fine di perseguire intenti dilatori o di mero disturbo, e di conseguenza una funzione disgregatrice all'interno della compagine sociale. In tal caso, gli amministratori legittimamente possono rifiutare la convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza».

⁴⁰ Cfr. VIDIRI G., *Art. 2367 c.c. e decreto del presidente del tribunale di convocazione dell'assemblea dei soci*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 827.

capitale sociale»; la legge non richiede che i soci esplicitino le motivazioni in base alle quali essi richiedono la convocazione, di modo che deve ritenersi che detta richiesta abbia in sé un “valore assoluto”, e cioè non sia possibile non darvi seguito o comprimerne l’espressione in qualunque modo⁴¹.

Non è infine ripetuta per la società a responsabilità limitata la norma che opportunamente in tema di società per azioni (art. 2367, ultimo comma) invece dispone come la convocazione su richiesta di soci non sia ammessa «per argomenti sui quali l’assemblea delibera, a norma di legge, su proposta degli amministratori o sulla base di un progetto o di una relazione da essi predisposta»; norma la cui applicazione analogica alla società a responsabilità limitata non appare revocabile in dubbio (per esempio, per i casi del progetto di bilancio e del progetto di fusione/scissione).

6.3.2.3 *La rappresentanza in assemblea*

La riforma abbandona drasticamente il previgente sistema del richiamo alla normativa dettata per la società per azioni (attraendo nella società a responsabilità limitata le ivi disposte limitazioni) da parte della disciplina della società a responsabilità limitata e disegna invece per la società a responsabilità limitata medesima un sistema di rappresentanza in assemblea del tutto particolare: l’art. 2479, comma 2, dispone infatti che «se l’atto costitutivo non dispone diversamente, il socio può farsi rappresentare in assemblea». Da questa laconica previsione emergono almeno le seguenti considerazioni:

- l’atto costitutivo della società a responsabilità limitata (o lo statuto, che dir si voglia) può radicalmente escludere la rappresentanza in assemblea;
- ove non sia diversamente previsto, il socio può nominare, senza alcuna

⁴¹ Nel diritto previgente, se per Trib. Milano, 15 ottobre 1987, in *Società*, 1988, 255, e Trib. Udine, 26 marzo 1982, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 662, la richiesta della minoranza dava luogo a un obbligo ineludibile per gli amministratori, per Trib. Napoli, 13 novembre 1996, in *Società*, 1997, 317, «la richiesta di convocazione dell’assemblea avanzata dai soci rappresentanti almeno un quinto del capitale sociale, benché certamente vincolante per gli amministratori, non riduce questi ultimi a meri esecutori materiali della volontà dei soci richiedenti residuando pur sempre ai medesimi amministratori delle funzioni valutative – come per esempio, quelle consistenti nell’interpretare la richiesta in questione, nel verificare se questa contenga l’indicazione degli argomenti da trattare e se l’oggetto di tali argomenti sia determinato, lecito e possibile e quella di stabilire la data e il luogo in cui l’assemblea dovrà tenersi – che, nel caso in cui l’organo amministrativo sia a composizione plurisoggettiva non possono non essere esercitate in forma collegiale. Se così non fosse non si vedrebbe perché il potere di convocare l’assemblea non sia stato dalla legge attribuito, direttamente o quantomeno in via surrogatoria, agli stessi soci interessati e, inoltre, si attribuirebbe all’amministratore più solerte una primazia rispetto ai propri colleghi che sarebbe in aperto contrasto con il metodo collegiale voluto dal legislatore».

limitazione, un proprio rappresentante per prendere parte all'assemblea e per intervenire con voce e voto⁴²;

- lo statuto della società a responsabilità limitata può variamente limitare, con la massima libertà d'azione, l'esercizio della facoltà del socio di partecipare per delega alle assemblee.

In altri termini, da questo quadro emerge con chiarezza come il carattere più spiccatamente personalistico attribuito alla società a responsabilità limitata dalla riforma del diritto societario, la "normale" presenza dei soci di società a responsabilità limitata agli eventi assembleari e il rilievo dato dalle nuove norme alla figura del socio abbiano indotto il legislatore a non riproporre⁴³ per la società a responsabilità limitata tutta quella serie di cautele dettate, contro l'incetta delle deleghe, per l'assemblea della società per azioni a causa della scarsa propensione dei soci di società per azioni a partecipare alle assemblee.

Peraltro, è pur sempre possibile che, ricorrendone l'esigenza nel caso specifico, dalla normativa in tema di rappresentanza nell'assemblea di società per azioni si possa attingere per predisporre limitazioni statutarie alla rappresentanza nelle assemblee di società a responsabilità limitata, e così, per esempio, disciplinare:

1. la forma della delega⁴⁴, che il primo comma dell'art. 2372 dispone dover essere «conferita per iscritto» (sull'imprescindibilità della forma scritta anche per le deleghe rilasciate per partecipare alle assemblee di società a responsabilità limitata va ricordato che l'art. 2479-bis, comma 2, in tema di assemblee di società a responsabilità limitata, impone la conservazione delle deleghe da parte della società; e che il successivo comma 4 necessita il presidente dell'adunanza a controllare la legittimazione degli intervenuti)⁴⁵;

⁴² Cfr. Trib. Udine, 27 gennaio 1983, in *Dir. fall.*, 1983, II, 476, secondo cui nell'assemblea totalitaria di una società a responsabilità limitata, ammissibile malgrado l'assenza di un richiamo esplicito dell'art. 2366, 3° comma, c.c. nell'art. 2486, i soci possono farsi rappresentare da un procuratore speciale».

⁴³ *Contra* SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 229, per il quale «nel silenzio, si dovranno ove possibile applicare per analogia le norme sulle società per azioni».

⁴⁴ Per App. Genova, 19 luglio 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 784, per la validità della procura con cui si conferisce il potere di votare in un'assemblea di società di capitali non è necessaria l'autenticazione della firma del socio delegante. Secondo Trib. Prato, 6 maggio 1987, in *Società*, 1987, 836, «la rappresentanza in assemblea anche di soci presenti, in analogia con quanto disposto dall'art. 2372 c.c., non può essere conferita verbalmente, a meno che non risulti l'assenso di cui sia dato atto a verbale».

⁴⁵ Cfr. ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2479-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma*

2. la specialità della delega, e cioè se essa debba potersi rilasciare, come per le società per azioni che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 2372, comma 2), solo per singole assemblee (ovviamente con effetto anche per le successive convocazioni), oppure anche sotto forma di procura per una pluralità di assemblee, fermo restando che il medesimo secondo comma dell'art. 2372 dispone la liceità sia del rilascio di una procura generale (cioè valevole per amministrare una pluralità di "affari" del mandante, tra i quali, appunto, anche la sua partecipazione ad assemblee societarie)⁴⁶ sia del rilascio da parte di un soggetto diverso da una persona fisica (società, associazione, altro "ente collettivo", fondazione o altra "istituzione") di una delega a partecipare a una pluralità di assemblee;
3. la possibilità per un soggetto diverso dal delegante di indicare il nome del delegato, ciò che è inammissibile nella società per azioni, stante il divieto del rilascio di procura "in bianco" (art. 2372, comma 3);
4. la possibilità per il delegante di sancire l'irrevocabilità della delega, quando invece per la società per azioni è dettata la nullità del patto contrario, cui il delegante aderisca, circa la facoltà di revoca della delega (art. 2372, comma 3);
5. la sostituibilità del delegato con altro soggetto designato non dal delegante, essendo invece disposto in tema di società per azioni che il «rappresentante può farsi sostituire solo da chi sia espressamente indicato nella delega» (art. 2372, comma 3);
6. l'individuazione del delegato nel caso di delega rilasciata a società, associazione, fondazione o altro ente collettivo o istituzione, in quanto, in tema di società per azioni, in questi casi detti enti possono delegare «soltanto un proprio dipendente o collaboratore» (art. 2372, comma 4);
7. la conferibilità della delega «ai membri degli organi amministrativi o di controllo o ai dipendenti della società, né alle società da essa controllate o ai membri degli organi amministrativi o di controllo o ai dipendenti di queste», ciò che è inammissibile nella società per azioni (art. 2372, comma 4)⁴⁷;

ma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, vol. 3, Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione, Torino, 2003, 171.

⁴⁶ Nel diritto previgente, Cass. 20 luglio 1988, n. 4709, in *Società*, 1988, 1030, riteneva invece che «l'art. 8, legge 7 giugno 1974, n. 216, modificando l'art. 2372 c.c., ha inteso imporre all'azionista una maggiore oculatezza nell'esercizio del diritto di farsi rappresentare nell'assemblea, richiedendo (tra l'altro) che la procura sia conferita per singole assemblee e quindi con piena contezza della convocazione di questa e del relativo ordine del giorno, comporta che il procuratore generale dell'azionista non è in quanto tale legittimato a rappresentarlo nell'assemblea, occorrendo invece che, oltre a non rientrare nel novero delle persone cui la rappresentanza non può essere conferita per divieto legale (o statutario), egli sia munito di procura conferita per la specifica assemblea in cui il diritto di voto dovrà essere esercitato».

⁴⁷ Secondo Trib. Milano, 5 marzo 1984, in *Società*, 1984, 1003, l'art. 2372 c.c., per il quale la rappre-

8. la cumulabilità di deleghe in capo al medesimo delegato, essendo disposto dall'art. 2372, comma 5, che nell'assemblea di società per azioni la stessa persona non può rappresentare in assemblea più di venti soci o, se si tratta di società per azioni che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, «più di cinquanta soci se la società ha capitale non superiore a cinque milioni di euro, più di cento soci se la società ha capitale superiore a cinque milioni di euro e non superiore a venticinque milioni di euro, e più di duecento soci se la società ha capitale superiore a venticinque milioni di euro».

Fin qui dunque in tema di deleghe a partecipare ad assemblee; quanto al problema dell'espressione mediante procuratore del "consenso scritto" del socio rispetto all'assunzione di certe decisioni o della sua partecipazione, sempre mediante procuratore, a "consultazioni espresse per iscritto" (di cui all'art. 2479, comma 3), è da ritenere che si devono applicare in queste fattispecie le "ordinarie" regole di diritto comune in tema di rappresentanza negoziale, con l'unico temperamento relativo alle previsioni statutarie che siano eventualmente state dettate sul punto (per esempio, ove sia disposto che il "consenso per iscritto" sia di necessità espresso personalmente dal socio, senza cioè la possibilità che da parte sua si faccia luogo alla nomina di un procuratore).

6.3.2.4 *Il luogo di svolgimento dell'assemblea*

In mancanza di esplicite previsioni statutarie sul punto, la legge (art. 2479-*bis*, comma 3) dispone che il luogo naturale per svolgere l'assemblea è quello della sede sociale (va notato che invece per l'assemblea di società per azioni l'art. 2363, comma 1, sancisce che l'assemblea è di regola «convocata nel comune dove ha sede la società»).

L'atto costitutivo (o lo statuto, che dir si voglia) può tuttavia disporre la convocabilità dell'assemblea in luoghi diversi dalla sede sociale, o già specificamente individuati o, come accade nella quasi totalità dei casi concreti, da individuarsi di volta in volta dall'organo o dal soggetto cui compete la convocazione dell'assemblea (in alcuni casi si ricorre invero a una delimitazione del territorio nel quale la convocazione è possibile: per esempio, in un dato ambito comunale o provinciale o regionale)⁴⁸.

sentanza dei soci nell'assemblea non può essere conferita agli amministratori della società, non vieta che la stessa rappresentanza venga conferita al procuratore della società, anche se fornito di ampi poteri.

⁴⁸ Non divisibile App. Napoli, 27 marzo 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 35, secondo cui «non può essere omologato l'atto costitutivo di una società a responsabilità limitata che preveda che gli amministratori possano convocare l'assemblea dei soci in un luogo anche diverso dalla sede sociale ma che non indichi specificamente in quali luoghi ciò sia consentito».

In epoca recente, si è inoltre assistito a una prassi statutaria indirizzata nel senso di prevedere la convocabilità degli organi societari (l'assemblea e il consiglio di amministrazione) anche al di fuori del territorio nazionale⁴⁹, in nome della crescente internazionalizzazione dell'attività societaria e della necessità/opportunità che determinate riunioni possano anche avvenire all'estero (si pensi al "classico" caso della società italiana interamente partecipata e amministrata da stranieri, così come anche a casi meno "estremi"): sotto questo profilo pare dunque di potersi affermare che se, da un lato, dalla vigente legislazione non si desumono limitazioni sul punto, va pur sempre peraltro tutelata la materiale accessibilità al luogo della riunione a coloro che ne hanno diritto in nome dei principi di buona fede, correttezza e ordinato svolgimento dei rapporti societari; cosicché sembra opportuno che nello statuto siano almeno indicati gli ambiti territoriali al di fuori del territorio nazionale entro i quali gli organi possano essere convocati (e in sostanza evitandosi, perché probabilmente illegittime, generiche espressioni del tipo: «l'assemblea può essere convocata sia presso la sede sociale, sia altrove, in Italia e all'estero»).

6.3.2.5 *La presidenza e la segreteria dell'assemblea*

Dopo aver ribadito la previgente previsione secondo cui l'assemblea è presieduta dalla persona indicata nell'atto costitutivo o, in mancanza, da quella designata dagli intervenuti⁵⁰, l'art. 2379-bis, comma 4, opportunamente ora

⁴⁹ Cfr. App. Milano, 8 maggio 1984, in *Foro it.*, 1986, I, 850, secondo cui «la clausola statutaria che consente la convocazione dell'assemblea anche all'estero è legittima a condizione che vengano indicati gli stati prescelti»; per Trib. Bologna, 2 giugno 1992, in *Vita not.*, 1992, 1071, «i soci di una società per azioni possono in assemblea totalitaria validamente deliberare in deroga allo statuto della società» (nella specie, è stata giudicata valida e omologata una deliberazione di assemblea straordinaria tenuta all'estero nonostante la clausola statutaria che imponeva lo svolgimento dell'assemblea nel territorio dello Stato italiano). Cfr. anche SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 105, che parla dell'interesse dei soci «ad essere messi in condizioni di partecipare ed essere informati, e di non sopportare eccessivi costi o difficoltà».

⁵⁰ Per Cass., 8 giugno 2001, n. 7770, in *Riv. not.*, 2001, 1216; in *Società*, 2001, 1453, «la disposizione dello statuto di una società per azioni, che preveda che l'assemblea deve essere presieduta da un azionista, nominato a maggioranza dagli intervenuti, non è diretta ad ampliare i poteri dello stesso, che, indipendentemente da tale qualità, nel silenzio dell'atto costitutivo o dello statuto, potrebbe ugualmente essere designato a presiedere l'assemblea, ma a limitare i poteri dell'assemblea stessa nella scelta del presidente, che, nell'avvalersi del potere di designarlo, ai sensi dell'art. 2371 c.c., dovrà farlo scegliendolo esclusivamente tra gli azionisti. Pertanto, il mandato conferito dall'azionista ad altro soggetto, che non rivesta tale qualità, di rappresentarlo all'assemblea, non è idoneo a conferire a quest'ultimo anche la legittimazione a presiederla» (nel caso di specie, in virtù di tale principio, è stata ritenuta illegittima la delibera di un'assemblea svoltasi sotto la presidenza di un avvocato, non azionista, cui era stato conferito da un azionista l'incarico di rappresentarlo all'as-

elenca, a differenza di quanto accadeva nel vecchio sistema, i poteri e le facoltà di chi presiede. Questi dunque (identica previsione è contenuta nell'art. 2371, in tema di assemblea di società per azioni), in ossequio comunque a quanto già si riteneva in via interpretativa nell'ordinamento previgente⁵¹, deve/può (fermo restando che egli deve ritenersi come un "mandatario" dell'assemblea e che quindi esprima poteri a lui delegati fino a che l'assemblea non decida altrimenti)⁵²:

1. verificare la regolarità della costituzione dell'assemblea⁵³;
2. accertare l'identità e la legittimazione dei presenti⁵⁴;
3. regolare lo svolgimento dell'assemblea (e quindi regolare e moderare gli interventi, impedire quelli fuori dall'ordine del giorno, garantire il corretto svolgimento dei lavori e l'esercizio dei diritti dei partecipanti, proporre le decisioni, determinare l'ordine e le modalità delle votazioni, sospendere e riprendere la seduta);
4. accertare i risultati delle votazioni (e quindi stabilire i modi di espressione, di rilevazione e di computo dei voti e impedire il voto di chi non sia legittimato).

La medesima norma infine dispone che degli esiti di tali accertamenti deve essere dato conto nel verbale dell'assemblea.

Circa la designazione del presidente a opera degli intervenuti all'assemblea, la normativa in tema di società a responsabilità limitata nulla dispone, quando invece l'art. 2371 in tema di società per azioni reca la previsione che l'elezione del presidente dell'assemblea avviene «con il voto della maggioranza dei presenti» (intendendosi probabilmente il legislatore in-

semblea sociale). Secondo Trib. Milano, 11 aprile 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 305, la designazione del presidente e del segretario dell'assemblea può risultare dal consenso tacito dei soci.

⁵¹ DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995, 389; GALGANO F., *Diritto commerciale*, vol. II, *Le società*, Bologna, 1998, 240; GRIPPO G., *L'assemblea della società per azioni*, in Trattato di diritto privato diretto da RESCIGNO P., vol. XVI, Torino, 1985, 401; PACIOTTI O., *Osservazioni intorno alla natura e alle funzioni del presidente delle assemblee di società per azioni*, in *Temi*, 1966, 402; SALANITRO N., *Il presidente dell'assemblea nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 1961, 975.

⁵² Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 114.

⁵³ Cfr. CIVERRA E., *Costituzione, svolgimento e deliberazione dell'assemblea di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 1999, 839.

⁵⁴ Secondo App. Genova, 19 luglio 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 784, è compito del presidente dell'assemblea e non del segretario o del notaio verbalizzante di verificare l'esistenza e la regolarità delle deleghe di voto.

vero riferire alla maggioranza “del capitale” presente)⁵⁵. Ora, in assenza di una specifica previsione dello statuto di una data società a responsabilità limitata circa questa designazione del presidente dell’assemblea da parte degli intervenuti, è ovviamente da ritenere che il *quorum* necessario non sia, per analogia, quello dettato dal richiamato art. 2371 ma, più appropriatamente, il *quorum* richiesto (dalla legge o dallo statuto) per l’adozione delle deliberazioni da parte dell’assemblea di quella specifica società a responsabilità limitata.

Nulla poi dispone la nuova normativa circa la segreteria dell’assemblea⁵⁶, quando invece la parallela norma in tema di società per azioni (art. 2371, comma 1) prevede che «il presidente è assistito da un segretario designato nello stesso modo» del presidente⁵⁷, e cioè in via statutaria o per deliberazione degli intervenuti; ma non c’è ragione di non ritenere questa disposizione non applicabile anche alla società a responsabilità limitata per procedimento analogico.

6.3.2.6 L’assemblea “totalitaria”

Nel previgente sistema, come noto, nella disciplina della società a responsabilità limitata mancava ogni riferimento alla possibilità di svolgere assemblee “totalitarie” e la previsione recata in materia nell’ambito della disciplina della società per azioni non era richiamata dai riferimenti numerici che erano vocati a importare nella società a responsabilità limitata numerose previsioni codicistiche dettate per la società per azioni; a questa lacuna si “rimediava” comunque con apposite previsioni statutarie oppure applicando per analogia la normativa dettata in materia per la società per azioni⁵⁸.

⁵⁵ Per SALAFIA V., *L’assemblea della società per azioni secondo la recente riforma societaria*, in *Società*, 2003, 1056, è invece la maggioranza dei presenti, e cioè “per teste” (un voto per ciascuno), ciò che mi appare improbabile.

⁵⁶ Se per Trib. Roma, 11 gennaio 1984, in *Società*, 1985, 397, è valida la deliberazione assunta dall’assemblea ordinaria di una società di capitali, anche se il relativo verbale sia stato redatto da persona nominata dal presidente e non dall’assemblea, dovendosi in ogni caso presumere, in mancanza di eccezioni al riguardo, che l’assemblea ha approvato la scelta fatta dal presidente; per il medesimo Trib. Roma, 11 aprile 1996, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2706, è in contrasto con l’art. 2371 c.c. e deve pertanto considerarsi illegittima, la clausola statutaria con la quale si autorizza il presidente dell’assemblea a nominare il segretario per la redazione del verbale.

⁵⁷ Cfr. Trib. Cassino, 26 aprile 1989, in *Società*, 1989, 1305, secondo cui è illegittima la clausola statutaria che attribuisce al presidente dell’assemblea il potere di nominare il segretario.

⁵⁸ Cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 179; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e*

Ebbene, nell'intento di affrancare la società a responsabilità limitata dalla società per azioni, il legislatore ora non solo detta una espressa disciplina della totalitarierà nell'ambito della disciplina dell'assemblea della società a responsabilità limitata (art. 2479-*bis*, ultimo comma), ma pure ne dispone una regolamentazione "propria", diversa cioè da quella parallelamente dettata per la società per azioni dagli ultimi due commi dell'art. 2366.

Nella società per azioni dunque ora si prevede che, in mancanza delle formalità di convocazione, l'assemblea «si reputa regolarmente costituita» (fermo restando che ciascuno dei partecipanti può opporsi alla discussione degli argomenti sui quali non si ritenga sufficientemente informato), quando:

- a. sia rappresentato l'intero capitale sociale; e
- b. partecipi all'assemblea la maggioranza dei componenti degli organi amministrativi e di controllo.

Nella società a responsabilità limitata invece, «la deliberazione s'intende adottata» (si noti che nella società per azioni la legge si riferisce invece al profilo della "regolare costituzione" e non a quello "deliberativo") quando:

- a. a essa partecipi l'intero capitale sociale;
- b. tutti gli amministratori e sindaci (la norma non provvede per il caso della nomina di un revisore, al quale essa deve comunque ritenersi evidentemente estesa) sono «presenti o informati»⁵⁹ della riunione.

Ferma sempre restando la facoltà di ogni socio di opporsi alla trattazione dell'argomento (la legge qui non ripete la norma della società per azioni, e cioè che il motivo dell'opposizione deve essere ascritto alla mancanza di informazione).

commerciale diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 308; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 290; RACUGNO G., voce *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 1064; MONTAGNANI C., *Note in tema di convocazione, vizi delle deliberazioni, impossibilità di funzionamento o continuata inattività dell'assemblea e poteri del Presidente*, in *Riv. not.*, 1987, II, 162; Cass., 10 luglio 1975, n. 2719, in *Giur. comm.*, 1977, II, 39; Trib. Udine, 27 gennaio 1983, in *Dir. fall.*, 1983, II, 476, secondo cui l'assemblea totalitaria di una società a responsabilità limitata è ammissibile malgrado l'assenza di un richiamo esplicito (nell'art. 2486) dell'art. 2366, comma 3. Cfr. pure Trib. Roma, 2 settembre 1985, in *Società*, 1986, 853; Trib. Genova, 21 ottobre 1986, in *Società*, 1986, 1352.

⁵⁹ È un lapsus quindi quello di SALAFIA V., *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 10, ove si afferma che nella disciplina della società a responsabilità limitata «stranamente risulta prescritta la presenza dell'intero consiglio di amministrazione e dell'intero collegio sindacale».

L'elemento di differenza tra assemblea totalitaria di società per azioni e di società a responsabilità limitata è quindi rappresentato dal fatto che nella società per azioni deve essere presente la maggioranza dei componenti degli organi amministrativi e di controllo mentre nella società a responsabilità limitata il requisito della fisica presenza è fungibile con quello della loro avvenuta "informazione" (ciò è particolarmente comprensibile ove si ponga mente al rilievo che nella società a responsabilità limitata i soci possono decidere anche al di fuori di qualsiasi assemblea, mediante "consenso scritto" o "consultazione espressa per iscritto", e quindi con sistemi che totalmente prescindono da qualsiasi partecipazione di amministratori e sindaci): sotto quest'ultimo profilo è pertanto opportuno che lo statuto provveda sul punto delle modalità da rispettare per fornire questa informazione e per documentarne l'accadimento e che, comunque, indipendentemente da qualsiasi prescrizione statutaria in materia, dell'avvenuta informazione si conservi prova e si dia atto nell'esordio dell'assemblea.

Va infine notato che la disciplina della società a responsabilità limitata non ripete la previsione, recata per la società per azioni dall'art. 2366, ultimo comma, circa la necessità di fornire «tempestiva comunicazione delle deliberazioni assunte ai componenti degli organi amministrativi e di controllo non presenti»; deve peraltro ritenersi che, in via di analogia e in ossequio ai principi di correttezza, buona fede e ordinato svolgimento dei rapporti societari, detta comunicazione debba essere data anche agli amministratori e ai sindaci di società a responsabilità limitata non presenti all'assemblea, e che, anzi, lo statuto opportunamente disponga circa le modalità di effettuazione di tale comunicazione e di conservazione della prova della sua effettuazione.

6.3.2.7 *Il regolamento dei lavori assembleari*

Nulla la disciplina di riforma della società a responsabilità limitata dispone, così come d'altronde già accadeva nel sistema previgente, in termini di possibile regolamentazione dello svolgimento delle assemblee.

Una norma sul punto è stata invece introdotta dal legislatore della società per azioni: l'art. 2364, comma 1, n. 6, elenca infatti, tra le materie riservate alla competenza dell'assemblea ordinaria di società per azioni priva di consiglio di sorveglianza, appunto l'approvazione del regolamento dei lavori assembleari.

Ora, questo regolamento può essere talora opportuno (la "normale" ristrettezza della compagine dei soci nelle società a responsabilità limitata non necessita, invero, di regola, di alcuna regolamentazione) anche nella società a responsabilità limitata (tempo di durata degli interventi, modalità di votazione ecc.) e ne è consigliabile quindi un'apposita previsione statuta-

ria: e ove nulla sul punto sia previsto si deve ritenere, trattandosi di materia non inerente l'amministrazione della società, in analogia con la richiamata previsione legislativa in tema di società per azioni, e stante infine la centralità decisionale dei soci nella vita della società, che si tratti di una decisione da assumersi da parte del consesso dei soci con le modalità (assembleari o non) e *quorum* disposti dallo statuto sociale.

6.3.2.8 La partecipazione alle assemblee e l'espressione del voto⁶⁰

Quale facoltà derivante dalla qualità di socio, la partecipazione alle assemblee è consentita a chi risulti socio della società a responsabilità limitata o per aver partecipato alla confezione dell'atto costitutivo o per essersi reso cessionario di una quota del capitale sociale⁶¹.

⁶⁰ Più che parlare di "voto" (concetto tipico di un contesto "deliberativo") meglio è parlare di "consenso" (concetto tipico di un contesto "decisionale") come d'altronde insegna il legislatore utilizzando tale espressione, per esempio, negli artt. 2468, comma 4, in tema di "particolari diritti" attribuiti a un dato socio («salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo e salvo in ogni caso quanto previsto dal primo comma dell'art. 2473, i diritti previsti dal precedente comma possono essere modificati solo con il *consenso* di tutti i soci») e 2479, comma 3, in tema di modalità di assunzione delle decisioni dei soci diverse da quelle tipicamente assembleari («l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del *consenso* espresso per iscritto. In tal caso dai documenti sottoscritti dai soci devono risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione e il *consenso* alla stessa»): cfr. BUONOCORE V., *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, 2003, 140. Quindi quando nel testo si usa l'espressione "diritto di voto", si intende esprimere, con termine riassuntivo, il concetto di "diritto di partecipazione all'adozione delle decisioni da parte dei soci", così come quando si usa l'espressione "voto" ci si intende riferire all'espressione da parte del socio del proprio parere favorevole o contrario rispetto all'adozione di una data decisione.

⁶¹ Va ricordato che, ai sensi dell'art. 2466, comma 4, ove il socio non esegua il conferimento nel termine prescritto, egli nel frattempo «non può partecipare alle decisioni dei soci», e ciò nell'ambito di una generale cessazione per il socio moroso di tutti i diritti spettatigli nella vita societaria, e quindi sia dei diritti "amministrativi" che di quelli "patrimoniali" (cfr. Trib. Milano, 7 luglio 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 834; e App. Milano, 9 giugno 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 591). Il socio deve considerarsi "moroso" già dal momento in cui vengono a scadere i termini previsti per il versamento dei decimi non ancora liberati e non solo dopo la "diffida" di cui all'art. 2466, comma 1: quest'ultima *presuppone* la morosità, non ne è la *cagione* (cfr. GENNARI F., *La società a responsabilità limitata*, in CENDON P. (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1999, 114). Cfr. anche Cass., 21 febbraio 1995, n. 1874, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 249; in *Società*, 1995, 785, secondo cui «la diffida degli amministratori di società a responsabilità limitata al socio moroso, a eseguire, nel termine di trenta giorni, il pagamento della quota di capitale sottoscritta, non rappresenta un atto di costituzione in mora nei confronti del socio, agli effetti della sospensione dall'esercizio del diritto di voto, in quanto essa può rivolgersi soltanto al socio già moroso e ha l'unico fine di dare inizio alla procedura di vendita in suo danno della quota da lui sottoscritta, vendita della quale costituisce il presupposto indispensabile».

Sotto quest'ultimo profilo, occorre ricordare che, a mente dell'art. 2470, comma 1:

1. il trasferimento delle partecipazioni ha effetto di fronte alla società dal momento dell'iscrizione nel libro dei soci⁶²;
2. l'iscrizione del trasferimento nel libro dei soci ha luogo, su richiesta dell'alienante o dell'acquirente, verso esibizione del titolo da cui risultino il trasferimento (che deve essere fatto mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata) e il suo avvenuto deposito presso il Registro delle Imprese (l'atto di trasferimento deve essere depositato entro trenta giorni, a cura del notaio autenticante, presso l'ufficio del Registro delle Imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale);
3. in caso di trasferimento a causa di morte il deposito al Registro delle Imprese e l'iscrizione nel libro soci sono effettuati a richiesta dell'erede o del legatario verso presentazione della documentazione richiesta per l'annotazione nel libro dei soci dei corrispondenti trasferimenti in materia di società per azioni (e cioè certificato di morte, copia dell'eventuale testamento, atto di notorietà).

Il voto espresso⁶³ da ciascun socio vale, nei confronti dei voti espressi dagli

⁶² Circa la frequente e inopportuna prassi di inserire (derivandola dalla disciplina della società per azioni) nei vecchi statuti di società a responsabilità limitata la clausola secondo cui la partecipazione alle assemblee era possibile solo a chi fosse stato iscritto nel libro soci da oltre cinque giorni, cfr. Trib. Roma, 2 febbraio 1984, in *Società*, 1985, 192; App. Venezia, 27 maggio 1993, in *Società*, 1994, 51; App. Roma, 19 aprile 1984, in *Vita not.*, 1984, 467; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 309; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 523, nota 2. Da ultimo, T. Napoli, 14 giugno 2000, in *Notariato*, 2001, 39; in *Vita not.*, 2001, 324, ha ritenuto che «per le società a responsabilità limitata non è ammissibile una clausola statutaria che riproduca il contenuto dell'art. 2370 c.c. in quanto viene in rilievo una limitazione che, anche se temporanea, sovverte un principio fondamentale del funzionamento delle società, quale il diritto del socio di esprimere il voto nelle adunanze assembleari, diritto che va considerato intangibile perché espressione di un principio che può ricondursi all'«ordine pubblico economico»».

⁶³ Non sembra che la riforma offra spunti per l'ammissibilità del voto segreto: la perdurante necessità di individuare i dissenzienti (al fine, per esempio, dell'impugnazione della deliberazione per invalidità o dell'esercizio della facoltà di recesso) rende ancor oggi attuale il pensiero dell'illiceità di una clausola statutaria che disponga la non palesabilità del voto: cfr. nel sistema previgente, per esempio, Trib. Ascoli Piceno, 17 dicembre 1975, in *Giur. comm.*, 1976, II, 828; Trib. Milano, 27 settembre 1982, in *Società*, 1983, 638; Trib. Vicenza, 19 giugno 1984, in *Dir. fall.*, 1985, II, 206; Trib. Verona, 10 maggio 1991, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 758; Trib. Udine, 3 dicembre 1992, in *Giur. comm.*, 1994, II, 496; Trib. Vibo Valentia, 23 agosto 1996, in *Società*, 1997, 428. Nel senso dell'ammissibilità invece App. Milano, 18 ottobre 1968, in *Giur. it.*, 1969, I, 2, 817. Cfr. anche POMELLI A., *I limiti di ammissibilità del voto segreto nelle assemblee di società di capitali e cooperative*, in *Giur. comm.*, 2002, II, 694.

altri soci, «in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta» (artt. 2468, comma 2, e 2479, comma 5): in altri termini, non è possibile nella società a responsabilità limitata la creazione di partecipazioni “a voto limitato”⁶⁴, precisandosi peraltro che:

- l'entità della partecipazione al capitale sociale (da cui, come detto, discende l'entità del voto) è di regola proporzionale all'entità del conferimento effettuato dal socio per formare il capitale stesso (art. 2468, comma 2), nel senso cioè che l'atto costitutivo può anche disporre deroghe a detta proporzionalità;
- è possibile altresì prevedere deroghe sulla proporzionalità tra entità del voto ed entità della partecipazione ove l'atto costitutivo (o lo statuto) dispongano la spettanza a un dato socio di «particolari diritti», inerenti l'amministrazione della società (art. 2468, comma 3), cosicché tutte le volte in cui questi particolari diritti siano attribuiti, viene meno (nelle materie oggetto degli attribuiti “particolari diritti”) questa corrispondenza tra “peso” del voto e “peso” della partecipazione al capitale sociale⁶⁵.

Quanto al problema⁶⁶ di come considerare il caso dell'astensione di un socio dal concorso a una data decisione (e cioè se trattarlo come un socio assente o come un socio la cui presenza concorre alla formazione del *quorum* costitutivo e deliberativo), l'art. 2368, comma 3, in tema di società per azioni, dispone che le azioni «per le quali il diritto di voto non è stato esercitato a seguito della dichiarazione del socio di astenersi per conflitto di interessi non sono computate ai fini del calcolo della maggioranza e della quota di capitale richiesta per l'approvazione della deliberazio-

⁶⁴ Sull'escludibilità di quote “a voto limitato” (la cui ammissibilità fu, per esempio, negata da RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 161; e PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 274) anche nel nuovo sistema, stante il principio di necessario concorso di tutti i soci alle decisioni dei soci *ex art.* 2479-ter, comma 3, cfr. RESTAINO L., *Sub Articolo 2479*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 165.

⁶⁵ Quindi quando si tratti di “particolari diritti” inerenti “l'amministrazione” della società, si rende pure ammissibile la clausola che preveda, in caso di parità nella votazione, la prevalenza del voto di un dato soggetto; nel diritto previgente era stata ritenuta l'illegittimità (Trib. Napoli, 28 settembre 1988, in *Giur. comm.*, 1991, II, 327) della clausola che attribuisse il “voto doppio” al presidente dell'assemblea.

⁶⁶ Cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 328.

ne»⁶⁷; principio che, in assenza di contraria previsione statutaria (previsione che si rende comunque opportuna, per dissipare qualsiasi dubbio interpretativo) è difficile non ritenere applicabile per analogia anche alla società a responsabilità limitata⁶⁸.

Pare infine di non poter invece ritenere estensibile alla società a responsabilità limitata la previsione dell'art. 2370, ultimo comma, che, in tema di società per azioni, detta la possibilità dell'espressione del voto per corrispondenza ove lo statuto lo consenta⁶⁹: ostano, in breve, all'applicazione del principio analogico ragioni di specialità della previsione e della sua opportunità solo in un ambito societario che non sia così tanto caratterizzato, come invece accade nella società a responsabilità limitata, dal rilievo della personale partecipazione del socio alla vita della società stessa; in quei casi in cui si svolge l'assemblea (che lo voglia la legge, che lo voglia lo statuto, che lo vogliano i soci o gli amministratori), allora in quell'occasione appare imprescindibile il contributo della presenza fisica dei singoli soci (o di un loro delegato); ove dal metodo assembleare invece si possa prescindere, il legislatore ha già da sé previsto un sistema analogo a quello del voto per corrispondenza, e cioè la possibilità di assumere decisioni mediante "consenso scritto" o "consultazione espressa per iscritto".

⁶⁷ Cfr. Cass., 23 marzo 1996, n. 2562, in *Foro it.*, 1997, I, 1933; in *Vita not.*, 1996, 1411; in *Giust. civ.*, 1997, I, 181, per la quale «nel caso in cui un socio versi in situazione di conflitto d'interessi con la società e non possa perciò esercitare il diritto di voto nelle deliberazioni dell'assemblea, a norma dell'art. 2373, comma 1 c.c. (espressamente richiamato, per le società a responsabilità limitata, dal comma 2 dell'art. 2486), il *quorum* deliberativo deve essere computato non già in rapporto all'intero capitale sociale, bensì in relazione alla sola parte di capitale facente capo ai soci aventi diritto al voto, con esclusione dunque della quota del socio che versi in conflitto d'interessi, della quale, invece, deve tenersi conto ai fini del *quorum* costitutivo, ai sensi dell'ultimo comma del citato art. 2372»; Trib. Milano, 8 febbraio 1988, in *Società*, 1988, 707, secondo cui nella determinazione della maggioranza assoluta richiesta per la validità delle deliberazioni si deve tenere conto di tutti i soci presenti il cui voto non risulti dalla legge espressamente escluso dai computi e, quindi, anche di quelli che si siano volontariamente astenuti; App. Cagliari, 4 marzo 2000, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 9, secondo cui «non può ravvisarsi l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea di una società a responsabilità limitata – né la conseguente causa di scioglimento della società – in caso di deliberazione di un'azione sociale di responsabilità, qualora un socio in conflitto di interessi sia titolare del cinquanta per cento delle quote sociali, dovendosi computare tali quote ai fini del *quorum* costitutivo, e non anche ai fini del *quorum* deliberativo».

