

Autori

Maurizio Cavanna	Ricercatore di Diritto commerciale, Università degli Studi di Torino
Elena Fregonara	Ricercatore di Diritto commerciale, Università degli Studi del Piemonte Orientale
Maurizio Irrera	Professore Ordinario di Diritto commerciale, Università degli Studi del Piemonte Orientale
Alessandro Monteverde	Ricercatore di Diritto commerciale, Università degli Studi del Piemonte Orientale
Giuseppe A. Policaro	Dottore di ricerca in scienze giuridiche, Università degli Studi di Milano
Irene Pollastro	Dottoranda di ricerca in Diritto commerciale, Università Commerciale “Luigi Bocconi”
Marina Spiotta	Professore Associato di Diritto commerciale, Università degli Studi del Piemonte Orientale

Prefazione

Di regola, si ritiene che il tema della *corporate governance* riguardi soprattutto le grandi imprese, ma così non è.

È pur vero che – in Italia e nel mondo – la disciplina della società quotata ha rappresentato il laboratorio avanzato di soluzioni che sono poi precipitate verso le società azionarie di diritto comune, ma la riforma del 2003, oltre ad accogliere – appunto – soluzioni elaborate per il modello societario più sofisticato – ha profondamente innovato la disciplina delle società a responsabilità limitata, trasformandola nel tipo societario più articolato anche nei suoi diversi sottotipi.

Nel contempo regole specifiche di *corporate governance* sono proliferate a dismisura nei confronti delle società vigilate, soprattutto a seguito di interventi delle Autorità indipendenti. A ciò si aggiunge il notevole spazio di autonomia da sempre concesso ai soci delle società di persone.

Mi è parso, allora, particolarmente stimolante affrontare, insieme a tutti gli altri Autori, i temi della *corporate governance* in modo non convenzionale.

Anziché esaminare i singoli tipi societari, si è scelta la strada più difficile, ma anche molto più stimolante, di una trattazione per argomenti.

Considerato che il lavoro è destinato non solo agli studenti, ma anche agli operatori, all'interno di ogni capitolo si sono distinti i paragrafi dedicati ai vari tipi societari.

È un approccio innovativo che ha consentito agli Autori di cogliere sfaccettature nuove ed interessanti esaminando in modo trasversale, rispetto a tutti i tipi societari, i singoli temi della *corporate governance*.

Si è trattato, da ultimo, di un lavoro di squadra tra tutti gli Autori, accomunati dall'aver svolto e in gran parte dallo svolgere ancora la loro attività scientifica e didattica presso l'ex Facoltà di Economia, oggi DiSEI (Dipartimento degli Studi per l'Economia e l'Impresa) della giovane e vivace Università del Piemonte Orientale ai cui studenti il presente Volume è dedicato.

Maurizio Irrera

Novara, luglio 2016

Introduzione

Corporate governance, modelli societari, autonomia statutaria: profili introduttivi

di Paolo Montalenti e Oreste Cagnasso *

SOMMARIO: 1. La *corporate governance*. – 2. La scelta del tipo. – 3. L'autonomia statutaria.

1. La corporate governance.

Corporate governance è espressione di derivazione statunitense, ma ormai entrata a far parte del linguaggio tecnico ed anche non specialistico nel contesto europeo, che indica, in senso ampio, gli strumenti, di plurima fonte, normativa e auto-regolamentare, diretti ad allocare efficientemente risorse e opportunità nelle imprese e nei mercati; in senso più ristretto, gli strumenti per un equilibrato assetto dei poteri di amministrazione e di controllo, e dei rapporti tra soci, nelle società, in particolare nelle società di capitali.

La disciplina della società quotata – introdotta con il Testo Unico della Finanza del 1998 – e la sua applicazione, unitamente al Codice di Autodisciplina, hanno rappresentato un laboratorio avanzato di soluzioni da cui la riforma del diritto societario del 2003 ha tratto, in parte, ispirazione.

La disciplina in materia di amministrazione e controlli nella s.p.a. ha raggiunto un grado elevato di sistematicità.

In primo luogo, il legislatore del 2003 ha inteso assegnare un ruolo centrale all'*informazione* e alla *trasparenza*, sia come canone dell'agire del buon amministratore sia come strumento di "tracciabilità" dei comportamenti, anche al fine della ricostruzione dei profili di responsabilità.

Il canone dell'"agire in modo informato" assurge a paradigma generale di comportamento del buon amministratore.

La carenza informativa è, addirittura, motivo autonomo di impugnativa della deliberazione assunta in presenza di amministratori interessati.

* Il testo dell'introduzione è condiviso dagli autori; si precisa che i paragrafi 1 e 2 sono da attribuirsi a P. Montalenti, il paragrafo 3 a O. Cagnasso.

Il legislatore ha poi puntualizzato gli *specifici poteri-doveri degli amministratori*, che, lungi dal configurarsi come mera esplicitazione di compiti già implicitamente e indiscutibilmente ricompresi nella funzione amministrativa o come meccanica traslazione di prassi aziendali consolidate, si pongono, al contrario, come innovativa regolamentazione del ruolo dei gestori, articolato nel contenuto e proceduralizzato nelle tecniche, coerentemente con gli sviluppi e le complessità dell'organizzazione d'impresa e dei suoi risvolti societari. Si pensi alla disciplina degli assetti organizzativi, al dovere di disamina dei piani strategici, industriali e finanziari, al contenuto dei *report* dovuti al consiglio, agli obblighi di compensazione nel perseguimento delle politiche di gruppo.

