

CAPITOLO I

LE COMPETENZE

di *Andrea Tucci*

SOMMARIO: 1. Le competenze legali. – 1.1. Assemblea in sede ordinaria. – 1.2. Assemblea in sede straordinaria. – 1.2.1. Richiesta di ammissione dei titoli alla quotazione in mercati regolamentati. – 1.2.2. Dematerializzazione volontaria dei titoli azionari. – 1.2.3. Atti estranei all'oggetto sociale. – 2. Le competenze statutarie. – 3. La «richiesta degli amministratori» e il problema delle competenze «implicite» dell'assemblea. – 4. L'autorizzazione assembleare all'adozione di misure difensive. – 5. Le assemblee speciali.

1. *Le competenze legali*

La struttura della società per azioni è contraddistinta dalla presenza di una pluralità di organi, ciascuno investito di una propria sfera di competenze (c.d. struttura corporativa). Questa caratteristica organizzativa costituisce – secondo una visione generalmente condivisa¹ – un «contrappeso» della responsabi-

¹ Cfr. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (Studi per un libro sulle persone giuridiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, spec. p. 624 ss.; ID., *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto dallo stesso Galgano, Padova, 1988, vol. 7, p. 217 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, VII ed. a cura di M. CAMPOBASSO, Torino, 2011, p. 312; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, p. 520; G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da Vassalli, Torino, 1987, vol. 10, t. II, p. 575 ss. In giurisprudenza cfr. App. Roma 24 gennaio 1991, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1897, relativa al «lodo Mondadori». Per una ricostruzione storica dell'affermarsi della moderna visione della ripartizione di poteri all'interno della *corporation* e del superamento della visione ottocentesca, incentrata sul modello «contrattualistico» della *partnership*, a favore della visione organica della persona giuridica, cfr. HORWITZ, *Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory*, in 88 *W. Virginia L.R.*, 173 (1985), e ora in *The Transformation of American Law. 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York-Oxford, 1992 (dove si cita), p. 65 ss., spec. pp. 74 e 93-99, per il rilievo che questo modello ricostruttivo coincide con (e, in qualche modo, agevola a livello «ideologico») la progressiva esautorazione degli azionisti a favore degli amministratori e, successivamente, dei *managers*. Per un riesame delle problematiche relative ai rapporti tra gli organi della società

limitata dei soci, poiché tende ad assicurare l'ordinato e regolare funzionamento della società².

Un approccio particolarmente rigoroso ha ravvisato nella struttura corporativa una premessa essenziale per attribuire a un gruppo organizzato la qualifica di persona giuridica³.

La riforma del diritto societario ha reso ormai difficilmente sostenibile questa posizione – forse troppo «drastica», già nel regime previgente⁴ –, che mal si concilia con la disciplina della società a responsabilità limitata, nella quale la personalità giuridica coesiste con la snellezza delle strutture organizzative e con la possibile responsabilità dei soci per le decisioni gestorie (artt. 2475 e 2476 c.c.).

Con queste precisazioni, può dirsi, non di meno, che la «divisione dei poteri» fra una pluralità di organi costituisce una caratteristica necessaria nella società per azioni e, dunque, un limite all'autonomia statutaria, anche nella «distribuzione» di prerogative all'interno dell'organizzazione⁵. Il «contenuto normativo» della personalità giuridica riconosciuta alle società per azioni, infatti, sebbene fortemente ridimensionato per effetto della legislazione più recente⁶, comporta, quanto meno, la necessità di riservare ai soggetti responsa-

nell'esperienza di *common law* cfr., più di recente, GRANTHAM, *The Doctrinal Basis of the Rights of Company Shareholders*, in *Cambridge Law Journal*, 57(1998), spec. p. 564 ss.

² Nella *Relazione al Codice Civile* (§ 927), in effetti, il binomio «organizzazione interna» e «responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali» è indicato quale criterio base per la «differenziazione dei vari tipi di società». La maggiore «robustezza» della struttura organizzativa – unitamente alla «disciplina più severa» – è, d'altronde, segnalata come una delle più significative novità nella disciplina della società per azioni (§ 922).

³ Cfr. soprattutto GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, cit., p. 624, per il rilievo che l'organizzazione interna corporativa è «la “condizione d'esistenza” della persona giuridica».

⁴ La tesi che ravvisa un legame necessario fra struttura corporativa e personalità giuridica è giudicata «un autentico abbaglio» da D'ALESSANDRO, *Gestione dell'impresa e rapporti tra assemblea e amministratori nella riforma societaria*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità, prospettive*, a cura di BALZARINI-CARCANO-VENTORUZZO, Milano, 2007, p. 725.

⁵ È questo un elemento distintivo del tipo della società per azioni rispetto alla società a responsabilità limitata, nella quale è, per contro, ammissibile l'attribuzione a singoli soci di «particolari diritti» (art. 2468, 3° comma, c.c.). Sul punto cfr. SCIUTO-SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol. 1*, Torino, 2004, pp. 51 e 54; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, p. 70, ove, con riferimento alla s.p.a., si sottolinea «la rigidità della struttura organizzativa del tipo, che non consente la previsione di competenze gestionali diverse da quelle legislativamente individuate». Diversa questione – che pone, fondamentalmente, un problema di *responsabilità*, come si osserva subito *infra*, nel testo – è l'eventuale ingerenza *di fatto* dei soci alla gestione imprenditoriale della società, come può avvenire nel caso dei c.d. sindacati di gestione o di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

⁶ Con la novella del codice civile, che ha ricondotto nell'alveo della «fisiologia» la s.p.a. uni-

bili della gestione una sfera intangibile di poteri in merito al compimento dei singoli atti in cui si articola l'attività che forma oggetto del contratto sociale – il che tipicamente si realizza mediante l'adozione di una struttura corporativa nello svolgimento del rapporto sociale – *ovvero* la previsione di un adeguato contrappeso, in termini di responsabilità (anche) verso i terzi, dei soggetti che gestiscono o influenzano la gestione dell'impresa⁷.