⁶⁸ Cfr. ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2479-ter*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 178.

⁶⁹ Favorevole invece ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2479-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 171.

6.3.2.9 *Lo svolgimento delle assemblee mediante audio-videoconferenza*

Nulla la disciplina della società a responsabilità limitata dispone in tema di svolgimento delle assemblee con gli intervenuti dislocati in più luoghi, audio-videocollegati in tempo reale, quando invece la nuova normativa della società per azioni, all'art. 2370, ultimo comma, dispone che «lo statuto può consentire l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione».

Questa disposizione si deve evidentemente ritenere applicabile per analogia, anche sulla scorta della considerazione per la quale, nella vigenza del vecchio ordinamento societario, all'opinione di ammissibilità si giungeva⁷⁰

⁷⁰ Sul punto ha osservato il Consiglio notarile di Milano (lo si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/masscnm.htm>) enunciando questo principio di comportamento: 1) l'essenza del metodo collegiale consiste nella possibilità, per i legittimati, di *discutere in dibattito e votare simultaneamente* sulle materie all'ordine del giorno, mentre la *compresenza fisica* dei legittimati in uno stesso luogo di riunione rappresenta un *mero presupposto* perché possa darsi discussione e votazione simultanee; 2) si tratta, però, di un *presupposto non più indispensabile* per assicurare il risultato sopra descritto e, più in generale, il pieno rispetto di tutte le forme procedurali stabilite dalla legge per la costituzione, lo svolgimento e la verbalizzazione delle riunioni assembleari, se si considera il grado di interazione tra persone site in luoghi diversi, contigui (per esempio, più sale di uno stesso centro congressi) o distanti (per esempio, sede sociale in Milano e sede secondaria in Roma o in Parigi), che l'evoluzione tecnologica dei mezzi di collegamento audio-video oggi può consentire; 3) nessun impedimento deriva dalle norme di legge in materia, poiché *nessuna disposizione impone espressamente la compresenza fisica degli intervenuti in uno stesso luogo*: i termini "partecipazione", "intervento", "presenza" (quest'ultima mai accompagnata dall'aggettivo "fisica"), adoperati dagli artt. 2368 c.c., 126 TUF e da altre norme, non selezionano alcuna particolare modalità di partecipazione, di intervento o di presenza, ma anzi vanno letti in senso ampio come comprensivi della fattispecie in esame (alla quale le citate disposizioni si applicano, dunque, in via diretta e non analogica), in forza dei canoni di interpretazione estensiva (all'interno dello spazio individuato dalla lettera della legge), teleologica (cioè in rapporto alla finalità perseguita: consentire il dibattito e la votazione simultanei) ed evolutiva (che impone di tener conto di ciò di cui non poteva tener conto il legislatore storico del Codice civile); 4) preso atto di ciò, ma anche della varietà dei sistemi di collegamento audio-video, delle situazioni concrete (per esempio, intervento in assemblea di soggetti non noti, numerosità degli intervenuti) e degli eventi che possono verificarsi (per esempio, black-out, cattiva percezione delle immagini o dei suoni), occorre che vengano adottati comportamenti e modalità tali da salvaguardare il rispetto non solo formale bensì sostanziale del metodo collegiale e dei principi di buona fede e parità di trattamento dei soci, e quindi, attraverso ciò, dei diritti e degli interessi degli intervenuti, non diversamente che se fossero fisicamente compresenti nello stesso luogo; 5) l'introduzione nello statuto di una clausola che preveda e regoli le assemblee in videoconferenza, che richiami al rispetto dei principi sopra ricordati e che ne descriva le modalità di attuazione, è di fatto necessaria al fine di fornire in via preventiva adeguata informazione ai soci sulle modalità di tenuta delle assemblee e di intervento alle medesime, nonché al fine di regolare il comportamento delle figure assembleari in ipotesi particolari di non chiara o agevole soluzione; nelle ipotesi di società cosiddette "aperte" – specie con riguardo alle società con azioni quotate – tale clausola deve ritenersi a maggior ragione necessaria, tenuto conto delle esigenze di informazione del mercato oltre che dei soci, nonché in considerazione della disciplina speciale e della normativa secondaria cui esse sono soggette; 6) non può escludersi che, avuto riguardo alle particolari circostanze del caso concreto e in ipotesi di riunione assembleare tra pochi intervenuti reciprocamente

ove lo statuto della società a responsabilità limitata fornisce un'adeguata regolamentazione della materia che garantisca il rispetto del metodo collegiale e del principio di buona fede e di parità di trattamento dei soci, disponendo, in particolare, che:

1. fosse consentito al presidente dell'assemblea, anche a mezzo del proprio ufficio di presidenza, di accertare l'identità e la legittimazione degli intervenuti, regolare lo svolgimento dell'adunanza, constatare e proclamare i risultati della votazione;
2. fosse consentito al soggetto verbalizzante di percepire adeguatamente gli eventi assembleari oggetto di verbalizzazione;
3. fosse consentito agli intervenuti di partecipare alla discussione e alla votazione simultanea sugli argomenti all'ordine del giorno;
4. venissero indicati nell'avviso di convocazione (salvo che si trattasse di assemblea totalitaria) i luoghi audio-videocollegati a cura della società, nei quali gli intervenuti avessero potuto affluire, dovendosi ritenere svolta la riunione nel luogo ove fossero stati presenti il presidente e il soggetto verbalizzante.

6.3.2.10 *L'assemblea di seconda convocazione*

Nella disciplina della società a responsabilità limitata sia nel "vecchio" che nel nuovo sistema non è prevista dalla legge l'eventualità di una seconda convocazione, come invece accade nella disciplina della società per azioni (art. 2369).

Peraltro, come prima⁷¹ era ritenuta l'ammissibilità di una clausola statu-

te ben noti, la teleconferenza in assenza di videocollegamento sia da considerarsi modalità atta ad assicurare il rispetto del metodo collegiale e dei principi sopra indicati; 7) l'avviso di convocazione dell'assemblea da svolgersi con le modalità sopra indicate dovrà indicare i luoghi audio-videocollegati a cura della società nei quali gli intervenuti potranno affluire, nel rispetto del principio di parità di trattamento di tutti gli aventi diritto; tale preventiva indicazione non è peraltro necessaria in tutte le ipotesi di assemblea totalitaria; 8) si deve ritenere che la delimitazione territoriale dei luoghi di convocazione delle assemblee sociali – stabilita dall'art. 2363, comma 1, c.c. o dalla consueta clausola statutaria che amplia tale delimitazione – non debba riguardare tutti i luoghi in cui è previsto il collegamento audio-video degli intervenuti, bensì solo il luogo di convocazione in cui si troveranno il presidente e il soggetto verbalizzante, dove si intenderà svolta la riunione, in conformità a quanto già affermato dalla giurisprudenza in caso di riunioni consiliari; è infatti in linea di principio irrilevante la collocazione territoriale dei luoghi audio-videocollegati (in quanto la consentita modalità di partecipazione accresce le possibilità di intervento del socio, senza sacrificare il proprio interesse a essere fisicamente presente nel luogo di convocazione).

⁷¹ Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 302; ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto*

taria che disponesse la previsione di una convocazione successiva alla prima⁷² (evidentemente con lo scopo di consentire in seconda convocazione di deliberare con *quorum* più "agevoli"⁷³ rispetto alla prima convocazione, altrimenti la seconda convocazione non avrebbe senso), anche dopo la riforma questa ammissibilità non pare in discussione. In questo caso è dunque opportuno⁷⁴ che nello statuto si preveda:

1. che nell'avviso di convocazione dell'assemblea possa essere fissato il giorno della seconda convocazione;
2. se la seconda convocazione possa o meno aver luogo nello stesso giorno fissato per la prima convocazione (questa possibilità è negata per la società per azioni dall'art. 2369, comma 2);
3. se anche alla seconda convocazione dell'assemblea di società a responsabilità limitata si applichi la norma, in tema di seconda convocazione dell'assemblea di società per azioni, per la quale «se il giorno per la seconda con-

pubblico dell'economia diretto da GALGANO F., Padova, 1985, vol. VIII, 78; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 524. In giurisprudenza: Trib. Alba, 17 febbraio 2000, in *Società*, 2000, 591, secondo cui è legittima la clausola dello statuto di una società a responsabilità limitata in virtù della quale «le deliberazioni dell'assemblea straordinaria, sia in prima sia in seconda convocazione», devono essere adottate con il voto di tanti soci che rappresentino la totalità del capitale sociale; per App. Lecce, 3 ottobre 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, 841, «è omologabile, non contrastando con l'art. 2486 c.c., l'atto costitutivo di una società a responsabilità limitata che preveda l'assemblea straordinaria in seconda convocazione deliberante con la maggioranza di più della metà del capitale sociale». Cfr. anche Trib. Latina, 28 settembre 1996, in *Giur. comm.*, 1997, II, 316; Pret. Bari, 5 ottobre 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 76; Trib. Teramo, 27 gennaio 1998, in *Società*, 1998, 1426, secondo cui «nonostante il mancato richiamo dell'art. 2369 c.c. e nonostante la mancata previsione statutaria, è ammissibile l'assemblea dei soci di seconda convocazione nella s.r.l. qualora la relativa deliberazione sia assunta nel rispetto delle maggioranze costitutive e deliberative previste nello statuto e nel rispetto della prassi sociale».

⁷² E pure convocazioni ulteriori rispetto alla seconda convocazione: cfr. PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 297.

⁷³ Cfr. ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 88. Sulla legittimità della clausola statutaria introduttiva di *quorum* dell'assemblea di seconda convocazione diversi da quelli previsti per l'assemblea di prima convocazione cfr. App. Lecce, 3 ottobre 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, 841.

⁷⁴ Ricordando che per Cass., 4 dicembre 1990, n. 11601, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1408, «ricorre l'ipotesi di inesistenza della deliberazione assembleare di una società quando manchi un elemento costitutivo della fattispecie procedimentale di formazione della deliberazione, tale da non consentire l'inizio o da provocare l'interruzione dell'*iter* legale necessario alla formazione di una deliberazione assembleare imputabile alla società (nella fattispecie si è ritenuto che la mancanza di un verbale o di altro atto equipollente attestante la costituzione dell'assemblea in prima convocazione, pur andata deserta, determini l'inesistenza della deliberazione adottata in seconda convocazione per difetto di un presupposto imprescindibile)». Ma sul verbale di diserzione vedasi *infra* al par. 6.3.3.1.

vocazione non è indicato nell'avviso, l'assemblea [di seconda convocazione, ove la prima convocazione vada deserta, *n.d.a.*] deve essere riconvocata entro trenta giorni dalla data della prima»;

4. un *quorum* costitutivo e un *quorum* deliberativo più bassi rispetto a quelli della prima convocazione; su quest'ultimo aspetto, occorre ricordare che nel previgente sistema si era discusso se, in mancanza di previsione statutaria circa i *quorum* dell'assemblea di convocazione, a essa si applicasse il *quorum* disposto (per legge o per statuto) per l'adunanza di prima convocazione⁷⁵ o se invece si dovesse andare ad attingere dalla normativa, in tema di società per azioni, sull'assemblea di seconda convocazione⁷⁶; quest'ultima tesi dopo la riforma dovrebbe perdere peso, stante il divario che il legislatore ha voluto creare tra il tipo della società a responsabilità limitata e il tipo della società azionaria e la tendenziale impermeabilità quindi dei due insiemi normativi cui quei tipi fanno riferimento;
5. nella società a responsabilità limitata non è ripetuta la normativa che in tema di società per azioni (che non appare applicabile per analogia alla società a responsabilità limitata, stante la "specialità" della materia trattata) prevede un *quorum* minimo per determinate decisioni dei soci: nel quinto comma dell'art. 2369 è infatti disposto che nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio è necessario, anche in seconda convocazione, il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più di un terzo del capitale sociale per le deliberazioni concernenti il cam-

⁷⁵ Cfr. Cass., 26 marzo 1984, n. 679, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 349; e Trib. Napoli, 7 luglio 1988, in *Giur. comm.*, 1990, II, 355, per il quale «secondo la Suprema Corte (Cass., 26 marzo 1964, n. 679), la semplice previsione statutaria di un'assemblea di seconda convocazione della società a responsabilità limitata [...], non accompagnata da alcuna previsione relativa al cosiddetto *quorum* deliberativo e, a maggior ragione, se accompagnata da un generico richiamo alle "disposizioni di legge" non significa affatto rinvio alle maggioranze prescritte per l'assemblea di seconda convocazione delle società per azioni, ma significa al contrario, che non mutano le maggioranze stabilite dall'art. 2486 c.c. per l'unica convocazione dell'assemblea (ordinaria o straordinaria). Ugualmente secondo la richiamata sentenza della Suprema Corte ben più importante è, naturalmente, una clausola statutaria che disponga sulle maggioranze prescritte per la validità delle deliberazioni assembleari e in tale materia, sia nell'interesse della stessa società, sia in quello dei singoli soci, la difformità dal regime legale deve emergere per chiare lettere dalla clausola dello statuto e non può certo ricavarsi per implicito da un generico ed equivoco riferimento alla legge. Tale riferimento non può significare altro che riconferma del regolamento stabilito dal codice per quel determinato tipo di società, e in nessun caso richiamo della disciplina legale della società di tipo diverso».

⁷⁶ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *Assemblea di s.r.l. di seconda convocazione e mancata determinazione dei quorum deliberativi*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 211; Trib. Latina, 28 ottobre 1996, in *Giur. comm.*, 1997, II, 316, secondo cui «nelle società a responsabilità limitata, il cui statuto prevede un'assemblea straordinaria di seconda convocazione senza specificare i relativi *quorum* deliberativi, si applicano le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria di seconda convocazione della società per azioni».

biamento dell'oggetto sociale, la trasformazione della società, lo scioglimento anticipato, la proroga della società, la revoca dello stato di liquidazione, il trasferimento della sede sociale all'estero e l'emissione di azioni privilegiate.

6.3.2.11 *Il rinvio dell'assemblea*

Nel sistema previgente, per effetto del richiamo operato al "vecchio" art. 2374 dal 2° comma del "vecchio" art. 2486, si estendeva alla società a responsabilità limitata la previsione, dettata appunto per la società per azioni, secondo cui i soci intervenuti che avessero riunito il terzo del capitale rappresentato nell'assemblea, potevano richiedere il rinvio dell'adunanza di non oltre tre giorni ove dichiarassero di non essere sufficientemente informati sugli oggetti posti in deliberazione⁷⁷.

Ora, questa norma è identicamente riproposta dalla riforma della società per azioni (fatta eccezione per il termine del rinvio, spostato da tre a cinque giorni), ma ne manca qualsiasi richiamo da parte della nuova disciplina della società a responsabilità limitata (si rende pertanto opportuna una specifica indicazione statutaria in materia): né appare tuttavia possibile (in mancanza di una previsione dello statuto) un'applicazione in via analogica, sia per il motivo che nel sistema previgente la facoltà di richiesta di rinvio era appunto espressamente prevista, sia per il motivo che non sembrano esservi ragioni dalle quali discendere la facoltà di rinvio un derivato "tipologico" esclusivamente proprio della società per azioni.

Se quello cui si è finora accennato è il cosiddetto rinvio su richiesta della minoranza, è sempre possibile, anche nel nuovo ordinamento, che a maggioranza venga decisa la sospensione dell'adunanza e la sua prosecuzione in altra data, senza limite di giorni⁷⁸.

⁷⁷ Cfr. Trib. Prato, 6 maggio 1987, in *Società*, 1987, 836, secondo cui «l'art. 2374 c.c., attribuisce ai soci che riuniscono un terzo del capitale sociale e che dichiarino di non essere sufficientemente informati sugli oggetti posti in deliberazione un diritto al rinvio dell'assemblea; la posizione giuridica correlata è quella del dovere o della soggezione, con la conseguenza che la maggioranza non ha la libertà di rifiutare il rinvio»; Trib. Roma, 3 agosto 1998, in *Società*, 1999, 455, secondo cui «l'art. 2374 c.c., attribuisce alla minoranza un diritto che non può essere vanificato ponendo a votazione la richiesta di rinvio. Non può essere omologata la deliberazione assunta da un'assemblea nel corso della quale sia stato violato il diritto al rinvio spettante ai soci di minoranza».

⁷⁸ Quanto poi al rinvio dell'assemblea deliberato dalla maggioranza per proseguire la seduta in altra data, al fine di aggiornare la discussione su taluno dei punti all'ordine del giorno, nulla muta dopo la riforma, cosicché va perpetuata l'opinione della legittimità di una tale decisione: cfr. Trib. Milano, 22 marzo 1990, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 760, secondo cui il rinvio dell'assemblea di società a responsabilità limitata può essere superiore a tre giorni quando esso sia deliberato dalla maggioranza dei soci presenti alla seduta assembleare.

6.3.3 La verbalizzazione delle deliberazioni delle assemblee

Nulla la nuova legge dice pure sul punto della verbalizzazione delle adunanze dei soci di società a responsabilità limitata, attività invero indispensabile a pena di invalidità della deliberazione assunta, fatta eccezione per:

- a. l'art. 2479-*bis*, comma 4, secondo periodo, ove si sancisce che il presidente dell'assemblea, dopo aver verificato la regolarità della costituzione dell'assemblea, accertato l'identità e la legittimazione dei presenti, regolato il suo svolgimento e accertato i risultati delle votazioni, «degli esiti di tali accertamenti [dà, *n.d.a.*] conto nel verbale»;
- b. l'art. 2481, comma 1, secondo periodo, ove, disciplinandosi l'aumento di capitale deliberato dagli amministratori su delega dei soci, si sancisce che «la decisione degli amministratori [...] deve risultare da verbale redatto senza indugio da notaio».

Ora, a meno di ritenere che dal comma 4 dell'art. 2479-*bis* derivi nella società a responsabilità limitata un'attenuazione⁷⁹ dell'analiticità del verbale rispetto alla fedele riproduzione di tutti i passaggi assembleari (ciò che appare invero non plausibile)⁸⁰, sussistendo invero una compiuta regolamentazione dell'attività di verbalizzazione nell'ambito della disciplina della società per azioni (art. 2375), sembra inevitabile attingere per analogia a detta normativa e rinvenire in essa le modalità che occorre seguire (che è bene fare oggetto, stante la lacuna normativa, di apposite previsioni statutarie). Cosicché è opportuno disporre nello statuto che il verbale⁸¹:

1. indichi la data, il luogo e l'ora di svolgimento dell'assemblea;

⁷⁹ In tal senso opina, in nome di esigenze semplificatorie, ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2479-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 172.

⁸⁰ Cfr. SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 228, nota 66, il quale afferma che «dubbi – che tendenzialmente risolverei in senso positivo – potranno sorgere sulla necessità che il verbale sia analitico come nelle S.p.A.».

⁸¹ Circa la questione della necessità o meno della firma del verbale da parte del presidente dell'assemblea, secondo un orientamento del Consiglio notarile di Milano (lo si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/masscnm.htm>), firma «abituale presente nella prassi, la sua non necessità ai fini della validità del verbale notarile – tesi ormai generalmente accettata – dipende dai seguenti argomenti: 1) la lettera dell'art. 2375 c.c., nel richiedere che il verbale sia sottoscritto dal presidente e dal segretario o dal notaio, si presta a essere letta nel senso che la sottoscrizione del notaio è alternativa alle sottoscrizioni sia del presidente sia del segretario (e comunque non impone

2. riporti, anche in allegato, l'identità dei partecipanti e il capitale rappresentato da ciascuno;
3. rechi l'indicazione dell'ordine del giorno;
4. menzioni l'accertamento da parte della presidenza dell'assemblea dei presupposti di valida costituzione dell'assemblea stessa;
5. dia conto dell'illustrazione effettuata (in genere, da parte dell'organo amministrativo) circa le ragioni delle decisioni da assumere;
6. registri per sunto le dichiarazioni dei soci pertinenti all'ordine del giorno;
7. indichi le modalità e il risultato delle votazioni, consentendo, anche per allegato, l'identificazione dei soci favorevoli, astenuti o dissenzienti⁸².

Alla società a responsabilità limitata deve anche ritenersi applicabile la norma della società per azioni che consente la non contestualità tra deliberazione e verbalizzazione (art. 2375, ultimo comma), permettendone la redazione «senza ritardo, nei tempi necessari per la tempestiva esecuzione

la lettura opposta, nel senso dell'alternatività alla sola sottoscrizione del segretario); 2) la richiesta presenza del notaio nelle assemblee straordinarie deriva dall'interesse generale a una verbalizzazione imparziale, assistita dall'efficacia di prova piena dell'atto pubblico, scevra da condizionamenti a opera dei più diretti interessati: sarebbe in forte contrasto con tale scelta richiedere la sottoscrizione del presidente, con sua conseguente possibilità di impedire la verbalizzazione o di incidere sul contenuto del verbale a pena di rifiuto di sottoscrizione, perché il presidente dell'assemblea, oltre a essere un protagonista della vicenda assembleare, autore di dichiarazioni e fatti da documentare, viene eletto dalla maggioranza assembleare o ricopre la carica per scelta dello statuto, che solitamente la demanda a un amministratore, sicché egli è titolare o rappresenta interessi ben determinati e parziali; 3) proprio perché l'intervento del notaio verbalizzante ha lo scopo e l'effetto non di dare forma pubblica a dichiarazioni di parte, ma di accertare e dar conto "del fatto assembleare" in modo imparziale e nell'interesse generale come sopra specificato, nell'atto pubblico "verbale assembleare" non vi è una "parte dell'atto" nel senso indicato dalla legge notarile, nel senso cioè di soggetto che ha la disponibilità della documentazione notarile (avendo la disponibilità del relativo interesse) con il potere di incidere sul contenuto dell'atto (in specie, "parte" non è il presidente dell'assemblea): pertanto non vi è un soggetto che debba approvare il contenuto del verbale, con potere di pretenderne modifiche, rispetto al quale occorra osservare necessariamente le formalità di costituzione formale in atto, lettura e sottoscrizione dell'atto».

⁸² Cfr. App. Genova, 24 aprile 1986, in *Foro it.*, 1987, I, 635, secondo cui non è omologabile la deliberazione assembleare di società per azioni il cui verbale non contenga l'indicazione nominativa degli interessati in proprio o per delega, l'ammontare del capitale da ciascuno rappresentato, le rispettive manifestazioni di voto; App. Roma, 30 agosto 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 218; in *Riv. not.*, 1996, 1530, secondo cui «per la validità delle delibere assembleari della società a responsabilità limitata non occorre che il verbale sia analitico e pertanto che contenga l'indicazione dei soggetti intervenienti, della loro veste giuridica, del capitale rappresentato e delle manifestazioni del voto»; Trib. Trento, 6 luglio 1999, in *Giur. comm.*, 2001, II, 84, secondo cui il verbale delle deliberazioni assembleari non ha carattere analitico, ossia non ha lo scopo e l'efficacia di mezzo di documentazione posto a tutela dei soci assenti e dissenzienti e delle minoranze che non abbiano votato a favore, fermo restando che la società è tenuta a conservare non solo la documentazione relativa alle deleghe di rappresentanza, ma anche quella concernente la verifica del diritto dell'intervento dei soci.

degli obblighi di deposito o di pubblicazione»⁸³: la stessa nuova disciplina della società a responsabilità limitata dà un indizio in tal senso quando, nell'art. 2481, comma 1, secondo periodo, si regolamenta l'aumento di capitale deliberato dagli amministratori su delega dei soci e si sancisce che la decisione degli amministratori deve risultare da verbale «redatto senza indugio» da notaio.

6.3.3.1 *La verbalizzazione delle assemblee deserte?*

La questione consiste nell'accertare se sia necessario che, per la validità dei deliberati dell'assemblea di seconda convocazione, la circostanza della diserzione dell'adunanza di prima convocazione sia consacrata in uno strumento probatorio e se, per tale prova, occorran forme vincolate.

Ebbene, se si ritiene che una siffatta prova sia necessaria, che essa debba

⁸³ Nel previgente ordinamento già si era giunti a ritenere che fosse legittimo il verbale di assemblea, redatto con atto notarile ai sensi del “vecchio” art. 2375, benché non contestuale, cioè perfezionato non al termine dell'assemblea bensì entro il periodo di tempo da ritenersi congruo in relazione al grado di complessità della verbalizzazione, e/o mancante della sottoscrizione del presidente dell'assemblea. Nell'elaborare questo principio di comportamento (lo si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/massnm.htm>), il Consiglio notarile di Milano aveva affermato che «il verbale assembleare assolve a una funzione di prova, controllo e informazione: prova dei fatti verificatisi in assemblea, ivi incluse le deliberazioni adottate; controllo della regolarità del procedimento assembleare; informazione a soci e a terzi su dati e fatti concernenti la società, anche non strettamente inerenti alla riunione assembleare (funzione quest'ultima particolarmente sollecitata, nelle società che fanno appello al pubblico risparmio, dalla regolamentazione Consob). Per assolvere ai fini predetti, il verbale necessita di tempi di redazione direttamente proporzionali alla complessità del “fatto assembleare”, al grado di analiticità richiesto o ritenuto opportuno e alle conseguenti difficoltà incontrate nella verbalizzazione, per assicurarne la fedeltà, la precisione e la completezza nell'interesse dei soci e dei terzi. Vista l'assenza di norme o principi esplicitamente o implicitamente contrari regolanti la materia o a essa applicabili in via analogica, e in considerazione dell'uso o prassi invalsa nella verbalizzazione di organi collegiali anche diversi dalle assemblee societarie, si ritengono allora ammissibili le seguenti ipotesi di verbale non contestuale: a) redazione del verbale con soluzione di continuità rispetto all'assemblea ed eventualmente in luogo diverso da quello in cui si è tenuta l'assemblea, con sua ultimazione nell'arco della stessa giornata in cui si è tenuta l'assemblea; b) inizio di redazione del verbale nel giorno in cui si è tenuta l'assemblea e sua ultimazione in giorno successivo; c) inizio e ultimazione del verbale in giorni successivi (l'inizio in giorno diverso da quello della riunione può essere variamente giustificato: riunione terminata a ore tarde; necessità di organizzare e ponderare il materiale sulla cui base redigere il verbale “a mente fresca”; opportunità di recuperare preventivamente strumenti di ausilio alla verbalizzazione, come le registrazioni audio-video, che in ipotesi non siano immediatamente disponibili ecc.). Al fine di una corretta informazione dei terzi e di un puntuale rispetto della legge notarile, è opportuno che nel verbale si dia conto sia della data di inizio sia della data di ultimazione del verbale, con sua iscrizione a repertorio avendo riguardo alla data di ultimazione. Resta fermo che l'ultimazione del verbale non può legittimamente protrarsi per un periodo di tempo ingiustificato alla luce delle esigenze della verbalizzazione e al punto da mettere in pericolo l'affidamento sulla memoria e sulle capacità del verbalizzante, e dunque sulla fedeltà del verbale».

concretarsi in un documento da cui risulti l'avvenuta diserzione e che tale mezzo documentale sia rappresentato dal verbale assembleare redatto dal soggetto che ne è legittimato alla stesura, pare innanzitutto da respingere la pur diffusa tesi⁸⁴ che – argomentando dal tenore letterale del “vecchio” art. 2375, comma 1 – voleva consacrate nel verbale le sole *deliberazioni* dell'assemblea (tesi, peraltro, facilmente confutabile⁸⁵ con l'argomento testuale – e, quindi, di pari dignità – ricavabile dal testo del “vecchio” art. 2421, comma 1, n. 3, che si riferiva al libro *delle adunanze e delle deliberazioni* dell'assemblea), poiché, evidentemente, qualora la riunione assembleare vada deserta, per definizione, non può essere adottata alcuna deliberazione.

La rilevanza concreta della questione circa la necessità o meno del verbale di diserzione si fonda sul rilievo che l'assemblea in tanto può qualificarsi di seconda convocazione e, quindi, deliberare con maggiore agilità, in quanto, nella riunione di prima convocazione, non sia raggiunto il *quorum* necessario.

Appare quindi evidente, pertanto, in questo ambito, il concreto interesse dei soci *uti singuli* e della società in genere a un controllo *ex post* (sulla regolarità dei lavori dell'assemblea e, quindi) sul fatto dell'effettiva diserzione dell'assemblea di prima convocazione⁸⁶; così com'è evidente che, ove si giungesse alla conclusione della necessità della prova documentale (*id est*: del verbale di constatazione) della diserzione, la totale mancanza dell'accertamento relativo al fatto della diserzione stessa o, comunque, anche solo la carenza o l'irregolarità della documentazione che si ritenga necessaria, non potrebbe non reagire sulla validità dei deliberati adottati dall'assemblea di seconda convocazione⁸⁷.

⁸⁴ Cfr., per esempio, GIULIANI A., *Delle assemblee “ipotetiche” ovvero dei concetti reali*, in *Riv. not.*, 1963, 328; GIANNATTASIO C., *Requisiti formali del verbale delle deliberazioni dell'assemblea*, in *Foro pad.*, 1956, 923; FERRI G., *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da VASSALLI F., vol. X, t. 3, Torino, 1985, 608, nota 14.

⁸⁵ Cfr., per esempio, FERRARA F. jr., *Il verbale di assemblea delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1957, 58; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1953, III, I, 1, 439; e MISEROCCHI L.A., *La verbalizzazione nelle società per azioni*, Padova, 1969, 237, il quale rileva, tra l'altro, come l'art. 50, R.D. 12 febbraio 1911, n. 297, in tema di riunione del Consiglio comunale, prevedesse il caso della redazione del verbale della seduta non svoltasi per mancanza di numero legale. TONDO S., *Verbalizzazioni notarili in materia di assemblee societarie*, in *Riv. not.*, 1987, 461, definisce un «mero sofisma» la tesi che argomenta dall'art. 2375 per sostenere che il verbale documenta il solo momento deliberativo dell'assemblea. Cfr., infine, anche App. Roma, 16 luglio 1965, in *Foro it.*, 1966, I, 527, con nota di GIULIANI A.

⁸⁶ Cfr. MISEROCCHI L.A., *La verbalizzazione nelle società per azioni*, Padova, 1969, 232-233, nota 5, per una panoramica dei casi concreti in cui proprio e solo la verbalizzazione consente un controllo degli eventuali errori nel computo dei *quorum* richiesti dalla legge o, peggio, di manovre fraudolente tese a forzare l'assemblea a deliberare in seconda convocazione.

⁸⁷ Cfr. Cass., 4 dicembre 1990, n. 11601, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1408, «ricorre l'ipotesi di inesistenza

Orbene, giungendo al fulcro del problema in esame, pare assorbente il rilievo proposto da un attento studioso della materia⁸⁸, secondo cui la norma che impone la redazione del verbale delle *deliberazioni assembleari* non si riferirebbe solo alla verbalizzazione delle decisioni adottate da un'assemblea validamente costituita⁸⁹, ma anche alla verbalizzazione di quanto viene constatato (per esempio, proprio il mancato raggiungimento del *quorum*) in una riunione assembleare che non possa validamente operare per l'intervento di un numero di soci rappresentanti un valore nominale, in termini di capitale sociale, inferiore a quello richiesto per la valida costituzione dell'assemblea.

Per sostenere, infatti, che, in caso di mancato raggiungimento del *quorum*, nessuna riunione *assembleare* si sarebbe svolta (e quindi di alcun verbale vi sarebbe la necessità), occorrerebbe negare l'evidenza, e cioè che una pluralità di soci di una data società, riuniti non occasionalmente ma convocati nei modi di legge, si è radunata nel luogo a ciò deputato, ha eventualmente nominato il presidente e il segretario della riunione, ha demandato loro di verificare la regolarità della convocazione, l'identità e la legittimazione degli intervenuti e il numero di azioni da ciascuno possedute, ha

della deliberazione assembleare di una società quando manchi un elemento costitutivo della fattispecie procedimentale di formazione della deliberazione, tale da non consentire l'inizio o da provocare l'interruzione dell'*iter* legale necessario alla formazione di una deliberazione assembleare imputabile alla società (nella fattispecie si è ritenuto che la mancanza di un verbale o di altro atto equipollente attestante la costituzione dell'assemblea in prima convocazione, pur andata deserta, determini l'inesistenza della deliberazione adottata in seconda convocazione per difetto di un presupposto imprescindibile)».

⁸⁸ Cfr. MISEROCCHI L.A., *La verbalizzazione nelle società per azioni*, Padova, 1969, 238 e segg; cui *adde* l'opinione di FERRARA F. jr., *Il verbale di assemblea delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1957, 58, il quale denomina il verbale di diserzione come «verbale negativo» e sostiene che «pare semplicistico affermare che il verbale ha per oggetto l'adunanza dei soci e qui adunanza non vi è stata. Si tenga presente infatti che la circostanza predetta (assemblea deserta) fa sì che l'assemblea successivamente convocata o anche convocata contestualmente a quella andata deserta sia apprezzata come assemblea di seconda convocazione. Il verbale negativo accerta questa circostanza e quindi viene a essere elemento integrante del verbale della successiva riunione dei soci in quanto fa sì che le deliberazioni in essa prese siano considerate valide se riportano la maggioranza prescritta per l'assemblea di seconda convocazione».

⁸⁹ *Contra*, cfr. App. Milano, 29 gennaio 1948, in *Riv. not.*, 1948, 179, alle cui conclusioni aderisce GIUDICE, *Assemblea di seconda convocazione nella società per azioni. Diritto transitorio in materia di validità delle deliberazioni assembleari*, in *Foro pad.*, 1948, I, 173; App. Milano, 18 ottobre 1968, in *Giur. it.*, 1969, I, 2, 816; in *Foro pad.*, 1969, I, 94; e in *Banca borsa tit. di cred.*, 1970, II, 240; Trib. Milano, 11 settembre 1969, in *Foro pad.*, 1970, I, 811; Trib. Napoli, 31 dicembre 1975, in *Dir. fall.*, 1976, II, 264; Trib. Ascoli Piceno, 4 settembre 1982, in *Società*, 1984, 57, secondo cui la verbalizzazione attiene alle decisioni assunte da un'assemblea validamente costituita e non alla constatazione della diserzione della riunione assembleare; e App. Milano, 18 novembre 1986, in *Riv. not.*, 1987, 877, nella cui nota redazionale si dà – erroneamente – per prevalente la tesi sostenuta nella decisione annotata.

ottenuto comunicazione degli accertamenti effettuati e ha eventualmente interloquuto su ciascuna di dette “tappe” procedurali.

Insomma: non potrebbe ritenersi che *l'assemblea* venga in essere (e la necessità di verbalizzazione sorga) solamente una volta che abbia avuto esito positivo la verifica della sussistenza del *quorum*, poiché, altrimenti, occorrerebbe concludere che le funzioni di presidente e segretario (e l'eventuale nomina decisa dagli intervenuti alla riunione) siano risolutivamente condizionate all'accertamento della mancanza del necessario *quorum*, così pure come gli atti compiuti da tali soggetti – per esempio, proprio la constatazione della mancata verifica del *quorum* e il rinvio dei presenti alla seconda convocazione – dovrebbero, coerentemente, caducarsi, poiché non sarebbe possibile assistere al permanere degli atti e al contemporaneo venir meno dei loro autori⁹⁰.

Da tutto quanto precede e, in particolare, dalla considerazione che la verbalizzazione dell'adunanza deserta corrisponde all'interesse di assicurare un effettivo controllo *ex post* sul presupposto della seconda convocazione, allora la necessità di verbalizzare la diserzione dovrebbe derivare di conseguenza, come, d'altronde, hanno concluso la dottrina che maggiormente ha approfondito questa tematica⁹¹, la prevalente giurisprudenza di merito⁹² e pure il Supremo Collegio, quando ha deciso che «anche nell'adunanza che non possa deliberare o di fatto non deliberi dev'essere redatto verbale, senza di che la riunione resterebbe un fatto privo di qualsiasi rilievo giuridi-

⁹⁰ Cfr. RUGGIERO A., *Il verbale di assemblea come strumento di pubblicità e d'informazione*, in AA.VV., *La verbalizzazione delle delibere assembleari*, Milano, 1982, 80.

⁹¹ Cfr. MISEROCCHI L.A., *La verbalizzazione nelle società per azioni*, Padova, 1969, 242-243; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1953, III, 1, 1, 439; e FERRARA F. jr., *Il verbale di assemblea delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1957, 58.