Si segnala, ancora, il *rafforzamento dei poteri degli amministratori*: «la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori», l'assemblea può rendere autorizzazioni, anche se, nei gruppi, è legittimo esercitare l'attività di direzione e coordinamento e cioè un'attività sistematica di indirizzo strategico delle scelte gestorie, che, pur non “espropriando” gli organi della società eterodiretta, ne condiziona e ne orienta tuttavia le decisioni amministrative.

Ed ancora, numerose competenze possono essere attribuite dai soci agli amministratori.

Il legislatore risolve inoltre l'annosa questione dello *standard* di diligenza degli amministratori, ancorato oggi alla “natura dell'incarico” e alle loro “specifiche competenze”.

La riforma del 2003 ha infine elevato i *principi di corretta amministrazione* a clausola generale di comportamento degli amministratori (arg. ex art. 2403 c.c.), prima espressamente contemplata soltanto per le società quotate [arg. ex art. 149, lett. b), t.u.f.].

La previsione normativa ha un rilievo sistematico e operativo fortemente innovativo. L'esperienza recente, in casi di particolare importanza e gravità, ci dimostra che è proprio sul terreno della correttezza e dell'adeguatezza degli assetti organizzativi che la responsabilità degli amministratori può essere posta in discussione.

Il rispetto delle regole, anche tecniche, elaborate dalla prassi e dalle scienze aziendali, e non solo giuridiche, di buona gestione è oggi, infatti, norma di diritto comune.

Inoltre il paradigma degli *assetti organizzativi adeguati*, assurge a canone necessario di organizzazione interna dell'impresa, sul piano gestionale, amministrativo e contabile, e, conseguentemente, a direttrice fisiologica dell'attività, strumento di tracciabilità dei processi, criterio di valutazione della responsabilità di amministratori, dirigenti e controllori.

Segmento, e fulcro, degli assetti organizzativi adeguati è il *sistema di controllo interno*, che costituisce lo snodo cruciale dell'articolazione del potere d'impresa e delle regole di responsabilità.

I controlli interni nelle società di capitali rappresentano uno dei pilastri fondamentali, se non l'architrave, della struttura della *corporate governance* negli ordinamenti dei paesi industriali avanzati.

In Italia la materia è stata oggetto di plurimi interventi: dalla separazione tra controllo di legalità e controllo contabile nelle società quotate, con la legge n. 216/1974, all'introduzione della vigilanza sui principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza degli assetti organizzativi in capo al collegio sindacale di società quotate, con il testo unico della finanza nel 1998, alla disciplina della c.d. responsabilità penale della persona giuridica – il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 – all'estensione al collegio sindacale nelle non quotate di poteri analoghi a quelli dell'organo di controllo di società quotate con la riforma societaria del 2003, alla disciplina antiriciclaggio (d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231) sino all'intervento sul comitato per il controllo interno e la revisione contabile, di cui all'art. 19, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 e alle modifiche in materia di organismo di vigilanza 231.

Il quadro si compone, poi, per le società quotate, di ulteriori tasselli normativi e regolamentari: si pensi alle competenze del *collegio sindacale* in tema di regole di governo societario [art. 149, comma 1, lett. *c-bis*), t.u.f.] e alle competenze del *dirigente preposto* alla redazione dei documenti contabili in materia di “adeguate procedure amministrative e contabili” per la formazione del bilancio (art. 154 *bis*, comma 3, t.u.f.), introdotte dalla legge sulla tutela del risparmio (legge 28 dicembre 2005, n. 262), alle disposizioni regolamentari nei settori vigilati, al Comitato per il controllo interno previsto dal Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana, nella versione aggiornata del 2011 (e poi del 2015).

Ed è paradigmatico con quale attenzione, e costanza, operatori e studiosi stiano formulando, quantomeno da un decennio, riflessioni, valutazioni, proposte.

In conclusione: la materia dei controlli è, oggi, anche alla luce della disciplina nei settori vigilati, in particolare nell'ordinamento bancario, in costante evoluzione, il “cuore” della *corporate governance*; il controllo del rischio la sfida del prossimo futuro.

2. La scelta del tipo.

In questo quadro si inserisce il tema dei modelli organizzativi offerti agli operatori per l'esercizio dell'attività di impresa.

In materia si può affermare che il tradizionale principio della tipicità delle società è progressivamente eroso.

Con l'emersione *in primis* di nuove forme organizzative dell'attività economica (dalla società semplice immobiliare alla società semplice-*holding* di partecipazione, dalle società consortili al gruppo di società, dalle reti d'impresa alle società professionali, alle varie tipologie di “società legali”), in seguito con il testo unico della finanza e la riforma del diritto societario ed infine con la destrutturazione e “pluri-modulazione” in “sotto-tipi” della s.r.l. nella legislazione successiva, il principio di tipicità può dirsi, se non tramontato, certamente fortemente appannato nel nostro ordinamento giuridico, con forti assonanze con gli altri ordinamenti europei: con

una formula sintetica potrebbe dirsi che il sistema societario è passato dai “*tipi ai modelli*”.