Procedendo all'esame della ripartizione di competenze fra gli organi sociali, può affermarsi, in via di prima approssimazione, che, nel modello «tradizionale» – l'unico contemplato dal legislatore del 1942 – spetta agli amministratori la gestione dell'attività sociale, al collegio sindacale il controllo sull'amministrazione e all'assemblea la nomina e la revoca dei membri dei due

personale a responsabilità limitata (artt. 2325, 2° comma, e 2362), può dirsi concluso quel processo di superamento del legame necessario tra responsabilità limitata e struttura corporativa, avviato dal d.lgs. n. 88/1993, di recepimento della XII direttiva CE. Sul punto cfr., da ultimo, D'ALESSANDRO, «La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata». *Oververo: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 40, per il rilievo che la riforma apporta un contributo decisivo alla «sdrammatizzazione della responsabilità limitata [...], facendo della società unipersonale a responsabilità limitata una figura cui ormai spetta *optimo jure* cittadinanza nel nostro diritto societario comune» e consentendo la creazione di patrimoni destinati a uno specifico affare (artt. 2447 *bis* ss.). Ma si vedano già le più risalenti puntualizzazioni dell'Autore in *Personae giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1969, I, p. 324.

⁷ Anche sul punto cfr. le osservazioni di D'ALESSANDRO, *Gestione dell'impresa e rapporti tra assemblea e amministratori nella riforma societaria*, cit., p. 726. Può dirsi, dunque, che la disciplina dell'amministrazione e della responsabilità dei soci prevista per la s.r.l. (artt. 2476, 7° comma, e 2479 c.c.) offre una soluzione alternativa alle esigenze di tutela dei terzi, in tal modo superando il dogma secondo cui «personalità giuridica e responsabilità limitata della società richiedano un assetto inderogabile delle strutture organizzative della medesima». In questi termini: ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 93. Già in passato l'Autore aveva ritenuto ammissibile, nella s.r.l., la riserva statutaria di poteri decisori ai soci, i quali tuttavia avrebbero assunto la responsabilità degli amministratori. Cfr. ZANARONE, *S.r.l. contro s.p.a. nella legislazione recente*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 415 e nota 69, opportunamente richiamando il § 351 del *Delaware General Corporation Law*, che ammette, nella *close corporation*, l'attribuzione dell'amministrazione ai soci, i quali saranno però soggetti «to all liabilities of directors» [*Del. Gen. Corp. Law*, § 351(3) (2002)]. Nello scritto citato l'Autore riprende e sviluppa la più ampia riflessione condotta in *Società a responsabilità limitata*, nel *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, vol. VIII, Padova, 1985. Sull'impatto sistematico delle fattispecie espresse di responsabilità da «eterogestione» introdotte della riforma del diritto societario cfr. M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, p. 332 ss.; WEIGMANN, *I gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario (atti del convegno: Courmayeur, 27-28 settembre 2002)*, Milano, 2003, p. 208; GUERRERA, *Il problema della responsabilità «deliberativa» nelle società di capitali*, Torino, 2004, spec. pp. 143 ss. e 342 ss.; ID., «Compiti» e responsabilità del socio di controllo, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 506 ss.; S. ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1060 ss.; GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in *A.A.VV., Diritto delle società*, Milano, 2006, p. 342.

organi sopra menzionati, nonché l'assunzione delle deliberazioni più importanti per l'organizzazione.

Qualora la società abbia optato per il modello di amministrazione e controllo dualistico, la funzione di controllo sull'amministrazione spetta al consiglio di sorveglianza, il quale, è (o può essere) investito, altresì, di competenze «tradizionalmente assembleari», quali la nomina, la revoca e la decisione in ordine alla responsabilità dei gestori (*i.e.*, i membri del consiglio di gestione) e l'approvazione del bilancio di esercizio. L'adozione del sistema dualistico, dunque, incide sensibilmente sulle competenze dell'assemblea. Non a caso il codice civile riformato, nel disciplinare le competenze dell'assemblea (ordinaria), distingue fra società «prive» (art. 2364) ovvero «con» (art. 2364 *bis*) consiglio di sorveglianza, nella prima categoria includendo, dunque, le società a sistema tradizionale e quelle a sistema monistico, la cui adozione, per contro, non muta sensibilmente la fisionomia dell'assemblea⁸.

La delimitazione delle competenze assembleari – e, in particolare, l'individuazione di una linea di demarcazione rispetto ai poteri attribuiti all'organo di gestione – ha costituito uno dei problemi più dibattuti nel vigore della disciplina previgente. Sul punto è intervenuto il legislatore del 2003, con il dichiarato obiettivo di fornire un chiaro criterio orientativo, incentrato sulla riserva in capo agli amministratori di una competenza *esclusiva* in merito alla gestione dell'impresa (art. 2380 *bis*).