⁹² Cfr. Trib. Milano, 22 gennaio 1948, in *Riv. not.*, 1948, 176, con nota contraria di GUASTI A.; e *Postilla* di GIULIANI A.; App. Firenze, 31 maggio 1952, in *Giur. tosc.*, 1952, 595 (di conferma a Trib. Pisa, 27 febbraio 1952, inedita); Trib. Milano, 13 febbraio 1958, in *Mon. trib.*, 1959, 752, con nota di LA GIOIA V.; Trib. Montepulciano, 15 novembre 1962, in *Riv. not.*, 1963, 328, con nota di GIULIANI A.; e in *Foro pad.*, 1963, I, 1166, con nota di RAFFAELLI G.A.; Trib. Torino, 27 gennaio 1966, e App. Torino, 18 febbraio 1966, in *Foro it.*, 1966, I, 973, con nota di LOMBARDI M.; Trib. Salerno, 18 ottobre 1966, in *Foro it.*, 1967, I, 398 (secondo il quale, peraltro, il vizio inerente alla mancata redazione del verbale di diserzione, provocando la mera annullabilità della delibera adottata in seconda convocazione, non è rilevabile dal tribunale in sede di omologazione); Trib. Milano, 31 ottobre 1966, in *Foro it.*, 1967, I, 444; e in *Riv. dir. comm.*, 1967, II, 228, con nota di GIULIANI A. (tale decisione si riferisce alla diserzione della riunione di prima convocazione dell'assemblea degli obbligazionisti); Trib. Napoli, 15 settembre 1976, inedita; Trib. Lecce, 13 aprile 1983, in *Società*, 1984, 187; e Trib. Roma, 11 gennaio 1984, in *Società*, 1985, 397, con nota di SALAFIA V.; e Trib. Sondrio, 9 luglio 1986, inedita.

⁹³ Cass., 30 ottobre 1970, n. 2263, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 203; cfr. anche la surrichiamata Cass., 4 dicembre 1990, n. 11601, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1408.

co»⁹³. Infatti, qualora non sia data la possibilità di verificare l'effettiva sussistenza dei *quorum* e delle maggioranze richieste e, quindi, si segua «un procedimento che esclude assolutamente la possibilità [...] dell'esercizio di tale controllo, viene meno il requisito più essenziale dell'assemblea, senza il quale questa non può considerarsi esistente e la deliberazione che venga eventualmente presa non può essere attribuita alla società»⁹⁴.

Né argomento in contrario può trarsi adducendo, quale inconveniente, il caso limite dell'assemblea andata totalmente deserta (e, quindi, concludendo che, in mancanza di qualsiasi partecipazione, non può farsi luogo ad alcuna verbalizzazione)⁹⁵: quanto s'è appena detto, infatti, conduce, di necessità, alla conclusione opposta, e cioè che *in ogni caso* occorre, per la validità dell'assemblea di seconda convocazione, che la diserzione della riunione di prima convocazione risulti da un'apposita verbalizzazione (se altrimenti fosse, bisognerebbe, infatti, giungere alla conclusione secondo cui, andata deserta la prima convocazione, l'accertamento della verifica di tale presupposto – al fine del valido svolgersi dell'adunanza di seconda convocazione – dovrebbe essere consegnato a un tanto evanescente mezzo d'indagine quale la prova testimoniale, prestata, magari, dal personale addetto all'edificio ove la riunione avrebbe dovuto svolgersi)⁹⁶.

E così, occorre concludere che, se nessun socio intervenga, ma intervengano solo gli amministratori, essi ben potrebbero richiedere a un notaio di effettuare la verbalizzazione dell'avvenuta diserzione, oppure effettuarla essi stessi⁹⁷; se intervengano solo soci, che non raggiungano il prescritto *quorum*, pur essi potrebbero richiedere a un notaio di redigere il verbale di constatazione o – sempre che se ne ritenga la legittimazione – procedervi essi stessi⁹⁸; se infine non siano intervenuti né soci né ammini-

⁹⁴ TRIMARCHI P., *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, 65.

⁹⁵ Cfr. LOMBARDI M., *Assemblee straordinarie di prima e seconda convocazione e loro forma*, in *Foro it.*, 1966, I, 973, il quale pare, infatti, distinguere il caso dell'assemblea andata totalmente deserta da quello dell'assemblea a cui sia intervenuto un insufficiente numero di soci, per affermare che solo in quest'ultimo caso sarebbe necessaria la redazione del verbale di diserzione.

⁹⁶ Nel senso che non ogni mezzo di prova varrebbe a dimostrare l'avvenuta diserzione, cfr. FER-RARA F. jr., *Il verbale di assemblea delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1957, 58. Nel senso che, invece, in caso di diserzione, non è dato sapere chi sia legittimato alla redazione del verbale, e che qualsiasi mezzo di prova è sufficiente a verificare la diserzione, cfr. SALAFIA V., in nota a Trib. Roma, 11 gennaio 1984, in *Società*, 1985, 399; GIULIANI A., *Questioni varie in tema di verbalizzazioni assembleari*, in *Riv. not.*, 1966, 450; Trib. Roma, 27 settembre 1984, in *Società*, 1985, 886; Trib. Ascoli Piceno, 4 settembre 1982, in *Società*, 1984, 57 (secondo cui il verbale di diserzione è solo *utile* ai fini della prova, ma non *necessario*, ben potendo tale prova esser fornita con qualsiasi mezzo).

⁹⁷ Ove se ne ritenga la legittimazione: cfr., in tal senso, GIULIANI A., *Delle assemblee "ipotetiche" ovvero dei concetti reali*, in *Riv. not.*, 1963, 336.

⁹⁸ Come sostenuto da App. Milano, 18 novembre 1986, in *Società*, 1987, 516; e in *Riv. not.*, 1987, 877.

stratori e si tratti di assemblea per la quale sia richiesta la presenza del notaio, il notaio richiesto della verbalizzazione da chi ha provveduto alla convocazione dell'assemblea procederà *motu proprio* alla redazione del verbale di diserzione⁹⁹.

6.4 Il quorum deliberativo

L'ultimo comma dell'art. 2479 (per le decisioni dei soci adottate al di fuori dall'assemblea) e il terzo comma dell'art. 2479-bis (per le decisioni assembleari) rimettono la materia del *quorum* deliberativo all'autonomia statuta-

Il Trib. Milano, 22 gennaio 1948, in *Riv. not.*, 1948, 176 (ma riformato da App. Milano, 29 gennaio 1948, in *Riv. not.*, 1948, 179) ha sostenuto che alla redazione del verbale di diserzione di un'assemblea straordinaria non è legittimato un sindaco, bensì il notaio.

Secondo MISEROCCHI L.A., *La verbalizzazione nelle società per azioni*, Padova, 1969, 246, il notaio non sarebbe ostacolato nella redazione del verbale dall'assenza di "parti" da costituire in atto (trattasi del più generale problema – ma questo non è il luogo per esaminarlo – del ruolo del notaio in funzione di pubblico ufficiale verbalizzante e dell'applicabilità ai verbali di assemblea straordinaria del disposto della legge professionale circa la forma degli atti redatti con il ministero del notaio: sul punto cfr. SERPI G., *Il ruolo del notaio nella verbalizzazione delle assemblee*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 777; TONDO S., *Verbalizzazioni notarili in materia di assemblee societarie*, in *Riv. not.*, 1987, 435; e, in generale, AA.VV., *La verbalizzazione delle delibere assembleari* (Atti della giornata di studio dell'8 maggio 1982 organizzata dal Comitato regionale notarile lombardo), Milano, 1982, *passim*; né sarebbe valida la considerazione che il notaio, in tal caso, agirebbe *motu proprio*, poiché al notaio è pur sempre stata rivolta una richiesta di recarsi all'assemblea per redigere il verbale (si prescinde qui, ovviamente, dall'analizzare la sia pur rilevante questione inerente alla legittimazione alla nomina del notaio per la verbalizzazione della riunione assembleare, e cioè se tale nomina sia di competenza degli amministratori che convocano l'assemblea o se la legittimazione spetti all'assemblea stessa: di tale questione, sulla quale cfr. MISEROCCHI L.A., *Il problema della documentazione dell'adunanza e delle deliberazioni assembleari*, in AA.VV., *La verbalizzazione delle delibere assembleari*, Milano, 1982, 42, qui si accoglie, ovviamente, la prima soluzione).

Contrario all'opinione enunciata nel testo è App. Milano, 18 novembre 1986, in *Società*, 1987, 516; e in *Riv. not.*, 1987, 877, secondo cui, nel caso in esame, si assisterebbe a un illegittimo intervento officioso del notaio, il quale sarebbe investito delle sue funzioni solo qualora l'assemblea sia validamente costituita (si noti, peraltro, che nel decreto citato si avanza la tesi secondo cui i soci presenti all'assemblea andata deserta sarebbero ben legittimati a redigere il relativo verbale). Nel senso che si tratterebbe di un intervento *ex officio* del notaio è anche GIULIANI A., *Questioni varie in tema di verbalizzazioni assembleari*, in *Riv. not.*, 1966, 450.

Cfr. pure MARCHETTI P., *Il ruolo del notaio*, in AA.VV., *Attualità e limiti del controllo giudiziario sugli atti societari* (Atti del Convegno di studi del 6 e 7 aprile 1984 organizzato dal Comitato Notarile Regionale della Campania), Palermo, s.d. (ma 1984), 68-69.

⁹⁹ *Contra*, nel senso che l'ipotesi dell'assemblea totalmente deserta funziona quale «prova di resistenza» della «nessunissima necessità» della verbalizzazione, poiché non vi è alcun soggetto che possa richiederne o darne constatazione, cfr. GIULIANI A., *Delle assemblee "ipotetiche" ovvero dei concetti reali*, in *Riv. not.*, 1963, 328.

ria: sotto questo profilo non vi sono dunque particolari rilievi da fare, se non sottolineare che:

1. per effetto della riforma¹⁰⁰ e per le ragioni di ampia autonomia statutaria

¹⁰⁰ Nel sistema previgente ammettevano l'unanimità, per esempio, SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 207; LENER R., TUCCI A., *L'assemblea nelle società di capitali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE M., Torino, 2000, 134; SALVATO L., *Principio di unanimità e derogabilità della regola maggioritaria nelle s.r.l.*, in *Società*, 2000, 591; Trib. Cassino, 21 giugno 1991, in *Società*, 1992, 82. Cfr. però RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 312.

In giurisprudenza cfr. Trib. Alba, 17 febbraio 2000, in *Società*, 2000, 591, secondo cui è legittima la clausola dello statuto di una società a responsabilità limitata in virtù della quale le deliberazioni dell'assemblea straordinaria, sia in prima sia in seconda convocazione, devono essere adottate con il voto di tanti soci che rappresentino la totalità del capitale sociale; Trib. Perugia, 11 febbraio 1993, in *Impresa*, 1993, 1565, secondo cui nelle società a responsabilità limitata è ammissibile una clausola statutaria che preveda maggioranze così elevate da richiedere, in concreto, l'unanimità dei consensi; Trib. Genova, 19 gennaio 1989, in *Società*, 1989, 844, secondo cui è valido l'atto costitutivo di una società a responsabilità limitata, il cui statuto preveda che l'assemblea straordinaria deliberi all'unanimità. *Contra* Trib. Ascoli Piceno, 9 gennaio 1990, in *Società*, 1990, 524; e App. Roma, 27 febbraio 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 568, secondo cui «è illegittima la clausola introdotta nello statuto di una società a responsabilità limitata con la quale si stabilisca che le delibere dell'assemblea sia in sede ordinaria che straordinaria debbano essere adottate all'unanimità; all'autonomia privata è infatti consentito di stabilire *quorum* deliberativi più o meno elevati di quelli previsti dalla legge, ma non di derogare al principio maggioritario sul quale si basa la disciplina legale del funzionamento degli organi collegiali».

Inoltre, in giurisprudenza si ammettevano, prevalentemente, sia la derogabilità in aumento che la derogabilità *in peius* rispetto alle previsioni di legge: cfr. Trib. Genova, 20 gennaio 1987, in *Società*, 1987, 432, secondo cui la maggioranza deliberativa dell'assemblea straordinaria prevista dall'art. 2486, c.c., relativamente alla società a responsabilità limitata può essere derogata dall'atto costitutivo, ma soltanto nel senso di elevarne il limite e non anche di ridurlo; App. Genova, 15 maggio 1987, in *Società*, 1987, 852, secondo cui l'assemblea straordinaria di una società a responsabilità limitata può validamente deliberare con una maggioranza inferiore ai due terzi se questa maggioranza sia prevista dall'atto costitutivo in deroga a quanto previsto in generale dalla legge; App. Lecce, 3 ottobre 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, 841, secondo cui è omologabile, non contrastando con l'art. 2486 c.c., l'atto costitutivo di una società a responsabilità limitata che preveda l'assemblea straordinaria in seconda convocazione deliberante con la maggioranza di più della metà del capitale sociale; App. Genova, 8 giugno 1990, in *Società*, 1990, 1507, secondo cui «atteso che l'art. 2486, 1° comma, c.c., è composto da due proposizioni, di cui la seconda esprime la regola generale del funzionamento dell'assemblea della società a responsabilità limitata, la prima enuncia l'eccezione, facendo salva ogni "diversa disposizione dell'atto costitutivo", l'avere la regola generale disposto che l'assemblea ordinaria delibera a maggioranza del capitale sociale, quella straordinaria con il voto favorevole di tanti soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale, non sta a escludere dal potere di eccezione attribuito all'autonomia privata, con la prima proposizione, la possibilità di prevedere *quorum* costitutivi e deliberativi meno elevati»; Trib. Torino, 29 maggio 1993, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 452, secondo cui è valida la clausola contenuta nello statuto di una società a responsabilità limitata che richiede per le deliberazioni dell'assemblea ordinaria un *quorum* costitutivo (nella specie la

che si sono fin qui illustrate, di rilevanza della figura del singolo socio e di assenza di espresse limitazioni in materia, è plausibile la previsione di *quorum* incrementati (fino all'unanimità) o diminuiti rispetto a quelli previsti dalla legge in mancanza di una disciplina statutaria sul punto, e ciò qualsiasi siano la materia trattata e l'oggetto di decisione¹⁰¹; pertanto:

- a. anche le decisioni di approvazione del bilancio e di nomina degli amministratori (che nella società per azioni – ai sensi dell'art. 2369, comma 4 – sono “presidiate” da un divieto di aumento del *quorum* necessario in seconda convocazione) non dovrebbero soffrire limiti quanto all'aumento statutario del *quorum* deliberativo, rispetto a quello fissato *ex lege*¹⁰²;
 - b. nella società a responsabilità limitata non è ripetuta (e quindi non vale) la previsione che, in materia di società per azioni, prevede un *quorum* minimo “rinforzato” per date decisioni di assemblea straordinaria (le deliberazioni concernenti il cambiamento dell'oggetto sociale, la trasformazione della società, lo scioglimento anticipato, la proroga della società, la revoca dello stato di liquidazione, il trasferimento della sede sociale all'estero e l'emissione di azioni privilegiate) (art. 2369, comma 5);
2. lo statuto (o atto costitutivo, che dir si voglia) di società a responsabilità limitata può prevedere sia *quorum* costitutivi¹⁰³ (nella pratica assai scar-

presenza di tanti soci che rappresentino almeno i quattro quinti del capitale sociale) più elevato di quello deliberativo (nella specie il voto favorevole di tanti soci che rappresentino almeno i tre quarti del capitale sociale).

¹⁰¹ Dopo la riforma del diritto societario in favore dell'adozione di clausole statutarie unanimistiche si esprimono, per esempio, ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 87; GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 476; ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2479-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 171; ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 251. Per BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1069, e RESTAINO L., *Sub Articolo 2479*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 166, si può effettuare qualsiasi deroga sia *in maius*, fino all'unanimità, che *in peius*. In termini possibilistici sull'unanimità si esprime anche CAGNASSO O., *Ambiti e limiti dell'autonomia concessa ai soci nella “nuova” società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 372.

¹⁰² Cfr. RESTAINO L., *Sub Articolo 2479*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 166.

¹⁰³ Nella disciplina previgente erano previsti solo *quorum* deliberativi, che fungevano perciò, indirettamente, anche da *quorum* costitutivi; comunque sulla possibilità di prevedere nello statuto della società a responsabilità limitata anche *quorum* costitutivi cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e

samente utilizzati) sia *quorum* deliberativi e, in questo ultimo ambito, *quorum* diversi a seconda delle deliberazioni da assumere (in ragione, per esempio, della materia trattata o del valore volta per volta coinvolto dalla decisione da assumere);

3. lo statuto può altresì prevedere *quorum* differenti a seconda che la stessa decisione venga assunta mediante assemblea, mediante “consenso scritto” o mediante “consultazione espressa per iscritto”;
4. un *quorum ex lege* è quello dettato dall’art. 2476, comma 5, per il quale l’azione di responsabilità contro gli amministratori può essere transatta o rinunciata dalla società (sempre che non vi sia il voto contrario dei soci che rappresentino almeno un decimo del capitale sociale) (*quorum* che parrebbe diminuibile per statuto) con il voto favorevole dei soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale (*quorum* che parrebbe aumentabile per statuto);
5. il consenso di tutti i soci è disposto (salvo diversa determinazione dell’atto costitutivo) dall’art. 2468, comma 4, per le modifiche ai “particolari diritti” che a taluno dei soci siano stati attribuiti ai sensi dell’art. 2468, comma 3, in tema di amministrazione della società o di distribuzione degli utili¹⁰⁴;
6. l’unanimità dei consensi è da ritenere necessaria¹⁰⁵ inoltre (ma si vedano *supra* i parr. 3.11.6.3 e 3.11.7.4) per l’introduzione nello statuto di clausole limitative della circolazione delle partecipazioni al capitale sociale (clausole di prelazione, clausole di gradimento, clausole di accrescimento in caso di morte di un socio, clausole di intrasferibilità “assoluta” o “relativa” ecc.).

Assai problematica è, di contro, l’interpretazione di alcune norme che dispongono sui *quorum* necessari per adottare le decisioni dei soci, in

MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 312; ZUNARELLI S., *L’organizzazione dell’assemblea nella prassi statutaria delle piccole e medie società di capitali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 202.

¹⁰⁴ Pare che la necessità dell’unanimità vi sia anche per la decisione dei soci inerente l’immissione di una siffatta clausola di modificabilità a maggioranza dei “particolari diritti” in uno statuto che ne sia privo.

¹⁰⁵ Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale l’introduzione di una clausola di gradimento necessita del consenso di tutti i soci, in quanto incide sul diritto del socio di disporre della propria quota (cfr. Cass., 9 novembre 1993, n. 11057, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 84; Trib. Latina, 9 luglio 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, 444); e anche per l’introduzione della clausola di prelazione in uno statuto che non preveda alcuna disciplina sul punto occorre l’unanime consenso dei soci: cfr. Cass., 15 luglio 1993, n. 7859, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 235; Trib. Verona, 16 gennaio 1992, in *Società*, 1992, 828 (*contra* tuttavia App. Milano, 1° luglio 1998, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 257). Si ritiene invece che per la modifica o la rimozione di dette clausole sia sufficiente la maggioranza dei soci richiesta per l’adozione delle delibere modificative dello statuto sociale (cfr. Cass., 15 luglio 1993, n. 7859, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 235; App. Bologna, 15 settembre 1993, in *Vita not.*, 1994, I, 295).

assenza di un'apposita previsione statutaria, derogatrice della norma di legge (deroga statutaria che dunque si prospetta quanto mai opportuna, stanti le perplessità che qui di seguito si illustreranno), e cioè la lettura:

- a. dell'art. 2479, ultimo comma, in tema di *decisioni dei soci al di fuori del sistema assembleare*, il quale sancisce che «salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, le decisioni dei soci sono prese con il voto favorevole dei soci che rappresentano *almeno la metà* del capitale sociale»;
- b. dell'art. 2479-bis, comma 3, in tema di *decisioni assembleari*, ove si prevede che «salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo l'assemblea [...] è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta [si intende: del capitale presente, *n.d.a.*] e, nei casi previsti dai numeri 4 e 5 del comma 2 dell'art. 2479, con il voto favorevole dei soci che rappresentano *almeno la metà* del capitale sociale».

Ebbene, non sorge problema sul *quorum* necessario in caso di adozione del metodo assembleare ove si tratti di decisioni diverse da quelle che importano modificazioni statutarie (di cui all'art. 2479, comma 2, n. 4) oppure diverse da quelle che autorizzano il compimento di «operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci» (di cui all'art. 2479, comma 2, n. 5); in questi casi infatti la legge chiaramente detta:

- un comprensibile *quorum* costitutivo (la presenza della metà del capitale sociale);
- un altrettanto comprensibile *quorum* deliberativo (la maggioranza assoluta del capitale presente).

Notevolissime problematiche interpretative sorgono invece in tutti gli altri casi, e cioè:

- nel caso di decisioni assunte fuori dall'assemblea (e quindi con il metodo del “consenso scritto” o della “consultazione espressa per iscritto”);
- nel caso delle decisioni assembleari in tema di modificazioni statutarie (di cui all'art. 2479, comma 2, n. 4) oppure in tema di «operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci» (di cui all'art. 2479, comma 2, n. 5).

In entrambi questi due ultimi casi infatti la legge dispone, come detto, che la decisione va adottata «con il voto favorevole dei soci che rappresentano *almeno la metà* del capitale sociale».

Ora, nell'interpretare il dettato legislativo, in primo luogo, occorre sottolineare che, provenendosi da un sistema ("vecchio" art. 2486, comma 1) ove i *quorum* dettati *ex lege* erano minori per le ("meno importanti") assemblee ordinarie (la maggioranza del capitale sociale) e maggiori per le ("più importanti") assemblee straordinarie (i due terzi del capitale sociale), e che non appare esservi ragione per mutare atteggiamento sul punto, forse il legislatore della riforma non è riuscito, seppur evidentemente volendolo, a riproporre quel sistema di *quorum* assembleari. Infatti:

- se è vero che per le decisioni che nel sistema previgente sarebbero state di assemblea ordinaria oggi occorre il voto favorevole della maggioranza del capitale presente (dovendo peraltro essere presente almeno la metà del capitale sociale);
- e se è pure vero che per le decisioni che nel sistema previgente sarebbero appartenute all'assemblea straordinaria occorre il voto favorevole di almeno la metà del capitale sociale (e quindi un quoziente superiore rispetto al caso precedente);
- è pure vero che, essendo l'assemblea di società a responsabilità limitata "normalmente" (così insegna la pratica professionale) partecipata dall'intero capitale sociale, ne segue che, nel primo caso, la delibera passa solo con il 50,01 per cento e nel secondo basta invece il 50 per cento, con il che si rovescia quel tradizionale assetto di *quorum* "meno impegnativi" quando si trattano materie "ordinarie" e di *quorum* "più esigenti" quando sono sul tappeto questioni "straordinarie".

In secondo luogo, e passando all'interpretazione del significato della problematica espressione secondo la quale la delibera si intende adottata quando vi è il voto favorevole di «almeno la metà del capitale sociale», due sono le possibili contrastanti letture:

- a. seguendo un atteggiamento un po' più "tradizionale" (condizionato evidentemente dall'abitudine che nel nostro ordinamento societario sia le norme di legge che quelle statutarie hanno sempre ritenuto occorrente la maggioranza del capitale ai fini della formazione di un valido deliberato assembleare), la norma andrebbe interpretata (evidentemente al di là dunque del suo letterale tenore) nel senso che, per adottare una data decisione occorrerebbe comunque il voto favorevole della maggioranza del capitale sociale, e ciò perché:
 1. se per deliberare bastasse *almeno la metà* del capitale sociale, sarebbe poi "facile" (anche se poi nella pratica non è detto che sia sempre così agevole) all'altra metà del capitale votare in favore di una decisione di revoca della decisione approvata con il voto del solo cinquanta per cento del capitale sociale (la facoltà di revoca contraddittoriamente gene-

- rebbe dunque proprio quello “stallo” che l’opposta interpretazione vorrebbe evitare)¹⁰⁶;
2. se la decisione viene adottata con il voto di almeno la metà del capitale sociale, questo *quorum* invero si presterebbe a essere utilizzabile per le decisioni ove ai soci sia proposta l’adozione di una decisione che presupponga da parte dei soci stessi una risposta in termini affermativi o negativi (per esempio: volete aumentare il capitale? le risposte possibili sono o il “sì” o il “no”, con la conseguenza che se il cinquanta per cento del capitale vota “sì”, la decisione è adottata) ma non si presta affatto invero¹⁰⁷ per le proposte di decisione che presuppongono una scelta in un’alternativa di soluzioni (per esempio: vogliamo fare una locazione “semplice” o un leasing per acquisire la disponibilità del negozio che dobbiamo utilizzare per le nostre vendite? che cosa succede dunque se metà del capitale vota per la locazione “semplice” e l’altra metà per la locazione “finanziaria”?);
 3. non si può non rilevare come contraddittorio il fatto che una data decisione (diversa dalle modifiche dello statuto, dell’oggetto sociale o dei diritti dei soci) sia adottabile con la sola metà del capitale sociale, ove essa sia assunta extrassemblearmente, e necessiti invece della maggioranza del capitale presente (e quindi del 50,01 per cento ove sia presente l’intero capitale, com’è regola nelle società a responsabilità limitata), ove i soci decidano in assemblea.

In altri termini, per queste decisioni sarebbe dunque da applicare (secondo questa interpretazione) la medesima norma appena vista per le delibere diverse da quelle che comportano modifiche statutarie, dell’oggetto sociale o dei diritti dei soci, norma che richiede il voto favorevole della maggioranza del capitale sociale, in quanto non si vedrebbe la ragione in base alla quale il legislatore abbia dettato due *quorum* diversi;

- b. seguendo invece un maggiormente preferibile atteggiamento più aderente al testo della riforma e un po’ più “evolutivo”, il legislatore avrebbe invero voluto favorire il più possibile l’assunzione di decisioni da parte dei soci e parallelamente evitare situazioni di stallo¹⁰⁸, di possibile frequente verifica in compagini sociali poco numerose, cosicché¹⁰⁹:
 1. nelle decisioni extrassembleari occorrerebbe acquisire i consensi dei

¹⁰⁶ Per SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 227, «la regola che la volontà si può formare validamente con la metà del capitale [...] [è stata dettata, n.d.a.] in nome dell’obiettivo di evitare paralisi decisionali quando il capitale appartenga a opposti schieramenti in parti uguali».

¹⁰⁷ Cfr. *Audizione di Confindustria presso le Commissioni riunite Giustizia e Finanze della Camera dei Deputati*, Roma, 21 novembre 2002, in *Riv. soc.*, 2002, 1635.

¹⁰⁸ Cfr. RESTAINO L., *Sub Articolo 2479*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limi-*

- soci titolari di almeno la metà del capitale sociale (non ha qui evidentemente senso parlare di *quorum* costitutivo, trattandosi di decisioni da assumere al di fuori di una procedura collegiale);
2. nelle decisioni assembleari di modifica statutaria, dell'oggetto sociale o dei diritti dei soci occorrerebbe la presenza di almeno la metà del capitale sociale e il voto favorevole di tanti soci quanti ne bastino a raggiungere almeno detta metà del capitale sociale.

Tra l'altro, che la metà del capitale sociale sia un quoziente considerabile come sufficiente per l'adozione di decisioni collettive e che la necessità della maggioranza del capitale sociale per la formazione dei deliberati assembleari sia da ritenere quale una mera abitudine, fin qui amabilmente coltivata, ma non tale da assurgere al rango di necessità giuridicamente imprescindibile, lo confermerebbe a chiare lettere anche l'art. 1136, comma 2, del Codice civile, in tema invero di assemblea condominiale, il quale, disponendo che «sono valide le deliberazioni approvate con un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti e almeno la metà del valore dell'edificio» mostra come il nostro ordinamento già pluridecennalmente conosca il principio di adottabilità di decisioni collettive non con la maggioranza dei consensi disponibili bensì “solo” disponendo della metà di essi.

6.4.1 Le decisioni dei soci *post* riforma e il problema dei *quorum* disposti nei “vecchi” statuti

Un problema interpretativo di non poca rilevanza è poi senz'altro quello inerente le previsioni dei “vecchi” statuti in tema di *quorum* deliberativi, alla luce del fatto che, dopo la riforma, scompare, come detto, ogni distinzione tra assemblea ordinaria e assemblea straordinaria.

In altre parole, si tratta di capire, nella vigenza del nuovo sistema, quale sia il *quorum* richiesto per l'assunzione di deliberazioni da parte di una data assemblea (appunto non più qualificabile in termini “ordinari” o “straordinari”) quando, leggendo lo statuto di quella società, si rinvencono (come di norma accade) norme che differenziano i *quorum* a seconda appunto che l'assemblea sia ordinaria (qui i *quorum* sono generalmente più bassi)

tata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione, Torino, 2003, 165; ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2479-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 171.

¹⁰⁹ In tal senso GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 476.

oppure straordinaria (qui i *quorum* sono di norma più elevati rispetto al caso precedente).

Una prima soluzione potrebbe essere quella di ritenere che le previsioni statutarie che dispongono diversi *quorum* in contemplazione dello svolgimento dell'assemblea in sessione ordinaria o straordinaria, siano tacitamente abrogate appunto per effetto del superamento della distinzione tra assemblea ordinaria e straordinaria: sarebbe come dire che, venuta meno questa differenziazione, verrebbe meno anche ogni norma statutaria che si fondava su questa differenziazione; svolgendosi oggi un'assemblea non più qualificabile come ordinaria e straordinaria non sarebbe insomma possibile ricavare prescrizioni sui *quorum* da norme statutarie che si fondano proprio sulla distinzione tra lo svolgimento ordinario oppure straordinario della riunione assembleare. In altri termini, secondo questa tesi, abrogate le previsioni statutarie, occorrerebbe far ricorso alla disciplina di *default* che la legge dispone in assenza di specifiche disposizioni statutarie.

Questa soluzione tuttavia prova troppo; aderendo a essa ci si fonderebbe infatti eccessivamente sul formalistico argomento della soppressione della distinzione tra assemblea straordinaria e ordinaria e non si terrebbe invece conto dell'assorbente e sostanziale rilievo secondo il quale, quando in un "vecchio" statuto è stata disposta una normativa *ad hoc* in tema di *quorum*, a questo assetto di interessi si è giunti invero fotografando i rapporti di forze tra i soci in campo: quell'assetto non può fondatamente esser messo all'improvviso nel nulla per il solo fatto dell'avvento della riforma, dalla quale non può derivarsi un effetto talmente devastante da azzerare l'equilibrio di interessi raggiunto nei "vecchi" statuti.

Meglio è dunque intraprendere una strada "conservativa" degli statuti esistenti, e quindi rispettosa degli equilibri consolidatisi nei "vecchi" statuti: e dunque, seppur oggi non esista più la distinzione tra assemblee ordinarie e straordinarie, è tuttavia vero che in un'assemblea *post* riforma oggi si adottano pressoché le medesime decisioni che si adottavano nelle assemblee preriforma, di modo che se oggi si tratta di deliberare su una materia che prima sarebbe stata propria dell'assemblea ordinaria, si andrà ancor oggi a "pescare" nel vecchio statuto il *quorum* che era disposto per le assemblee ordinarie, e viceversa quando oggi si delibera in una materia che già fosse stata propria dell'assemblea straordinaria, si andrà a trovare la norma del vecchio statuto che disponeva in termini di maggioranza occorrente per le sedute straordinarie.

Nel medesimo senso occorre ragionare ove nei "vecchi" statuti ci si fosse rimessi, esplicitamente o implicitamente (in quest'ultimo caso: non dicendo nulla sul punto dei *quorum* occorrenti) alle "disposizioni di legge" (e cioè la maggioranza del capitale per le deliberazioni "ordinarie" e i due terzi per quelle "straordinarie"): cosicché se oggi si tratti di ricercare il *quorum* di un'assemblea di una società "previgente" convocata per decidere un

aumento di capitale, detto *quorum* non pare poter essere diverso da quello che risultava nel “vecchio” art. 2486, comma 1. Ragionare diversamente (e cioè ritenere che, essendosi rimessi “alla legge”, quei soci abbiano fatto riferimento a “qualunque legge” mai fosse intervenuta sul punto) appare probabilmente eccessivo in quanto l’accordo di rimettersi “alla legge” venne fondato da quei soci su un equilibrio di interessi e su un rapporto di forze tra i soci cui evidentemente “quei” *quorum* di legge confacevano (e cui non pare potersi ora “affibbiare” di imperio *quorum* che ben possono oggi non essere più espressivi di quel rapporto di forze da cui originò la scelta di far riferimento alla legge).

6.5 La casistica delle decisioni dei soci

6.5.1 La decisione di modifica dei “diritti dei soci”

La materia delle operazioni «che comportano una [...] rilevante modificazione dei diritti dei soci» è contemplata nel n. 5 del comma 2 dell’art. 2479 nell’elenco di quelle materie per le quali:

- a. vi è «in ogni caso» una competenza decisionale dei soci (art. 2479, comma 2);
- b. vi è «in ogni caso» la necessità che la decisione sia assunta con il metodo assembleare (art. 2479, comma 4).

Si tratta quindi di individuare le fattispecie in cui ricorra appunto il concetto di “operazione che comporta una rilevante modificazione dei diritti dei soci”. Le strade sono due: o si ritiene che si tratti di una espressione “aperta”, nel senso che deve ritenersi sussistere una modifica dei diritti dei soci ogni qualvolta vi siano una decisione o una operazione dalle quali risulti un mutamento del quadro delle posizioni giuridiche soggettive di favore spettanti al singolo socio (si pensi alla decisione di introdurre nello statuto la previsione secondo cui i soci possano escludere il diritto di opzione deliberando un futuro aumento di capitale sociale: art. 2481-*bis*, comma 1); oppure, al contrario, si ritiene che si tratti di un’espressione che vada ancorata ai dati che l’ordinamento offre per definirne l’ambito di operatività. Quest’ultima strada appare indubbiamente quella preferibile, per palesi ragioni sistematiche e per l’evidente conseguenza che da essa si traggono indizi per una maggior certezza interpretativa.

Ebbene, se si ragiona in quest’ultimo senso, va sottolineato come l’espressione «compimento di operazioni che comportano [...] una rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci» compare pure nell’art. 2473, comma 1, per sancire che, in tali casi, al socio dissenziente compete un inderogabile diritto di recesso. Ma, se nel comma 2, n. 5, dell’art. 2479, alle dette

operazioni la legge opera un riferimento “generico”, nell’art. 2473, comma 1, il riferimento è invece assai “specifico”: e ciò in quanto i «diritti attribuiti ai soci» della cui modifica si tratta, non sono dunque quelli di qualsiasi tipo e oggetto, ma si tratta “solo” di quelli che sono «attribuiti ai soci a norma dell’art. 2468, quarto comma».

Questi ultimi sono, come noto, quei «particolari diritti riguardanti l’amministrazione della società o la distribuzione degli utili» che l’atto costitutivo della società a responsabilità limitata può riservare a taluno dei soci e che, salvo diversa disposizione dell’atto costitutivo, possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci (fatto sempre salvo il diritto di recesso del dissenziente).

Ora, non appare esservi ragione per ritenere che i “diritti dei soci” di cui all’art. 2479, comma 2, siano diversi dai “diritti dei soci” di cui all’art. 2468, terzo e quarto comma¹¹⁰; e per non ritenere che:

- la disciplina derogabile del consenso unanime per le modifiche (di cui all’art. 2468, comma 4);
- la disciplina inderogabile della facoltà di recesso del socio dissenziente (di cui all’art. 2473, comma 1);
- la disciplina inderogabile del metodo assembleare (di cui all’art. 2479, comma 4);

non si applichino tutte alla stessa fattispecie.

6.5.2 La decisione di modifica dell’atto costitutivo (e dello statuto)

La modifica delle norme contenute nell’atto costitutivo della società a responsabilità limitata (e pure di quelle che siano contenute nello statuto, ove appunto le regole disciplinanti una data società siano state distribuite tra atto costitutivo e statuto) è materia che appartiene alla competenza inderogabile dei soci, i quali debbono sul punto decidere collegialmente nell’ambito di un procedimento assembleare.

La necessità della deliberazione assembleare discende evidentemente dal rilievo che, dal lato “sostanziale”, si tratta di decisioni di particolare momento, per il che il legislatore ha ritenuto opportuno ricorrere al confronto che può svilupparsi in una sessione collegiale; e che, dal lato “formale”, trattandosi di deliberazione di cui è ritenuta indispensabile la verbaliz-

¹¹⁰ Cfr. RESTAINO L., *Sub Articolo 2479*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 166.

zazione per atto pubblico, essa non può svolgersi appunto che in un unico contesto di tempo e di luogo¹¹¹.

Le norme coinvolte sono:

- a. l'art. 2479, comma 2, n. 4, ove si prevede che «in ogni caso sono riservate alla competenza dei soci [...] le modificazioni dell'atto costitutivo»;
- b. il successivo comma 4 del medesimo art. 2479, ove si prevede che le modificazioni statutarie sono «in ogni caso [...] adottate mediante deliberazione assembleare»;
- c. l'art. 2480, il cui unico comma dispone (a questo punto in modo inutilmente ripetitivo) che «le modificazioni dell'atto costitutivo sono deliberate dall'assemblea dei soci».