A ben vedere il tema della tipicità richiede alcuni approfondimenti. Nel dibattito tradizionale si è frequentemente equivocato tra inderogabilità del tipo – in punto di responsabilità e di regole sul capitale sociale – e inderogabilità delle norme di disciplina attinenti al funzionamento della società e ai rapporti tra i soci.

Sotto un primo profilo va precisato che anche il “codice corporativo” è individuato come elemento caratterizzante dei tipi societari capitalistici: nella società per azioni l’inderogabilità dell’iscrizione delle funzioni ad organi è coesistente alla coerenza con la fattispecie e non espressione di imperatività di norme di disciplina.

La continuità della problematica tra presente e passato risiede, a mio parere, nell’assunto per cui non soltanto (e non tanto) rilevano questioni attinenti a deviazioni – sociali (con clausole atipiche) o parasociali – dai regimi di responsabilità e/o dalle norme relative al capitale sociale ma anche, e soprattutto, le questioni attinenti alle deviazioni dalle regole di funzionamento della società e/o dei rapporti tra soci. Si pensi, con diversità di accenti e soluzioni in ragione del tipo (s.p.a. o s.r.l.), al dibattito sui sindacati di voto a maggioranza, sui patti parasociali di gestione, sulla legittimità di diritti di veto statutari, sulle clausole di mero gradimento, sulle clausole di *lock-up*, sulle clausole di *drag-along*, sulle cause di recesso e così via.

Nel sistema attuale la ricostruzione dei tratti tipologici caratterizzanti i diversi modelli societari deve quindi essere metodologicamente impostata in termini di individuazione dei nuclei qualificanti della disciplina e, conseguentemente, del grado – per così dire – di variabilità della geometria del modello piuttosto che di ricerca dei tratti tipizzanti della fattispecie.

In particolare con riferimento alla s.r.l. il problema non va risolto ricercando i tratti caratterizzanti di uno «schema autonomo», quanto piuttosto qualificando il modello come “schema aperto” plasmabile dai soci – con graduazioni rimesse alla loro legittima volontà – in plurime combinazioni di elementi “capitalistici” e “personalistici”.

In conclusione un “modello modulare” non già modelli alternativi.

Queste conclusioni si innestano in un percorso lineare di attenuazione progressiva del principio di “autorità” a favore della “libertà” (cioè dell’autonomia dei privati) negli schemi societari.

Il rapporto tra libertà e autorità – cioè tra autonomia privata e norme inderogabili – nel diritto societario è un problema che legislatori ed interpreti si trovano da sempre a fronteggiare. La ragione sta nella circostanza che, a differenza dei contratti di scambio, i contratti associativi, a rilievo esterno, coinvolgono una pluralità di interessi, la cui protezione comporta un’operazione complessa di “bilanciamento” tra istanze diverse, se non contrapposte.

Interesse del socio di controllo, dei soci esterni, del *management*, dei creditori, del mercato, del sistema-impresa sono i poli rispetto ai quali il diritto societario è, da sempre, in ogni ordinamento, alla ricerca di un punto di equilibrio.

Le opzioni non sono univoche, il dibattito è aperto.

Il dibattito americano tra i fautori di una *by-laws competition*, con opzione minimalista per l'inderogabilità a favore dell'autonomia e gli studiosi critici verso l'impostazione ultraliberista, in ragione dei rischi di *race to the bottom*, anziché di una selezione ottimale delle regole da parte del mercato, ha prodotto una forte eco anche in Europa.

Il dibattito ha improntato di sé già i lavori preparatori della legge Draghi, si è tradotto in opzioni legislative e si è riaperto in occasione della riforma del diritto societario. Ha, del resto, perduto un sapore meramente accademico non solo perché si è tradotto in scelte legislative di diritto interno, ma anche perché è stato corroborato dagli orientamenti della Corte di Giustizia, che, dal caso *Centros* in poi (cfr. i casi *Überseering* e *Inspire Art*), ha sancito, sia pur con alcuni "distinguo", la libertà di *incorporation* da parte delle imprese negli Stati membri, indipendentemente dal luogo di esercizio dell'attività.

Si riapre così il dibattito su *regulatory competition* e *path dependence*, su armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti, su, dunque, libertà e autorità.

Sotto un profilo sistematico la pluralità di modelli e submodelli organizzativi progressivamente affermatasi nel diritto societario (dalla s.r.l. semplificata alle *start-up* innovative, alle PMI innovative, alle società legali, al contratto di rete, alle società *benefit*) confermano, a mio parere, la tesi che il principio di tipicità in senso tradizionale è ormai fortemente appannato e che il problema si sposta verso l'individuazione nei singoli modelli – essenzialmente s.p.a., s.p.a. quotata, s.r.l., cooperativa – ma, a ben vedere, anche nei sub-modelli, di nuclei inderogabili di disciplina che l'autonomia privata non può modificare. Distinguendosi, ancora, tra patti statutari e patti parasociali.