La doverosa presa d'atto della scelta di politica del diritto non sembra di ostacolo al riconoscimento della permanenza, pur nel mutato contesto normativo, di competenze assembleari suscettibili di *incidere* – se si vuole, «di riflesso»⁹ – sulla gestione dell'impresa sociale. Con questa precisazione, può dirsi non del tutto superato il rilievo secondo cui «la distribuzione delle competen-

⁸ Nel sistema monistico, in effetti, i soggetti investiti delle funzioni di amministrazione e controllo sono tutti di investitura assembleare, pur se la determinazione del numero e la nomina dei componenti del comitato per il controllo sulla gestione spettano – salvo diversa disposizione dello statuto – al consiglio di amministrazione, nei limiti e alle condizioni previsti dall'art. 2409 *octiesdecies* c.c. La riforma del diritto societario – sul punto «completata», da ultimo, dal d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 – infine, ha realizzato una pressoché completa separazione fra soggetti che esercitano il controllo sull'amministrazione e soggetti che esercitano la revisione legale dei conti. La possibile coincidenza di queste due funzioni in capo a un medesimo organo (il collegio sindacale) è consentita esclusivamente alle società (a sistema «tradizionale») che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato. In tutti gli altri casi l'assemblea (ordinaria) dovrà procedere alla nomina di un revisore esterno o di una società di revisione, a seconda dei casi (cfr. artt. 2409 *bis*, 2409 *quinqüesdecies*, 2409 *noviesdecies* c.c.).

⁹ Con questa precisazione, dovrebbe essere possibile «giustificare l'intrinseca contraddizione» delle considerazioni svolte nel testo, secondo quanto osserva CERRATO, *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il "sovrano" ha veramente abdicato?*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 150, nota 59, con riferimento alle analoghe considerazioni che si leggono in A. TUCCI, *Gestione dell'impresa sociale e «supervisione» degli azionisti*, Milano, 2003, p. 212. Se così è, mi auguro di aver fatto ammenda della «caduta» segnalata dall'Autore.

ze tra assemblea e consiglio di amministrazione non passa attraverso il rigido spartiacque segnato dalle funzioni deliberative e gestorie»¹⁰. Talune competenze attribuite all'assemblea dalla disciplina legale, in effetti, difficilmente possono essere reputate estranee alla gestione dell'impresa – non nella sua dimensione «corrente», ma in quella di «alta amministrazione» o, se si preferisce, «direzione strategica» dell'organizzazione produttiva (artt. 2343 *bis*, 2357, 2359 *bis*, 2361, 2390)¹¹ –, pur se innegabile è il ridimensionamento del ruolo dell'assemblea e l'eccezionalità di una sua «intromissione» nella gestione¹².

Permangono, inoltre, le importanti attribuzioni previste dal Testo Unico per le società quotate e, in particolare, quelle concernenti l'assunzione di par-

¹⁰ COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, Padova, 1999, I, 2, p. 335. Dell'Autore si veda, peraltro, la recente (e condivisibile) presa d'atto dell'avvenuto «depotenziamento delle prerogative assembleari» nella società per azioni riformata. ID., *Diritto societario*, Padova, 2006, p. 322. In senso conforme (ma nel regime previgente): FRÈ, in FRÈ-SBISA, *Della società per azioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, diretto da Galgano, Bologna-Roma, 1997, I, p. 563; G. FERRI, *Le società*, cit., p. 577; CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 113. In giurisprudenza cfr. Trib. Catania 30 settembre 1993, in *Foro it.*, 1994, I, c. 890. Successivamente alla riforma del diritto societario cfr. ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 544. Per un'efficace sintesi dell'opposta tesi cfr., da ultimo, ABRIANI, *L'assemblea*, in ABRIANI-AMBROSINI-CAGNASSO-MONTALENTI, *Le società per azioni*, nel *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2010, p. 439 ss.

¹¹ La tradizionale contrapposizione fra «atti inerenti all'organizzazione della società» e «atti inerenti alla gestione dell'impresa» (MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 215 ss.) sembra mantenere inalterata (oltre all'eleganza della formulazione) la sua portata descrittiva, a dispetto delle critiche (forse un po' ingenerose) da ultimo rivolte da CERRATO, *Il ruolo dell'assemblea*, cit., pp. 149-150, il quale finalmente chiarisce in nota 57 cosa debba intendersi per «amministrazione della società», includendovi anche i profili *organizzativi*, che riguardano, però, non già la *predisposizione* del regolamento negoziale, bensì la sua *attuazione* e il *regolare funzionamento* della struttura organizzativa.

¹² Cfr., in senso conforme, ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento*, cit., p. 545; ABBADESSA-MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 269 ss.; PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2006, vol. 2, pp. 24-25; CIRENEI, *L'art. 2373 c.c. e la "nuova" disciplina del conflitto di interessi del socio*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, p. 667 ss., pur sottolineando il deciso ridimensionamento del ruolo dell'assemblea nella s.p.a. riformata. Nel regime previgente si vedano soprattutto – nella prospettiva di una valorizzazione delle competenze gestorie dell'assemblea – ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol. 3*, Torino, 1994, p. 4; CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*, p. 110, e FRÈ, *op. cit.*, p. 594, che riconducono alla categoria degli atti relativi alla gestione sociale anche le deliberazioni in materia di responsabilità degli amministratori, poiché con esse la società dispone del diritto al risarcimento dei danni. Più di recente cfr. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo "di correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 192 ss. (anche per una «classificazione» delle deliberazioni gestorie di competenza assembleare); ID., *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, p. 180 ss.

tecipazioni reciproche in misura superiore al 2% del capitale (art. 121, 2° comma, t.u.f.), nonché – pur se nella versione «edulcorata» a seguito della tormentata vicenda del recepimento della direttiva OPA, con i successivi «pentimenti» – l'eventuale autorizzazione all'adozione di misure difensive in pendenza di OPA (art. 104 t.u.f.).