Il richiamato art. 2480 dispone infine che il verbale di quell'assemblea deve appunto essere redatto da notaio e che al procedimento di modificazione statutaria «si applica l'art. 2436», importandosi così nella società a responsabilità limitata l'intera disciplina che il legislatore della riforma ha concepito per le modifiche dello statuto di società per azioni. In particolare si tratta delle seguenti prescrizioni:

- a. il notaio che ha verbalizzato la deliberazione di modifica dello statuto, verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge, ne deve richiedere entro trenta giorni l'iscrizione nel Registro delle Imprese contestualmente al deposito del proprio verbale, allegando le eventuali autorizzazioni richieste (art. 2436, comma 1);
- b. l'ufficio del Registro delle Imprese, verificata la regolarità formale della documentazione, deve iscrivere la delibera nel registro (art. 2436, comma 2);
- c. se il notaio ritenga non adempite le condizioni stabilite dalla legge, ne deve dare comunicazione agli amministratori tempestivamente, e comunque non oltre il termine di trenta giorni (art. 2436, comma 3, primo periodo);
- d. gli amministratori, nei trenta giorni successivi, possono convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti oppure possono ricorrere al tribunale per il provvedimento di omologazione; in mancanza, la deliberazione resta definitivamente inefficace (art. 2436, comma 3, secondo periodo);
- e. il tribunale, verificato l'adempimento delle condizioni richieste dalla legge e sentito il pubblico ministero, ordina l'iscrizione nel Registro delle Imprese con decreto soggetto a reclamo (art. 2436, comma 4);

¹¹¹ Cfr. ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2480*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 182.

- f. la deliberazione non produce effetti se non dopo l'iscrizione nel Registro delle Imprese (art. 2436, comma 5);
- g. dopo ogni modifica dell'atto costitutivo o dello statuto deve esserne depositato nel Registro delle Imprese il testo integrale nella sua redazione aggiornata (art. 2436, comma 6).

La riforma, in altri termini:

- conferma la scelta fatta dalla legge 24 novembre 2000, n. 340 in tema di abolizione del giudizio di omologazione e di affidamento al notaio verbalizzante dell'obbligo di verificare la sussistenza delle condizioni di legittimità della deliberazione verbalizzata (obbligo sanzionato, ove «risultino manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge» con la sospensione dall'esercizio della professione e con la sanzione amministrativa «da lire 1.000.000 a lire 30.000.000»: art. 138-*bis*, legge 16 febbraio 1913, n. 89);
- fa propria la più recente giurisprudenza¹¹² in tema di efficacia delle deliberazioni assembleari, disponendo la produzione dei loro effetti non dalla data in cui la deliberazione medesima è assunta, ma da quella di sua iscrizione nel Registro delle Imprese, il quale quindi con la riforma, oltre che continuare a essere uno strumento di pubblicità "dichiarativa", viene ad assumere pure il ruolo di elemento concorrente alla completezza del procedimento di adozione degli atti che vi sono introdotti, i quali, in sé perfetti, sono inefficaci fin quando non segua appunto la loro iscrizione¹¹³.

6.5.3 La decisione di compiere «operazioni che comportano una sostanziale modifica dell'oggetto sociale»

La previsione di decisioni di effettuare «operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costi-

¹¹² Cfr. Cass., 29 agosto 1995, n. 9066, in *Foro it.*, 1996, I, 3094. *Contra*, per esempio, Trib. Bologna, 22 marzo 2000, in *Società*, 2000, 1466, secondo cui «nelle società di capitali, l'efficacia delle deliberazioni assembleari che modificano lo statuto sociale è subordinata alla condizione risolutiva rappresentata dal diniego dell'omologazione; dette delibere sono, pertanto, immediatamente efficaci nei rapporti tra la società e i soci, pur potendo la loro efficacia venir meno retroattivamente qualora l'omologazione sia rifiutata».

¹¹³ Cfr. su tale tematica ANGELICI C., *Modificazioni dell'atto costitutivo e omologazione*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 621; MARASÀ G., *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da COLOMBO G.E., PORTALE G.B., vol. VI, t. 1, Torino, 1993, 55.

tutivo» compare nella disciplina della società a responsabilità limitata riformata in una pluralità di articoli del nuovo Codice civile:

- a. nell'art. 2479, comma 2, n. 5, ove si afferma che tali decisioni sono «in ogni caso» riservate alla competenza dei soci;
- b. nel medesimo art. 2479, ma al comma 4, ove si afferma che l'assunzione di tali decisioni deve essere effettuata «in ogni caso» mediante deliberazione assembleare;
- c. nel precedente art. 2473, comma 1, ove si afferma che «in ogni caso» compete diritto di recesso al socio che non abbia consentito al compimento di tali operazioni.

Sotto quest'ultimo profilo, la previsione di recesso è perfettamente in linea con lo spirito, che pervade tutta la riforma, della centralità del socio nella nuova società a responsabilità limitata: se un socio aderisce a una società a responsabilità limitata che ha un dato oggetto, ove venga compiuta un'operazione che snaturi quell'oggetto, ebbene quel socio ha diritto di andarsene; se gli altri soci decidano in tal senso, debbono mettere in conto anche l'eventualità di “accollarsi” che il socio dissenziente domandi la liquidazione della sua partecipazione. E così, come ha diritto al recesso il socio che sia dissenziente rispetto al cambiamento “esplicito” dell'oggetto sociale, così pure ha diritto al recesso il socio che non condivida quel cambiamento “implicito” dell'oggetto sociale derivante dal compimento di operazioni che, di fatto, svuotano l'oggetto delineato nell'atto costitutivo (o nello statuto) facendo andare la società in una direzione diversa da quella precedente.

Resta da capire quali siano nella realtà pratica le “operazioni” di cui si tratta¹¹⁴: il legislatore non ne dà un elenco, ma lascia aperta la porta dell'interpretazione. E se è facile per certe casistiche ritenere di essere in un contesto ove le suddette norme si rendono facilmente applicabili (si pensi alla cessione dell'azienda sociale o, viceversa, all'acquisto di un'altra azienda oppure al conferimento della propria azienda in un'altra società, di modo che la società conferente, da società “operativa” si “trasformi” in una holding di partecipazioni), per altre casistiche meno emblematiche non è difficile immaginare l'apertura di un panorama di aspra conflittualità interpre-

¹¹⁴ Già nel sistema previgente si ritenevano sottratte alla competenza degli amministratori tutte quelle decisioni che avessero comportato uno svuotamento di fatto dell'oggetto sociale oppure che avessero allontanato dal controllo dei soci parti rilevanti dell'impresa: cfr. RESCIGNO M., *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G., *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 48.

tativa. Prevederne un elenco statutario è uno scenario che non appare plausibile: l'accennato diritto di recesso compete, come detto, «in ogni caso» e quindi non è “addomesticabile” statutariamente, poiché, in tal caso, si infrangerebbe una norma inderogabile della riforma.

6.5.4 La decisione di aumento e di riduzione del capitale sociale

Questa materia, stante la sua ampiezza (e il possibile coinvolgimento dell'organo amministrativo nelle decisioni di aumento del capitale sociale) meglio si addice a una trattazione in un capitolo a parte: vedasi pertanto *infra* il cap. 7.

6.6 L'invalidità delle decisioni dei soci

Sulla materia dell'invalidità delle decisioni dei soci il legislatore della riforma ha espresso, ancora una volta, l'atteggiamento di voler apprestare per la società a responsabilità limitata una normativa “propria” senza peraltro volersi (né invero potersi, stante la “generalità” dei concetti “in gioco”) distaccare dalla disciplina della società per azioni, spesso anzi pedissequamente richiamata, se non per singoli adattamenti resi necessari dalla peculiarità della società a responsabilità limitata rispetto alla società azionaria.

L'intento del legislatore è stato, da un lato, quello di elencare tassativamente le cause di “nullità” (comprendendovi anche ipotesi in cui in passato, nel silenzio della norma, la giurisprudenza aveva opinato in termini di “inesistenza”)¹¹⁵ e di affermare quindi quella della “annullabilità” come una categoria “residuale”, vocata cioè a comprendere in sé ogni fattispecie di invalidità non qualificata come causa di nullità¹¹⁶, e pertanto con un

¹¹⁵ Cfr. Trib. Como, 2 agosto 1999, in *Giur. it.*, 1999, 2097, secondo cui «è inesistente la delibera assembleare adottata senza le prescritte maggioranze di legge».

¹¹⁶ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 5, «l'individuazione legislativa delle ipotesi di invalidità, richiesta dalla legge delega, corrisponde a una sorta di riserva di legge al riguardo, volta a escludere ipotesi di invalidità atipiche, come l'inesistenza delle deliberazioni assembleari, della quale si è in giurisprudenza alquanto abusato, frustrando la portata dell'originario art. 2377 c.c., che aveva inteso convertire la nullità per violazione di norme imperative, di cui al principio generale di cui all'art. 1418, in semplice annullabilità (salve solo le due ipotesi di cui all'art. 2379), e reintroducendo in tal modo, sotto le mentite spoglie dell'inesistenza, la nullità virtuale delle deliberazioni assembleari per violazione di norme imperative. Si è perciò formulato il principio di tassatività delle ipotesi di invalidità delle deliberazioni assembleari previste dalla legge: l'annullabilità per violazione di norme, anche imperative, di legge o di clausole dello statuto, e la nullità nelle ipotesi tassativamente indicate nel nuovo art. 2379. Per prevenire ogni possibile dubbio si è tenuto a precisare quali conseguenze produce sulla validità della delibera-

completo capovolgimento rispetto ai principi del diritto “comune” in nome della ricerca della massima stabilità possibile degli atti societari, destinati a riverberarsi sul mercato ove la società opera¹¹⁷; e, d’altro lato, pertanto di limitare i casi di azioni imprescrittibili o proponibili da chiunque vi abbia interesse per affermare invece come regola quella della legittimazione relativa e del breve termine di prescrizione dell’azione tendente all’invalidazione¹¹⁸.

6.6.1 Annullabilità, nullità e inesistenza

Così come disposto per la società per azioni dagli artt. 2377, comma 1, e 2373, la disciplina della società a responsabilità limitata ripete che sono “annullabili” (cioè impugnabili solo da una ristretta cerchia di soggetti entro un breve termine prescrizione):

1. all’art. 2479-ter, comma 1, «le decisioni dei soci che non sono prese in conformità della legge o dell’atto costitutivo»¹¹⁹;

zione la mancanza di legittimazione di partecipanti all’assemblea o l’illegittimità del singolo voto o l’incompletezza o inesattezza del verbale assembleare. Risulta al tempo stesso precisato che simili anomalie possono tutt’al più comportare semplice annullabilità della deliberazione».

¹¹⁷ Cfr. MUSCOLO G., *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nella S.p.A. (prima parte): cause ed effetti dell’invalidità dell’atto*, in *Società*, 2003, 535.

¹¹⁸ Cfr. DOLMETTA A., *Sull’invalidità delle “delibere assembleari”*, in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell’Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1479.

¹¹⁹ Cfr. Cass., 7 febbraio 1979, n. 818, in *Foro it.*, 1980, I, 440, secondo cui l’illegittima esclusione di un socio dall’assemblea di società per azioni rende meramente annullabili le deliberazioni adottate, ai sensi e nei modi di cui all’art. 2377 c.c., non comportando inesistenza o nullità delle medesime; detta esclusione, infatti, non incide sull’esistenza dei presupposti essenziali del procedimento di formazione della volontà sociale, ma si traduce soltanto nella violazione delle regole che debbono presiedere al procedimento stesso a tutela dell’interesse dei singoli soci; Cass., 29 maggio 1986, n. 3628, in *Società*, 1986, 1087 secondo cui «la deliberazione di scioglimento di una società, che sia stata adottata dai soci nelle forme legali e con le maggioranze all’uopo prescritte, può essere invalidata, in difetto delle ragioni tipiche all’uopo previste (artt. 2377-2379 c.c.), sotto il profilo dell’abuso o eccesso di potere, solo quando risulti arbitrariamente o fraudolentemente preordinata dai soci maggioritari per perseguire interessi divergenti da quelli societari (e quindi, per le società cooperative, dal fine mutualistico), ovvero per ledere i diritti del singolo partecipante (come nel caso in cui lo scioglimento sia indirizzato soltanto all’esclusione del socio), mentre, all’infuori di tali ipotesi, resta preclusa ogni possibilità di sindacato in sede giudiziaria sui motivi che hanno indotto la maggioranza alla suddetta decisione»; Trib. Milano, 9 giugno 1994, in *Giur. comm.*, 1996, II, 273, per il quale è annullabile la delibera di aumento del capitale sociale per abuso o eccesso di potere, qualora sia intenzionalmente preordinata a far venir meno la legittimazione dei soci di minoranza a promuovere il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.; Trib. Como, 1° giugno 2000, in *Società*, 2001, 76, per il quale la deliberazione di un’assemblea societaria avente a oggetto l’aumento del capitale, se frutto dell’intento del socio di maggioranza di realizzare non già l’interesse sociale ma quello personale di

2. all'art. 2479-ter, comma 2, le decisioni assunte con la partecipazione determinante¹²⁰ di soci che hanno, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società¹²¹, «qualora possano¹²² recare danno alla società»¹²³.

uno dei soci (la fattispecie era relativa alla mancanza di liquidità del socio di minoranza tale da impedirgli di sottoscrivere l'aumento, così da diluirne la partecipazione sociale) è viziata perché non presa in conformità dell'art. 2377 c.c., ma in violazione del principio di correttezza, da intendersi come comportamento leale, tale da non far prevalere interessi personali, estranei al rapporto sociale, per danneggiare gli altri soci.

¹²⁰ Secondo Cass., 11 dicembre 2000, n. 15599, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1265, la delibera adottata con il voto del socio in conflitto di interessi non è senz'altro annullabile «essendo necessario che ricorrano due ulteriori condizioni: che il suo voto sia stato determinante e che la delibera possa arrecare un danno alla società».

¹²¹ Cfr. Cass., 19 agosto 1983, n. 5410, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1138; in *Foro it.*, 1984, I, 2298, secondo cui «anche con riguardo a una deliberazione dell'assemblea di una società per azioni con la quale si decida la proposizione dell'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore, è configurabile un conflitto d'interessi nei sensi previsti dall'art. 2373 c.c., con la conseguente possibilità d'impugnazione della stessa a norma dell'art. 2377 c.c., ove risulti accertato, attraverso obiettive circostanze di fatto, che l'azione di responsabilità, prevista in astratto a favore e a tutela della società, sia stata in concreto deliberata nell'interesse particolare dei soci che intendono promuoverla»; per Trib. Milano, 17 settembre 1987, in *Giur. comm.*, 1987, II, 797, è annullabile per conflitto d'interessi la deliberazione assembleare di una società di capitali assunta con il voto determinante del socio-amministratore (o del suo coniuge non separato), che abbia stabilito un compenso all'amministratore medesimo non conforme alla ragionevolezza e tale da poter arrecare danno alla società; l'onere della dimostrazione della potenzialità del danno grava sull'impugnante; per Trib. Milano, 15 ottobre 1987, in *Società*, 1988, 255, «le disposizioni dell'art. 2373, c.c., sono poste nell'interesse della società, interesse diverso e distinto da quello dei suoi soci; l'interesse della società è l'interesse dell'ente personificato a vedere destinato il suo patrimonio al conseguimento dell'oggetto sociale attraverso una organizzazione aziendale e un'autonomia finanziaria idonee a realizzare il massimo profitto per l'ente e, conseguentemente, la possibilità per i soci di distribuzione di dividendi più frequenti e sostanziosi; solo se l'interesse di cui il socio è portatore si pone in contrasto con il suindicato interesse della società si ha conflitto di interessi rilevante ex art. 2373, c.c.»; Trib. Milano, 8 febbraio 1988, in *Società*, 1988, 707, ha ritenuto che «ai fini della rilevanza del conflitto di interessi ex art. 2373, c.c., è indifferente che il conflitto riguardi in modo diretto la posizione del socio ovvero la posizione di chi esprima il voto in rappresentanza del socio: la divergenza, infatti, fra i due interessi può ugualmente sussistere e risultare di notevole gravità e pregiudizio anche nell'ipotesi che l'interesse extrasociale in conflitto non appartenga al socio, ma a terzi, per conto dei quali agisce chi materialmente esprime in assemblea la dichiarazione di voto del socio»; secondo App. Milano, 18 dicembre 1990, in *Società*, 1991, 620, la partecipazione decisiva del socio-amministratore di società di capitali alla formazione della delibera assembleare di determinazione del proprio compenso configura un'ipotesi di conflitto di interessi rilevante ex art. 2373 c.c., solo qualora consti l'attribuzione di un emolumento sproporzionato alle possibilità dell'azienda posto che non sempre un compenso gravoso per la società può essere dannoso per la stessa, dal momento che incentiva l'attività e la laboriosità dell'amministratore; inoltre, in detta ipotesi, in cui la delibera di determinazione del compenso dell'amministratore sia stata adottata con il voto decisivo di quest'ultimo e risulti viziata dalla sussistenza di un conflitto di interessi a causa della «irragionevolezza» dell'emolumento stabilito, deve ritenersi annullabile anche la successiva delibera di ratifica di tale delibera invalida ove assunta con la partecipazione determinante della moglie (divenuta in seguito socia di maggioranza)

Di contro, sono affette da “nullità” (art. 2479-ter, comma 3), nel senso che l’azione può essere esperita da «chiunque vi abbia interesse» e, in alcuni casi, «senza limiti di tempo»:

1. le decisioni «aventi oggetto illecito o impossibile»¹²⁴ (nella società per azioni si legge il medesimo concetto nell’art. 2379, comma 1);

dell’amministratore unico, sia pure in regime di separazione dei beni, in quanto portatrice, per conto del marito stesso, di un interesse in conflitto con quello della società; secondo Trib. Catania, 30 settembre 1993, in *Vita not.*, 1994, 832, «si ha conflitto di interessi rilevante allorché il conflitto sussista tra l’interesse concreto e attuale del socio e quello della società quale ente personificato, inteso come interesse autonomo, diverso a trascendente rispetto a quello dei soci, siano essi considerati singolarmente, collettivamente, come maggioranza o come gruppo di comando»; App. Milano, 5 gennaio 1996, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 739, ha ritenuto che «ai fini della sussistenza del conflitto di interessi in relazione alla delibera assembleare di determinazione del compenso dell’organo gestorio assunta con il voto decisivo del socio amministratore, l’impugnante deve dare la prova del fatto che in concreto la remunerazione stabilita sia sproporzionata oltre ogni limite di ragionevolezza all’attività prestata o da prestare a favore della società»; per Cass., 23 marzo 1996, n. 2562, in *Foro it.*, 1997, I, 1933, «il rapporto di parentela, in cui si trovi il socio con altro soggetto estraneo alla società e portatore di un interesse in conflitto, è insufficiente, in mancanza di altri indici univoci e significativi, a integrare la prova dell’esistenza di un interesse per conto di terzi in capo al socio ai sensi dell’art. 2373 c.c.»; per Cass., 21 marzo 2000, n. 3312, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1953, «ai fini dell’annullamento di una delibera assembleare di una società di capitali per conflitto di interessi *ex art.* 2373 c.c., deve ritenersi del tutto irrilevante la circostanza che la delibera stessa consenta al socio il conseguimento (anche) di un suo personale interesse se, nel contempo, non risulti pregiudicato l’interesse sociale. Il socio, pertanto, può legittimamente avvalersi del proprio diritto di voto per realizzare (anche) un fine personale, qualora, attraverso il voto stesso, egli non sacrifichi, a proprio favore, l’interesse sociale».

¹²² Occorre notare che nelle decisioni dei soci per aversi invalidità da conflitto d’interessi occorre che detto conflitto sia causa di un “danno potenziale” mentre nelle decisioni degli amministratori (art. 2475-ter) il conflitto di interessi genera invalidità della decisione ove esso determini un “danno effettivo”.

¹²³ Per Cass., 18 aprile 1961, n. 853, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 788, la deliberazione di una società per azioni è impugnabile se alla votazione abbiano partecipato soci in conflitto di interessi, ancorché il danno arrecato dalla deliberazione medesima alla società, sia non effettivo ma potenziale; per Cass., 4 maggio 1991, n. 4927, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1562, «ai fini dell’annullamento della delibera assembleare di una società di capitali per conflitto di interessi è essenziale che la delibera sia idonea a ledere gli interessi sociali, mentre è irrilevante che essa (senza pregiudicare nel contempo tali interessi) consenta al socio di soddisfare anche un interesse proprio»; secondo Cass., 21 dicembre 1994, n. 11017, in *Foro it. Mass.*, 1994, «il conflitto di interessi che, ai sensi dell’art. 2373 c.c., può essere causa di annullamento delle deliberazioni assembleari, è quello che si traduce in una contrapposizione tra l’interesse particolare di un socio (o di un gruppo di soci) e l’interesse della società e ricorre, quindi, solo quando il socio in conflitto riesca con il suo voto a fare approvare una delibera a sé vantaggiosa, ma obiettivamente dannosa per la società, e non quando la delibera consenta al socio di raggiungere un interesse proprio senza pregiudizio per la società (nella specie, si trattava di una delibera di aumento gratuito del capitale mediante imputazione di riserve costituite da utili non distribuiti, dalla quale il socio di maggioranza, in conflitto con uno dei soci interessato alla distribuzione, aveva tratto particolari vantaggi».

¹²⁴ Per Cass., 3 dicembre 1984, n. 6300, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, 437, sono nulle per illicei-

2. le decisioni «prese in assenza assoluta di informazione»¹²⁵ (ciò che dovrebbe essere il parallelo di quel che nella società per azioni, all'art. 2379, comma 1, si chiama «mancata convocazione dell'assemblea»)¹²⁶, con la precisazione tuttavia che¹²⁷:

a. la convocazione non si considera mancante nel caso d'irregolarità dell'avviso, se questo proviene da un componente dell'organo di amministrazione o di controllo della società¹²⁸ ed è idoneo a consentire a coloro

tà dell'oggetto le deliberazioni di approvazione di un bilancio falso e di aumento del capitale sociale che trova nel suddetto bilancio il proprio fondamento. Secondo App. Genova, 23 ottobre 1990, in *Società*, 1991, 200, «se "oggetto" della delibera, agli effetti dell'art. 2379, deve intendersi la materia intorno alla quale l'assemblea è chiamata a deliberare, occorre, perché vi sia nullità, che l'illiceità (ossia la contrarietà a norme imperative) riguardi direttamente la materia oggetto di delibera; con la conseguenza che, anche quando il vizio denunciato concerna una volontaria alterazione dei dati informativi, la delibera di fusione non cessa di avere un oggetto lecito e possibile, mentre illecito è un elemento del procedimento idoneo a influire sulla formazione della volontà assembleare; poiché l'informazione rappresenta sul piano logico e giuridico, un elemento necessario del procedimento deliberativo dalle regole generali relative al funzionamento dell'organo assembleare discende che anche all'assemblea convocata per decidere la fusione della società deve essere data una congrua informazione che, in mancanza di indicazioni della legge, deve essere elaborata in modo da rendere possibile e consapevole la decisione dei soci, i quali devono essere posti in grado, prima della riunione, di conoscere le ragioni ispiratrici, la situazione reale del patrimonio sociale e il nuovo assetto delle quote di capitale che sarà realizzato a fusione avvenuta».

¹²⁵ Sull'ambiguità dell'espressione cfr. DOLMETTA A.A., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1489. Cfr. pure BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1070. Per SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 229, la mancata menzione, nella disciplina della società a responsabilità limitata, della causa di nullità della deliberazione di S.p.A. derivante dalla "mancata convocazione dell'assemblea" degrada tale vizio a fattispecie di annullabilità.

¹²⁶ Secondo Cass., 22 agosto 2001, n. 11186, in *Studium juris*, 2002, 233; in *Foro it.*, 2002, I, 1483; in *Giur. it.*, 2002, 550; in *Nuovo dir.*, 2002, 249, «la delibera assembleare di una società si configura come il momento conclusivo di un iter procedimentale che prende inizio dalla convocazione degli aventi diritto ed è destinato a concludersi con l'espressione della volontà assembleare, che sarà formalizzata come deliberazione, sicché il vizio che eventualmente inficia la convocazione, rappresentando impedimento a che l'adunanza dei partecipanti possa qualificarsi giuridicamente come assemblea, determina la giuridica inesistenza della deliberazione che da essa venga assunta, con conseguente esclusione dell'effetto sanante che l'art. 2378 c.c. attribuisce alla deliberazione successiva avente valenza giuridica di ratifica-rinnovazione»; cfr. pure Cass., 11 marzo 1977, n. 989, in *Foro it.*, 1977, I, 809, secondo cui è annullabile, e non nulla, la deliberazione dell'assemblea di società per azioni su un argomento non indicato all'ordine del giorno.

¹²⁷ Secondo SALAFIA V., *L'assemblea della società per azioni secondo la recente riforma societaria*, in *Società*, 2003, 1053, sarebbe «ovvio affermare che, tuttavia, la dichiarazione legale di esistenza del verbale [...] non esclude la possibilità di configurarvi quei difetti che, a norma dell'art. 2377, quarto comma, comportano l'annullabilità della deliberazione in esso contenuta».

¹²⁸ Per Cass., 1° aprile 1982, n. 2009, in *Foro it.*, 1982, I, 1276, le deliberazioni adottate dall'assemblea di società per azioni convocata da soggetto privo del relativo potere (nella specie: sindaci deca-

- che hanno diritto di intervenire di essere tempestivamente avvertiti della convocazione e della data dell'assemblea (art. 2379, comma 3)¹²⁹;
- b. l'impugnazione della deliberazione invalida per mancata convocazione non può essere esercitata da chi anche successivamente abbia dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea (art. 2379-bis, richiamato dall'art. 2479-ter, comma 4);
3. le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo «attività impossibili o illecite» (nella società per azioni si legge il medesimo concetto nell'art. 2379, comma 1).

A questi casi occorre probabilmente aggiungere anche quello della «mancanza del verbale» esplicitato per la società per azioni dal comma 1 dell'art. 2379, che sarebbe difficile non ritenere applicabile in via analogica pure nella società a responsabilità limitata (così come tra l'altro dimostra la sanabilità dell'invalidità mediante verbalizzazione successiva di cui all'art. 2379-bis, comma 2, richiamato nella società a responsabilità limitata dall'art. 2479-ter, comma 4)¹³⁰.

Resta fermo anche che, per effetto dell'art. 2377, comma 4, richiamato per la società a responsabilità limitata dall'art. 2479-ter, comma 4, la deliberazione non può comunque essere invalidata:

1. per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate, salvo che tale partecipazione sia stata determinante ai fini della regolare costituzione dell'assemblea;
2. per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, salvo che il voto

duti) non sono né nulle né inesistenti, bensì semplicemente annullabili. Secondo Trib. Trento, 28 settembre 1999, in *Società*, 2000, 326, «la convocazione dell'assemblea dei soci da parte di uno solo degli amministratori, anziché collegialmente dal consiglio di amministrazione, ai sensi dell'art. 2366 c.c., non determina l'inesistenza o la nullità delle conseguenti deliberazioni ai sensi dell'art. 2379 c.c., bensì dà luogo alla semplice annullabilità di esse, ai sensi dell'art. 2377 c.c. e l'eventuale vizio della convocazione del consiglio di amministrazione che deliberò, a sua volta, la convocazione dell'assemblea non si riflette sulla validità delle deliberazioni di quest'ultima».

¹²⁹ Cfr. Cass., 28 maggio 1975, n. 3587, in *Giur. comm.*, 1976, II, 639, secondo cui «l'inosservanza del termine di convocazione determina l'illegittimità delle deliberazioni prese dall'assemblea della società, che non è validamente costituita. La distinzione tra carattere perentorio e ordinatorio del termine si applica solo alla materia processuale».

¹³⁰ Cfr. DOLMETTA A.A., *Sulle invalidità delle "delibere assembleari"*, in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale, dell'Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1488. Invece, per SANTOSUOSSO D.U., *La riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei DD.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, 229, la mancata menzione, nella disciplina della società a responsabilità limitata, della causa di nullità della deliberazione di S.p.A. derivante dalla "mancanza di verbale" degrada tale vizio a fattispecie di annullabilità.

invalido o l'errore di conteggio siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta;

3. per l'incompletezza o l'inesattezza del verbale, salvo che siano impediti l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione; peraltro (art. 2379, comma 3), il verbale non si considera mancante se contiene la data della deliberazione e il suo oggetto ed è sottoscritto:
- dal presidente dell'assemblea o dal presidente del consiglio d'amministrazione;
 - dal segretario o dal notaio.

Va precisato infine che l'invalidità della deliberazione per mancanza del verbale può essere sanata mediante verbalizzazione eseguita prima dell'assemblea successiva (in tal caso la deliberazione ha effetto dalla data in cui è stata presa, salvi i diritti dei terzi che in buona fede ignoravano la deliberazione) (art. 2379-*bis*, comma 2, richiamato dall'art. 2479-*ter*, comma 4).

Insomma, è evidente come il legislatore della riforma abbia operato con il chiaro intento di "degradare" a ipotesi di "nullità" tutta una serie di fattispecie nelle quali la giurisprudenza, ricorrendo invece alla loro qualificazione in termini di "inesistenza"¹³¹, aveva vanificato il dettato codicistico volto a restringere i casi di legittimazione assoluta all'impugnativa e a rendere prescrivibile l'azione invalidante¹³²: in questo quadro normativo, la ricerca della natura dell'invalidità deve esser fatta avendo come primo obiettivo quello di verificare se il caso in esame rientri tra le ipotesi di nullità, con la conseguenza che se vi sia una violazione di legge non compresa in quell'elenco, ciò deve necessariamente sollecitare una sua valutazione in termini di annullabilità.

¹³¹ Per Cass., 28 novembre 1981, n. 6340, in *Foro it. Mass.*, 1981, «ricorre l'ipotesi di inesistenza della deliberazione assembleare quando manchi un elemento costitutivo della fattispecie procedimentale di formazione della deliberazione, tale da non consentire l'inizio o da provocare l'interruzione dell'*iter* legale necessario alla formazione di una deliberazione assembleare imputabile alla società, con il risultato di determinare una fattispecie apparente non sussumibile nella categoria giuridica delle deliberazioni assembleari per inadeguatezza strutturale e funzionale rispetto alla fattispecie normativa; tale inesistenza si realizza nelle ipotesi di mancata convocazione dei soci non seguita da assemblea totalitaria, di mancata votazione dei soci, e di mancata verbalizzazione delle operazioni assembleari tale da rendere impossibile l'individuazione di una deliberazione dei soci partecipanti all'assemblea»; per Trib. Roma, 28 febbraio 1987, in *Società*, 1987, 720, «la convocazione dei soci è un requisito indispensabile per poter qualificare come assemblea la loro riunione; in mancanza, a meno che non abbia ugualmente luogo un'assemblea totalitaria, si determina l'impossibilità di costituzione dell'organo deliberativo, il quale perciò non è idoneo a esprimere una volontà riferibile alla società».

¹³² Cfr. MUSCOLO G., *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nella S.p.A.: cause ed effetti dell'invalidità dell'atto*, in *Società*, 2003, 536.

È peraltro ovvio che residua comunque un'area ove il giudizio di inesistenza continuerà a essere legittimamente esprimibile: si pensi, per esempio, al caso estremo dell'avvenuta verbalizzazione di una deliberazione di un'assemblea mai svoltasi.

6.6.2 La legittimazione all'azione di impugnazione

La domanda di "annullamento" compete (art. 2479-ter, comma 1):

1. ai soci¹³³ che «non [...] hanno consentito» alla deliberazione impugnata (con ciò facendosi riferimento al socio assente, al socio dissenziente¹³⁴ e al socio astenuto, e cioè a tutti coloro che non hanno favorevolmente concorso all'approvazione della delibera)¹³⁵; a differenza della società per azioni, nella società a responsabilità limitata non sono previste soglie minime di possesso di diritti di voto per acquisire la legittimazione all'annullamento (art. 2377, commi 2 e 3);
2. a «ciascun» amministratore (nel senso che si tratta di una legittimazione individuale)¹³⁶;

¹³³ Per Cass., 26 gennaio 1993, n. 952, in *Foro it. Mass.*, 1993, «la legittimazione a impugnare le deliberazioni assembleari di organismi con struttura associativa è subordinata alla titolarità della qualità di socio, attuale o almeno sussistente all'epoca della deliberazione stessa, sempre che, in tale ultimo caso, dall'ex socio si faccia valere in giudizio un diritto attuale che risulti leso dall'atto impugnato, condizione, questa, che manca quando a motivo dell'impugnazione si deduca la contrarietà dell'atto medesimo alla legge o allo statuto, in vista dell'elezione a cariche sociali che presuppongono esse stesse l'attualità della qualità di socio, senza che possa rilevare il successivo riacquisto della qualità di socio, attesa la sua efficacia solo *ex nunc*, che comporta la legittimazione a impugnare gli atti dell'associazione successivi a quel momento ma non quelli anteriori, per cui la legittimazione è venuta meno».

¹³⁴ Cfr. Trib. Monza, 14 febbraio 1983, in *Giur. comm.*, 1983, II, 937, secondo cui quando il dissenso attiene alla ritualità della convocazione dell'assemblea, esso sussiste solo se il socio, pur partecipando all'assemblea, non partecipi al voto. Per Cass., 13 gennaio 1988, n. 181, in *Società*, 1988, 350, «il socio escluso, pur dopo la sua uscita dalla società, può impugnare una delibera assembleare adottata al tempo in cui egli era ancora socio, quando sia titolare di un diritto attuale che risulti leso dalla delibera stessa; pertanto, con riguardo all'ipotesi di recesso o di esclusione del socio da società cooperativa, il socio escluso è legittimato all'impugnazione sia della delibera assembleare di approvazione del bilancio dell'anno della sua esclusione, avendo la stessa riferimento al suo diritto alla liquidazione della quota o al rimborso delle azioni, come della delibera che abbia imposto l'obbligazione non adempiuta dal socio escluso in conseguenza di tale inadempimento, afferendo all'ineliminabile suo diritto di contestare giudizialmente la legittimità della sua esclusione».

¹³⁵ In SALAFIA V., *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 10-11, si fa invece riferimento solo al socio "dissenziente".

¹³⁶ Cfr. nel previgente sistema Trib. Milano, 30 settembre 1985, in *Foro it.*, 1986, I, 2300, secondo cui il singolo amministratore non è legittimato, per difetto di interesse, a proporre azione di nullità della delibera assembleare di approvazione del bilancio; e ancora Trib. Milano, 26 gennaio 1987, in *Società*,

3. al «collegio sindacale» (qui invece si tratta di una legittimazione collegiale)¹³⁷; la legge non dà espressa legittimazione al revisore contabile che sia eventualmente nominato in luogo del collegio sindacale qualora quest'organo non sia di nomina obbligatoria, ma non v'è ragione di non ritenere estensibile per analogia al revisore la legittimazione che compete ai sindaci¹³⁸.

L'azione di «nullità» può invece essere esperita da «chiunque vi abbia interesse» (art. 2479-ter, comma 3)¹³⁹; la norma non fa riferimento alcuno a una possibile legittimazione giudiziale, quando invece per la corrispondente norma in tema di società per azioni (art. 2379, comma 2) l'invalidità può essere rilevata d'ufficio dal giudice nel caso di «mancata convocazione dell'assemblea, di mancanza del verbale e di impossibilità o illiceità dell'oggetto» nonché nel caso di delibera che modifichi «l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili». Trattandosi di una evidente

1987, 709, secondo cui «ogni componente del consiglio di amministrazione di una società di capitali è legittimato a impugnare le deliberazioni assembleari, le quali siano lesive o mettano in pericolo suoi interessi personali connessi all'incarico o che abbiano disposto la sua revoca dall'ufficio».

¹³⁷ Cfr. però Trib. Roma, 9 ottobre 1989, in *Società*, 1990, 323, secondo cui l'attribuzione ai sindaci di poteri individuali di ispezione e di acquisizione di informazioni, oltre che del dovere di intervento alle riunioni degli organi sociali, consente una interpretazione dell'art. 2377 c.c., nel senso di ritenere legittimati in via primaria i singoli membri del collegio sindacale a esperire l'azione di impugnativa delle deliberazioni assembleari annullabili.

¹³⁸ Cfr. ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2479-ter*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 177; SALAFIA V., *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 11.