In tema di *società a responsabilità limitata* la totale "modularità" del modello – plasmabile, da piccola s.p.a. a società personale a responsabilità limitata – impone non già di contrapporre alla s.r.l. tipica una s.r.l. atipica (o più s.r.l. atipiche) ma interrogarsi sugli spazi consentiti all'autonomia privata per la modificazione e/o l'integrazione della disciplina legale e sulle tecniche di integrazione della disciplina pattizia incompleta.

Considerato il venir meno della garanzia del capitale sociale, può ritenersi ammissibile la clausola statutaria che preveda anche una responsabilità personale ancorata al multiplo della quota: formula meno insincera delle fideiussioni personali *a latere*.

Il *recesso*, in analogia con le società personali, non può essere previsto *ad nutum*, per salvaguardare un minimo vincolo di destinazione dell'investimento all'impresa collettiva, ma può essere statutariamente riconosciuto anche con la clausola aperta della "*giusta causa*".

La specificità delle cause di *esclusione* può anche contemplare *categorie di ipotesi* e non singoli casi.

L'autonomia privata è poi sovrana nel decidere il grado di collegialità o di individualità nell'esercizio della *funzione amministrativa*: il sistema può spaziare dai

sistemi tipici delle società personali a tutti i modelli ammissibili nelle società azionarie. Anche l'opzione per il *sistema monistico*, che favorisce la snellezza operativa, o del *sistema dualistico*, che può consentire la separazione organica tra direzione strategica e gestione esecutiva, è, a mio parere, consentita anche nella s.r.l.

Essendo prevista la possibilità di attribuzione «a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili» (art. 2468, comma 3) ritengo ammissibile la creazione di *quote di partecipazione con diritti diversi*, proprio perché la "personalizzazione" non è un elemento caratterizzante della nuova s.r.l.

Ferme le competenze inderogabili dell'assemblea (con il delicato problema interpretativo posto dal n. 5 dell'art. 2479, comma 1), tutte le *regole procedurali* (costituzione, seconda convocazione e successive, diritto di intervento ecc.) previste per le decisioni dei soci nella società azionaria sono esportabili nella s.r.l. Ma, considerato l'interesse, tutelato, alla personalizzazione, anche *regole unanimistiche* devono ritenersi ammissibili.

Un principio generale deve essere, a mio parere, ribadito: il modello s.r.l. può essere "costruito" dall'autonomia privata non soltanto come "modello capitalistico" oppure come "modello personalistico" ma anche come "modello misto" che adotti, ad esempio, regole "personalistiche" per l'amministrazione e regole "capitalistiche" per l'assemblea. In questo caso il ricorso all'analogia dovrà essere effettuato con riferimento al "segmento regolatorio" interessato per valutare se sia dovuto il richiamo di norme dello statuto della società azionaria oppure di norme caratteristiche della disciplina delle società di persone.

In tema di *società per azioni* un'area tematica meritevole di esplorazione consiste nelle questioni ermeneutiche suscitate dalla "trasmigrazione pattizia" di regole dalla *società quotata alla società azionaria non quotata*.

In linea di principio ritengo che – essendo la disciplina della quotata rafforzata e sotto il profilo dei diritti dei soci e sotto il profilo della tutela dei terzi – l'esportazione debba ritenersi ammissibile.

Si pensi – ad esempio – al voto di lista, all'integrazione dell'ordine del giorno, alla composizione del Consiglio di Amministrazione, a poteri e doveri dell'organo di controllo.

Più complesso il tema degli "*spazi di personalizzazione della società per azioni*".

Le maggioranze assembleari più elevate (salvo bilancio e revoca delle cariche sociali) sono espressamente consentite.

L'esclusività della gestione è principio inderogabile, ma un robusto sistema autorizzatorio può attribuire ai soci poteri di influenza significativi, pur nel limite della inderogabilità della responsabilità degli amministratori.

Deve altresì ammettersi la legittimità di *delibere assembleari* non gestorie ma di *esercizio del potere di direzione e coordinamento* di gruppo.

Da tempo ammesse le clausole *simil stabunt simul cadent*; derogabile l'istituto della cooptazione; legittime le clausole di indelegabilità delle attribuzioni amministrative ma anche di delega obbligatoria.

Esplorazione autonoma richiede poi l'area problematica della flessibilizzazione della disciplina attraverso i *patti parasociali*.

Un ulteriore campo di indagine è poi rappresentato dalle *società legali o di diritto speciale*. Si tratta di verificare in che misura, in ragione della maggiore flessibilità dei modelli, da un lato, regole speciali possano essere introdotte nei modelli (di s.p.a. o s.r.l.) di diritto comune; verificare, dall'altro lato, in che termini il diritto comune possa invece, per così dire, comprimere il grado di specialità della disciplina di settore.

Un ampio terreno da dissodare; una sfida aperta.

I dati statistici confermano l'apprezzamento degli operatori per la flessibilità dei modelli: le s.r.l. si collocano – superando, dopo la riforma, da tempo, il milione di unità – come schema preferito per la piccola e media impresa, per le imprese unipersonali, per le società infragruppo.