In entrambe le fattispecie sopra menzionate, l'assemblea può trovarsi a dover deliberare in merito al compimento di atti che possono avere notevoli ripercussioni sugli assetti di controllo e sulla futura gestione della società. Ciò è particolarmente evidente nel caso di autorizzazione all'adozione di «difese», poiché dall'esito della deliberazione possono dipendere un mutamento del controllo e, indirettamente, le sorti degli amministratori in carica. Non meno rilevante per la gestione sociale e per gli assetti di potere esistenti è la competenza ad autorizzare l'assunzione di partecipazioni reciproche in misura rilevante. L'operazione sottoposta all'assemblea, infatti, non consiste in una mera scelta di investimento, ma implica una decisione in merito al grado di «contendibilità» della società e al potere del gruppo di controllo, destinato ad accrescersi a seguito dell'incrocio azionario. Non a caso il legislatore richiede che l'assemblea si pronunci preventivamente sull'*accordo di collaborazione* tra le società che si accingono a porre in essere l'incrocio azionario¹³.

Ma v'è di più. La riforma del diritto societario ha attribuito all'assemblea ordinaria un'ulteriore competenza in merito all'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle società partecipate (art. 2361, 2° comma, c.c.). La norma – che ha inteso risolvere la tormentata questione della legittimità dell'assunzione di partecipazioni da parte di società di capitali in società di persone¹⁴ – offre un significativo esempio di coinvolgimento dell'assemblea (ordinaria) in merito a operazioni che possono alterare le condizioni di rischio connesse all'esercizio dell'attività che costituisce l'oggetto sociale e, pertanto, accettate dai soci al momento dell'ingresso in società¹⁵.

Il legislatore distingue fra «assemblea ordinaria» e «assemblea straordinaria», sulla base dell'oggetto delle deliberazioni. In realtà – come da tempo è

¹³ Cfr., per il rilievo, P. MARCHETTI, *Il ruolo dell'assemblea nel T.U. e nella corporate governance*, in AA.VV., *Assemblea degli azionisti e nuove regole del governo societario*, Padova, 1999, p. 12; SBISÀ, *Commento all'art. 121*, in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di Alpa e Capriglione, Padova, 1998, II, p. 1119 ss., spec. p. 1125, ove si osserva che «la scelta compiuta dal testo unico si inserisce nella tendenza, che trova ampia espressione nella recente legislazione, ad ampliare le competenze dell'assemblea ordinaria, per evitare un autoaffrancamento degli amministratori dai soci». Per analoghe considerazioni cfr. GUERRERA, *Abuso del voto e controllo «di correttezza» nel procedimento deliberativo assembleare*, cit., pp. 195-196.

¹⁴ Cfr. TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo «modello di organizzazione dell'attività di impresa»*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 185 ss.

¹⁵ Sul punto – e, più in generale, sulla possibile ricaduta sistematica della disposizione in questione – si avrà modo di tornare nel prosieguo (§ 3).

stato chiarito in dottrina¹⁶ – l'assemblea è unica. Quel che muta è il procedimento per l'assunzione delle deliberazioni, che richiede il rispetto di maggiori formalità allorché i soci sono chiamati a deliberare «in sede straordinaria». Pur con questa importante precisazione, nel prosieguo si seguirà – anche per comodità espositiva – la scelta lessicale del legislatore (art. 2363, 2° comma, c.c.).

1.1. *Assemblea in sede ordinaria*

Le materie di competenza dell'assemblea ordinaria nelle società prive di consiglio di sorveglianza sono elencate nell'art. 2364 c.c., oltre che in numerose altre disposizioni di legge.

Spettano, in particolare, all'assemblea ordinaria l'approvazione del bilancio e la decisione circa la distribuzione degli utili, la nomina di amministratori, sindaci, presidente del collegio sindacale e, quando previsto, il soggetto al quale è demandata la revisione legale dei conti¹⁷, la determinazione del compenso degli amministratori e dei sindaci, ove lo stesso non sia già stabilito dallo statuto (art. 2364)¹⁸. Essa stabilisce il numero degli amministratori, se la determinazione non è compiuta dallo statuto e questo si limiti a fissarne il numero massimo e minimo (art. 2380 *bis*, 4° comma), può nominare il presidente del consiglio di amministrazione (art. 2380 *bis*, 5° comma), autorizzare gli amministratori a svolgere attività concorrenziali (art. 2390 c.c.) e a delegare proprie attribuzioni (art. 2381, 2° comma)¹⁹; revoca gli amministratori (art.

¹⁶ Cfr., in luogo di molti, FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., p. 534.

¹⁷ L'art. 2398 c.c. (presidenza del collegio sindacale) non si applica alle società con azioni quotate in mercati regolamentati (art. 154 t.u.f.), nelle quali il presidente – pur sempre di nomina assembleare – deve essere scelto tra i sindaci eletti «dalla minoranza», secondo le modalità stabilite dalla Consob per l'elezione mediante voto di lista (art. 148 t.u.f.).