¹³⁹ Per Cass., 8 giugno 1988, n. 3881, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1626; in *Società*, 1988, 810; in *Giust. civ.*, 1988, I, 2600, «l'azione di nullità delle deliberazioni di una società spetta a chiunque vi abbia interesse e, quindi, in caso di deliberazione di approvazione del bilancio, a chiunque subisca o possa subire un concreto pregiudizio per effetto dell'inesattezza o incompletezza dei dati forniti dal bilancio medesimo: pertanto, la qualità di socio, che sussista al momento dell'impugnazione per nullità e persista fino alla decisione (ancorché in relazione alla titolarità di azioni diverse da quelle originarie), determina di per sé la legittimazione e l'interesse a far valere detta nullità, indipendentemente dall'eventuale mancanza della qualità stessa all'epoca della deliberazione denunciata o comunque nel periodo anteriore alla domanda (salva restando, ai diversi fini dell'effettiva sussistenza ed entità del danno, la rilevanza del fatto che le azioni, in quanto acquistate dopo la delibera nulla, abbiano già scontato nel prezzo la negativa incidenza)»; per Cass., 13 aprile 1989, n. 1788, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1110, «l'azione di nullità delle deliberazioni di una società, pur essendo svincolata dai presupposti nonché dalle condizioni temporali e di legittimazione stabilite dall'art. 2377 c.c. per l'azione di annullamento, postula l'interesse dell'istante (art. 1421 c.c. richiamato dall'art. 2379 c.c.), cioè la sua esigenza di rimuovere una situazione pregiudizievole su determinate posizioni giuridiche e, pertanto, non può essere promossa, nemmeno dal socio, sulla sola base della qualità di socio dell'attore e della denuncia di irregolarità, occorrendo la specifica deduzione e dimostrazione della loro incidenza negativa nella sfera del socio stesso».

azione di nullità, appare abbastanza problematico negare l'applicazione dei principi di diritto comune (art. 1421) e impedirne l'esperimento all'autorità giudiziaria¹⁴⁰.

Infine, la legittimazione a impugnare la deliberazione di approvazione del bilancio (su cui il revisore o il collegio sindacale, ove esistano, non abbiano formulato rilievi) spetta a tanti soci che rappresentino almeno il cinque per cento del capitale sociale (art. 2434-*bis*, comma 2, richiamato dall'art. 2479-*ter*, comma 4).

6.6.3 I termini per l'impugnazione

Dai termini disposti in via generale per l'impugnazione delle deliberazioni invalide, vanno tenuti distinti il caso dell'impugnazione delle deliberazioni di aumento o di riduzione del capitale e dell'emissione di obbligazioni e il caso dell'impugnazione della deliberazione di approvazione del bilancio.

6.6.3.1 *In generale*

Qui occorre individuare diverse ipotesi¹⁴¹:

1. le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo e quelle adottate con la partecipazione determinante di soci che hanno, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società possono essere impugnate entro tre mesi dalla loro trascrizione nel libro delle decisioni dei soci (art. 2479-*ter*, comma 1);
2. le decisioni aventi oggetto illecito o impossibile e quelle prese in assenza assoluta di informazione possono essere impugnate entro tre anni dalla loro trascrizione nel libro delle decisioni dei soci;
3. le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività impossibili o illecite possono essere impugnate senza limiti di tempo.

¹⁴⁰ Cfr. ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2479-ter*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 180, che pare non ammettere la legittimazione del giudice.

¹⁴¹ Fermo restando che per Cass., 18 aprile 1997, n. 3351, in *Foro it. Mass.*, 1997, «poiché tra i termini processuali per i quali l'art. 1 della legge n. 742 del 1969 prevede la sospensione nel periodo feriale vanno compresi non soltanto i termini inerenti alle fasi successive all'introduzione del processo, ma anche il termine entro il quale il processo deve essere instaurato, quando l'azione in giudizio rappresenta l'unico strumento a tutela dei diritti dell'attore, detta sospensione si applica anche con riferimento al termine di tre mesi previsto dall'art. 2377 c.c. per l'impugnazione della delibera dell'assemblea di una società per azioni».

In altri termini:

- il “tradizionale” *cliché* della nullità (legittimazione assoluta, imprescrittibilità dell’azione) ricorre per le deliberazioni mediante le quali si adottassero per l’oggetto sociale attività impossibili o illecite;
- il “tradizionale” *cliché* dell’annullabilità (legittimazione relativa, prescrittibilità dell’azione) ricorre per le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dell’atto costitutivo;
- “a mezza via” (legittimazione assoluta, azione prescrivibile) stanno quelle ipotesi di “nullità” derivanti da decisioni aventi oggetto illecito o impossibili oppure prese in assenza assoluta di informazione.

Con la società per azioni non si notano differenze, fatta eccezione per il rilievo che, nel caso di azione prescrivibile, il *dies a quo* per l’impugnazione nella società a responsabilità limitata scatta dal giorno di trascrizione della delibera nel libro delle decisioni dei soci (art. 2479-ter, comma 1 e comma 3)¹⁴² mentre nella società per azioni, ove la delibera in questione sia soggetta a deposito/iscrizione nel Registro delle Imprese, il termine prescrizione prende il via dalla detta data di deposito/iscrizione (artt. 2377, comma 5, e 2379, comma 1).

Il legislatore ha compiuto questa scelta, da un lato, perché nella società a responsabilità limitata può mancare una formale “deliberazione” (perché sostituita da una decisione espressa dai soci mediante “consenso scritto” o “consultazione espressa per iscritto”) e quindi può essere difficile stabilire quando una data decisione debba considerarsi come in effetti posta in essere; e, d’altro lato, perché stante lo stretto rapporto tra società e soci, è stato ritenuto più opportuno puntare su di una ispezione del socio del libro delle decisioni dei soci piuttosto che sull’effettuazione da parte del medesimo di una visura camerale¹⁴³.

¹⁴² Cfr. ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2479-ter*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 179.

¹⁴³ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 11, «innovazione particolarmente significativa è quella che individua il termine di decorrenza per l’impugnativa dalla trascrizione della decisione nel relativo libro sociale. Ciò si spiega sulla base di un duplice ordine di motivi: da un lato, non essendo più necessaria in ogni caso una riunione e non essendo quindi sempre individuabile il momento di una deliberazione, evidenti ragioni di certezza richiedono che si faccia riferimento al momento in cui la decisione viene formalizzata; dall’altro il tipo societario della società a responsabilità limitata, in quanto caratterizzato dalla partecipazione personale dei soci, presuppone una loro presenza attiva nella vita della società: sicché, a differenza

6.6.3.2 *I termini per l'impugnazione delle deliberazioni di aumento o di riduzione del capitale e dell'emissione di obbligazioni*

Nei casi di nullità per mancata convocazione dell'assemblea, di mancanza del verbale e di impossibilità o illiceità dell'oggetto della deliberazione, l'impugnativa dell'aumento di capitale, della riduzione del capitale (non a causa di perdite) o dell'emissione di obbligazioni non può essere proposta (restando peraltro salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci e ai terzi) (art. 2379-ter, richiamato dall'art. 2479-ter, comma 4):

1. dopo che siano trascorsi centottanta giorni dall'iscrizione della deliberazione nel Registro delle Imprese; oppure:
2. nel caso di mancata convocazione, dopo novanta giorni dall'approvazione del bilancio dell'esercizio nel corso del quale la deliberazione è stata anche parzialmente eseguita.

6.6.3.3 *Il termine per l'impugnazione della deliberazione di approvazione del bilancio*

Le azioni di nullità e annullamento non possono essere proposte nei confronti delle deliberazioni di approvazione del bilancio dopo che è avvenuta l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo (art. 2434-bis, comma 1, richiamato dall'art. 2479-ter, comma 4).

6.6.4 *Gli effetti dell'invalidità*

La dichiarazione di invalidità della deliberazione (indipendentemente se si tratti di nullità o annullamento) (art. 2377, comma 6, richiamato dall'art. 2479-ter, comma 4):

1. produce effetto rispetto a tutti i soci e obbliga gli amministratori ad adottare i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità;
2. lascia in ogni caso salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione dichiarata invalida¹⁴⁴.

di quanto avverrebbe nell'ipotesi di un mero investitore estraneo all'attività sociale, maggior rilievo assume una sorta di pubblicità interna come quella rappresentata dai libri sociali rispetto ad altre forme di pubblicità esterna quale per esempio quella realizzata con l'iscrizione nel Registro delle Imprese».

¹⁴⁴ Secondo ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 254, invece, la delibera nulla «dovrebbe [...] travolgere i diritti dei terzi».

6.6.5 La sostituzione della deliberazione invalida

La dichiarazione di invalidità¹⁴⁵ della deliberazione non può aver luogo¹⁴⁶, se la deliberazione impugnata è sostituita¹⁴⁷ con altra presa in conformità della legge e dello statuto; in tal caso comunque restano salvi¹⁴⁸ i diritti acquisiti dai terzi sulla base della deliberazione sostituita (art. 2377, commi 7 e 8, richiamati dall'art. 2479-ter, comma 4).

A tal fine:

1. il tribunale, qualora ne ravvisi l'opportunità e ne sia fatta richiesta dalla società o da chi ha proposto l'impugnativa, può assegnare (non è precisato in quale fase del giudizio e quindi non vi dovrebbero essere preclusioni)¹⁴⁹ un termine non superiore a sei mesi¹⁵⁰ per l'adozione di una nuova decisione idonea a eliminare la causa di invalidità (art. 2479-ter, comma 1);
2. il giudice provvede sulle spese di lite, ponendole di norma a carico della società, e sul risarcimento dell'eventuale danno (art. 2377, comma 7, richiamato dall'art. 2479-ter, comma 4).

¹⁴⁵ Secondo Cass., 13 giugno 2000, n. 8036, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 23, 98, il principio stabilito dall'art. 2377 comma ultimo c.c., secondo il quale una deliberazione societaria invalida può essere sostituita con altra, adottata in conformità della legge e dell'atto costitutivo (e la cui efficacia prescinde dall'eventuale pendenza del procedimento d'impugnazione della prima), trova applicazione tanto per i casi di annullabilità quanto per quelli di nullità dell'atto, con la sola eccezione delle ipotesi di nullità per impossibilità e illiceità dell'oggetto, autonomamente regolate dall'art. 2379 c.c.

¹⁴⁶ Per il venir meno dell'interesse a impugnare: cfr. Trib. Catania, 30 settembre 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 890.

¹⁴⁷ Cfr. Cass., 16 luglio 1968, n. 2570, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 82, secondo cui, dato il carattere costitutivo della pronuncia di annullamento, deve ritenersi che la ratifica-rinnovazione, che impedisce l'annullamento della deliberazione sociale non presa in conformità della legge o dell'atto costitutivo, può utilmente intervenire anche in pendenza del giudizio di annullamento e prima della pronuncia definitiva. Per Trib. Napoli, 23 giugno 1995, in *Dir. e giur.*, 1995, 436, la sospensione dell'esecuzione di una deliberazione assembleare di società di capitali, espressamente prevista nel contesto delle azioni di annullamento *ex art. 2378 c.c.*, è ammessa anche con riguardo alle azioni di nullità *ex art. 2379 c.c.*, non potendosi negare la configurabilità di siffatta esigenza cautelare anche nei casi, ben più gravi, nei quali sia dedotta la nullità del deliberato assembleare anziché invocato il solo annullamento.

¹⁴⁸ Cfr. Cass., 21 ottobre 1987, n. 7754, in *Società*, 1988, 28; in *Foro it.*, 1988, I, 1617; in *Giust. civ.*, 1988, I, 1, 426, secondo cui il potere di rimuovere con successiva decisione la deliberazione invalida, ricollegandosi a un vizio originario del precedente atto, non trova ostacolo in eventuali diritti acquisiti dagli associati o dai terzi in sede di esecuzione dell'atto stesso (come si verifica invece nella diversa ipotesi della modifica o revoca in senso stretto di una pregressa deliberazione).

¹⁴⁹ Cfr. ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2479-ter*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 178.

6.6.6 Il procedimento di impugnazione

Il procedimento di impugnazione è regolato identicamente per la società per azioni e la società a responsabilità limitata in quanto in quest'ultima disciplina si richiama pedissequamente il disposto dell'art. 2378. Cioché, l'impugnazione è proposta con atto di citazione davanti al tribunale del luogo dove la società ha sede; con ricorso depositato contestualmente al deposito, anche in copia, della citazione, l'impugnante può chiedere¹⁵¹ la sospensione dell'esecuzione della deliberazione¹⁵². Tutte le impugnazioni relative alla medesima deliberazione, anche se separatamente proposte devono essere istruite congiuntamente e decise con unica sentenza.

¹⁵⁰ Va probabilmente ritenuto comunque che al fine di impedire la pronuncia di annullamento valga sia una delibera sostitutiva assunta spontaneamente dalla società (cioè senza un intervento del giudice) sia una delibera assunta al di là del termine assegnato dal giudice, in quanto l'interesse perseguito è comunque quello di mettere nel nulla la delibera invalida rimpiazzandola con una nuova non affetta da vizi: cfr. ROSAPEPE R., *Sub Articolo 2479-ter*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 178; DOLMETTA A.A., *Sulle invalidità delle "delibere assembleari"*, in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale, dell'Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1488.

¹⁵¹ Secondo Trib. Verona, 30 giugno 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 303; in *Società*, 1996, 73; in *Giur. merito*, 1997, 548; in *Giur. merito*, 1996, 868, è inammissibile il ricorso alla tutela innominata di cui all'art. 700 c.p.c., allo scopo di ottenere la sospensione dell'esecuzione di deliberazione assembleare, in presenza dello strumento cautelare tipico specificamente apprestato dal legislatore all'art. 2378 c.c. Peraltro Trib. Bologna, 24 dicembre 1996, in *Dir. fall.*, 1997, II, 1034, ha ritenuto che «in considerazione dell'ultrattività dei provvedimenti cautelari tipici previsti dal c.c. e sancita dall'art. 669-*quaterdecies* c.p.c. (norma relazionale della novella), deve ritenersi che la tutela cautelare, di cui agli artt. 670 ss. c.p.c., costituisca una disciplina generale che deve riguardare solo le aree non già selezionate dalla *ratio* descrittiva o dalla funzione del procedimento cautelare tipico e speciale (nel caso di s.r.l., per la quale è previsto il rimedio endoprocedurale della sospensione della delibera assembleare ex art. 2378 c.c. – espressamente richiamato dall'art. 2486 c.c., non sembra estranea alla latitudine precettiva dell'art. 700 c.p.c. l'estensibilità del rimedio cautelare atipico ogni qualvolta non sia stata dedotta una richiesta consistente o implicante un atto di arresto provvisorio degli effetti della delibera assembleare e, invece, sia stato prospettato un bisogno di tutela urgente assolvibile mediante un diverso ordine del giudice, cioè, almeno, nei casi in cui la sospensione sia già stata disposta dentro il giudizio)».

¹⁵² Cfr. Trib. Roma, 23 dicembre 1999, in *Dir. fall.*, 2000, II, 645, secondo cui costituisce sufficiente condizione (*fumus boni iuris*) per sospendere ex art. 2378 c.c. l'esecuzione della delibera assembleare della s.r.l., l'avvenuta prosecuzione dei lavori dopo che il presidente dell'assemblea abbia chiuso il verbale (fissando nuova data) per motivi attinenti alla regolarità della costituzione; Trib. Milano, 16 luglio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 1886, secondo cui costituisce grave motivo, atto a giustificare la sospensione delle delibere consiliari impugnate, la circostanza che le riunioni si siano svolte sotto la direzione di una persona (nella specie del presidente del consiglio di amministrazione, già dimessosi) che non avrebbe dovuto essere presente e abbia alla stessa conferito incarichi di rappresentanza della società.

Ove sia presentata istanza di sospensione e si ravvisi «eccezionale e motivata urgenza», il presidente del tribunale, omessa la convocazione della società convenuta, provvede sull'istanza con decreto motivato, che deve altresì contenere la designazione del giudice per la trattazione della causa di merito e la fissazione, davanti al giudice designato, entro quindici giorni, dell'udienza per la conferma, modifica o revoca dei provvedimenti emanati con il decreto, nonché la fissazione del termine per la notificazione alla controparte del ricorso e del decreto.

La trattazione della causa di merito ha comunque inizio trascorso il termine di tre mesi dall'iscrizione della deliberazione impugnata nel libro delle decisioni dei soci.

Il giudice designato per la trattazione della causa di merito, sentiti gli amministratori e sindaci:

1. provvede «valutando comparativamente il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dall'esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione dell'esecuzione della deliberazione»;
2. può disporre in ogni momento che i soci oppositori prestino idonea garanzia per l'eventuale risarcimento dei danni;
3. all'udienza, il giudice, ove lo ritenga utile, esperisce il tentativo di conciliazione eventualmente suggerendo le modificazioni da apportare alla deliberazione impugnata e, se la soluzione appaia realizzabile, rinvia adeguatamente l'udienza.

SOMMARIO

	Introduzione
7.1	L'aumento di capitale "a pagamento" e l'esercizio del diritto di opzione
7.1.1	L'esclusione o la limitazione del diritto di opzione
7.1.2	L'esecuzione dell'aumento di capitale a pagamento
7.1.3	La "inscindibilità" della deliberazione di aumento del capitale sociale
7.2	L'aumento di capitale "delegato" agli amministratori
7.3	L'aumento del capitale in forma "gratuita"
7.4	La condizione dell'integrale versamento del capitale sociale
7.5	La decisione di riduzione "discrezionale" del capitale sociale
7.6	La decisione di riduzione del capitale per perdite
7.6.1	Le perdite oltre il terzo del capitale
7.6.2	Le perdite che riducono il capitale sotto il minimo legale

Introduzione

In ossequio all'intento di apprestare per la società a responsabilità limitata una normativa "propria" e autonoma rispetto a quella della società per azioni, il legislatore della riforma ha apprestato una disciplina specifica della società a responsabilità limitata in materia di aumento e di riduzione del capitale sociale: il "prezzo" che una tale scelta paga è qui, come in altri casi, quello (spesso) di una mera duplicazione di norme della società azionaria.

7.1 L'aumento di capitale "a pagamento" e l'esercizio del diritto di opzione

Salvo il caso che la facoltà di deliberare l'aumento sia stata delegata (vedasi par. 7.2) all'organo amministrativo (art. 2481, comma 1), la decisione di aumento del capitale sociale compete tipicamente ai soci in forma assembleare (come si evince, forse con un po' di sovrabbondanti ripetizioni, dall'art. 2479, comma 2, n. 4, dall'art. 2479, comma 4, e dall'art. 2480), e cioè senza la possibilità che questa decisione venga assunta mediante "consenso scritto" o "consultazione espressa per iscritto" (di cui all'art. 2479, comma 3).

Ove dunque si voglia procedere all'aumento del capitale sociale (sia in tema di società a responsabilità limitata, sia in tema di società per azioni: art. 2441, comma 1), vi è innanzitutto da tener conto della regola generale secondo cui, in nome del diritto del socio di conservare nel corso della vita sociale l'entità della caratura della propria partecipazione al capitale sociale¹, in caso di aumento del capitale spetta ai soci «il diritto di sottoscriverlo in proporzione delle partecipazioni da essi possedute» (art. 2481-*bis*, comma 1)².

Per permettere l'esercizio del diritto di opzione, la legge dispone pertanto che ai soci deve essere concesso un termine di almeno trenta giorni per effettuare la sottoscrizione; detto termine decorre (non dal giorno della deliberazione ma) dal «momento in cui viene comunicato ai soci che l'au-

¹ Riconosciuto ovviamente anche nel previgente ordinamento, ove, come noto, si agitava la "famosa" questione del richiamo "imperfetto" (a causa della modifiche subite nel tempo dal "vecchio" art. 2441) operato al "vecchio" art. 2441 dal "vecchio" art. 2495: sul tema cfr. MAROCCO A.M., MORANO A., RAYNAUD D., *Società a responsabilità limitata*, in *Casi e materiali di diritto societario*, Milano, 1992, 421.

² Sarebbe «ignoto», secondo FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2481-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 187, nota 1, il motivo in base al quale il legislatore nella società a responsabilità limitata non ha usato il termine "opzione" (ben presente invece nella disciplina della società per azioni: art. 2441).

mento di capitale può essere sottoscritto» (art. 2481-*bis*, comma 2; nella società per azioni il termine di trenta giorni decorre dal giorno di pubblicazione dell'offerta nel Registro delle Imprese)³.

Cosicché, deve ritenersi che, se ai soci presenti in assemblea la comunicazione si intenda di per sé già avvenuta⁴, con riferimento a coloro invece che non vi abbiano partecipato (o che, seppur presenti, si siano assentati durante il suo svolgimento) occorre esperire la notifica di una comunicazione "individuale"⁵ al fine di permettere il decorso del predetto termine. La forma di questa comunicazione e le modalità di sua trasmissione non sono normate dalla legge, e pertanto è bene che esse siano disciplinate statutariamente; sarebbe pure opportuno che il termine scadesse nello stesso momento per tutti i destinatari della comunicazione, per evitare favoritismi, atteggiamenti maliziosi o furbizie, e che quindi lo statuto intervenisse anche per soddisfare questa esigenza.

Va da sé che è invece imprescindibile prevedere nella deliberazione di

³ Si compone in tal modo il problema, insorto nell'ordinamento previgente, sul problema del metodo da utilizzare (comunicazione individuale, pubblicazione nel Registro delle Imprese dell'offerta di opzione, sufficienza dalla pubblicazione nel Registro delle Imprese della deliberazione di aumento del capitale sociale) per permettere al socio di esercitare il diritto di opzione e per stabilire il *dies a quo* del termine concesso per l'esercizio di tale diritto: cfr. sul tema PICONE L., *Diritto di opzione su quote di società a responsabilità limitata: pubblicità e termine per l'esercizio*, in *Società*, 1996, 698; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 361; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 297; Trib. Napoli, 24 gennaio 1989, in *Giur. comm.*, 1989, II, 592; Trib. Roma, 8 gennaio 1996, in *Società*, 1996, 698, secondo cui «poiché l'art. 2495 c.c. non richiama il disposto dell'art. 2441, 2° comma, per la società a responsabilità limitata non trova applicazione, salva specifica previsione statutaria, il regime di pubblicazione dell'offerta di opzione previsto dal menzionato art. 2441, 2° comma, mentre il termine per l'esercizio del diritto di opzione può essere anche inferiore a quello previsto per le società per azioni, purché di durata congrua, così da non rendere impossibile o estremamente difficoltoso l'esercizio di tale diritto»; Trib. Monza, 29 giugno 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 3547, secondo cui «il termine per l'esercizio del diritto di opzione stabilito per la società per azioni non trova applicazione alla società a responsabilità limitata, spettandone quindi la determinazione all'assemblea di quest'ultima, purché non venga fissato in modo così ristretto da renderne impossibile o molto difficile la fruizione».

⁴ A meno che non si tratti di una delibera di aumento del capitale sociale la quale preveda che (ferma restando l'indicazione di un termine entro il quale le sottoscrizioni debbono essere raccolte: art. 2481-*bis*, comma 2, primo periodo) il giorno iniziale per le sottoscrizioni (per il cui esercizio deve essere comunque concesso un termine di trenta giorni dalla comunicazione individuale: art. 2481-*bis*, comma 2, secondo periodo) debba essere stabilito dall'organo amministrativo.

⁵ Sul punto che debba trattarsi di una comunicazione "individuale" e non di una comunicazione generalizzata (come quella che avviene per la S.p.A. mediante la pubblicazione del relativo avviso presso il Registro delle Imprese) cfr. ZANARONE G., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 83.

aumento del capitale un termine entro il quale le sottoscrizioni debbono necessariamente esser raccolte: e ciò in quanto, ove non sia disposto diversamente dalla deliberazione di aumento del capitale, se entro il predetto termine l'intero capitale sociale non sia dunque sottoscritto, l'intera deliberazione "cade" (è la cosiddetta "naturale" inscindibilità: vedasi *infra* il par. 7.1.3) e non si intende valevole nemmeno con riguardo alle (parziali) sottoscrizioni fino a quel momento raccolte (art. 2481-*bis*, comma 3).

Fermo restando il termine minimo di trenta giorni per l'esercizio dell'opzione, la norma in questione (art. 2481-*bis*, comma 2) consente peraltro che i soci possano stabilire «le *modalità* e i *termini* entro i quali può essere esercitato il diritto di sottoscrizione»; e così, per esempio, stabilire:

- un termine maggiore di quello di trenta giorni di cui sopra;
- la forma delle sottoscrizioni;
- la forma dei versamenti (per contanti, con assegni circolari ecc.);
- un termine per l'effettuazione dei versamenti una volta effettuata la sottoscrizione (fatte salve le norme in tema di necessità di versamento immediato dei 2,5/10 e dell'intero sovrapprezzo);
- l'esecuzione dell'aumento di capitale per *tranches* ecc.;

e infine i termini e le modalità (si pensi a un sovrapprezzo previsto per il solo caso della collocazione dell'inoptato presso terzi) per la collocazione (presso soci o presso terzi) da parte dell'organo amministrativo della parte di aumento di capitale che resti inoptata (art. 2481-*bis*, comma 2, ultimo periodo)⁶; va peraltro notato che questa facoltà di collocazione presso soci o presso terzi non discende "naturalmente" dalla deliberazione di aumento del capitale sociale, ma deve essere esplicitamente decisa dai soci (e ciò sempre a presidio del carattere fortemente personalistico dei rapporti all'interno della compagine sociale della società a responsabilità limitata); e che ovviamente la facoltà di collocare l'inoptato sconta i limiti statuari in tema di circolazione delle partecipazioni (prelazione, gradimento, radicale intrasferibilità)⁷.

Ove sia adottata la decisione di collocare l'inoptato presso i soci, è inevitabile ritenere che occorra procedere con un criterio di "parità di condizioni": e così se, per esempio, l'inoptato viene collocato alle medesime condizioni alle quali è stato collocato l'aumento di capitale offerto in opzione, si

⁶ Sulla collocazione dell'inoptato nell'ordinamento previgente cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 365.

⁷ Cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 366.

deve ritenere che i soci optanti, i quali vogliano acquisire la parte di aumento rimasta non optata, ne debbano fare un riparto proporzionale al loro interno in ragione della caratura della rispettiva quota di partecipazione al capitale sociale; se invece sia prevista, per esempio, l'aggiudicazione dell'inoptato al socio optante miglior offerente, si deve praticare la parità di condizioni tra coloro che esprimono dette migliori condizioni (e quindi, di nuovo, si deve distribuire l'inoptato tra detti soggetti in base alla rispettiva caratura).

È opportuno che la decisione che consente la ripartizione dell'inoptato tra i soci stabilisca le modalità di esercizio (per esempio, temporali) di questa ulteriore opzione e, in mancanza, può probabilmente ritenersi applicabile (ove possibile: per esempio, non è possibile nel caso in cui serva una "gara" per stabilire l'aggiudicazione dell'inoptato) la disciplina dell'art. 2441, comma 3, ove, in tema di società per azioni, si dispone che coloro i quali esercitano il diritto di opzione, *purché ne facciano contestuale richiesta*, hanno diritto di prelazione nell'acquisto delle azioni che siano rimaste non optate.

Qualora invece la deliberazione di aumento del capitale sociale disponga la collocabilità dell'inoptato presso terzi le strade sono due: o si lascia libertà all'organo amministrativo di collocare "al meglio" l'aumento che è rimasto inoptato o si definisce il percorso che l'organo amministrativo deve compiere per questa collocazione mediante la fissazione di certi "paletti" (caratteristiche soggettive, importi da versare, entità massima delle quote sottoscrivibili da un solo soggetto ecc.).

Qualora infine sia deciso di collocare l'inoptato sia presso soci che presso terzi, tra i soci occorre pur sempre rispettare la parità di trattamento di cui sopra, a meno che le modalità prescelte (del tipo: l'inoptato si colloca al miglior offerente) escludano di per sé ingiustificate prevaricazioni.

7.1.1 L'esclusione o la limitazione del diritto di opzione

Dopo aver enunciato la regola generale secondo cui ai soci spetta il diritto di opzione nel caso in cui sia deciso l'aumento del capitale sociale, il medesimo comma 1 dell'art. 2481-*bis* peraltro dispone subito l'eccezione a detta regola⁸:

- da una parte prevedendo che l'atto costitutivo (o lo statuto che dir si voglia)

⁸ Anche qui chiarendo una questione nella quale nel diritto previgente non vi erano certezze: nel senso, per esempio, che a maggioranza non potesse essere deliberato un aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione cfr. RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI

possa consentire (salvo il caso che si tratti di un aumento conseguente a una riduzione del capitale stesso per perdite)⁹ che l'aumento di capitale sia "aperto" anche ai terzi estranei alla compagine sociale;

- d'altro lato, prevedendo che, ai soci non favorevoli (perché dissenzienti, assenti o astenuti) rispetto a questa limitazione o soppressione del diritto di opzione, è concessa – in nome della particolare attenzione rivolta dalla riforma agli interessi del singolo socio nello sviluppo della vita sociale – la facoltà di recedere¹⁰ dalla società (evidentemente dovendosi liquidare la partecipazione del recedente in base al patrimonio netto della società *ante* operazione di aumento e cioè, per esempio, alla data di iscrizione della delibera nel Registro delle Imprese)¹¹.

L., vol. XXX, t. 1, 1982, 361, il quale tuttavia ammetteva l'inserzione nello statuto di una clausola che abilitasse l'escludibilità a maggioranza del diritto di opzione). Cfr. pure PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 297; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 526. Cfr. Trib. Vicenza, 23 marzo 1999, in *Dir. fall.*, 1999, II, 566, secondo cui «dato il mancato richiamo del 5° comma dell'art. 2441 c.c. da parte dell'art. 2495 c.c., la possibilità di aumentare il capitale sociale con esclusione del diritto di opzione è riservata solo alle società per azioni».

⁹ Invero, l'art. 2481-*bis*, comma 1, secondo periodo, fa salvo solo il caso di cui all'art. 2482-*ter* (e quindi il caso dell'aumento di capitale conseguente a una riduzione del capitale per perdite che l'abbiano portato sotto il minimo legale), ma non vi è ragione di ritenere che le ragioni di tutela dell'interesse dei soci (a non veder annacquata la propria partecipazione al capitale sociale) non ricorrano, in identica misura, in ogni altro caso di aumento di capitale conseguente a una "qualsiasi" riduzione per perdite.

¹⁰ Dato che, ai sensi dell'art. 2437-*bis*, comma 3, «il recesso non può essere esercitato e, se già esercitato, è privo di efficacia, se, entro novanta giorni, la società revoca la delibera che lo legittima ovvero se è deliberato lo scioglimento della società», il recesso in questione si cada se la delibera di aumento del capitale non si perfezioni (per esempio, perché, nel termine stabilito dalla delibera stessa, non si raccolga alcuna sottoscrizione oppure perché, per esempio, le sottoscrizioni raccolte non siano sufficienti stante la "inscindibilità" del deliberato aumento di capitale).

¹¹ Invero, ai sensi dell'art. 2473, comma 3, «i soci che recedono dalla società hanno diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione in proporzione del patrimonio sociale. Esso a tal fine è determinato tenendo conto del suo valore di mercato *al momento della dichiarazione di recesso* [...]», il quale momento potrebbe essere successivo all'esecuzione dell'aumento e quindi al conseguente incremento del patrimonio netto della società (ma pure al conseguente decremento della caratura della partecipazione del socio recedente). Inoltre, il riferimento alla data di iscrizione della delibera di aumento nel Registro delle Imprese (momento dal quale la delibera ha efficacia: artt. 2480 e 2436, comma 5) risponderebbe all'indubbia esigenza di un trattamento eguale di situazioni eguali, e quindi di effettuare la liquidazione di una pluralità di recedenti in base a un'unica situazione patrimoniale e non a tante situazioni patrimoniali quante sono le date in cui le dichiarazioni di recesso siano effettuate (con ciò che conseguirebbe, in questa pluralità di date, a causa delle sottoscrizioni dell'aumento di capitale che nel frattempo intervenissero): cfr. FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2481-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 188.

Questa previsione di “apertura” dell’aumento di capitale può derivare sia da una norma adottata dai soci “originariamente”, e cioè all’atto stesso della costituzione della società, sia da una norma statutaria successivamente introdotta: sotto quest’ultimo profilo, sicuramente suggestiva è l’opinione circa la necessità¹² del consenso unanime dei soci (in base al rilievo che, altrimenti, il diritto d’opzione dei soci sarebbe solo una vuota formula), ma forse preferibile è l’idea che, ove fosse stata ritenuta necessaria l’unanimità dei soci, la legge l’avrebbe dovuto prevedere (così come accade, per esempio, per l’art. 2468, comma 4) e che a tutela del socio “violato” nel proprio diritto di opzione la legge già appresta l’idoneo rimedio del diritto di recesso (art. 2481-*bis*, comma 1)¹³.

Piuttosto, di unanimità è d’uopo parlare (ma con riferimento alla decisione di aumento, e non più, come sopra, all’introduzione nello statuto sociale della clausola “abilitante” l’aumento senza opzione) ogni qualvolta l’assenza del diritto di opzione si possa tradurre in una diminuzione o comunque in un’alterazione dei “particolari diritti” concessi a taluno dei soci dall’art. 2468, comma 3 (si pensi a un “diritto di nomina” di amministratori dal quale derivi la possibilità di nomina di un amministratore ogni 20 per cento di capitale sociale posseduto), in quanto, come noto, ai sensi del successivo comma 5, di regola, dette modificazioni possono avvenire solo con il consenso di tutti i soci.

Sulla fattispecie dell’aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto di opzione la disciplina della nuova società a responsabilità limitata tuttavia non dice altro, di modo che sugli aspetti non normati non si può che riferirsi alla corrispondente normativa in tema di società per azioni, ove la si ritenga applicabile, o invocare la predisposizione di opportune clausole statutarie che evitino il sorgere di dubbi in materia. Per esempio, occorre considerare che:

1. sulle ragioni che legittimano l’esclusione o la limitazione del diritto di opzione e sulla necessità che esso sia comprimibile solo «quando l’interesse della società lo esige» (riconosciuto da un numero di soci «che rappresentino oltre la metà del capitale sociale») (art. 2441, comma 5), l’applicazione analogica alla società a responsabilità limitata della disciplina della società

¹² Sia per introdurre nello statuto la clausola “abilitante” l’aumento senza la concessione del diritto di opzione sia, ciò che è lo stesso, per deliberare “direttamente” (cioè senza la clausola “abilitante”) l’aumento senza opzione.

¹³ Cfr. per l’unanimità dei soci FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2481-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 187.

- per azioni appare problematica, in ragione del silenzio del legislatore della società a responsabilità limitata sul punto e della “centralità” (art. 3, legge 366/2001) dell’interesse “dei soci” (e quindi dell’interesse dei soci di maggioranza), e dell’evidente minusvalenza, dunque, rispetto a quello, dell’interesse “della società”;
2. le medesime motivazioni e quindi le medesime conclusioni di problematica applicazione analogica devono evidentemente ripetersi per le “formalità” e le relative modalità temporali cui l’art. 2441, comma 5, subordina la deliberazione dell’aumento di capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione (relazione degli amministratori da cui risultino le ragioni dell’esclusione o della limitazione o del conferimento in natura, i criteri adottati per la determinazione del prezzo di emissione; parere del collegio sindacale; determinazione del prezzo di emissione delle nuove quote in base al valore del patrimonio netto) (anzi, la legge, almeno con riguardo al sovrapprezzo, depona nel senso della sua “naturale” facoltatività¹⁴, prevenendo infatti, all’art. 2481-*bis*, comma 2, primo periodo che «la decisione di aumento di capitale prevede l’*eventuale* sovrapprezzo»);
 3. sul tema dell’aumento di capitale da liberarsi (ove lo statuto lo consenta: art. 2464, comma 3) mediante conferimenti “in natura” e sulla conseguente esclusione del diritto di opzione, occorre evidentemente ritenere applicabile quanto disposto dall’art. 2441, comma 4, ove si prevede che il diritto di opzione non spetta per le azioni di nuova emissione che, secondo la deliberazione di aumento del capitale, devono essere liberate mediante conferimenti in natura (l’ammissibilità dell’aumento “in natura” deriva sia dai principi generali, sia dalle norme sui conferimenti di cui agli artt. 2464 e 2465, sia dalla specifica previsione di cui all’art. 2481-*bis*, comma 4);
 4. analogia applicabilità analogica appare configurabile sia per la fattispecie dell’aumento di capitale sottoscritto (sempre che non si cozza contro il divieto di sollecitazione all’investimento: art. 2468, comma 1) da banche, da enti o società finanziarie soggetti al controllo della Consob ovvero da altri soggetti autorizzati all’esercizio dell’attività di collocamento di strumenti finanziari, con obbligo di offrirle ai soci della società (art. 2441, comma 7); sia per la fattispecie dell’esclusione del diritto di opzione (sempre che detta esclusione sia consentita dallo statuto: art. 2481-*bis*, comma 1) se l’aumento sia offerto in sottoscrizione ai dipendenti della società o di società che la controllano o che sono da essa controllate (art. 2441, comma 8). In quest’ultimo caso, tuttavia, qualche problema potrebbe derivare dall’individuazione dei *quorum* deliberativi occorrenti, pur se va osservato come i *quorum* deliberativi disposti

¹⁴ *Contra* ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 274.

per le decisioni dei soci della società a responsabilità limitata siano comunque più elevati di quelli di cui al richiamato comma 8 dell'art. 2441.

Circa la deliberazione di un aumento di capitale da liberarsi mediante conferimenti "in natura"¹⁵, la disciplina della società a responsabilità limitata non richiama l'obbligo di erezione della perizia di stima (più correttamente, in materia di società per azioni, l'art. 2440 invece richiama l'art. 2343); peraltro, la normativa sui conferimenti "in natura" di cui all'art. 2465 deve ritenersi riferita, in linea generale, a qualsiasi tipo di conferimento, e così sia ai conferimenti in sede di costituzione della società, sia a quelli effettuati in sede di liberazione di una delibera di aumento del capitale sociale. E sempre fermo restando che all'aumento del capitale con conferimenti "in natura" in tanto può farsi luogo in quanto nello statuto della società sussista l'abilitazione di cui all'art. 2464, comma 3.