Le s.p.a. sono diminuite da circa 60.000 a 40.000, le società quotate sono, costantemente, quasi 300.

Anche i nuovi istituti registrano un relativo successo: le *start-up* innovative raggiungono, a fine luglio 2016, 6097 unità.

La modularità dei tipi si collega con l'autonomia statutaria: un dialogo più stretto tra diritto e mercato?

Gli inizi sembrano incoraggianti.

3. L'autonomia statutaria.

Prima della riforma societaria del 2003 solo i soci delle società di persone potevano godere di ampi spazi di autonomia sia sotto il profilo della partecipazione, sia sotto quello della *governance*: il regime di responsabilità personale per le obbligazioni sociali costituiva (e costituisce) uno strumento di garanzia per i creditori nonché per un corretto esercizio del potere gestorio.

Particolarmente significativa la possibilità, accolta a volte nella prassi ed esplorata dalla dottrina, nonché avallata dalla giurisprudenza, di strutturare la società di persone secondo il modello di *governance* di quella azionaria e pertanto con la presenza del consiglio di amministrazione, dell'assemblea dei soci ed eventualmente anche di un organo di controllo.

Per contro la società per azioni e ancor più quella quotata erano soggette a rigorose norme sia in ordine alla disciplina della partecipazione sia in ordine a quella della *governance*.

La società a responsabilità limitata, che riproduceva in gran parte le regole della società per azioni, era pertanto anch'essa sottoposta a norme rigide, con qualche maggior grado di libertà. In particolare la non obbligatorietà dell'organo di controllo per le s.r.l. che avessero un capitale inferiore al minimo previsto per la s.p.a.

Il quadro si modifica notevolmente con la riforma societaria. All'indomani della

stessa il panorama delle società di persone risultava, ad un primo sommario esame, sostanzialmente invariato.

La disciplina della società per azioni era innovata sotto vari profili ed in modo particolarmente incisivo con riferimento alla *governance*, attraverso l'estensione anche alle non quotate di molte regole proprie delle quotate. La nuova disciplina presentava, oltre che rigorose regole, anche, rispetto alla precedente, maggiori spazi di libertà per gli azionisti.

Completamente rinnovata era infine la normativa in tema di s.r.l., che dal legislatore della riforma veniva resa autonoma dalla società per azioni e plasmata con amplissimi spazi di autonomia statutaria. I primi commenti sottolineavano in particolare queste due novità, anche se ponevano in luce che, accanto all'ampliata autonomia, erano state introdotte regole in alcuni casi più rigorose rispetto alla disciplina anteriore. In particolare alcune scelte concesse ai soci presentavano anche notevoli "costi". Un esempio significativo relativo alla *governance* concerne la possibilità di attribuire ampi poteri gestori alle decisioni dei soci o anche a singoli soci come diritto particolare, con la conseguenza però che questi ultimi sono soggetti sostanzialmente, per gli atti da essi compiuti o autorizzati, alla responsabilità propria degli amministratori.

Nel breve arco di tempo tra l'entrata in vigore della riforma societaria nel 2004 ed oggi il panorama offerto dalla prassi, dall'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza e dai numerosi ulteriori interventi legislativi (soprattutto in tema di s.r.l.) si è andato modificando, con esiti a volte assolutamente imprevedibili.

La disciplina delle società di persone, apparentemente estranea alla riforma societaria, in realtà è stata profondamente innovata per la presenza di alcune regole dettate in tema di s.p.a. e di operazioni straordinarie, che hanno inciso, o potrebbero avere inciso, profondamente sulla *governance*. Inoltre le disposizioni sulla nuova s.r.l. non possono non influire sulla *governance* delle società di persone, in alcuni casi offrendo all'autonomia spazi nuovi, in altri riducendo i gradi di libertà concessi ai soci.

La possibilità di costituire società di persone che abbiano per soci società di capitali (risultante dall'art. 2361 c.c. dettato in tema di s.p.a.) non solo pone il delicato problema dell'ammissibilità di società di fatto tra società di capitali, ma introduce anche il dubbio in ordine all'individuazione dei gestori in caso di società di persone totalmente partecipate da società di capitali. L'alternativa è ovviamente tra l'attribuzione della posizione di amministratore a tutte o ad alcune società di capitali socie, oppure ad un terzo non socio.

Trasformazione, fusione, scissione possono essere decise dai soci di società di persone a maggioranza, fermo il diritto di recesso e salva una diversa disposizione dell'atto costitutivo: la regola, introdotta dalla riforma societaria, non può che comportare una rieditazione del tradizionale tema relativo all'applicazione del principio di unanimità o di maggioranza nelle decisioni dei soci, nonché della ricostruzione dei presupposti del diritto di recesso.

Di rilievo anche i riflessi che possono derivare dalla disciplina delle s.r.l. Un

esempio di ampliamento dell'autonomia dei soci potrebbe essere offerto dall'utilizzo, nell'ambito delle società di persone, della figura del socio gestore, con i conseguenti problemi relativi alla precisa individuazione dei contorni di quest'ultima rispetto a quella dell'amministratore e delle conseguenze sotto il profilo della responsabilità. Per contro, mi pare che occorra verificare, proprio alla luce delle norme in tema di s.r.l., se sia ancora ammissibile la soluzione, largamente diffusa in giurisprudenza, che consente, nel caso di decisione dei soci, la raccolta del consenso limitatamente ai soci necessari per raggiungere la maggioranza, senza l'obbligo di consultare gli altri soci.