¹⁸ A norma dell'art. 2389, 2° comma, la remunerazione degli amministratori investiti di particolari cariche in conformità dello statuto è stabilita dal consiglio di amministrazione, sentito il parere del collegio sindacale. Lo statuto, peraltro, può attribuire all'assemblea il potere di determinare un importo complessivo per la remunerazione di tutti gli amministratori, compresi quelli investiti di particolari cariche. Per le società quotate merita di essere segnalata la competenza assembleare a deliberare (anche quando a essa non spetta la competenza a determinare il compenso) in merito alla «relazione sulla remunerazione». La legge precisa, tuttavia, che la deliberazione «non è vincolante». Si è in presenza, dunque, di un «parere» in merito alle linee generali per la determinazione dei compensi, la cui importanza si lascia apprezzare soprattutto in una dimensione «esterna», di informazione al mercato, anche in considerazione della previsione di un obbligo di divulgazione dell'esito del voto (artt. 123 *ter*, 6° comma, 125 *quater*, t.u.f.). Al tempo stesso, la pubblicità dovrebbe costituire una remora all'adozione di politiche remunerative troppo «generose», in ossequio a uno dei dogmi del diritto del mercato finanziario, di «importazione» statunitense (la c.d. *philosophy of disclosure*).

¹⁹ Al riguardo è controverso se la *interferenza* dell'assemblea possa spingersi fino a nominare direttamente l'amministratore delegato ovvero imporre la delega di funzioni. Nel silenzio della

2383, 3° comma)²⁰ e i sindaci, ove ricorra una giusta causa (art. 2400), delibera sulla responsabilità di tali soggetti²¹.

L'assemblea ordinaria è, inoltre, competente ad autorizzare l'acquisto da parte della società, per un corrispettivo pari o superiore al decimo del capitale sociale, di beni o crediti dei promotori, fondatori, soci e amministratori, nei due anni successivi all'iscrizione della società nel registro delle imprese (art. 2343 *bis*). Ulteriori competenze sono riservate all'assemblea ordinaria da leggi speciali²².

L'adozione del sistema di amministrazione e controllo dualistico comporta un notevole ridimensionamento delle tradizionali competenze dell'assemblea ordinaria²³, che si riducono alla nomina e revoca dei consiglieri di sorveglianza, alla determinazione del relativo compenso, se non stabilito nello statuto, e

legge, la tesi più restrittiva sembra preferibile, anche in considerazione della «filosofia» della riforma. Una previsione in tal senso nello statuto esporrebbe, pertanto, la relativa clausola a seri dubbi di legittimità. Sul punto cfr., con diverse conclusioni, SANFILIPPO, *Riforma delle società e interpreti in controtendenza: il caso della delega amministrativa "obbligatoria"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, 329; CAGNASSO, *Nomina dei delegati e «interferenze» di organi o soggetti esterni al consiglio*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1071 ss.

²⁰ A norma dell'art. 2456 c.c., la revoca degli amministratori di società in accomandita per azioni deve essere deliberata con le maggioranze prescritte per le deliberazioni dell'assemblea straordinaria di società per azioni.

²¹ Con la riforma del diritto societario è venuto meno il monopolio dell'assemblea in ordine all'azione sociale di responsabilità nei confronti degli organi sociali, con evidenti ripercussioni sui rapporti di potere fra gruppo di controllo e soci esterni, secondo una linea già avviata dal Testo Unico con l'art. 129 (abrogato). A mente dell'art. 2393 *bis* c.c., la relativa competenza spetta anche ai soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista dallo statuto, comunque non superiore a un terzo. Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio l'aliquota è ridotta al quarantesimo. La legge n. 262/05 (c.d. legge sul risparmio), infine, ha esteso anche al collegio sindacale la competenza a deliberare l'azione di responsabilità, con la maggioranza di due terzi dei suoi componenti (art. 2393, 3° comma, c.c.). L'art. 2393 *bis* è richiamato, in quanto compatibile, dagli artt. 2407, 3° comma, 2409 *decies*. Sul punto cfr. ENRIQUES-F.M. MUCCIARELLI, *L'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranze*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., vol. 2, p. 859 ss.; LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Torino, 2007, spec. p. 158 ss.

²² Merita di essere segnalata – per la delicatezza della materia – l'attribuzione all'assemblea ordinaria della competenza ad approvare i piani di compensi basati su strumenti finanziari a favore di componenti del consiglio di amministrazione ovvero del consiglio di gestione, di dipendenti o di collaboratori di altre società controllanti o controllate (art. 114-*bis* t.u.f.). La competenza in questione è da mettere in relazione – anche sotto il profilo dell'informazione al mercato – con quanto osservato *supra*, nota 18.

²³ L'opzione per il sistema dualistico non incide, invece, sulle competenze legali dell'assemblea, diverse da quelle espressamente devolute al consiglio di sorveglianza. Cfr. PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, p. 441; CARIELLO, *La disciplina «per derivazione» del sistema di amministrazione e controllo dualistico (disposizioni di richiamo e di rinvio nel nuovo diritto delle società per azioni non quotate)*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 96, nota 138.

all'eventuale azione di responsabilità, oltre che alla nomina del revisore e alla distribuzione degli utili (art. 2364 *bis*); nonché alle altre materie che la legge riserva all'assemblea.

La stessa approvazione del bilancio è sottratta all'assemblea e affidata al consiglio di sorveglianza²⁴, organo cui spetta anche la nomina e la revoca dei membri del consiglio di gestione, oltre che – e sia pure in concorrenza con l'assemblea e con i soci (artt. 2409 *decies*, 2393, 2393 *bis*) – le deliberazioni in ordine alla responsabilità dei gestori (art. 2409 *terdecies*). Il consiglio di sorveglianza può essere altresì investito di funzioni non strettamente di controllo, che ne fanno un organo «ibrido»²⁵. Significativa è, soprattutto, la disposizione che consente allo statuto di attribuire al consiglio di sorveglianza il potere di deliberare in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari della società, predisposti dal consiglio di gestione, ferma, in ogni caso, la responsabilità di questo per gli atti compiuti [art. 2409 *terdecies*, lett. *f-bis*], c.c.].