Infine, dopo "l'errata corrige" di cui all'«avviso di rettifica» pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 153 del 4 luglio 2003 ora l'art. 2481-*bis*, comma 4, esplicitamente richiama anche il comma 6 del precedente art. 2464, cosicché si sgombera definitivamente il campo sull'ammissibilità della liberazione di un aumento di capitale mediante conferimento d'opera, prima revocabile in dubbio appunto dal mancato richiamo di detto comma 6.

7.1.2 L'esecuzione dell'aumento di capitale a pagamento

Chi sottoscrive l'aumento del capitale deve, all'atto della sottoscrizione, versare alla società (art. 2481-*bis*, comma 4, ripetitivo dell'art. 2439, comma 1):

1. almeno il venticinque per cento della parte di aumento di capitale in danaro sottoscritta (versamento sostituibile con il deposito presso la società di una fideiussione bancaria o di una polizza assicurativa: art. 2464, comma 4);
2. l'intero sovrapprezzo (anch'esso sostituibile con fideiussione o polizza assicurativa), ove il versamento di una somma a titolo appunto di sovrapprezzo sia previsto nella delibera di aumento del capitale sociale (art. 2481-*bis*, comma 2).

All'integrale liberazione del conferimento occorre procedere anche:

1. nel caso di sottoscrizione dell'aumento di capitale mediante conferimento "in natura" (artt. 2481-*bis*, comma 4 e 2464, comma 5);

¹⁵ Occorre sul punto ricordare che ai sensi dell'art. 2464, comma 3, «se nell'atto costitutivo non è stabilito diversamente, il conferimento deve farsi in danaro» e che quindi l'aumento di capitale mediante conferimenti in natura è deliberabile solo se l'atto costitutivo (o lo statuto) lo consentano.

2. nel caso in cui l'aumento di capitale sia per intero sottoscritto dall'unico socio (art. 2481-*bis*, comma 5); stante la laconicità di questa norma, potrebbe essere revocato in dubbio se l'unico socio possa invece sostituire il conferimento con la fideiussione o la polizza di cui all'art. 2464, comma 4, ma la risposta pare dover essere positiva, puntando l'attenzione sulla scarsità della tecnica di redazione piuttosto che su un'effettiva volontà legislativa in tal senso (che così discriminerebbe i versamenti in sede di atto costitutivo da quelli in sede di aumento del capitale).

Nei trenta giorni dall'avvenuta "sottoscrizione" gli amministratori devono depositare per l'iscrizione nel Registro delle Imprese un'attestazione che «l'aumento di capitale è stato eseguito» (art. 2481-*bis*, ultimo comma, identico all'art. 2444, comma 1, in tema di società per azioni); "eseguito" qui sta per "sottoscritto", dovendosi sul punto ricordare che al Registro delle Imprese va altresì segnalata la materiale "esecuzione" dell'aumento di capitale, e quindi l'effettiva "liberazione" dei conferimenti promessi con la "sottoscrizione" (e ciò in modo da rendere possibile la pubblicità, tramite il Registro stesso, delle tre notizie che dalla visura camerale emergono con riferimento al capitale, e cioè quelle inerenti il capitale "deliberato", il capitale "sottoscritto" e infine appunto il capitale "versato").

Piuttosto, nella disciplina della società a responsabilità limitata non si rinviene una norma analoga a quella disposta dall'art. 2444, comma 2, in materia di società per azioni, secondo la quale fino a che non sia effettuata l'iscrizione dell'avvenuta esecuzione dell'aumento del capitale sociale nel Registro delle Imprese, «l'aumento del capitale non può essere menzionato negli atti della società»: detta norma è peraltro da ritenersi espressione di un principio generale in ordine alla corretta informazione del pubblico circa gli elementi fondamentali di una data struttura societaria, cosicché deve ritenersi dettata non solo per la società per azioni ma anche per la società a responsabilità limitata.

7.1.3 La "inscindibilità" della deliberazione di aumento del capitale sociale

Secondo l'art. 2481-*bis*, comma 3 (identico all'art. 2439, comma 2), se l'aumento di capitale non sia integralmente sottoscritto nel termine stabilito dalla decisione di aumento, il capitale è aumentato di un importo pari alle sottoscrizioni raccolte soltanto se la deliberazione medesima lo abbia espressamente consentito.

La regola di *default* è dunque quella dell'inscindibilità della deliberazione di aumento del capitale: in mancanza di un'espressa previsione nella deliberazione di aumento del capitale sociale, che renda "efficiente" la delibera di aumento anche se lo stesso non sia per intero sottoscritto, la deliberazione

stessa si cada per intero ove essa non raccolga la totalità delle sottoscrizioni previste. E ciò in nome del principio in base al quale se sia deliberato un aumento di un certo importo, è solo quell'importo che interessa alla società, e non un importo inferiore; quest'ultimo dunque interessa solo ove la deliberazione di aumento lo ammetta esplicitamente.

7.2 L'aumento di capitale "delegato" agli amministratori

La nuova disciplina in tema di aumento del capitale sociale della società a responsabilità limitata, dopo aver esordito con la previsione secondo cui, trattandosi evidentemente di una modifica statutaria, la decisione di aumento del capitale sociale compete tipicamente ai soci in forma assembleare (art. 2479, comma 2, n. 4, art. 2479, comma 4, e art. 2480), dispone peraltro che ai soci stessi è comunque rimessa (art. 2481, comma 1) la facoltà di "delegare" questa decisione agli amministratori¹⁶ mediante un'apposita previsione dell'atto costitutivo o dello statuto e ivi inserita "originariamente" (e cioè al momento stesso della costituzione della società) o "successivamente" (e cioè mediante una deliberazione modificativa dell'originario testo dell'atto costitutivo o dello statuto).

La decisione degli amministratori di aumento del capitale sociale¹⁷:

a. deve essere assunta con verbalizzazione notarile (art. 2481, comma 1) e

¹⁶ Con ciò componendo una disputa interpretativa insorta nel regime previgente, in assenza di una specifica disciplina della materia: cfr. SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 316; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 372; PAOLUCCI L.F., *Le società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., vol. XVII, Torino, 1985, 297; CAMPOBASSO G.F., *Diritto Commerciale*, vol. II, *Diritto delle società*, Torino, 1999, 526. Contraria comunque era la prevalente giurisprudenza: cfr. Trib. Udine, 9 aprile 1994, in *Società*, 1994, 1505; App. Trieste, 6 luglio 1994, in *Società*, 1994, 1595, secondo cui alla «possibilità di un'applicazione analogica dell'art. 2443» alla società a responsabilità limitata «è di ostacolo il rilievo che l'art. 2443, nel prevedere la possibilità di delegare agli amministratori la facoltà di scegliere entro un determinato periodo i tempi e i quantitativi per l'emissione delle azioni in aumento del capitale, al pari dell'art. 2420-ter, Codice civile, che prevede l'analoga possibilità dei delegare agli amministratori di scegliere i tempi e i quantitativi per l'emissione di obbligazioni, detta una disciplina che tiene conto della particolare natura delle società per azioni orientate ad attingere secondo le migliori opportunità al mercato del risparmio, laddove lo stesso orientamento non caratterizza le società a responsabilità limitata che, com'è noto, attingono, di solito, per tali operazioni, a risorse personali dei singoli».

¹⁷ Cfr. FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2481*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma del-*

- probabilmente in forma collegiale, ove l'organo amministrativo si componga di una pluralità di amministratori (e ciò ai sensi dell'art. 2475, ultimo comma) (se il notaio ritenga non adempiute le condizioni stabilite dalla legge, la decisione circa l'adozione di «opportuni provvedimenti» di cui all'art. 2436, comma 3, secondo periodo, non spetta probabilmente all'assemblea dei soci bensì all'organo amministrativo, il quale, di nuovo, *ex art.* 2475, ultimo comma, deve agire collegialmente);
- b. può concernere l'aumento sia nella forma “gratuita” che nella forma “a pagamento” (non vi sono infatti limitazioni legislative sul punto né è dato altrimenti desumere la sussistenza di una competenza degli amministratori per la sola forma dell'aumento “a pagamento”);
- c. può essere probabilmente oggetto sia di una delega “generica” (nel senso che gli amministratori decideranno in proprio circa entità, tempi e modalità) sia di una “delega” che ne disponga «limiti e modalità di esercizio» (art. 2481, comma 1): e così, previsioni di sovrapprezzo, di *quorum* deliberativi, di limiti temporali e quantitativi ecc. (non si ripete cioè in tema di società a responsabilità limitata quella necessità che la delega dei soci preveda limiti quantitativi e temporali così come in tema di società per azioni accade per effetto dell'art. 2443, comma 1)¹⁸;
- d. in mancanza di una specifica autorizzazione dei soci, non può comprendere la facoltà di collocare quella parte di aumento che rimanga inoptata, per il motivo che, ai sensi dell'art. 2481-*bis*, comma 2, terzo periodo, la competenza a esprimere una tale scelta pare inderogabilmente appartenere al consenso dei soci;
- e. in mancanza di una specifica previsione, nemmeno può comprendere (art. 2443, comma 1) anche la facoltà di disporre l'aumento di capitale con limitazione o esclusione del diritto di opzione per gli attuali soci né di prevederne un'esecuzione (per esempio, con conferimenti “in natura”) che comporti per sua natura l'esclusione dell'opzione.

Quanto a quest'ultimo profilo, infatti, ai sensi dell'art. 2481-*bis*, comma 1, ove sia deciso un aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione spetta ai soci non consenzienti il diritto di recesso, con il che presupponendosi pertanto che siano i soci a deliberare in materia.

le società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, vol. 3, Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione, Torino, 2003, 178.

¹⁸ *Contra* ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 271, secondo cui la delega deve stabilire «i limiti (almeno l'importo massimo e il termine entro il quale l'aumento può deliberarsi) e le modalità d'esercizio (per esempio, in una o più tranches, con il consenso di un dato numero di amministratori ecc.)».

7.3 L'aumento del capitale in forma "gratuita"

Il nuovo art. 2481-ter, disponendo (identicamente a quanto dispone per la società per azioni l'art. 2442) che:

- a. la società può aumentare il capitale imputando a esso le riserve e gli altri fondi iscritti in bilancio in quanto disponibili¹⁹; e che:
- b. in questo caso la quota di partecipazione di ciascun socio resta (ovviamente) immutata;

rimedia a una lacuna del previgente ordinamento, ove, in mancanza di un'espressa previsione normativa, alla possibilità di aumento del capitale mediante imputazione di riserve si giungeva solo in via interpretativa²⁰ applicando per analogia la disciplina dettata in tema di società per azioni.

7.4 La condizione dell'integrale versamento del capitale sociale

Sia che l'aumento venga deliberato dai soci, sia che esso venga deciso dagli amministratori, detta decisione «non può essere attuata fin quando i conferimenti precedentemente dovuti non sono stati integralmente eseguiti» (art. 2481, comma 2): la norma, che ripete quanto disposto per le società per azioni dal comma 1 dell'art. 2438 e che è dettata al fine di evitare sovraesposizioni del capitale nominale rispetto al patrimonio sociale, significa dunque non il divieto a *deliberare* un nuovo aumento ove il precedente aumento non sia ancora per intero eseguito, ma il divieto (stante la legittimità di detta deliberazione) di *collocare* l'aumento (e quindi di proporre la sottoscrizione e la conseguente liberazione) nel caso in cui una precedente deliberazione di aumento non abbia ancora trovato integrale *liberazione* e cioè il capitale deliberato non sia per intero (sottoscritto e) *versato*.

Da questa previsione potrebbe trarsi che, in presenza di un conferimento d'opera, a un nuovo aumento di capitale non si potrebbe far luogo fino a che l'opera sia in corso di esecuzione; ma è opinione che appare non plausibile, in

¹⁹ Sull'inutilizzabilità della riserva legale cfr. Trib. Bologna, 3 dicembre 1995, in *Società*, 1996, 688.

²⁰ Cfr. Trib. Vicenza, 10 giugno 1986, in *Società*, 1987, 171; Trib. Torino, 8 novembre 1985, in *Impresa*, 1986, 671; RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F. e continuato da MENGONI L., vol. XXX, t. 1, 1982, 368; SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 341.

quanto, così come infatti accade nel caso di conferimento di un credito, ove il conferimento è liberato quando il credito passa dalla sfera di titolarità del conferente alla sfera di titolarità della società conferitaria (e non quando il credito sia poi riscosso), così anche nel caso del conferimento dell'opera (la cui esecuzione, tra l'altro, è garantita con fideiussione o polizza assicurativa), tale conferimento deve ritenersi liberato (vedasi *supra* il par. 2.2.6) per il "solo" effetto dell'assunzione dell'obbligo da parte del prestatore d'opera e non per effetto della materiale esecuzione dell'opera stessa.

Piuttosto, la disciplina della società a responsabilità limitata non ripete quanto in tema di società per azioni è previsto dall'art. 2438, comma 2, che, in caso di esecuzione di un aumento di capitale in presenza di un capitale non interamente versato, sancisce la "sanzione" della solidale responsabilità degli amministratori «per i danni arrecati ai soci e ai terzi²¹» (implicitamente ammettendo la non invalidità dell'emissione delle azioni).

Ora, o si ritiene questa norma estensibile per analogia²² alla società a responsabilità limitata (in quanto espressione di un principio generale, nella cui applicazione non vi sarebbe ragione di comprendere la società per azioni ed escludere la società a responsabilità limitata) oppure (trattandosi di norma sanzionatoria e quindi insuscettibile di analogia) deve giocoforza concludersi nel senso dell'inefficacia (a causa di nullità) della collocazione dell'aumento di capitale di società a responsabilità limitata senza che i conferimenti precedentemente promessi siano per intero liberati²³; in altri termini, la diversità tra società per azioni e società a responsabilità limitata sarebbe da ritenere giustificata «in funzione della disuguaglianza – in termini tanto strettamente numerici, quanto di capacità e di affidamento – dei possibili oblati dell'offerta di sottoscrizione, nell'un caso di azioni e, nell'altro, di quote»²⁴.

7.5

La decisione di riduzione "discrezionale" del capitale sociale

Innovando notevolmente rispetto al sistema previgente, l'art. 2482, comma 1, dispone la riducibilità "discrezionale" del capitale sociale con l'uni-

²¹ Si pensi a un pegno acquisito da un creditore su quote rinvenienti dall'aumento non collocabile.

²² Cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 272.

²³ Cfr. in quest'ultimo senso FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2481*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 178.

²⁴ BENAZZO P., *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1065.

co limite di non oltrepassare la soglia minima prescritta, fissata in 10mila euro dall'art. 2463, comma 2, n. 4 (e pur sempre con il limite che alla riduzione del capitale, così come alla distribuzione di utili, non può farsi luogo in presenza di perdite: art. 2478-*bis*, comma 5). Nessun vincolo è inoltre disposto in presenza di titoli di debito emessi dalla società (quando invece la presenza di obbligazioni limita la riduzione di capitale nella società per azioni: art. 2413).

Sulla base della disposta "discrezionalità", viene dunque meno, in sostanza, la previgente previsione ("vecchio" art. 2445, richiamato dal "vecchio" art. 2496) della riducibilità del capitale sociale solo in caso di "esuberanza"²⁵ (oltre che, ovviamente, a causa di perdite) e quindi il giudizio di adeguatezza che ne conseguiva tra entità del capitale e attività programmate e/o comunque svolte dalla società²⁶. Si rendono quindi ora possibili operazioni prima spesso oggetto di censura giudiziale, quali quelle che prevedevano la riduzione del capitale (in assenza di perdite e di esuberanza):

- in sede di trasformazione (cosiddetta "regressiva") da società per azioni a società a responsabilità limitata;
- durante la fase di liquidazione della società ("classico" era il caso della società che voleva liberarsi dei costi del collegio sindacale);
- in presenza di riserve distribuibili.

Quanto ai profili procedimentali, innanzitutto occorre rimarcare che si deve trattare necessariamente di una decisione dei soci (art. 2479, comma 2, n. 4), che va inderogabilmente adottata con il metodo collegiale (art. 2479, comma 4) e che, comportando appunto una modificazione dell'atto costitutivo (o dello statuto, che dir si voglia), è soggetta a deposito, iscrizione e a prescrizioni di efficacia ai sensi dell'art. 2436, richiamato per la società a responsabilità limitata dall'art. 2480.

Ci si deve inoltre chiedere se, come accade per la società per azioni, occorre ritenere applicabile alla società a responsabilità limitata, in mancanza di un'espressa previsione normativa in materia, la regola secondo cui «l'avviso di convocazione dell'assemblea deve indicare le ragioni e le

²⁵ Cfr. TANTINI G., *Riflessioni in tema di riduzione del capitale per esuberanza (e di oggetto sociale)*, in *Giur. comm.*, 1976, II, 72.

²⁶ Cfr. PORTALE G.B., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, 45. Per alcuni dei tanti casi in cui non venne giudicata sufficientemente motivata la ritenuta esuberanza del capitale sociale rispetto all'oggetto sociale, cfr. Trib. Milano, 3 novembre 1984, in *Società*, 1985, 62; Trib. Napoli, 6 dicembre 1985, in *Società*, 1986, 407; Trib. Udine, 25 settembre 1991, in *Società*, 1992, 512; Trib. Ascoli Piceno, 31 maggio 1994, in *Società*, 1994, 1083; Trib. Cassino, 6 maggio 1997, in *Società*, 1997, 1176.

modalità della riduzione» (art. 2445, comma 2): la soluzione negativa trova suffragio nella mancanza di una norma sul punto in materia di società a responsabilità limitata, la preferibile soluzione positiva è invece ancorata sul rispetto del principio della maggior informazione possibile ai soci sui contenuti di ciò che stanno per deliberare.

La legge non richiede che la delibera abbia particolari motivazioni (in sostanza è sufficiente che siano esplicitate le modalità attraverso le quali la riduzione avviene), anche se, per vero, un minimo di accenno al fatto che l'attività sociale non necessita del supporto di un dato livello di capitale sociale pare pur sempre occorrente²⁷; non pare infatti possibile limitarsi al solo rilievo che la deliberazione è tecnicamente eseguibile, e basta.

La delibera di riduzione del capitale non necessita nemmeno di essere assistita da una situazione patrimoniale (e di una correlativa relazione dell'organo amministrativo), la quale si rende peraltro opportuna per la verifica dell'insussistenza di perdite.

In secondo luogo va notato che, per effetto dei commi 2 e 3 dell'art. 2482 (pressoché identici ai commi 3 e 4 dell'art. 2445 in tema di società per azioni):

- a. la decisione dei soci di ridurre il capitale sociale può essere eseguita soltanto dopo tre mesi dal giorno dell'iscrizione nel Registro delle Imprese della decisione medesima²⁸, purché entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all'iscrizione abbia fatto opposizione²⁹ (ovviamente, la deliberazione può essere eseguita anche nel caso in cui tutti i creditori abbiano prestato il proprio consenso anteriormente al decorso del suddetto periodo trimestrale oppure risultino pagati tutti quei creditori che non abbiano prestato il loro consenso); e che:

²⁷ Secondo MARCHETTI P., *Alcuni lineamenti generali della riforma*, in *Atti del convegno sul tema Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze, 16 novembre 2002, 7 (del dattiloscritto), la riduzione del capitale è consentita «senza particolari motivazioni, che pure peraltro devono essere offerte».

²⁸ Ritiene che fin dalla data di iscrizione della deliberazione nel Registro delle Imprese (e quindi ben prima di darvi esecuzione) la società debba comunque indicare nei propri atti il capitale in misura ridotta: PINNARÒ M., *Sub Articolo 2482*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 207. Io direi, invece, più precisamente, di indicare il capitale “deliberato” nella misura che fuoriesce dalla deliberazione di riduzione, lasciando immutato (fino all'esecuzione della delibera) l'importo del capitale “sottoscritto” e quello del capitale “versato”.

²⁹ Sulla tematica secondo cui la riforma probabilmente inclina per ritenere tale opposizione un atto giudiziale e non stragiudiziale cfr. SPOLIDORO M.S., *La riduzione del capitale sociale*, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/socspoli.htm>.

b. in caso di opposizione di uno o più creditori, il tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia prestato una garanzia ritenuta idonea (pertanto, il sindacato giurisdizionale è “confinato” sull’accertamento del “pericolo di pregiudizio” o sulla “idoneità” della garanzia), dispone che l’esecuzione abbia luogo nonostante l’opposizione (va notato che il tribunale, valutata l’assenza di detto “pericolo” può pure disporre che l’esecuzione della decisione di riduzione del capitale possa aver luogo anche senza la prestazione di alcuna garanzia).

In altri termini, l’interesse dei creditori sociali all’integrità patrimoniale della società a responsabilità limitata viene in considerazione come limite all’eseguità della deliberazione, non come limite alla capacità deliberativa della società: l’interesse che la norma intende perseguire non è più quello, come detto, della congruenza tra capitale e attività sociale, ma è quello dell’adeguatezza del patrimonio sociale rispetto alle obbligazioni che la società deve adempiere, di modo che il sindacato del giudice deve limitarsi alla verifica della sussistenza, a fronte della riduzione, di un possibile pregiudizio per i creditori sociali.

Le perdite che si maturassero in detto trimestre andrebbero ripianate prima di dar corso all’esecuzione della deliberazione di riduzione del capitale (per esempio, “riducendola” in misura pari all’entità di dette perdite).

In ultimo luogo va sottolineato che l’esecuzione dell’operazione di riduzione del capitale può alternativamente avvenire (art. 2482, comma 1)³⁰:

- mediante rimborso ai soci «delle quote pagate» (e quindi il riferimento non è alla percentuale di capitale sociale spettante a ciascun socio, bensì all’entità dei rispettivi conferimenti, i quali, di regola, sono proporzionali alle quote di partecipazione al capitale che i conferenti ottengono a seguito del proprio conferimento, ma che possono anche – *ex art. 2468, comma 2, secondo periodo* – essere non proporzionali a esse); oppure
- mediante liberazione di essi dall’obbligo dei versamenti ancora dovuti.

Con riferimento al socio che abbia “sostituito” il versamento in denaro con la polizza/fideiussione di cui all’art. 2464, comma 4, ci si può porre il problema se si possa far luogo (oltre che, ovviamente, alla liberazione parziale della garanzia prestata) anche al rimborso a favore del socio stesso: la soluzione dipende, ovviamente, se alla prestazione della garanzia predetta si

³⁰ Oltre che, ovviamente, passando a riserva la parte di capitale oggetto di riduzione: cfr. SPOLIDORO M.S., *La riduzione del capitale sociale*, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/socspo-li.htm>.

attribuisca – come pare – una funzione “solutoria” e se pertanto quella sottoscrizione deve intendersi, con la prestazione della garanzia, interamente liberata³¹.

7.6 La decisione di riduzione del capitale per perdite

La disciplina di riforma del diritto societario “importa”, nel corpo delle norme dedicate alle società a responsabilità limitata, la disciplina della riduzione del capitale per perdite precedentemente disposta solo per la società per azioni dai vecchi artt. 2446 e 2447, estesi peraltro alla società a responsabilità limitata dal richiamo contenuto nel vecchio art. 2496.

Pur se in questa materia non siano state elaborate novità particolari rispetto al diritto previgente, anche in questo caso il legislatore, a costo di voler creare nella società a responsabilità limitata una disciplina “propria”, versa il pedaggio di ripetere nella società a responsabilità limitata (sia pure con modalità espressive diverse: chissà perché?)³² la medesima disciplina della società per azioni.

Ora, il principio generale che governa ogni ipotesi di riduzione del capitale per perdite è quello secondo cui (art. 2482 quater) «in tutti i casi [...] è esclusa ogni modificazione delle *quote di partecipazione* e dei *diritti spettanti ai soci*»; ciò significa per esempio che:

- la riduzione deve impattare³³ su tutti i soci in modo assolutamente propor-

³¹ Contrario PINNARÒ M., *Sub Articolo 2482*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 201, per il quale «si dovrebbe ritenere che [...] si verta nell'ipotesi di *versamenti ancora dovuti* e che quindi rispetto a essi il “rimborso” non possa mai consistere nell'attribuzione di una somma di denaro bensì nella liberazione, per pari valore, della garanzia prestata».

³² Tanto che è venuto il dubbio che la stesura delle disposizioni sulla riduzione del capitale per perdite nella società per azioni e nella società a responsabilità limitata siano opera di una “stessa mano”: cfr. PINNARÒ M., *Sub Articolo 2482-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 212.

³³ Ci si potrebbe domandare se questa norma impedisca pattuizioni contrarie, e cioè, per esempio, la previsione di “particolari diritti” spettanti al socio in termini di sua postergazione (in varia misura) rispetto alle perdite; anche se il tenore della norma appare imperativo, non dovrebbe derivarsene la stipulabilità di un diverso accordo tra i soci. In questo senso cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 281. Contrario alla postergabilità è FAZZUTTI E., *Sub Articolo 2468*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione –*

zionale e che, a seconda delle situazioni concrete, occorre procedere ai dovuti calcoli e aggiustamenti in modo che tutti “subiscano” la perdita allo stesso modo: si pensi al caso della riduzione per perdite a 50 di un capitale di 100, che era suddiviso in tre quote da 50, 30 e 20, con il “particolare diritto” (*ex art.* 2468, comma 3) del socio 20 di nominare due amministratori finché fosse titolare di una quota di valore nominale non inferiore a 11, caso nel quale, pur riducendosi la quota di quel socio da 20 a 10 (a fronte della riduzione del capitale da 100 a 50), al medesimo deve evidentemente continuare a competere il diritto di nomina di due amministratori;

- nel caso di perdite eccedenti il capitale sociale, ai soci spetta di partecipare al ripianamento del capitale stesso (dopo aver provveduto a coprire le perdite) ciascuno in proporzione alla caratura della propria partecipazione³⁴.

7.6.1 Le perdite oltre il terzo del capitale

Il procedimento ora prescritto dall’art. 2482-*bis* è pressoché identico rispetto a quello *ante* riforma:

1. quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite³⁵, gli amministratori devono «senza indugio» (comma 1) convocare l’assemblea dei soci «per gli opportuni provvedimenti»³⁶: si può trattare,

Scissione, Torino, 2003, 60, il quale si basa sia sul dettato dell’art. 2468, comma 3, sia sul disposto dell’art. 2482-*quater* ove è sancito, invero abbastanza categoricamente, che «in tutti i casi di riduzione del capitale per perdite è esclusa ogni modificazione delle quote di partecipazione e dei diritti spettanti ai soci»; peraltro, non appare difficile sostenere che, ove lo statuto disponga la postergazione come “particolare diritto” *ex art.* 2468, comma 3, ciò valga come deroga di detto art. 2482-*quater*. Sulla postergabilità nel concorso al ripianamento delle perdite nel previgente ordinamento cfr. Trib. Trieste, in *Società*, 1995, 87.

³⁴ Cfr. SALAFIA V., *Perdita di esercizio e ricostituzione del capitale*, in *Società*, 1990, 1023; MORELLI M., *Sottoscrizione integrale di un solo socio e rispetto delle opzioni*, in *Società*, 1991, 812; RORDORF R., *Esclusione dell’opzione e ricostituzione del capitale*, in *Società*, 1988, 1276.

³⁵ “Perdita” è la situazione nella quale il risultato della somma algebrica tra attivo e passivo è inferiore al valore nominale del capitale sociale: App. Milano, 6 febbraio 1996, in *Società*, 1997, 663.

³⁶ Per un consolidato orientamento del Tribunale di Milano, che si legge alla pagina <http://www.federnoti-zie.org/massime.htm>, «in occasione di operazioni sul capitale non è consentito né mandare una parte dell’aumento di capitale a riserva, qualunque sia lo scopo che si voglia in tale modo conseguire, compreso quello formale di ricostituire il capitale, in parte perduto, nella misura preesistente, né limitare l’aumento in modo da coprire solo in parte la perdita, già superiore al terzo del capitale, rinviando il residuo a nuovo esercizio. La perdita va ripartita per intero tra tutte le quote di partecipazione ed è consentito rinviare a nuovo, a causa della sua irrilevanza economico-giuridica, soltanto il resto infrazionabile. Analogamente, l’eventuale eccedenza del capitale aumentato rispetto al capitale preesistente va frazionata fra tutte le quote di partecipazione, inviando a riserva indisponibile soltanto l’eventuale resto insuscettibile di frazionamento». Ancora: «se la società ha maturato perdite pari o superiori al terzo del capitale sociale non si reputa legittima la deliberazione

per esempio, delle decisioni di immediato ripianamento mediante ricostituzione del capitale sociale, di immediata riduzione del capitale sociale a copertura di perdite di corrispondente entità³⁷, di attesa dell'anno "di grazia" (trascorso il quale, se le perdite non siano rientrate entro il terzo, la loro copertura diviene non più dilazionabile), di trasformazione della società in società di persone, di scioglimento della società ecc.;

2. in vista dell'adozione di detti «opportuni provvedimenti» all'assemblea (comma 2) deve essere sottoposta una relazione degli amministratori sulla situazione patrimoniale della società^{38 39} (in cui gli amministratori debbono dar

di aumento del medesimo senza la preventiva riduzione, nemmeno se per mezzo dell'aumento le perdite venissero a ridursi entro i limiti di legge rispetto ai limiti della proporzione iniziale. La facoltà di non adottare provvedimenti e di rinviare al successivo esercizio la perdita (art. 2446, comma 1, c.c.) non legittima la deliberazione di aumento del capitale, proprio perché l'aumento non può costituire "opportuno provvedimento" per risanare la situazione della società. La deliberazione di aumento del capitale risulta, invece, legittima se le perdite risultano in tutto o in parte assorbite entro il limite del terzo del capitale sociale per fatti economici interni all'impresa, verificatisi nel corso della gestione interlocutoria (assorbimento delle perdite con imputazione di utili)» (orientamento del 1976).

³⁷ Qui, secondo ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 278, non vi sarebbe per i creditori il diritto di opporsi, ai sensi dell'art. 2482, in quanto questa è una norma riservata al caso in cui dalla decisione di riduzione consegua un rimborso per i soci e non, come qui, un mero riallineamento tra capitale e patrimonio netto.

³⁸ Circa i criteri di redazione di questa situazione patrimoniale, Trib. Napoli, 20 novembre 1996, in *Società*, 1997, 439, ha ritenuto che «è vero che nel caso di riduzione per perdite del capitale di una S.p.A. incombe agli amministratori sottoporre all'assemblea, ex artt. 2446 e 2447 c.c., la sola relazione patrimoniale e non un bilancio in senso tecnico, ma è pur vero che la succitata relazione deve possedere connotazioni di chiarezza, precisione e dettaglio necessarie per informare i soci sulla reale situazione patrimoniale della società, onde porre l'assemblea in grado di deliberare gli opportuni provvedimenti (Cass. 4326/1994), oltre ad afferire a una situazione aggiornata (Cass. 8760/1993). Senza dire che l'uniformità delle finalità cui sono rivolti i due documenti contabili [...] rende evidente la necessità di applicazione dei medesimi criteri valutativi (Cass. 4923/1995). Nella fattispecie in esame va altresì evidenziata, così come osservato nell'ordinanza del 23 giugno 1995, la testuale ammissione contenuta nel documento contabile relativa alla redazione del medesimo sotto forma di bilancio e il correlato espresso richiamo alle norme di cui agli artt. 2423 e segg. c.c. Non senza trascurare che è il contenuto proprio dell'atto, sostanziato non da un mero prospetto che cristallizza la composizione qualitativa e quantitativa del capitale di funzionamento ma da rilievi documentali che consentono la ricostruzione dell'aspetto dinamico della gestione, a rendere pienamente legittima l'analisi dello stesso sulla scorta delle regole dettate in tema di bilancio».

³⁹ Quanto alla data di riferimento della situazione patrimoniale da sottoporre all'assemblea dei soci, secondo un orientamento del Consiglio Notarile di Milano, che si legge alla pagina <http://www.federnoti-zie.org/masscnm.htm> è «legittima una deliberazione di riduzione del capitale sociale per perdite, nei casi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c., assunta sulla base del bilancio d'esercizio o di una situazione patrimoniale infrannuale, riferiti a una data non anteriore a quattro mesi rispetto alla deliberazione medesima (oppure a sei mesi, qualora, per il bilancio d'esercizio, ricorrano i presupposti del rinvio ai sensi dell'art. 2364, comma 2, ultima frase, c.c.), fermo restando l'obbligo degli

conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la data di riferimento della situazione patrimoniale: comma 3, che va ritenuta una fattispecie di diritto imperativo), con le osservazioni del collegio sindacale o del revisore (ove obbligatoriamente o facoltativamente detti organi esistano ai sensi dell'art. 2477); e, a meno che l'atto costitutivo (o lo statuto) non disponga diversamente (si intende: circa le modalità di comunicazione, per esempio, preferendo la corrispondenza individuale o una pubblicazione su un sito internet)⁴⁰, copia di dette "relazione" e "osservazioni" deve essere depositata nella sede della società «almeno otto giorni prima dell'assemblea» (che si devono quindi intendere otto giorni "liberi" tra il giorno del deposito e il giorno dell'assemblea), perché i soci possano prenderne visione;

3. se poi entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'assemblea «convocata per l'approvazione del bilancio» deve (con i *quorum* e le formalità tipici dell'assemblea che assume decisioni di modifica statutaria) ridurre il capitale in proporzione delle perdite accer-

amministratori di valutare, caso per caso, se eventi successivi alla data di riferimento esigano la redazione di una situazione patrimoniale più aggiornata». Infatti «le deliberazioni assunte ai sensi degli artt. 2446 e 2447 c.c. si devono basare su un documento contabile (bilancio d'esercizio o situazione patrimoniale) il cui grado di aggiornamento rispetto alla data della riunione assembleare è stato oggetto di diverse interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali. Qualora la deliberazione venga presa in base al bilancio d'esercizio, si ritiene idoneo il termine fissato dalla legge per l'approvazione del medesimo, stabilito in via ordinaria in quattro mesi dalla chiusura dell'esercizio, ai sensi dell'art. 2364, comma 2, c.c. In tal senso si esprimono in modo quasi unanime la dottrina e la giurisprudenza (l'opposta tesi sostenuta in passato in sede onoraria dal Tribunale di Milano, oltre a essere stata parzialmente disattesa dallo stesso tribunale, non è poi stata accolta dalla Corte di secondo grado – cfr., per esempio, App. Milano, 21 marzo 1988, in *Società*, 1988, 651). L'idoneità del termine di legge per l'approvazione del bilancio d'esercizio, inoltre, può essere affermata anche nelle ipotesi di rinvio (entro i sei mesi dalla chiusura) di cui all'art. 2364, comma 2, ultima frase, c.c. In tale ultimo caso, si ritiene legittima la deliberazione *ex* artt. 2446 e 2447 c.c. qualora essa sia assunta contestualmente all'approvazione del bilancio d'esercizio. Qualora a base delle deliberazioni in oggetto non venga posto il bilancio d'esercizio, bensì una situazione patrimoniale riferita a una data diversa dalla chiusura dell'esercizio sociale, non si ritiene possibile fissare a priori un termine rigido svincolato da ogni riferimento normativo. Può essere invece accolta l'interpretazione secondo la quale si applica per analogia lo stesso termine (implicitamente desumibile dall'art. 2446, comma 2, c.c., laddove menziona "l'assemblea che approva il bilancio di tale esercizio") di quattro mesi previsto dall'art. 2364, comma 2, c.c., per l'approvazione del bilancio d'esercizio. A conferma di questa impostazione, oltre alle numerose argomentazioni messe in luce dalla dottrina quasi unanime e dalla giurisprudenza maggioritaria, va aggiunta la scelta del legislatore degli ultimi anni di utilizzare il medesimo termine per la situazione patrimoniale in caso di fusione e di scissione, ai sensi dell'art. 2501-ter c.c. L'esigenza di tenere in considerazione, caso per caso, eventi verificatisi dopo la data di riferimento del bilancio o della situazione patrimoniale, giustamente messa in luce da dottrina e giurisprudenza, implica una valutazione di merito, cui sono tenuti gli organi di amministrazione e di controllo, non sindacabile sul piano della verifica delle condizioni di legittimità della deliberazione».

⁴⁰ In altri termini: la contraria disposizione statutaria non può di certo disattivare quell'obbligo di informazione in tempi ragionevoli affinché il socio possa farsi un quadro consapevole della situazione.

tate (comma 4); in mancanza, gli amministratori (e i sindaci o il revisore, se esistono) devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio;

4. il tribunale, che può essere adito anche su «istanza di qualsiasi interessato» (e quindi pure di un creditore), provvede (a differenza della società per azioni, senza l'intervento del pubblico ministero) con decreto soggetto a reclamo, che deve essere iscritto nel Registro delle Imprese a cura degli amministratori (comma 5).