Come è noto, nell'ambito delle s.r.l. la collegialità attenuata applicata alle decisioni dei soci comporta la necessità di consultare tutti i soci. Se tale regola vale per soci a responsabilità limitata sembrerebbe a maggior ragione applicabile in caso di soci a responsabilità illimitata.

La prassi, la dottrina e lo stesso legislatore sembrerebbero orientati, con riferimento alla disciplina delle s.p.a., a valorizzare gli spazi di autonomia che la riforma ha introdotto. Se quest'ultima ha previsto rigorose regole di *governance* e se l'evoluzione normativa interna ed europea, in particolare con riferimento alle società quotate ed a quelle vigilate, ha accentuato tali regole, pare altrettanto vero che il legislatore ha introdotto spazi di autonomia statutaria, oggetto di ampio esame da parte della dottrina e anche, almeno sotto certi profili, di utilizzazione nella prassi. Il pensiero corre in primo luogo alla presenza dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo, alla possibilità di dotare l'assemblea di poteri autorizzativi, alla delegabilità di attribuzioni dell'assemblea straordinaria a favore dell'organo gestorio, all'ampia autonomia nel modellare quest'ultimo attraverso lo strumento della delega, alla detipizzazione degli strumenti finanziari, alla stessa creazione dei patrimoni destinati (anche se nella prassi non hanno praticamente avuto applicazione).

Occorre aggiungere, venendo a recenti innovazioni, l'introduzione delle azioni a voto maggiorato o plurimo.

Di rilievo anche la previsione delle piccole-medie imprese emittenti azioni quotate rispetto alle quali sono previste semplificazioni. Queste ultime vengono individuate con riferimento ad un dato quantitativo di carattere alternativo: il fatturato non superiore a 300 milioni di euro, la capitalizzazione media di mercato nell'ultimo anno solare inferiore a 500 milioni di euro. Non si considerano tali le società che abbiano superato entrambi i limiti per tre esercizi consecutivi.

La disciplina specifica delle piccole-medio imprese quotate è caratterizzata da una maggiore flessibilità e quindi da una più accentuata autonomia statutaria.

Per contro, la disciplina delle s.r.l., secondo certi orientamenti interpretativi, sembrerebbe poter introdurre nelle s.p.a. profili di ulteriore rigidità. Così è largamente diffusa la tesi che ritiene applicabile alle s.p.a., almeno a quelle chiuse, le regole in tema di finanziamento dei soci dettate per la s.r.l. e per i gruppi. E ancora qualche dubbio è stato posto in dottrina sull'estensibilità della responsabilità dei soci di s.r.l. che autorizzino un atto gestorio anche ai soci di s.p.a.

Il panorama appare particolarmente complesso con riferimento alla s.r.l.

L'evoluzione successiva alla riforma ha visto un numero elevatissimo di interventi del legislatore, fino ad introdurre "varianti delle s.r.l." che ne stravolgono i connotati tipologici o i caratteri fondamentali della relativa disciplina.

In primo luogo, occorre distinguere, a mio avviso, in modo netto il settore concernente le partecipazioni sociali e quello relativo alla *governance*. Nella prima prospettiva il legislatore ha introdotto ampi spazi di autonomia concessa ai soci, ammettendo la presenza di partecipazioni non proporzionali ai conferimenti e soprattutto di diritti particolari a favore di singoli soci. Inoltre ampie sono le possibili scelte dell'atto costitutivo con riferimento alle clausole relative alla circolazione delle partecipazioni ed al recesso.

La dottrina in larga misura, e sempre più in tempi recenti, pare orientarsi verso soluzioni dirette ad interpretare in senso ampio tali spazi di libertà. Così si ritengono ammissibili diritti particolari atipici, nonché diritti particolari che circolano unitamente alla partecipazione. Così sono state ritenute ammissibili varie clausole concernenti la circolazione delle partecipazioni ed anche lo stesso recesso *una tantum* e quindi concesso per uno specifico caso. Anche la prassi sembra orientata ad utilizzare questi spazi: si tratta di un profilo fondamentale, che è coerente con uno degli obiettivi della riforma consistente nella personalizzazione della partecipazione.

Un discorso differente vale per le regole di *governance*. A questo proposito lo stesso legislatore prevede la possibilità di utilizzare modelli differenti: amministrazione disgiunta, congiunta, collegialità attenuata, organo collegiale per quanto concerne i gestori, collegialità piena o attenuata per quanto concerne le decisioni dei soci. Ma nella prassi, a quanto consta, le regole tipiche delle società di persone e in particolare i regimi di amministrazione disgiunta o congiunta hanno avuto poco successo. La dottrina ha poi sottolineato le difficoltà interpretative ed applicative insite nel metodo della collegialità attenuata.