Ferme restando ulteriori, *specifiche*, attribuzioni, l'assemblea ordinaria è investita di una competenza generale – nell'ambito, beninteso, delle materie di pertinenza dell'organo assembleare –, là dove l'assemblea straordinaria delibera su un numero più limitato di materie, tassativamente elencate nelle relative disposizioni di legge. Le materie di competenza dell'assemblea che la legge non riserva espressamente all'assemblea straordinaria sono, dunque, attribuite all'assemblea in sede ordinaria. In tal senso depone il disposto dell'art. 2364, n. 5, a mente del quale l'assemblea ordinaria «delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea». La norma – introdotta dalla riforma del 2003 – ha inteso risolvere una questione in passato controversa, che si poneva ogni qual volta il legislatore si fosse limitato a prevedere la necessità di una deliberazione dell'assemblea su una determinata materia, senza specificare se in sede ordinaria ovvero in sede straordinaria (*e.g.*, artt. 2343, 4° comma, 2357, 4° comma, c.c.; 2361, 2° comma)²⁶.

²⁴ Lo statuto può, peraltro, prevedere che, in caso di mancata approvazione del bilancio o qualora lo richieda almeno un terzo dei componenti del consiglio di gestione o del consiglio di sorveglianza, la competenza per l'approvazione del bilancio di esercizio sia attribuita all'assemblea (art. 2409 *terdecies*, 2° comma, c.c.).

²⁵ Cfr., fra i numerosi contributi, SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 2, cit., p. 683 ss.; CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, 2007.

²⁶ Nel regime previgente, la soluzione oggi accolta dal legislatore era sostenuta, fra gli altri, da GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, p. 323; MIGNOLI-NOBILI, *Assemblea di società*, in *Enc. dir.*, 1958, III, p. 390; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1996, p. 428; GRIPPO, *L'assemblea nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vol. 16, Torino, 1985, II, p. 365. Altra dottrina riteneva preferibile affrontare i casi non disciplinati in base a «criteri di affinità» con le fattispecie espressamente regolate dalla legge. Cfr. ZANARONE, *L'assemblea*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, Bologna, 1999, p. 232. Si noti, peraltro, che il problema segnalato nel testo permane nel caso in cui il legislatore preveda che *la società* debba adottare un determinato provvedimento, che rientra nella competenza dell'assemblea, come

È stata, inoltre, espressamente regolata – in coerenza con il criterio generale sopra ricordato – l'ipotesi che aveva in passato destato maggiori incertezze fra gli interpreti, ossia la riduzione del capitale per perdite oltre un terzo (art. 2446 c.c.). L'originaria formulazione dell'art. 2446, 2° comma, imponeva – nel caso in cui la perdita non fosse risultata diminuita entro l'esercizio successivo – all'assemblea «che approva il bilancio» la riduzione obbligatoria del capitale sociale. L'espressione si prestava a essere interpretata sia nel senso che fosse competente l'assemblea cui spetta l'approvazione del bilancio²⁷, sia nel senso che la norma si limitasse a individuare il termine massimo per provvedere alla riduzione del capitale, senza con ciò derogare alla regola generale relativa alla devoluzione all'assemblea straordinaria delle modifiche statutarie²⁸.

avviene nella fattispecie dell'annullamento delle azioni – con conseguente riduzione del capitale sociale – per le quali sia stata pronunciata la decadenza del socio in mora con i versamenti (art. 2344, 3° comma, c.c.). Nel silenzio della legge, sembra preferibile ritenere che la competenza spetti all'assemblea straordinaria, secondo le regole generali e senza con ciò contraddire la lettera dell'art. 2364, n. 5, mancando, nel caso di specie, un'attribuzione *testuale* di competenza all'assemblea (senza ulteriori specificazioni). Con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 2361, 1° comma, c.c., cfr. Cass. 6 giugno 2003, n. 9100, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1746 ss. La Corte di Cassazione ha affermato che competente a deliberare è l'assemblea *ordinaria*. Nel caso di specie, peraltro, l'assemblea era, in realtà, chiamata ad *autorizzare* gli amministratori a porre in essere le operazioni necessarie per procedere alla fusione per incorporazione di una società controllata in forma totalitaria in un'altra società, controllata soltanto di fatto. La Corte ha escluso che siffatta decisione costituisca una modificazione *sostanziale* dell'oggetto della società controllante, affermando, incidentalmente, che l'assemblea delibera in sede straordinaria soltanto nel caso di modificazioni *formali* dell'atto costitutivo o dello statuto. In dottrina cfr., in senso critico, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., p. 279, nota 63. Gli ormai sempre più frequenti interventi – anche sulle norme codicistiche – di un legislatore sovente «distratto» sembrano, per vero, vanificare ogni tentativo di «sistemazione» della materia. Emblematico è il caso della *autorizzazione* all'esercizio del diritto di opzione inerente alle azioni proprie, introdotta nell'art. 2357 *ter* e da ultimo soppressa, ad opera del d.lgs. n. 224/2010. Nel vigore del «diritto intermedio», la norma era stata segnalata come eccezione alla regola esposta nel testo. Cfr. ABRIANI, *L'assemblea*, cit., p. 451, nota 50. Ma si veda anche l'art. 2487 *ter*, relativo alla revoca dello stato di liquidazione, «con deliberazione dell'assemblea presa con le maggioranze richieste per la modificazione dell'atto costitutivo o dello statuto». La perifrasi allude, evidentemente, all'assemblea *straordinaria*. Cfr. anche *infra*, nota 29.