Come detto, occorre notare che sia l'assemblea che per la prima volta accerta la perdita oltre il terzo (ove provveda immediatamente al ripianamento della perdita e quindi non ove si avvalga dell'"anno di grazia") sia l'assemblea che prende atto come la perdita dell'esercizio precedente non sia rientrata entro il terzo, sono entrambe sessioni decisionali ove si verte in tema di modificazioni statutarie: con ciò che ne consegue in termini di necessaria collegialità (art. 2479, comma 4), di *quorum* (art. 2479-bis, comma 3) e di verbalizzazione notarile (art. 2480).

Va infatti sottolineato, per quest'ultimo caso, e cioè per l'assemblea che constata che le perdite non sono "rientrate" (ove in passato si era ritenuto che, trattandosi dell'assemblea "di" bilancio, essa fosse qualificabile in termini di assemblea "ordinaria")⁴¹ come la nuova legge si esprima invece nel senso che si tratta dell'assemblea «convocata per l'approvazione del bilancio» e cioè che "in occasione" di quella assemblea si fa luogo "anche" alla manovra sul capitale che, come tale, deve essere assistita da quelle modalità "più rinviate" che sono tipiche delle deliberazioni di modificazione statutaria⁴².

Occorre infine rimarcare che nel caso in cui il capitale sociale sia ripartito in quote⁴³ prive di valore nominale, lo statuto (originariamente o per effetto di una sua successiva modifica, adottata con le regole proprie delle delibera-

⁴¹ Cfr., per esempio, SANTINI G., *Della società a responsabilità limitata*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Libro Quinto – Del lavoro, artt. 2472-2497-bis, Bologna-Roma, 1992, 355; ma, *contra*, nel senso della natura "straordinaria" di quell'assemblea, la prevalente giurisprudenza: cfr., per esempio, Trib. Udine, 2 novembre 1993, in *Società*, 1994, 373; Trib. Milano, 22 settembre 1993, in *Società*, 1994, 491; Trib. Napoli, 13 ottobre 1994, in *Società*, 1995, 815.

⁴² Cfr. PINNARÒ M., *Sub Articolo 2482-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 214-215, per il quale l'espressione, nella corrispondente norma in tema di società per azioni (l'art. 2446, comma 2), secondo cui «l'assemblea ordinaria o il consiglio di sorveglianza che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate» andrebbe letta nel senso che l'approvazione del bilancio, di competenza dell'assemblea ordinaria, è un presupposto imprescindibile della successiva deliberazione avente a oggetto la manovra sul capitale.

⁴³ In tal senso va, evidentemente, letto il termine "azioni" di cui all'art. 2446, ultimo comma.

zioni di modificazione statutaria)⁴⁴ può prevedere⁴⁵ che la riduzione del capitale per perdite (una volta decorso l'anno "di grazia") sia deliberata dall'organo amministrativo della società (art. 2482-*bis*, ultimo comma, che richiama l'ultimo comma dell'art. 2446 in tema di società per azioni)⁴⁶, il quale, in tal caso, se sia di composizione pluripersonale, trattandosi di operazione di modifica statutaria, deve probabilmente operare collegialmente⁴⁷ (ciò potendosi forse argomentare dall'art. 2475, ultimo comma, e dall'art. 2481, comma 1).

7.6.2 Le perdite che riducono il capitale sotto il minimo legale

Qualora, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduca al disotto del minimo legale, gli amministratori devono «senza indugio» convocare l'assemblea per deliberare (art. 2482-*ter*), a pena di scioglimento⁴⁸ della società⁴⁹:

- la riduzione del capitale e il contemporaneo⁵⁰ aumento del medesimo a una cifra non inferiore al detto minimo (comma 1); oppure:
- la trasformazione della società in società di persone (comma 2).

⁴⁴ In tal senso va, altrettanto evidentemente, "tradotta", nel "gergo" della società a responsabilità limitata, l'espressione "assemblea straordinaria" di cui all'art. 2446, ultimo comma.

⁴⁵ Cfr. SPOLIDORO M.S., *La riduzione del capitale sociale*, che si legge alla pagina <http://www.federnoti-zie.org/riforma/socspoli.htm>, secondo cui «questo riferimento, per le s.r.l., mi sembra poco preciso, in quanto le quote necessariamente hanno un valore nominale specificato nell'atto costitutivo e d'altronde la legge non fa differenza fra quote con o senza indicazione del valore nominale».

⁴⁶ Per PINNARÒ M., *Sub Articolo 2482-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata – Liquidazione – Gruppi – Trasformazione – Fusione – Scissione*, Torino, 2003, 217, dato che non si vedrebbe come mai, nella materia della riduzione per perdite, l'organo amministrativo abbia un potere di intervento nel caso di quote prive di valore nominale e non ce l'abbia invece nel caso di quote dotate di valore nominale, è possibile introdurre nello statuto della società a responsabilità limitata una previsione secondo cui detto potere di intervento spetti all'organo amministrativo in ogni caso (e cioè indipendentemente dal fatto che la quota abbia o meno un valore nominale). Praticamente identico il pensiero di SPOLIDORO M.S., *La riduzione del capitale sociale*, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/socspoli.htm>.

⁴⁷ Secondo ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, a cura di OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F., Bologna, 2003, 280, non può trattarsi che dell'organo amministrativo pluripersonale di cui sia disposto il funzionamento in forma collegiale.

⁴⁸ Secondo Cass., 29 ottobre 1994, n. 8928, in *Giur. comm.*, 1996, II, 33, «in caso di perdite che riducono il capitale sociale al di sotto del minimo legale, è legittima la deliberazione di ripianamento di dette perdite, che fa venire meno con effetto *ex tunc* gli effetti dello scioglimento, adottata non all'unanimità».

⁴⁹ Va ricordato che ai sensi dell'art. 2484, comma 1, n. 4, «la riduzione del capitale al disotto del minimo legale» è causa di scioglimento della società, a meno che si adottino i provvedimenti dispo-

L'articolazione della nuova norma in due commi (in luogo del precedente unico comma, ove le ipotesi della ricostituzione del capitale e della trasformazione erano leggibili sia in alternativa tra loro sia come presupposto l'una dell'altra, e cioè come se la riduzione fosse un necessario *prius* rispetto alla trasformazione) e la previsione secondo cui «è fatta salva la possibilità di deliberare la trasformazione» (la quale dunque fa intuire la trasformazione come un'alternativa rispetto alla ricostituzione del capitale) inducono a ritenere che si possa ora procedere, per esempio, alla trasformazione in società in nome collettivo della società a responsabilità limitata che abbia perduto il capitale senza una previa formale riduzione del capitale della società a responsabilità limitata⁵¹.

sti dall'art. 2482-ter; che (comma 2) «gli effetti dello scioglimento si determinano, nelle ipotesi previste dai numeri 1, 2, 3, 4 e 5 del primo comma, alla data dell'iscrizione presso l'ufficio del Registro delle Imprese della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa»; che (art. 2485, comma 1) «gli amministratori devono senza indugio accertare il verificarsi di una causa di scioglimento e procedere agli adempimenti previsti»; e che (art. 2486) al verificarsi di una causa di scioglimento «gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale». Cfr. SPOLIDORO M.S., *La riduzione del capitale sociale*, che si legge alla pagina <http://www.federnotizie.org/riforma/socspoli.htm>, secondo cui «questo significa che, nelle vertenze intentate dai curatori fallimentari per la responsabilità degli Amministratori, non potrà più essere fatta la solita argomentazione per cui gli Amministratori sono responsabili di tutta la differenza fra l'attivo e il passivo della liquidazione fallimentare, perché avrebbero dovuto rendersi conto molto tempo prima di quando il fallimento venne dichiarato che il capitale era perduto (e questo perché i criteri di valutazione sono stati da loro malamente applicati negli esercizi precedenti) e che, pertanto, dal momento in cui la perdita del capitale doveva essere accertata, la società si era sciolta, con l'effetto che gli amministratori hanno assunto la responsabilità del primo comma dell'art. 2449 (responsabilità solidale e illimitata per le obbligazioni sociali contratte nel periodo successivo). Sta di fatto che, su questo punto, la riforma opera scelte del tutto ragionevoli (e da salutare con grande soddisfazione), perché l'art. 2485 opportunamente aggiunge che se gli Amministratori ritardano o omettono di rilevare la causa di scioglimento della società, sono personalmente e solidalmente responsabili per i danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi. Quindi non c'è più una responsabilità per debito, come nell'art. 2449, bensì una responsabilità per danni, con le conseguenze note sotto il profilo della prova, del nesso causale, e ancora sotto il profilo della prova dei casi fortuiti o delle cause concorrenti; e, qualcuno potrà dire, anche della colpa, anche se questa è una teoria civilistica che, in materia di responsabilità contrattuale, non va probabilmente approvata».

⁵⁰ Cfr. App. Roma, 22 settembre 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 3039, secondo cui «nel caso di perdite che riducano il capitale sociale di una società a responsabilità limitata al di sotto del minimo prescritto dalla legge, l'assemblea dei soci che deliberi la riduzione del capitale e il contestuale aumento del medesimo in misura non inferiore al suddetto minimo, può assegnare ai soci un termine per la sottoscrizione dell'aumento, senza che il differimento della sottoscrizione comporti lo scioglimento *ope iuris*, di cui all'art. 2448, n. 4, c.c.».

⁵¹ Cfr. PINNARÒ M., *Sub Articolo 2482-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 220-221.

SOMMARIO

	La disciplina transitoria
8.1	La redazione del bilancio
8.2	La riforma del diritto societario e il bilancio delle società di capitali
8.2.1	I principi della legge delega
8.2.2	L'attuazione dei principi della riforma nella legge delegata
8.2.2.1	<i>La prevalenza della "sostanza" sulla "forma"</i>
8.2.2.2	<i>L'eliminazione delle "interferenze" fiscali dal bilancio civilistico</i>
8.2.2.3	<i>La "fiscalità differita"</i>
8.2.2.4	<i>Il leasing verso il "metodo finanziario"</i>
8.2.2.5	<i>Intangible assets, fair value, impairment test</i>
8.3	I nuovi contenuti dello stato patrimoniale e del conto economico
8.3.1	I versamenti dei soci
8.3.2	Il sovrapprezzo quote
8.3.3	La capitalizzazione delle spese pluriennali e dell'avviamento
8.3.4	Le operazioni in valuta
8.4	La nuova nota integrativa
8.5	Il bilancio delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento
8.6	Il bilancio in forma abbreviata
8.7	L'approvazione del bilancio e la distribuzione degli utili
8.7.1	La durata annuale degli esercizi sociali
8.8	I libri sociali

La disciplina transitoria

La riforma del diritto societario incide in misura notevole anche sulla redazione dei bilanci, con il temperamento che (art. 223-*undecies* delle norme transitorie del Codice civile, introdotto dalla legge di riforma):

- a. i bilanci relativi a esercizi chiusi prima del 1° gennaio 2004 devono essere redatti secondo le regole previgenti;
- b. i bilanci relativi a esercizi chiusi tra il 1° gennaio 2004 e il 30 settembre 2004 possono essere facoltativamente redatti o con le regole previgenti o con le nuove norme;
- c. i bilanci relativi a esercizi chiusi dopo il 30 settembre 2004 devono essere redatti secondo le regole della disciplina di riforma.

8.1 La redazione del bilancio

La legge di riforma (art. 2478-*bis*) attrae nella disciplina della società a responsabilità limitata (con richiamo numerico agli artt. dal 2423 al 2431, oltre all'art. 2435-*bis* in tema di bilancio in forma abbreviata e all'art. 2364 in tema di termini di approvazione del bilancio) pressoché l'intera normativa dettata per il bilancio della società per azioni.

In questa materia il legislatore della riforma non ha pertanto potuto/voluto apprestare, di regola, una disciplina specifica per la società a responsabilità limitata, stante l'“universalità” delle norme in tema di bilancio e quindi la loro indifferente valenza per tutte le società di capitali, nemmeno a costo di “fotocopiarla” da quella della società per azioni (com'è accaduto per altre materie), perché si sarebbe trattato di riprodurre norme identiche con notevole vastità di contenuti a poca “distanza”¹ le une dalle altre.

Peraltro, al di là di questo imponente richiamo numerico, il legislatore non si è sottratto alla “tentazione” di apprestare una disciplina propria per la società a responsabilità limitata anche in questo ambito, a costo di procedere con il metodo del “taglia-incolla” (e così riportando più volte nella società a responsabilità limitata le stesse norme dettate in tema di società per azioni).

Infatti, i sei commi di cui si compone l'art. 2478-*bis* non sono altro che la pedissequa riproposizione nell'alveo della società a responsabilità limitata della corrispondente normativa della società per azioni, in quanto:

¹ Solo una cinquantina di articoli separa infatti le norme sul bilancio della società per azioni dall'art. 2478-*bis*, l'unico che si occupa di bilancio nella società a responsabilità limitata.

- il comma 1, oltre al richiamo numerico di cui s'è detto, ripropone (in tema di termini di approvazione del bilancio) in parte il disposto dell'art. 2364, ultimo comma, e per la parte in cui non riproduce il testo dell'art. 2364, ultimo comma, ne fa oggetto di un richiamo numerico;
- il comma 2 (in tema di deposito presso il Registro delle Imprese) riproduce (tra l'altro, richiamandolo numericamente), *mutatis mutandis*, il disposto dell'art. 2435;
- il comma 3 (in tema di distribuzione degli utili) riproduce il disposto dell'art. 2433, comma 1;
- il comma 4 (in tema di distribuzione di utili "effettivamente conseguiti" e risultanti da bilancio "regolarmente approvato") è la fotocopia dell'art. 2433, comma 2;
- il comma 5 (in tema di distribuzione di utili ove si siano verificate perdite) è la fotocopia dell'art. 2433, comma 3;
- il comma 6 (in tema di utili illecitamente erogati) è la fotocopia dell'art. 2433, ultimo comma.

Insomma, mai come in questo caso, probabilmente, sarebbe stato opportuno apprestare una normativa "generale", valevole per tutte le società, differenziandola ove occorresse (tra l'altro, il modo in cui si è proceduto non è valso nemmeno a queste occorrenti diversificazioni: un esempio per tutti è che, con l'accennato richiamo numerico, vengono trascinate nella società a responsabilità limitata, senza che ne sia fatta alcuna "salvezza", nemmeno di ordine generale, anche voci che con la società a responsabilità limitata nulla hanno a che vedere, come quelle che, nell'attivo – B III 4 e C III 5 – concernono le "azioni proprie").

8.2 La riforma del diritto societario e il bilancio delle società di capitali

8.2.1 I principi della legge delega

Secondo la legge delega (366/2001, art. 6) il diritto societario in tema di redazione dei bilanci avrebbe dovuto essere riformato in ossequio ai seguenti principi²:

1. eliminare le interferenze prodotte nel bilancio dalla normativa fiscale sul reddito di impresa anche attraverso la modifica della relativa disciplina e

² Cfr. RACUGNO G., *Sul bilancio della nuova s.r.l.*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 669.

- stabilire le modalità con le quali, nel rispetto del principio di competenza, occorre tenere conto degli effetti della fiscalità differita;
2. prevedere una regolamentazione delle poste del patrimonio netto che ne assicuri una chiara e precisa disciplina in ordine alla loro formazione e al loro utilizzo;
 3. dettare una specifica disciplina in relazione al trattamento delle operazioni denominate in valuta, degli strumenti finanziari derivati, dei pronti contro termine, delle operazioni di locazione finanziaria e delle altre operazioni finanziarie;
 4. prevedere le condizioni in presenza delle quali le società, in considerazione della loro vocazione internazionale e del carattere finanziario, possono utilizzare per il bilancio consolidato principi contabili riconosciuti internazionalmente;
 5. ampliare le ipotesi in cui è ammesso il ricorso a uno schema abbreviato di bilancio e la redazione di un conto economico semplificato.

8.2.2 L'attuazione dei principi della riforma nella legge delegata

8.2.2.1 La prevalenza della "sostanza" sulla "forma"

La prima rilevante novità dettata dalla riforma è quella dell'introduzione (all'art. 2423-bis, comma 1, n. 1), nell'ambito del principio di "prudenza"³ della norma che prescrive di tenere conto «della funzione economica dell'elemento dell'attivo o del passivo considerato»: ⁴ in altri termini, in luogo della mera qualificazione giuridica di un dato evento, occorre privilegiare la sostanza economica dell'operazione da rappresentare nel bilancio, al fine di offrire mediante il bilancio stesso il quadro più fedele possibile della situazione della società⁵.

³ Cfr. tuttavia COLOMBO G.E., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1490.

⁴ Secondo DI CARLO A., *Sub Articolo 2423-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. II, t. 2, *Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, Torino, 2003, 802, «la locuzione è infelice nella collocazione. Il principio, infatti, attiene, ancor prima che alla valutazione, alle modalità di rappresentazione delle operazioni compiute». Cfr. anche QUATTROCCHIO L., *Le novità in tema di bilancio d'esercizio*, in *Società*, 2003, 361; FICO D., *Le novità in tema di bilancio d'esercizio introdotte dalla riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 545.

⁵ Cfr. CARATTOZZOLO M., *Le modifiche alla IV e VII direttiva per consentire l'applicazione dei principi IASC*, in *Società*, 2003, 150. Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 8, la moderna dottrina aziendalistica e la prassi internazionale [...] prevedono [...] che la rappresentazione in bilancio [...] [de] gli accadimenti economici sia effettuata

Si pensi al caso dell'impresa italiana che ceda beni (comprati per 300) a un'impresa estera (ricavo 1000) al fine della loro lavorazione (costo 600) e che poi li reimporta (costo 1600), una volta appunto lavorati, per cederli definitivamente all'utente "finale" (ricavo 2000); la rappresentazione formale di questa vicenda determina che gli "effettivi" costi (pari a 300) e ricavi (pari a 2000) dell'impresa cedente sono aumentati in misura pari ai ricavi (di 1000) e ai costi (di 1600) imputabili all'operazione di esportazione/importazione effettuata ai fini della lavorazione di quei beni, "mascherando" così la sostanza dell'operazione e cioè che l'impresa cedente ha invero subito costi di lavorazione pari a 600 e nessun costo/ricavo per la cessione del bene al fine della sua lavorazione e il suo riacquisto. Recita dunque su questo punto il paragrafo 35 del *Framework* IASB che «un'impresa può cedere un'attività a terzi in maniera tale che dagli atti appaia che la proprietà del bene sia trasferita alla controparte; nonostante ciò possono esservi accordi che assicurano all'impresa di poter continuare a godere i benefici economici futuri connessi a tale attività. In tali situazioni, la rilevazione di una vendita non rappresenterebbe fedelmente l'operazione avvenuta».

Si pensi anche al caso del mandatario senza rappresentanza che compri beni in nome proprio ma per conto del mandante: la rilevazione dell'operazione basata sul principio di prevalenza della sostanza sulla forma comporta (atteggiamento che ha ricevuto l'approvazione dell'amministrazione finanziaria nella risoluzione n. 377 del 2 dicembre 2002) che il mandatario contabilizzi solo il ricavo da intermediazione e non il costo di acquisizione e il ricavo da cessione.

Si pensi infine al caso, esplicitamente normato dalla legge di riforma del diritto societario⁶, dei contratti pronti contro termine, ove alla forma esteriore dello strumento utilizzato (una vendita di titoli con un patto di retrovendita a termine), si sovrappone la funzione economica dello strumento stesso, invero vocato a conseguire il risultato di un investimento/finanziamento con durata prefissata. Sotto il profilo giuridico questo contratto assume il contenuto di una vendita di titoli "a pronti", con patto di retrovendita dei medesimi "a termine" e ha una funzione economica di investimento – finanziamento con durata prefissata; l'"essenza economica" dell'operazione è peraltro quella di una forma "di raccolta e di investimento temporaneo di liquidità" e non di una "transazione in titoli".

secondo la realtà economica sottostante agli aspetti formali. Si è pertanto previsto di introdurre nel Codice civile una disposizione di carattere generale, già presente nel D.lgs. n. 87 del 1992 che disciplina i bilanci bancari, secondo cui il bilancio è redatto privilegiando, ove possibile, la rappresentazione della sostanza sulla forma».

⁶ Cfr. FICO D., *Le novità in tema di bilancio d'esercizio introdotte dalla riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 546.

Cosicché, in sintonia con quanto disposto dallo IAS 39:

- a. le attività oggetto di contratti di compravendita con “obbligo” di retrocessione a termine⁷ devono permanere nello stato patrimoniale del cedente (art. 2424-*bis*, comma 5); il cessionario di conseguenza iscrive un credito verso il cedente (se si trattasse invece di un’operazione a pronti con “facoltà” di riacquisto a termine, l’acquirente registrerebbe l’acquisto dei titoli e iscriverebbe nei conti d’ordine l’impegno dell’eventuale futura vendita a termine);
- b. i proventi e gli oneri connessi alle operazioni pronti contro termine (incrementati della differenza tra il prezzo di cessione e il prezzo di riacquisto) vanno imputati in bilancio per le quote di competenza dell’esercizio (art. 2425-*bis*, comma 3);
- c. nella nota integrativa vanno distintamente evidenziati i debiti e i crediti derivanti da operazioni che prevedono per l’acquirente la retrocessione a termine (art. 2427, n. 6-*ter*)⁸.

Ebbene, il già richiamato paragrafo 35 del *Framework* IASB afferma che «se l’informazione deve rappresentare fedelmente le operazioni e gli altri eventi che intende rappresentare, è necessario che essi siano rilevanti e rappresentati in conformità alla loro sostanza e realtà economica e non solamente secondo la loro forma legale. La sostanza delle operazioni e degli altri eventi non è sempre coerente con ciò che appare dalla loro forma legale o architettata»; ma già nei paragrafi 31 e 33 si legge che per essere attendibile un’informazione deve raffigurare fedelmente l’operazione e gli altri eventi che intende rappresentare. E pure nel paragrafo 20 del documento IAS 1 (“Presentazione del bilancio di esercizio”) si legge che il bilancio deve fornire «un’informazione che sia [...] attendibile in modo tale che [...] rifletta la sostanza economica degli eventi e delle operazioni e non meramente la forma legale».

Come infatti afferma il principio contabile n. 11, affinché il bilancio rappresenti in modo veritiero e corretto gli eventi di gestione, è necessario osservare gli elementi sostanziali di detti eventi e non limitarsi all’analisi dei soli elementi formali; per esempio, nel caso di operazioni “complesse” occorre non limitarsi alla rilevazione dei vari aspetti isolati di cui esse si compongono, ma considerare unitariamente l’evento nel suo insieme.

L’esempio classico è quello del *leasing back*, caso nel quale il bilancio

⁷ Cfr. QUATTROCCHIO L., *Le novità in tema di bilancio d’esercizio*, in *Società*, 2003, 361.

⁸ Cfr. DI CARLO A., *Sub Articolo 2424-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. II, t. 2, *Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, Torino, 2003, 816.

deve fotografare la natura finanziaria di questa operazione: cosicché se la plusvalenza che il cedente consegue fosse integralmente imputata all'esercizio in cui la cessione si verifica, con questo comportamento si violerebbe il criterio di rappresentazione veritiera e corretta, in base al quale invece l'atteggiamento appropriato (principio contabile nazionale n. 11 e principio contabile internazionale IAS n. 17, paragrafi 49 e 50) è quello di accreditarla gradualmente al conto economico, e cioè su un numero di esercizi pari a quelli di durata della locazione "di ritorno".

Restano ferme ovviamente l'applicazione della normativa fiscale di cui all'art. 54, comma 4, del TUIR, circa la dilazionabilità massima della plusvalenza in cinque esercizi (se il bene sia stato posseduto per almeno tre anni), e quindi la necessità di apportare, negli esercizi ai quali la plusvalenza è fiscalmente riferita, le variazioni in aumento di importo pari alla plusvalenza imputata a quegli esercizi ove essa è invece civilisticamente riferita senza essere fiscalmente rilevante (e, in parallelo, operando, negli esercizi successivi a quelli in cui la plusvalenza è stata fiscalmente imputata, le variazioni in diminuzione in misura pari all'importo già fiscalmente considerato): se per esempio, in un *leasing back* si ha una plusvalenza da cessione di 360, una durata del contratto di nove anni (e quindi la ripartizione "civilistica" della plusvalenza in nove quote da 40) e si sceglie di distribuirla fiscalmente su cinque esercizi, si dovranno operare, nei primi cinque esercizi, una variazione *in aumento* di 32, e, nei successivi quattro esercizi, una variazione *in diminuzione* di 40.

8.2.2.2 L'eliminazione delle "interferenze" fiscali dal bilancio civilistico

Dopo l'affermazione del principio della prevalenza della "sostanza" sulla "forma", la seconda rilevante novità della riforma del diritto societario in materia di bilancio è la soppressione del comma 2 dell'art. 2426 (ove si consentiva l'effettuazione di rettifiche di valore e di accantonamenti «in applicazione di norme tributarie»)⁹.

⁹ Cfr. POZZOLI M., ROSCINI VITALI F., *Guida operativa al nuovo diritto societario*, Milano, 2003, 130; FICO D., *Le novità in tema di bilancio d'esercizio introdotte dalla riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 547; DI TANNO T., *Brevi note a favore del doppio binario nella determinazione del reddito d'impresa*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, 407; GALLO F., *Brevi note sulla necessità di eliminare le interferenze della normativa fiscale nella redazione del bilancio di esercizio*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, 3; GAVELLI G., *L'eliminazione dal bilancio delle interferenze fiscali impone un ripensamento di alcune norme*, in *Corr. Trib.*, 2003, 116; ZIZZO G., *Riflessioni in tema di "disinguinamento" del bilancio d'esercizio e di cancellazione della regola della previa imputazione a conto economico dei componenti negativi del reddito d'impresa*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, 497; FICO D., *Le novità in tema di bilancio d'esercizio introdotte dalla riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 547.

In altri termini si tratta dell'affermazione che ogni variazione effettuata in base alla normativa fiscale per giungere dall'utile o dalla perdita del bilancio civilistico all'imponibile fiscale non deve influenzare il risultato del bilancio civilistico, il quale deve invero rappresentare fedelmente la situazione della società, e quindi indipendentemente dalle regole che disciplinano la formazione della base imponibile ai fini dell'imposizione sui redditi¹⁰: i rendiconti economico e patrimoniale vanno pertanto redatti esclusivamente secondo le regole civilistiche e all'imponibile fiscale si deve giungere mediante un prospetto di raccordo da redigersi in sede di dichiarazione dei redditi il quale evidenzia le variazioni in aumento o in diminuzione che il bilancio "civilistico" subisce in applicazione della normativa fiscale¹¹.

Non è stato peraltro modificato il principio cardine introdotto con la riforma tributaria del 1973, secondo il quale l'imponibile fiscale è determinato prendendo a base il risultato di esercizio risultante dal bilancio civilistico e apportando al medesimo le variazioni in aumento o in diminuzione conseguenti all'applicazione dei criteri stabiliti nelle successive disposizioni dell'attuale testo unico¹².

La separazione tra bilancio civilistico e bilancio fiscale è stata quindi ottenuta disponendo la predisposizione e la presentazione, con la dichiarazione dei redditi, di un apposito prospetto dal quale risultino:

- le variazioni in più o in meno apportate al reddito determinato secondo le

¹⁰ Cfr. MICCINESI M., *L'eliminazione delle interferenze fiscali nel bilancio di esercizio*, in (Sub Articolo 2426) SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. II, t. 2, *Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, Torino, 2003, 802.

¹¹ Secondo la *Relazione al decreto legislativo recante riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, par. 8, «è stata data attuazione al primo comma dell'art. 6 della legge delega, disponendo, attraverso l'eliminazione di qualsiasi riferimento a norme tributarie, che i rendiconti economici e patrimoniali siano redatti in ottemperanza delle disposizioni del Codice civile in quanto uniche disposizioni in materia. [...] In questo modo ogni variazione apportata all'utile civilistico per giungere all'imponibile fiscale non tocca in alcun modo il bilancio e di conseguenza non ne influenza il risultato. Nell'art. 2426 del c.c. è stata soppressa la previsione che consentiva di effettuare rettifiche di valore esclusivamente in applicazione di norme tributarie; peraltro l'art. 43 c. 1 punto 10 della Quarta Direttiva prescrive che la nota integrativa deve contenere la proporzione in cui il calcolo dell'utile o della perdita di esercizio è stato influenzato da una valutazione effettuata in deroga alle regole di valutazione (artt. 31, 34 e 42 della Direttiva) durante l'esercizio o nel corso di un esercizio precedente, anche per poter ottenere sgravi fiscali. L'eliminazione di qualsiasi interferenza di norme fiscali sul conto economico consente di ottemperare alla Direttiva senza necessità di indicare alcunché nella nota integrativa».

¹² Cfr. COLOMBO G.E., in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno e internazionale dell'Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1491.

disposizioni civilistiche per giungere alla determinazione dell'imponibile fiscale;

- i valori delle voci patrimoniali riconosciute ai fini fiscali, se diversi da quelli indicati nel bilancio.

8.2.2.3 La "fiscalità differita"

Il terzo importante apporto di novità che la disciplina di riforma del diritto societario opera con riferimento alla normativa del bilancio è quello inerente la rappresentazione della "fiscalità differita" in nome del principio di competenza¹³, anche perché la già illustrata volontà del legislatore di eliminare le interferenze fiscali dal bilancio civilistico indubbiamente impatta in maggior misura sulla rilevazione di imposte differite: queste sono infatti originate dalle differenze (passive o attive, cosicché si distingue tra imposte "differite" propriamente dette e imposte "anticipate" o "differite attive") tra il risultato *ante* imposte, che scaturisce dal bilancio redatto senza interferenze fiscali, e l'imponibile fiscale calcolato con criteri di competenza temporale diversi da quelli civilistici, e cioè in base a disposizioni tributarie che, in deroga alle norme dettate dal Codice civile, dettano particolari norme in materia di competenza di taluni componenti positivi o negativi (le differenze principalmente originano da costi imputati per competenza a un dato esercizio, la cui deducibilità fiscale è invece riconosciuta nei successivi esercizi)¹⁴.

Si pensi al caso del *leasing back* ove negli esercizi in cui la plusvalenza del cedente è ripartita (cinque al massimo), per essere fiscalmente deducibile, si devono iscrivere le imposte differite attive (cioè anticipate), che saranno utilizzate nei successivi esercizi in cui la plusvalenza viene distribuita (a fronte della durata del rapporto di retrolocazione) senza essere rilevante dal punto di vista fiscale: nei primi esercizi infatti sono pagate imposte di competenza "civilistica" di quelli successivi, nei quali continua la ripartizione della plusvalenza derivante dalla cessione.

L'art. 6 della legge delega n. 366 prevede infatti al punto *a*) di «stabilire le modalità con le quali, nel rispetto del principio di competenza, occorre tene-

¹³ Cfr. FICO D., *Le novità in tema di bilancio d'esercizio introdotte dalla riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 546.

¹⁴ Cfr. PISONI P., *Sub art. 2478-bis, Bilancio e distribuzione degli utili ai soci*, in AA.VV., *Manuale teorico pratico delle società a responsabilità limitata*, Verona, 2003, 212; DAMI F., *La fiscalità differita nella nuova disciplina del bilancio d'esercizio*, in (Sub Articolo 2427) SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. II, t. 2, *Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, Torino, 2003, 802; DEZZANI F., *Delibera Consob del 30 luglio 1999. Le imposte differite vanno iscritte nel bilancio al 31 dicembre 1999*, in *Il Fisco*, 1999, 11630; QUATTROCCHIO L., *Le novità in tema di bilancio d'esercizio*, in *Società*, 2003, 361.

re conto degli effetti della fiscalità differita». La Relazione alla legge delega specifica poi che la lett. *a*) dell'art. 6 intende colmare una lacuna dell'attuale disciplina che non prevede esplicitamente la rappresentazione in bilancio delle imposte differite o anticipate; si è posto quindi al legislatore delegato un problema di adattamento o integrazione dei vigenti schemi di bilancio.

Ora, il principio di competenza prevede dunque di correlare (principio contabile nazionale n. 25 e principio contabile internazionale IAS n. 12) le imposte al risultato d'esercizio e quindi di iscriverle nel bilancio dai cui costi e ricavi esse originano, salvo poi anticiparne o posticiparne il pagamento per effetto di particolari disposizioni fiscali: dal che gli scostamenti temporanei tra la fiscalità corrente (e cioè le imposte da pagare) e le imposte differite attive o passive, destinati poi ovviamente a "riassorbirsi" nel tempo, senza cioè creare effetti distorsivi.

Ebbene, la riforma propone alcune integrazioni agli schemi disposti dagli artt. 2424 e 2425 allo scopo di evidenziare nel conto economico e nello stato patrimoniale la contabilizzazione delle imposte differite:

- *attivo dello stato patrimoniale*: allo scopo di rilevare le imposte anticipate (che non sono "crediti" verso l'erario, ma "solo" minori imposte da pagare in futuro) e di differenziarle quindi dai crediti tributari "veri e propri" sono state introdotte due nuove voci nell'ambito dei "Crediti" (voce C II): i "Crediti tributari" (C II 4-*bis*) e le "Imposte anticipate" (voce C II 4-*ter*);
- *passivo dello stato patrimoniale*: la voce "Fondo per imposte" (B 2) viene integrata con la dizione "anche differite", in modo che non vi sia dubbio che, nell'indicazione delle imposte differite nel passivo dello stato patrimoniale, esse non vengano rilevate nella voce D 11 ("Debiti tributari"), non trattandosi tanto di debiti "effettivi" ma di maggiori imposte da pagare in futuro, bensì appunto nella voce B 2;
- *conto economico*: qui viene integrata la voce 22 "Imposte sul reddito" con la dizione "correnti, differite e anticipate", rimandandosi per il relativo dettaglio alla nota integrativa;
- *nota integrativa*: il punto 14 viene integralmente sostituito. Ora la nuova norma impone la predisposizione di un «apposito prospetto» dal quale debbono risultare:
 - la descrizione delle differenze temporanee che hanno comportato la rilevazione di imposte differite e anticipate, specificando l'aliquota applicata e le variazioni rispetto all'esercizio precedente, gli importi accreditati o addebitati a conto economico oppure a patrimonio netto, le voci escluse dal computo e le relative motivazioni;
 - l'ammontare delle imposte anticipate contabilizzato in bilancio attinenti a perdite dell'esercizio o di esercizi precedenti e le motivazioni dell'iscrizione, l'ammontare non ancora contabilizzato e le motivazioni della mancata iscrizione.

8.2.2.4 Il leasing verso il "metodo finanziario"

L'art. 6 della legge delega n. 366 prevede al punto c) una specifica disciplina, fra l'altro, delle operazioni di locazione finanziaria¹⁵. La Relazione a detta legge delega chiarisce sul punto che «per [...] le locazioni finanziarie andrebbe codificato il trattamento contabile in grado di meglio rispecchiarne l'essenza economica» e che «parrebbe corretto prevederne la contabilizzazione secondo il cosiddetto metodo finanziario in luogo del metodo patrimoniale».

Per inquadrare il problema, occorre riferirsi al documento 17 dello IASB, secondo il quale «per locazione finanziaria (*leasing*) s'intende un contratto con cui un concedente mette a disposizione di un utilizzatore un bene a quest'ultimo strumentale, per un tempo determinato e contro un corrispettivo periodico (canone). Il bene dato in locazione finanziaria può essere stato acquistato o realizzato dal concedente su scelta o indicazione dell'utilizzatore, ovvero potrebbe essere stato originariamente di proprietà di quest'ultimo, come nel caso di retrolocazione finanziaria (*sale and lease back*)».

Tuttavia, spesso i contratti di locazione finanziaria non rappresentano un puro e semplice contratto di locazione, in particolare (ma non solo) in tutti quei casi in cui i contratti contengano una clausola di riscatto che consente all'utilizzatore al termine del contratto di acquisire la proprietà del bene locato a un prezzo particolarmente vantaggioso. In pratica, l'utilizzatore ottiene l'effettiva disponibilità economica del bene sopportandone tutti i rischi (per esempio, quello del deperimento fisico ed economico), ma ottenendo tutti i benefici derivanti dall'uso del bene stesso.

Ora, è noto che secondo le regole nazionali la rilevazione nel bilancio del *leasing* finanziario avviene con il "metodo patrimoniale", e cioè:

- il bene resta iscritto nell'attivo della società di *leasing*;
- nel conto economico dell'utilizzatore (il cui stato patrimoniale non contempla il costo del bene) sono invece contabilizzati (voce B 8) i canoni, i quali dunque concorrono per l'intero loro importo (ivi compresa anche la loro componente finanziaria) alla differenza tra valore della produzione e costo della produzione;
- solamente nei conti d'ordine si iscrivono i canoni che devono ancora scadere e il prezzo di riscatto;
- infine, nell'attivo dello stato patrimoniale viene iscritto il solo prezzo di riscatto del bene alla conclusione del contratto di *leasing*.

¹⁵ Cfr. DI CARLO A., *Sub Articolo 2424*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. II, t. 2, *Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, Torino, 2003, 811.