Per contro, anche se contrastata da una parte della dottrina e della giurisprudenza, trova sempre più consensi la tesi che estende le regole fondamentali di *governance* della s.p.a. alla s.r.l. È così, in particolare, le norme in tema di diligenza, di obbligo di agire in modo informato, di creazione degli assetti adeguati, nonché la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali e la denuncia al Tribunale di gravi irregolarità da parte dei sindaci.

Tale orientamento è oggi confermato, ovviamente in caso di approvazione, dal disegno di legge delega della riforma societaria e prima ancora dal progetto della Commissione Rordorf. Nel disegno di legge sono previsti espressamente la sussistenza della responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori sociali; l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alla s.r.l., anche priva dell'organo di controllo; l'obbligo di creazione di assetti adeguati per tutte le società diretti a consentire la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale.

In una prospettiva di accentuazione dell'autonomia dei soci, il legislatore è intervenuto in tema di controllo, consentendo, in alternativa (almeno così sembra dalla lettera della norma) la nomina, per le società sopra soglia, del collegio sindacale o di un sindaco unico o di un revisore. La disposizione è sicuramente poco fe-

lice, non risultando chiaro se il revisore debba svolgere anche un controllo sulla gestione oppure se tale tipo di vigilanza possa essere soppresso.

Sempre nella prospettiva dell'elasticità il legislatore ha previsto, dopo una serie di interventi "tumultuosi", la possibilità per la s.r.l. di costituirsi con un capitale simbolico di un euro, con la conseguenza dell'obbligo di creare una riserva accelerata.

Uno dei profili di particolare interesse è costituito dalla possibilità per le s.r.l. *start up* o PMI innovative di offrire al pubblico le proprie partecipazioni, con la previsione, tra l'altro, dell'ammissibilità di categorie di quote. In tal modo viene superato uno dei tratti tipici delle s.r.l. e cioè il carattere chiuso della stessa. Può quindi venir meno un carattere fondante delle s.r.l., la presenza di soli soci "imprenditori" o comunque direttamente interessati alla gestione della società. La compagine societaria può essere costituita pertanto da soci finanziatori, con partecipazioni aventi particolari caratteristiche, ad esempio prive del diritto di voto.

L'estensione operata per le s.r.l. *start up* o PMI innovative oltre l'ambito proprio delle s.r.l. di diritto comune comporta una serie di problemi relativi alla disciplina applicabile. Il legislatore si limita a prevedere la possibilità della creazione di categorie di quote, che non attribuiscano diritto di voto o lo attribuiscano in misura non proporzionale alla partecipazione ovvero limitato a particolari argomenti o subordinato al verificarsi di particolari condizioni.

Alcune disposizioni proprie della s.r.l. non possono venire in considerazione nell'ambito di una s.r.l. a struttura aperta, e, attraverso l'utilizzazione dell'ampia autonomia concessa ai soci, debbono essere adattate a tale contesto. Si pensi, ad esempio, alle regole in tema di convocazione e svolgimento dell'assemblea dei soci.

Inoltre occorre verificare se l'utilizzo della disciplina comune al di là del confine tipico delle s.r.l. possa in qualche misura comportare il venir meno delle rigidità di tali regole e l'applicazione di norme proprie della società per azioni. Ad esempio, il diritto di controllo dei soci potrà essere delimitato così da avvicinarne il contenuto a quello proprio della s.p.a.? Sarà possibile prevedere categorie di quote attribuibili solo a certi soci, in qualche misura quali diritti particolari?

Altre disposizioni, poi, pur risultando astrattamente applicabili, non vengono più in considerazione in un modello aperto. Così per i conferimenti d'opera, data la necessità di una presenza di una garanzia da parte dei soci; e così pure per l'eventuale introduzione di casi di esclusione.

Il legislatore inoltre prevede per le s.r.l. e le PMI innovative la possibilità di offerta al pubblico delle loro partecipazioni quali prodotti finanziari attraverso un particolare strumento, ampiamente utilizzato e conosciuto in altri ordinamenti, e cioè i portali *on line*. Si tratta del *crowdfunding*, disciplinato da un regolamento della Consob.

A quanto consta è un istituto che non ha avuto ancora in Italia molte applicazioni, ma che certamente in altri Paesi, come negli Stati Uniti, ha avuto ed ha grande successo. Il legislatore italiano ne ha limitato l'impiego alla raccolta di capitale di rischio attraverso la collocazione presso il pubblico delle partecipazioni delle *start up* innovative ed ha previsto una serie di condizioni al suo utilizzo.

Occorre aggiungere che la presenza di un pubblico di finanziatori non può che determinare una particolare attenzione ed un particolare rigore nella ricostruzione della disciplina delle *governance* della s.r.l.

Con la creazione delle *start up* e PMI aperte il legislatore ha introdotto una “variante” di s.r.l. rispetto alla quale viene meno un connotato tipologico espressamente previsto per la s.r.l. di diritto comune (il divieto di offerta al pubblico delle partecipazioni).

Sotto altro profilo, sempre nell’ambito delle “varianti” di s.r.l., il legislatore ha disciplinato modelli rispetto ai quali l’autonomia statutaria risulta sostanzialmente cancellata.