²⁷ Cfr. NOBILI-SPOLIDORO, *La riduzione del capitale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol. 6*, Torino, 1993, p. 364, che argomentavano, altresì, dalla natura obbligatoria della riduzione del capitale. Così anche BELVISO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nelle S.p.A.*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, cit., vol. 17, III, p. 138. In giurisprudenza cfr. Trib. Ascoli Piceno 14 giugno 1988, in *Società*, 1988, p. 1077.

²⁸ Cfr. G. FERRI, *Riduzione del capitale per perdite attuata con deliberazione dell'assemblea ordinaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, p. 275; DI SABATO, *Manuale*, cit., p. 690 ss.; MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol. 6*, Torino, 1993, p. 4, nota 1. In giurisprudenza cfr. Trib. Milano 9 gennaio 1992, in *Foro it.*, 1992, I, c. 3133; Trib. Napoli 13 ottobre 1994, in *Società*, 1995, p. 814 ss.; Trib. Udine 2 novembre 1993, in *Società*, 1994, p. 373.

La disciplina di nuova introduzione dispone ora che la competenza a deliberare la riduzione obbligatoria del capitale sociale spetta all'assemblea in sede ordinaria ovvero, nel caso di adozione del sistema dualistico, al consiglio di sorveglianza, ferma restando l'applicazione delle formalità di cui all'art. 2436 c.c., trattandosi pur sempre di una modificazione statutaria (art. 111 *quaterdecies* disp. att. c.c.)²⁹.

Mette conto segnalare, infine, fra le «nuove» competenze espressamente attribuite all'assemblea ordinaria, l'approvazione dell'eventuale regolamento dei lavori assembleari (art. 2364, 1° comma, n. 6, c.c.). L'intervento del legislatore ha «codificato» una prassi diffusa, che non aveva però mancato di destare dubbi in merito all'efficacia del regolamento e alle conseguenze giuridiche della violazione delle disposizioni in esso contenute³⁰. La novella non ha, per vero, fornito una soluzione alla questione, offrendo, però, un elemento ulteriore a supporto della tesi che ravvisa nel regolamento una fonte di integrazione delle regole che disciplinano il procedimento deliberativo, con conseguente possibile invalidità della deliberazione assembleare adottata in contrasto con le disposizioni in esso contenute, pur dovendosi forse riconoscere il potere dell'assemblea di disapplicare «occasionalmente» il regolamento – con deliberazione *ad hoc* –, in considerazione dell'emanazione dello stesso dal medesimo organo e nella medesima «composizione»³¹.

1.2. Assemblea in sede straordinaria

L'assemblea in sede straordinaria delibera su un numero limitato di materie, che assumono particolare rilevanza per l'organizzazione della società, quali le modificazioni dello statuto, la nomina, la sostituzione e i poteri dei liquidatori (art. 2365), la trasformazione, la fusione e la scissione, nonché su ogni altra materia «espressamente attribuita dalla legge alla sua competenza» (art. 2365 c.c.)³².

²⁹ Pur dopo la novella, i dubbi esegetici evidenziati nel testo sembrano non del tutto sopiti. Nulla si dice, ad esempio, per le deliberazioni *ex* art. 2447 c.c., che, a norma dell'art. 2365 c.c., dovrebbero rientrare nella competenza dell'assemblea straordinaria. Così pure per l'eventuale riduzione «non obbligatoria», in sede di «opportuni provvedimenti», *ex* art. 2446, 1° comma. Cfr., sul punto, WEIGMANN, *Gli incerti confini fra assemblea ordinaria e straordinaria*, in *Studi per Franco Di Sabato*, Napoli, 2009, II, p. 684 ss.

³⁰ Cfr., con diverse valutazioni, MARCHETTI, *In tema di funzionamento dell'assemblea: problemi e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 126 ss.; G. FERRI JR., *Organizzazione societaria e autonomia statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, p. 235 ss.

³¹ Cfr. ABBADESSA-MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, cit., p. 281.

³² La competenza «generale» dell'assemblea straordinaria a deliberare sulle modificazioni statutarie ha indotto parte della dottrina a ritenere soggetta alla regola anche la modifica degli obblighi connessi alle azioni con prestazioni accessorie, nonostante il disposto dell'art. 2345, ultimo comma, che richiede il consenso di tutti i soci, pur se, in effetti, con norma disponibile, da parte dell'autonomia statutaria. Cfr. ABRIANI, *L'assemblea*, cit., p. 451. La tesi parrebbe tro-

Fra le «attribuzioni esplicite» previste dal codice civile, mette conto segnalare quella prevista dall'art. 2358, così come novellato dal d.lgs. 4 agosto 2008, n. 142, di attuazione della direttiva 2006/68/CE, che ha profondamente innovato la disciplina delle «operazioni sulle proprie azioni». L'originario divieto di accordare prestiti o fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di proprie azioni è stato sostituito da un regime che prevede, tra l'altro, un'autorizzazione assembleare, a seguito di una dettagliata relazione predisposta dagli amministratori. L'assemblea delibera in sede straordinaria e il verbale di assemblea, corredato dalla relazione degli amministratori, è depositato entro trenta giorni per l'iscrizione nel registro delle imprese³³.

Ulteriori competenze dell'assemblea straordinaria sono previste da leggi speciali. Così, a norma dell'art. 5, r.d. 29 marzo 1942, n. 239, è devoluta all'assemblea straordinaria la deliberazione di non emissione di certificati azionari. Sempre all'assemblea in sede straordinaria compete la deliberazione in merito alla richiesta di esclusione dalla negoziazione, alle condizioni previste dall'art. 133 t.u.f.