È peraltro altrettanto noto che secondo i principi contabili internazionali la contabilizzazione del *leasing* avviene invece con il cosiddetto “metodo finanziario”¹⁶, e cioè iscrivendo il bene nell’attivo del bilancio dell’utilizzatore (il cui valore decresce in considerazione dell’ammortamento), cosicché nel conto economico dell’utilizzatore medesimo si rilevano distintamente gli oneri finanziari e l’ammortamento e, pertanto, la differenza tra valore della produzione e costo della produzione è influenzata solo dall’ammortamento (che è componente di costo “operativo”, in quanto la parte finanziaria è appunto rilevata distintamente), derivandosi da ciò una palese rappresentazione della posizione debitoria dell’utilizzatore e quindi una più appropriata rappresentazione della sua situazione. In parallelo, la società di *leasing* non effettua alcun ammortamento, non avendo il bene nel proprio stato patrimoniale, imputa a conto economico per competenza il canone e gli oneri accessori e iscrive in bilancio il credito per la parte relativa al capitale.

Ora, la riforma del diritto societario opera un deciso passo verso una migliore rappresentazione nel bilancio delle operazioni di *leasing* finanziario senza peraltro giungere all’iscrizione del bene nello stato patrimoniale dell’utilizzatore come suggerito dalla prassi internazionale; questa soluzione “a metà” è stata dunque realizzata imponendo (art. 2427, comma 1, n. 22) di inserire le seguenti informazioni nella nota integrativa (e cioè i medesimi conteggi che occorrerebbe compiere se si iscrivesse il bene nell’attivo del bilancio):

- a. il valore attuale delle rate di canone non scadute, quale determinato utilizzando tassi di interesse pari all’onere finanziario effettivo inerenti i singoli contratti;
- b. l’onere finanziario effettivo attribuibile a essi e riferibile all’esercizio;
- c. l’ammontare complessivo al quale i beni oggetto di locazione sarebbero stati iscritti alla data di chiusura dell’esercizio qualora fossero stati considerati immobilizzazioni, con separata indicazione di ammortamenti, rettifiche e riprese di valore che sarebbero stati inerenti all’esercizio.

In tal modo si continua a contabilizzare in bilancio la locazione finanziaria in ottemperanza alla forma contrattuale e, nel contempo, tramite la nota integrativa, il lettore del bilancio viene informato degli effetti derivanti dalla contabilizzazione secondo il metodo finanziario delle operazioni di *leasing* (fra i quali si segnala, per la sua importanza, l’incremento dell’esposi-

¹⁶ Cfr. POZZOLI M., ROSCINI VITALI F., *Guida operativa al nuovo diritto societario*, Milano, 2003, 167.

zione debitoria, non rilevata dal metodo patrimoniale, che è di particolare rilievo per gli investitori).

8.2.2.5 *Intangible assets, fair value, impairment test*

L'epoca odierna è, come noto, una fase di transizione tra la concezione del bilancio fondata sul criterio del costo storico degli *assets* e sulle quote di ammortamento in conseguenza del deperimento dei beni e la concezione fondata (FAS 141 e 142) sul valore corrente (il *fair value*)¹⁷ dei cosiddetti "intangibili" (cioè le immobilizzazioni immateriali, come i marchi e l'avviamento)¹⁸ e sulla remissione al prudente giudizio degli amministratori della misura del loro deperimento (e quindi del loro ammortamento o della loro riduzione di valore), da verificare annualmente sulla base di un giudizio di valore (*impairment test*), nel cui ambito si tenga conto:

- della possibilità di concorso di tali *assets* alla futura produzione di risultati economici;
- della durata di un tale concorso;
- dei loro valori di mercato (da stabilire principalmente o con il metodo dei "moltiplicatori" di larga diffusione o con criteri di stima di larga accettazione quali quelli finanziari/patrimoniali/reddituali, o da desumere dalle quotazioni di borsa o da apposite perizie di valutazione)¹⁹.

Per lo IAS 38 la vita di un *intangible asset* non può eccedere i venti anni, ma questo termine è oltrepassabile ove sia dimostrato che il superamento si palesa ragionevole e a condizione che l'impresa ne stimi annualmente il valore recuperabile e dia di tutto ciò adeguata informazione; il FAS 142 considera inoltre l'avviamento²⁰ come un *asset* con vita indefinita che non deve

¹⁷ Cfr. CARATTOZZOLO M., *Le modifiche alla IV e VII direttiva per consentire l'applicazione dei principi IASC*, in *Società*, 2003, 152; ROSCINI VITALI F., *Bilanci, spazio al "valore di mercato"*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 ottobre 2002.

¹⁸ Lamentano il recepimento del criterio del *fair value* per i soli *intangible assets* le Osservazioni dell'Istituto di diritto Angelo Sraffa dell'Università Bocconi di Milano a cura di BIANCHI L.A., GHEZZI F., MARCHETTI P., NOTARI M., in *Riv. soc.*, 2002, 1534.

¹⁹ Cfr. FICO D., *Le novità in tema di bilancio d'esercizio introdotte dalla riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 547.

²⁰ Il problema dell'ammortamento sistematico dell'avviamento è già attenuato, nel nostro ordinamento (ai sensi dell'art. 2426, comma 1, n. 6) dalla facoltà consentita alle società di andare oltre il termine dei cinque anni, purché il maggior termine «non superi la durata per l'utilizzazione di questo attivo e ne sia data adeguata motivazione nella nota integrativa» (la stessa regola vale, nel bilancio consolidato, per le "differenze positive" da consolidamento). Ciò può essere inteso nel senso che, essendo oggì la vita utile dell'avviamento di solito (nelle aziende non affette da declino) ben

essere ammortizzato ma che deve essere annualmente verificato al fine di contabilizzare eventuali diminuzioni del suo valore. Lo IAS 39 a sua volta definisce il *fair value* come «il corrispettivo al quale un'attività può essere scambiata o una passività estinta, tra parti consapevoli e disponibili, in un'operazione fra terzi».

Si assiste oggi, infatti, a un profondo cambiamento del modo di fare impresa che non può non esercitare la sua influenza nella direzione di una diversa struttura della rappresentazione contabile e, più in generale, dell'informazione societaria. Come detto, la tradizione aziendalistica affidava al criterio del costo storico (di acquisizione nel mercato o di autoproduzione) la valutazione degli *assets* nello stato patrimoniale e delle quote per lo più costanti degli ammortamenti, in funzione del deperimento o consumo dei beni, mentre oggi l'orientamento è radicalmente mutato poiché si rileva la sopravvenuta inadeguatezza della radicata filosofia di bilancio fondata sull'appostazione del valore storico delle immobilizzazioni in quanto infatti si è oggi inclini a ritenere che il valore corrente, soprattutto per i cosiddetti intangibili, rettificato con quote di ammortamento non necessariamente costanti, sia più espressivo della realtà economico-finanziaria d'impresa e più idoneo a rappresentare il concorso che hanno avuto questi *assets* nella produzione del reddito.

Ora, in attesa che la prassi internazionale, la legislazione comunitaria e quella nazionale convergano su queste nuove regole (di cui comunque l'art. 2426, comma 1, n. 3 e n. 6 è anticipatore, consentendo rispettivamente la svalutazione delle immobilizzazioni di valore durevolmente inferiore a quello contabilizzato e l'ammortamento dell'avviamento in un periodo ultraquinquennale)²¹, la riforma del diritto societario introduce nella nota integrativa (senza quindi alcuna conseguenza sui risultati di bilancio, ma a meri fini informativi del lettore del bilancio) la verifica con l'*impairment test* dell'ammortamento sistematico effettuato secondo le regole oggi vigenti. Dispone infatti il nuovo art. 2427, n. 3-bis che nella nota integrativa vanno indicate la misura e le motivazioni delle riduzioni di valore

superiore a cinque anni, una durata superiore è la regola. L'effettiva durata, purché adeguatamente motivata nella nota integrativa, viene pertanto rimessa alla discrezionalità degli amministratori.

²¹ Il Parlamento Europeo, al fine di garantire la coerenza tra le direttive contabili comunitarie e gli sviluppi della normazione contabile internazionale (e in particolare quella sviluppata dall'*International Accounting Standards Board*) ha emanato, il 27 settembre 2001, la Direttiva 2001/65/CEE volta a introdurre modifiche sostanziali alla disciplina dettata dalle direttive contabili. Tali modifiche consentono in particolare l'applicazione del principio contabile internazionale n. 39 per quanto concerne la rilevazione e la valutazione degli strumenti finanziari. Inoltre la Direttiva introduce una deroga all'art. 32 della Quarta Direttiva comunitaria in materia di conti annuali (Direttiva 78/660/CEE), che richiede di valutare le voci dell'attivo e del passivo sulla base del prezzo di acquisizione o del costo di produzione, raccomandando agli Stati membri che autorizzino, o impongano, per tutte o talune società, la valutazione al *fair value* degli strumenti finanziari, compresi i derivati.

applicate alle immobilizzazioni immateriali di durata indeterminata, facendo a tal fine esplicito riferimento:

- a. al loro concorso alla futura produzione di risultati economici;
- b. alla loro prevedibile durata utile;
- c. al loro valore di mercato (per quanto determinabile).

Segnalando altresì:

1. le differenze rispetto a quelle operate negli esercizi precedenti;
2. la loro influenza sui risultati economici dell'esercizio e sugli indicatori di redditività di cui sia stata data comunicazione.

In altri termini alla nota integrativa viene addossata un'ulteriore funzione informativa, e cioè quella di accogliere sia in forma letteraria che in forma numerica le notizie su quale sarebbe la "rappresentazione veritiera e corretta" se si seguissero i nuovi criteri cosicché il lettore del bilancio può avere un'informazione sia sulla base degli attuali criteri legali che, in più, sulla base dei principi contabili internazionali; e si tratta, come detto, di un'informazione rilevante, spesso essenziale, per l'espressione dei "veri" risultati d'esercizio rispetto a quelli derivanti da regole ormai obsolete (e in via di correzione in sede europea).

8.3 I nuovi contenuti dello stato patrimoniale e del conto economico

La riforma del diritto societario punta inoltre l'attenzione su una migliore rappresentazione di alcuni eventi che ne assicuri una più chiara e precisa disciplina in ordine alla loro origine e al loro utilizzo²².

8.3.1 I versamenti dei soci

Un esempio significativo²³ è dato dall'introduzione della voce D3 ("Debiti verso soci per finanziamenti")²⁴, con conseguente "slittamento" in avanti di tutte le altre voci, destinata a ospitare quegli apporti dei soci che (a differenza di quelli variamente denominati "a fondo perduto", "in conto capitale", "a coper-

²² Cfr. POZZOLI M., ROSCINI VITALI F., *Guida operativa al nuovo diritto societario*, Milano, 2003, 143.

²³ Cfr. QUATTROCCHIO L., *Le novità in tema di bilancio d'esercizio*, in *Società*, 2003, 363.

²⁴ Per il nuovo trattamento civilistico del "finanziamento soci" che la riforma introduce, cfr. *supra* il par. 3.1.2.

tura perdite” ecc., i quali vanno a formare il patrimonio netto e sono perciò irredimibili), avendo natura di finanziamento, sono suscettibili di essere chiesti in restituzione dal socio finanziatore, a meno che a detta restituzione egli rinunci, formandosi in tal caso una posta di patrimonio netto da rilevare alla voce A VII (“Altre riserve”), senza ovviamente transitare dal conto economico né rappresentare una sopravvenienza, non trattandosi di una rettifica di costi o proventi relativi a esercizi precedenti.

Detti apporti di capitale di debito, che nell’ordinamento previgente erano genericamente rilevati nella voce D 4 (“Debiti verso altri finanziatori”), oggi, appunto in base al richiamato criterio della riforma in merito alla migliore rappresentazione di determinati eventi, vanno dunque evidenziati autonomamente (e anzi vanno pure illustrati nella nota integrativa in base al nuovo n. 19-*bis* dell’art. 2427, comma 1, il quale impone di ripartire i finanziamenti dei soci in base alle loro scadenze, indicando quelli che abbiano clausola di postergazione rispetto agli altri creditori).

8.3.2 Il sovrapprezzo quote

La riforma innova leggermente il concetto di sovrapprezzo (al fine della sua non distribuibilità fino a quando la riserva legale non abbia raggiunto il quinto del capitale sociale), parificando alle somme percepite dalla società per l’emissione di quote a un prezzo superiore al loro valore nominale, quelle derivate dalla conversione di obbligazioni (art. 2431).

8.3.3 La capitalizzazione delle spese pluriennali e dell’avviamento

La disciplina di riforma opera inoltre una precisazione in tema di ammortamento dei costi di impianto e di ampliamento, dei costi di ricerca, di sviluppo e di pubblicità aventi utilità pluriennale (art. 2426, comma 1, n. 5): e cioè stabilisce che detti costi possono essere iscritti nell’attivo «con il consenso del collegio sindacale, ove esistente» e che essi devono essere ammortizzati entro un periodo non superiore a cinque anni.

Nel testo previgente mancava l’espressione «ove esistente», ciò che legittimava l’opinione (infondata) secondo cui i costi in parola non potessero essere capitalizzati ove la società non avesse il collegio sindacale.

8.3.4 Le operazioni in valuta

La disciplina di riforma del diritto societario rimedia²⁵ alla mancanza, nella

²⁵ Cfr. PISONI P., *Sub art. 2478-bis, Bilancio e distribuzione degli utili ai soci*, in AA.VV., *Manua-*

normativa previgente, di specifiche disposizioni in tema di operazioni denominate in valuta, prevedendo che:

- a. i ricavi e i costi delle operazioni in valuta sono rilevati nel conto economico al cambio del giorno in cui si effettua l'operazione, dato che i relativi crediti e debiti in moneta estera sono rilevati in contabilità nella moneta di conto al cambio della data predetta (art. 2425-*bis*, comma 2);
- b. le attività e le passività in valuta, già iscritte al cambio del giorno di effettuazione dell'operazione, devono essere valutate al cambio della data di chiusura dell'esercizio, imputando la variazione al conto economico; l'eventuale utile netto su cambi deve essere accantonato in apposita riserva non distribuibile fino a quando non è realizzato, con l'estinzione dell'attività o della passività che l'ha generato (art. 2426, comma 1, n. 8-*bis*);
- c. vanno operate nella nota integrativa specifiche indicazioni degli effetti che possono derivare da variazioni del cambio rispetto a quello riferito alla data di chiusura dell'esercizio, in considerazione dell'incidenza sul conto economico derivante dalla valutazione delle poste in divisa (art. 2427, comma 1, n. 6-*bis*), nonché specifiche ripartizioni dei crediti secondo le aree geografiche di appartenenza del debitore, in quanto la valutazione dei crediti è influenzata non solo dalle valute di regolamento, ma anche dal cosiddetto "rischio paese" (art. 2427, comma 1, n. 6);
- d. occorre operare nel conto economico una specifica evidenziazione (di modo che non debbano più confluire nelle voci C 16 d e C 17) degli utili e delle perdite su cambi (nuova voce 17-*bis* dell'area C dell'art. 2425) e cioè rilevare l'utile o la perdita delle variazioni dei cambi intervenute rispetto a quelli registrati alla data di effettuazione delle relative operazioni.

8.4 La nuova nota integrativa

La riforma del diritto societario apporta alcune modifiche allo schema di nota integrativa, proponendo (art. 2427) un nuovo contenuto per le seguenti voci:

- la voce 4, che prescrive l'indicazione delle variazioni intervenute nella consistenza delle altre voci dell'attivo e del passivo; in particolare, per le voci del patrimonio netto, per i fondi e per il trattamento di fine rapporto, la formazione e le utilizzazioni;

le teorico pratico delle società a responsabilità limitata, Verona, 2003, 214; FICO D., *Le novità in tema di bilancio d'esercizio introdotte dalla riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 546.

- la voce *7-bis*, che impone di indicare analiticamente le voci di patrimonio netto, con specificazione in appositi prospetti della loro origine, della possibilità di utilizzazione e distribuibilità, nonché della loro avvenuta utilizzazione nei precedenti esercizi;
- la voce 19, per la quale occorre specificare il numero e le caratteristiche degli altri strumenti finanziari emessi dalla società, con l'indicazione dei diritti patrimoniali e partecipativi che conferiscono e delle principali caratteristiche delle operazioni relative;
- la voce 20, ove si devono evidenziare, con riferimento ai patrimoni destinati a uno specifico affare, il valore e la tipologia dei beni e dei rapporti giuridici compresi in ciascun patrimonio destinato, ivi inclusi quelli apportati da terzi, i criteri adottati per l'imputazione degli elementi comuni di costo e di ricavo, nonché il corrispondente regime della responsabilità; inoltre qualora la deliberazione costitutiva del patrimonio destinato preveda una responsabilità illimitata della società per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare, l'impegno derivante deve risultare in calce allo stato patrimoniale e formare oggetto di valutazione secondo criteri da illustrare nella nota integrativa;
- la voce 21, per la quale, con riferimento ai finanziamenti destinati a uno specifico affare, si deve evidenziare se il contratto relativo a detto finanziamento prevede che al rimborso totale o parziale del finanziamento siano destinati, in via esclusiva, tutti o parte dei proventi dell'affare stesso.

8.5 Il bilancio delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento

Il nuovo art. 2497-*bis* prescrive che la società "diretta" deve esporre, in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita su di essa l'attività di direzione e coordinamento; e che, parimenti, gli amministratori devono indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati.

8.6 Il bilancio in forma abbreviata

La società a responsabilità limitata può redigere il bilancio in forma abbreviata quando, nel primo esercizio o, successivamente, per due esercizi consecutivi, non si siano superati due dei seguenti limiti:

1. totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 3.125.000 euro;

2. ricavi delle vendite e delle prestazioni: 6.250.000 euro;
3. dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 50 unità.

Nel bilancio in forma abbreviata si possono seguire le seguenti principali modalità redazionali²⁶:

- lo stato patrimoniale comprende solo le voci contrassegnate nell'art. 2424 con lettere maiuscole e con numeri romani;
- le voci A e D dell'attivo possono essere comprese nella voce CII;
- dalle voci BI e BII dell'attivo devono essere detratti in forma esplicita gli ammortamenti e le svalutazioni;
- la voce E del passivo può essere compresa nella voce D;
- nelle voci CII dell'attivo e D del passivo devono essere separatamente indicati i crediti e i debiti esigibili oltre l'esercizio successivo;
- nel conto economico possono essere tra loro raggruppate: le voci A2 e A3, le voci B9(c), B9(d), B9(e), le voci B10(a), B10(b), B10(c), le voci C16(b) e C16(c), le voci D18(a), D18(b), D18(c) e le voci D19(a), D19(b), D19(c).

8.7 L'approvazione del bilancio e la distribuzione degli utili

Gli amministratori (nella forma collegiale, se sia nominato un organo amministrativo pluripersonale: art. 2475, ultimo comma) devono provvedere alla redazione della bozza del bilancio d'esercizio da sottoporre all'approvazione dei soci entro 120 giorni dalla chiusura dell'esercizio (o nel minor termine previsto nello statuto sociale) (art. 2478-*bis*, comma 1).

Lo statuto può peraltro prevedere (art. 2364, ultimo comma, attratto nella società a responsabilità limitata dall'art. 2475, comma 1) un maggior termine, comunque non superiore a centottanta giorni, nel caso di società tenute alla redazione del bilancio consolidato oppure²⁷ quando lo richiedono particolari esigenze²⁸ relative alla struttura e all'oggetto della società (in

²⁶ Cfr. QUATTROCCHIO L., *Le novità in tema di bilancio d'esercizio*, in *Società*, 2003, 366; FICO D., *Le novità in tema di bilancio d'esercizio introdotte dalla riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 548.

²⁷ Ove l'art. 2364, ultimo comma si esprime nel senso che «lo statuto può prevedere un maggior termine, comunque non superiore a centottanta giorni, nel caso di società tenute alla redazione del bilancio consolidato e quando lo richiedono particolari esigenze [...]», l'espressione «e quando» va intesa come «*oppure* quando», nel senso che il maggior termine può essere sfruttato non solo dalle società tenute alla redazione del bilancio consolidato, ma anche da tutte le altre società che abbiano dette «particolari esigenze».

²⁸ Per un'esemplificazione delle «particolari esigenze», cfr. SALAFIA V., *L'assemblea della società per azioni secondo la recente riforma societaria*, in *Società*, 2003, 1054.

questi casi gli amministratori segnalano nella relazione prevista dall'art. 2428 le ragioni della dilazione)²⁹.

Al fine dell'approvazione da parte dei soci, la bozza di bilancio va comunicata ai sindaci (se esistono)³⁰ almeno trenta giorni prima del giorno fissato per la decisione dei soci; il bilancio, con le copie integrali dell'ultimo bilancio delle società controllate e un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio delle società collegate, deve restare depositato in copia nella sede della società, insieme con le relazioni degli amministratori e dei sindaci durante i quindici giorni che precedono l'assemblea (e finché non sia approvato) in modo che i soci possano prenderne visione (art. 2429, richiamato dall'art. 2478-bis, comma 1)³¹.

I soci decidono sull'approvazione del bilancio in forma collegiale, se nulla sia previsto nell'atto costitutivo in merito all'adozione extrassembleare di decisioni da parte dei soci (art. 2479, comma 4); l'atto costitutivo infatti può prevedere che anche la decisione sul bilancio possa avvenire mediante "consenso scritto" o "consultazione espressa per iscritto" (art. 2479, comma 3)³².

Ovviamente, tutta la predetta procedura si "comprime" ove le funzioni amministrative siano concentrate sui soci e la società quindi non abbia l'organo amministrativo; in tal caso, di nuovo, si ripropone l'alternativa tra il metodo decisionale assembleare e quello extrassembleare.

²⁹ Cessa quindi l'annoso problema se nello statuto fossero da indicare le specifiche "particolari esigenze" ("vecchio" art. 2364, ultimo comma) che avrebbero consentito lo scavalco del termine dei quattro mesi (in tal senso cfr., per esempio, Trib. Cassino, 28 giugno 1991, in *Società*, 1992, 84; Trib. Roma, 12 luglio 1999, in *Giur. it.*, 2000, 1685, secondo cui «la clausola statutaria che consente la proroga a sei mesi dalla chiusura dell'esercizio del termine per la convocazione dell'assemblea ordinaria di approvazione del bilancio deve contenere l'esplicita enunciazione delle particolari esigenze, di carattere strutturale, legittimanti l'esercizio della facoltà di differimento, la cui sussistenza deve essere valutata una volta per tutte al momento dell'omologazione della clausola stessa») o se fosse sufficiente un generico riferimento a dette "particolari esigenze": cfr. App. Napoli, 21 luglio 1995, in *Riv. not.*, 1995, 1538, secondo cui «per la pratica impossibilità o, comunque, estrema difficoltà di indicare a priori una casistica tassativa delle "particolari esigenze" che rendono ammissibile la convocazione dell'assemblea annuale per l'approvazione del bilancio oltre il quadrimestre di legge, deve ritenersi legittima la clausola statutaria riprodotiva del dettato di legge che attribuisca agli amministratori il compito di valutare volta per volta la ricorrenza di tali particolari esigenze».

³⁰ Sulla necessità di una relazione al bilancio anche da parte del revisore contabile, ove nominato, cfr. SALAFIA V., *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 9.

³¹ Sulla contraddizione tra il termine di otto giorni per la spedizione dell'avviso di convocazione dell'assemblea (art. 2479-bis, comma 1) e questo diritto di visione dei documenti della durata di 15 giorni cfr. LAURINI G., *La società a responsabilità limitata*, Milano, 2000, 104.

³² Cfr. D'ATTORRE G., *Sub Articolo 2478-bis*, in SANDULLI M., SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società. Commentario del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, vol. 3, *Società a responsabilità limitata - Liquidazione - Gruppi - Trasformazione - Fusione - Scissione*, Torino, 2003, 154-155.

Entro trenta giorni dalla decisione dei soci di approvazione del bilancio devono essere depositati presso l'ufficio del Registro delle Imprese (artt. 2478-*bis*, comma 2, e 2435):

1. la copia del bilancio approvato (con le relazioni dell'organo amministrativo e, ove esistente, del collegio sindacale)³³;
2. l'elenco dei soci e degli altri titolari di diritti sulle partecipazioni sociali³⁴.

Visto che l'art. 2478-*bis*, comma 2, afferma che «devono essere depositati presso l'ufficio del Registro delle Imprese, a norma dell'art. 2435, copia del bilancio approvato e l'elenco dei soci e degli altri titolari di diritti sulle partecipazioni sociali» occorre applicare anche il disposto del comma 2 di detto art. 2435, per il quale l'elenco dei soci e degli altri titolari di diritti:

- a. deve essere riferito alla data di approvazione del bilancio;
- b. deve recare l'entità delle quote possedute da ciascun socio;
- c. deve recare, accanto all'indicazione dei "titolari di diritti" (per esempio: l'usufruttuario), anche quella dei "beneficiari di vincoli" (per esempio: il creditore titolare di un pegno);
- d. deve infine essere corredato «dall'indicazione analitica delle annotazioni effettuate nel libro dei soci a partire dalla data di approvazione del bilancio dell'esercizio precedente».

Quanto infine alla distribuzione degli utili, l'art. 2478-*bis*, comma 2, dispone che:

- la decisione dei soci che approva il bilancio decide sulla distribuzione degli utili ai soci (comma 3); su questo punto va ricordato che l'art. 2468, comma 4, prevede la possibilità che a determinati soci siano attribuiti "particolari diritti" in tema di distribuzione degli utili (e pertanto su questa tematica si rimanda *supra* al par. 3.10.2 per la relativa trattazione sul punto), fermo restando che nello statuto si può variamente "orientare" la decisione di attribuzione degli utili scaturenti dal bilancio di esercizio³⁵;

³³ Secondo SALAFIA V., *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 10, non vi sarebbe obbligo di deposito invece per la relazione al bilancio che sia fatta dal collegio sindacale di nomina non obbligatoria, ciò che pare discutibile in quanto l'art. 2478-*bis*, comma 2, richiama l'art. 2435 senza distinguere (come invero avviene nell'art. 2477, comma 4) tra sindaci "obbligatori" e sindaci "facoltativi".

³⁴ Cfr. STELLA RICHTER M., *L'elenco dei soci previsto dagli artt. 2435 e 2493 c.c.: osservazioni a margine della legge 310 del 1993*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 345.

³⁵ Cfr. Trib. Trani, 19 settembre 2000, in *Società*, 2001, 481, secondo cui «il diritto agli utili sorge per

- possono essere distribuiti esclusivamente gli utili realmente conseguiti e risultanti da bilancio regolarmente approvato (comma 4);
- se si verifica una perdita del capitale sociale, non può farsi luogo a distribuzione degli utili fino a che il capitale non sia reintegrato o ridotto in misura corrispondente (comma 5);
- gli utili erogati in violazione delle disposizioni appena illustrate non sono ripetibili se i soci li hanno riscossi in buona fede in base a bilancio regolarmente approvato, da cui risultano utili netti corrispondenti (comma 6).

Resta fermo che la società a responsabilità limitata non può distribuire acconti sui dividendi³⁶ in quanto, ai sensi dell'art. 2433-*bis*, comma 1, tale facoltà compete solo «alle società il cui bilancio è assoggettato per legge al controllo da parte di società di revisione iscritte all'albo speciale».

8.7.1 La durata annuale degli esercizi sociali

La legge di riforma non pare offrire indici di novità nella materia della durata annuale dell'esercizio sociale³⁷. Si può pertanto perpetuare il previgente orientamento per il quale il principio secondo cui gli esercizi sociali devono avere durata annuale va temperato con il diritto della società di scegliere la data di inizio dell'esercizio e di eventualmente modificarla, per giustificate ragioni, nel corso della sua vita: tale temperamento *normalmente*

i soci esclusivamente a seguito di una specifica delibera assembleare e non in dipendenza della mera approvazione del bilancio; tuttavia, è da considerarsi legittima una clausola statutaria che prevede, in esecuzione dell'art. 2328, n. 7, l'immediata esigibilità, da parte dei soci, degli utili, salvo diverse disposizioni che possono essere prese dall'assemblea».

³⁶ Cfr. Trib. Verona, 3 giugno 1988, in *Società*, 1989, 60.

³⁷ Sulla durata annuale dell'esercizio cfr., per esempio, App. Trieste, 11 giugno 1964, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 391, secondo cui «è ammessa la deroga al principio dell'annualità dell'esercizio sociale quando sia giustificata da forza maggiore e limitata a un singolo momento della vita della società»; Trib. Udine, 6 febbraio 1985, in *Società*, 1985, 1096, secondo cui «la deliberazione con cui l'assemblea straordinaria di una società di capitali, modificando una norma dello statuto, muta la data annuale di chiusura dell'esercizio spostandola in avanti rispetto a quella originaria, contrasta con la norma inderogabile contenuta nell'art. 2364, 1° comma, n. 1, c.c., la quale impone la presentazione annuale del bilancio all'assemblea, perché, per effetto della modificazione l'esercizio in corso verrà chiuso oltre l'inderogabile scadenza annuale»; Trib. Udine, 26 gennaio 1987, in *Foro it.*, 1987, I, 2594, secondo cui «è illegittima la deliberazione assembleare di società per azioni che sposta il termine di chiusura dell'esercizio sociale, laddove la durata dell'esercizio in corso sia resa superiore all'anno»; Trib. Torino, 24 febbraio 1987, in *Società*, 1987, 849, secondo cui «è illegittima, e pertanto non può ordinarsene l'omologazione, la deliberazione dell'assemblea straordinaria di una società per azioni che, modificando una norma dello statuto, proroga la durata dell'esercizio sociale in corso e dei successivi spostando in avanti la data di chiusura, per contrasto con il principio secondo cui l'esercizio sociale non può avere durata superiore all'anno».

avverrà attraverso la previsione di un esercizio e di un relativo bilancio infrannuale, ma potrà avvenire anche attraverso la previsione di un esercizio ultrannuale allorché il periodo temporale limitato non consenta la redazione di un bilancio infrannuale significativo³⁸.

8.8 I libri sociali

Oltre al libro giornale e al libro degli inventari di cui all'art. 2214 c.c. (e oltre agli altri libri e documenti imposti dalle legislazioni di settore, come quella fiscale e lavoristica), la società deve tenere (art. 2478):

1. il libro dei soci, tenuto a cura degli amministratori, «nel quale devono essere indicati il nome dei soci, la partecipazione di spettanza di ciascuno, i versamenti fatti sulle partecipazioni, nonché le variazioni nelle persone dei soci»; in detto libro vanno pure indicati – anche se la legge non ne fa menzione – gli eventuali vincoli di cui siano gravate le partecipazioni di un dato socio, il domicilio del socio per i suoi rapporti con la società (sotto questo ultimo profilo, va di nuovo sottolineato che, nel caso in cui la società intenda seguire metodologie di comunicazione con i soci – si pensi all'avviso di convocazione delle assemblee – diverse dalla tradizionale corrispondenza

³⁸ È questa la “massima” di comportamento adottata dal Consiglio Notarile di Milano (la si può leggere alla pagina www.federnotizie.org/masscnm.htm), secondo il quale «può ritenersi principio ormai acquisito in dottrina e in giurisprudenza che il principio dell'annualità degli esercizi sociali e del conseguente obbligo di redigere il bilancio di esercizio su base annuale debba essere temperato con il diritto della società di scegliere la data di inizio dell'esercizio sociale che non deve necessariamente coincidere con il momento in cui la società è venuta a giuridica esistenza e con il diritto della società stessa di modificare successivamente tale data per giustificati motivi attraverso una modifica statutaria. Il temperamento dei due principi da un lato esclude la tesi dell'assoluta e tassativa inderogabilità del principio dell'annualità degli esercizi sociali e dall'altro impone la necessità di riconoscere la legittimità di un esercizio di raccordo e del relativo bilancio di durata non coincidente con l'anno. Se normalmente questo esercizio e il relativo bilancio sarà di durata infrannuale non può escludersi che, nel caso di periodi di tempo molto limitati, ciò possa avvenire anche attraverso la previsione di una limitata ultra annualità. In questo senso si erano orientati molti e autorevoli tribunali nelle ipotesi assai frequenti di atti costitutivi stipulati a ridosso della fine dell'anno quando tali atti prevedevano la data di chiusura dell'esercizio al 31 dicembre. Non sussistono ragioni che impediscano di estendere tale possibilità anche all'ipotesi di delibere di assemblee straordinarie che prevedano, unitamente allo spostamento della data di chiusura dell'esercizio sociale, un esercizio la cui durata superi l'anno di un breve periodo di tempo. Non si vede infatti che utilità e che significatività possa avere un esercizio molto breve e che utilità possa presentare un bilancio riferito a tale limitato periodo, potendo invece esso costituire un pericolo per i terzi qualora la sua approvazione fosse utilizzata per distribuire utili. Infine le ipotesi qui considerate non trovano ostacolo nell'art. 2364, secondo comma, c.c., non essendo incompatibile con il rispetto di tale norma la fattispecie qui considerata».

cartacea, ove evidentemente “tiene banco” il domicilio “fisico” del socio indicato nel libro dei soci, è opportuno che il libro soci sia integrato delle opportune informazioni: e così, dell’indirizzo di posta elettronica cui dirigere gli e-mail oppure del numero telefonico cui inviare i fax);

2. il libro delle “decisioni”³⁹ dei soci, tenuto a cura degli amministratori, nel quale sono trascritti «senza indugio» sia i verbali delle assemblee, anche se redatti per atto pubblico, sia le decisioni prese al di fuori del metodo collegiale, e cioè mediante “consenso scritto” o “consultazione espressa per iscritto” (primo periodo del terzo comma dell’art. 2479); in ordine alla documentazione delle decisioni dei soci assunte con o senza svolgimento di assemblea la legge afferma inoltre che «la relativa documentazione è conservata dalla società», con ciò evidentemente facendosi riferimento, per esempio, agli avvisi di convocazione, alle deleghe dei soci che si fanno rappresentare, al “foglio di presenza” che si firma per identificare gli intervenuti e la verifica dei *quorum*, ai consensi “scritti” in ordine alle decisioni assunte al di fuori dell’assemblea ecc.;
3. il libro delle “decisioni”⁴⁰ degli amministratori, tenuto a cura degli amministratori medesimi⁴¹, nonché, ove esistente, pur in assenza di una specifica previsione legislativa sul punto, il libro delle “deliberazioni” (qui siamo invero in una sessione necessariamente collegiale) del comitato esecutivo;
4. il libro delle decisioni del collegio sindacale o del revisore nominati ai sensi dell’art. 2477, tenuto a cura degli stessi.

La trascrizione «senza indugio» delle decisioni dei soci nell’apposito libro viene ad acclarare che, seppur la verbalizzazione vada fatta con la massima sollecitudine possibile, essa non deve peraltro essere contestuale all’evento da verbalizzare: infatti, può anche presentarsi il caso di riunioni lunghe e complesse, o la necessità di esaminare documenti esibiti dai partecipanti al fine della loro riproduzione nel verbale, o l’opportunità di ascoltare regi-

³⁹ Va notato che il termine “decisioni” è stato sostituito al previgente termine “deliberazioni” (“vecchio” art. 2490) stante la possibile non collegialità delle decisioni dei soci (art. 2479, comma 3).

⁴⁰ Anche qui va ripetuto il discorso della possibile non collegialità (art. 2475) delle decisioni dell’organo amministrativo.

⁴¹ Cfr. Cass., 6 marzo 1987, n. 2397, in *Dir. fall.*, 1987, II, 646, secondo cui «la verbalizzazione delle deliberazioni del consiglio di amministrazione ha una funzione meramente certificativa della volontà già formata con la votazione, per cui le deliberazioni non verbalizzate (al contrario di quanto è prescritto, dall’art. 2375 c.c., per le deliberazioni dell’assemblea dei soci) sono pienamente valide sia nei rapporti interni sia nei confronti dei terzi che ne abbiano avuto conoscenza; infatti, l’obbligo della verbalizzazione di dette deliberazioni non è imposto dall’art. 2388 c.c. né può desumersi dall’art. 2421, n. 4 c.c., che impone alla società di tenere il libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione, perché l’obbligo dell’imprenditore commerciale di tenere alcuni libri non si riconnette mai a un’esigenza di forma degli atti di cui deve essere registrato il compimento».

strazioni oppure di visionare filmati ecc., tutte eventualità, insomma, che non permetterebbero una verbalizzazione contestuale.

L'ultimo comma dell'art. 2478 prescrive infine che nel libro delle decisioni degli amministratori occorre pure riportare i contratti della società con il suo unico socio e le operazioni della società stessa a favore dell'unico socio predetto, al fine dell'opponibilità ai creditori sociali di detti contratti e operazioni (detta opponibilità si consegue, in alternativa, anche facendo risultare i contratti e le operazioni tra società e unico socio da atto scritto di data certa anteriore al pignoramento).

Secondo un'autorevole tesi, la mancata documentazione di detti contratti e operazioni con le modalità suaccennate genererebbe l'assunzione da parte dell'unico socio dell'illimitata responsabilità per le obbligazioni sociali in caso di insolvenza della società in quanto vi sarebbe in tal caso un abuso del beneficio della responsabilità limitata (con la "sanzione" quindi della decadenza da tale beneficio) sia qualora dalla documentazione predetta dovesse risultare l'utilizzazione sistematica della società per fini extrasociali del socio sia qualora vi fosse una sistematica violazione dell'obbligo di documentazione scritta⁴².

⁴² Cfr. GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da GALGANO F., vol. XXIX, Padova, 2003, 485.