La riforma del diritto societario ha sottratto all'assemblea straordinaria alcune competenze, per affidarle agli amministratori, pur facendo salva una diversa disposizione statutaria³⁴.

Il ridimensionamento dell'assemblea straordinaria può essere ulteriormente accentuato dallo statuto, attribuendo all'organo amministrativo ovvero, nel sistema dualistico, al consiglio di sorveglianza o al consiglio di gestione, la

vare riscontro nella pronuncia di Cass. 8 novembre 2000, n. 14523, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1006, secondo cui «sebbene le prestazioni accessorie, alle quali un socio di società per azioni sia tenuto, possano trovare la loro fonte anche in un contratto distinto da quello costitutivo della società, tuttavia, quando la materia è regolata dall'atto costitutivo (o dallo statuto), secondo la previsione dell'art. 2345 c.c., la fonte e la disciplina di quelle prestazioni sono in tale atto, e ciò vale a configurarle come oggetto di obbligazioni sociali, non già di un rapporto contrattuale distinto».

³³ Sempre all'assemblea straordinaria è riservato il potere di autorizzare – con la medesima deliberazione indicata nel testo – gli amministratori a disporre delle azioni acquistate con le somme o le garanzie fornite ai sensi del (nuovo) 1° comma dell'art. 2358. E ciò «in deroga all'art. 2357 *ter*» (art. 2358, 4° comma).

³⁴ Particolarmente significativa è la competenza a deliberare l'emissione di obbligazioni (art. 2410). Permane in capo all'assemblea straordinaria la competenza a deliberare l'emissione di obbligazioni convertibili in azioni (art. 2420 *bis*), ma lo statuto può delegare il relativo potere agli amministratori, entro i limiti previsti dall'art. 2420 *ter*. Sono state, invece, trasferite all'organo di amministrazione le competenze relative alla domanda di ammissione alle procedure di concordato fallimentare e preventivo (artt. 152 e 161 legge fall.). Secondo parte della dottrina, l'attribuzione di competenze assembleari all'organo di amministrazione non priverebbe l'assemblea del potere di deliberare sulle medesime materie, ove lo statuto non preveda espressamente il contrario. Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, cit., p. 315, nota 2, nonché, *amplius*, CERRATO, *Le deleghe di competenze assembleari nelle società per azioni*, Milano, 2009, p. 131 ss. Cfr., peraltro, i rilievi di MONTAGNANI, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, cit., p. 464.

competenza a deliberare in merito alla fusione per incorporazione di società partecipate in misura pari o superiore al novanta per cento (artt. 2505 e 2505 *bis*), all'istituzione o alla soppressione di sedi secondarie, all'indicazione di quali tra gli amministratori hanno la rappresentanza della società, alla riduzione del capitale nel caso di recesso del socio, agli adeguamenti statutari a disposizioni normative e al trasferimento della sede sociale nel territorio nazionale. Resta fermo l'obbligo di osservare le formalità previste per le modificazioni statutarie dall'art. 2436 (art. 2365, 2° comma, c.c.)³⁵.

1.2.1. Richiesta di ammissione dei titoli alla quotazione in mercati regolamentati

Altra questione discussa tra gli interpreti concerne la richiesta di ammissione dei titoli alla quotazione in mercati regolamentati. Anche in questo caso manca una espressa previsione di legge; questa si limita a rinviare genericamente al regolamento della società di gestione del mercato, per quel che concerne «*le condizioni e modalità di ammissione*» alla quotazione [art. 62, 2° comma, lett. *a*), t.u.f.]. Il regolamento della società di gestione Borsa Italiana s.p.a., tuttavia, non si pronuncia sul punto, richiedendo esclusivamente una deliberazione dell'organo competente³⁶.

In proposito è stato sostenuto – con riferimento all'analoga disciplina previgente – che l'ammissione delle azioni alla quotazione può comportare modifiche nello statuto della società e, pertanto, la relativa richiesta dovrebbe essere deliberata dall'assemblea in sede straordinaria, cui spetta per regola generale la competenza a deliberare sulle modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto³⁷.

³⁵ Gli artt. 2505, 3° comma, e 2505 *bis*, 3° comma, riconoscono ai soci della incorporante, rappresentativi di almeno il 5% del capitale sociale, il potere di «restituire» la competenza all'assemblea, *ex art.* 2502. Competenza che permane, comunque, relativamente alle società *incorporanda* partecipata in misura almeno pari al 90%. È opinione generalmente condivisa – e tuttora condivisibile – che al di fuori dei casi espressamente contemplati dal legislatore non sia consentito trasferire al consiglio di amministrazione (o al consiglio di gestione o di sorveglianza, nel sistema dualistico) competenze dell'assemblea. Cfr., nel regime previgente, G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 225; ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, cit., p. 45.

³⁶ Cfr. l'art. 2.4.1 del *Regolamento dei mercati organizzati e gestiti dalla Borsa italiana S.p.A.* Per la disciplina previgente cfr. art. 14 del Regolamento per l'ammissione dei titoli alla quotazione ufficiale nelle borse valori, approvato con deliberazione Consob 24 maggio 1989, n. 4088, che richiedeva la «*deliberazione assembleare della società*». Il Testo Unico ha espressamente abrogato [art. 214, 1° comma, lett. *a*)] l'art. 12 della legge di borsa 20 marzo 1913, n. 272, che attribuiva la competenza a richiedere l'ammissione alla quotazione al consiglio di amministrazione.

³⁷ Cfr. FORTUNATO, *Ammissione delle azioni alla quotazione ufficiale di borsa e «organo sociale competente»*, in *Riv. soc.*, 1978, p. 1132.