La s.r.l. semplificata, che gode di alcuni vantaggi sotto il profilo dei costi di costituzione, deve adottare uno statuto *standard*: clausole difformi sono addirittura qualificate come nulle.

Ed ancora: alla s.r.l. *start up* innovativa, il cui atto costitutivo sia redatto in forma elettronica e con firma digitale, si applica ancora una volta uno statuto *standard* (più articolato e meno rigido rispetto a quello della s.r.l. semplificata, essendo previste clausole alternative).

Anche da questo rapido sguardo al sistema societario ed alla sua evoluzione nell’ottica dell’autonomia statutaria, appare necessario e fecondo un approccio, quale quello costantemente adottato nel volume, diretto ad una comparazione dei profili di disciplina della *governance*, che raffronti le regole e le soluzioni accolte nell’ambito dei vari tipi societari.

Parte I

L'amministrazione

Le competenze

di Alessandro Monteverde

SOMMARIO: 1. L'esercizio in comune dell'attività d'impresa. – 2. Il potere di amministrazione dell'impresa (in generale). – 3. Il potere di amministrazione dell'impresa e l'estensione della competenza degli amministratori (in particolare). – 3.1. (Segue): **nelle società di persone**. – 3.2. (Segue): **nelle società per azioni ed in accomandita per azioni**. – 3.3. (Segue): **nelle società a responsabilità limitata**.

1. L'esercizio in comune dell'attività d'impresa.

L'esercizio in comune di un'attività economica (la quale, come è stato osservato, per integrare il requisito necessario alla realizzazione del contratto sociale, deve essere volta alla creazione di nuova ricchezza, ossia configurarsi quale attività d'impresa¹ costituisce lo scopo che contraddistingue il fenomeno societario: lo si desume dall'art. 2247 c.c., che del contratto di società enuncia la tradizionale definizione.

L'impresa comune è esercitata dai soci (i fondatori, ossia coloro che siano tali per aver stipulato il contratto originario e, allorché si siano verificate successivamente modificazioni nella compagine sociale, chi ne sia divenuto parte in un momento successivo, a seguito di sottoscrizione di nuovo capitale o di acquisto dell'altrui partecipazione per effetto di eventi negoziali o successori), attraverso la struttura collettiva creata per effetto del negozio², **direttamente oppure indirettamente**. Il primo caso si verifica quando i soci siano anche tutti amministratori della società, con amplissimi poteri congiunti di gestione e rappresentanza, cosicché tra proprietà (della partecipazione individuale) e gestione (del patrimonio sociale) venga meno ogni diaframma e chi abbia investito nell'impresa collettiva ne curi

¹ P. GRECO, *Le società nel sistema legislative italiano*, Torino, 1959, 39.

² Il discorso non muta, per quanto qui importa, se la società sia costituita per atto unilaterale, come oggi consentito dagli artt. 2328, comma 1 (società per azioni), 2463, comma 1 e 2463 *bis*, comma 1 (società a responsabilità limitata), da un socio fondatore che abbia destinato all'esercizio dell'impresa un patrimonio da gestire secondo regole tipiche delle società.

anche direttamente le sorti: situazione invero raramente attuata in modo radicale. La seconda fattispecie si ha invece ogni qual volta i soci abbiano scelto di delegare a terzi l'esercizio dell'attività economica (e quindi la gestione dinamica del patrimonio attribuito alla società mediante i conferimenti e la rappresentanza dell'ente collettivo). Tra le due opposte situazioni v'è uno spettro assai ampio di possibili varianti: ad es. può darsi che solo alcuni fra i soci siano anche amministratori, che certi atti imputabili alla società debbano essere decisi dagli amministratori ma autorizzati dai soci, che non tutti gli atti siano di competenza di ciascun singolo amministratore, e così via.

L'impresa non cessa di essere imputabile alla società per il fatto che i soci non se ne interessino in prima persona; ed anzi il capitalismo ha sviluppato modelli imperniati su di una sempre più spiccata separazione tra proprietà e *management*, tra soci e gestori. In questi casi l'esercizio comune dell'attività economica da parte dei soci avviene soprattutto attraverso il filtro della partecipazione alla designazione degli amministratori. Saranno questi ultimi, ed essi soltanto, a condurre l'impresa, ma spetta pur sempre alla proprietà scegliere a chi demandare tale compito.

Il **grado di partecipazione dei soci alla gestione** può essere assai diverso da una società all'altra, in dipendenza da molteplici fattori.

In primo luogo, viene in rilievo il **tipo societario** prescelto, e quindi l'insieme delle norme di legge applicabili (in quanto inderogabili o, nel caso che si voglia considerare, non derogate). Nelle società di persone la compenetrazione tra socio e gestore è notevole, tanto che, almeno di regola, l'amministrazione spetta a ciascun socio in via disgiuntiva, sulla base del paradigma di cui all'art. 2257 e, almeno secondo l'opinione prevalente, non è ammissibile affidare l'amministrazione ad un estraneo³. Fa eccezione l'accomandita, in cui peraltro il principio vale comunque, seppur circoscritto agli accomandatari (art. 2318). Al contrario, nelle società di capitali, se si eccettua ancora il caso dell'accomandita, in cui v'è coincidenza tra accomandatari ed amministratori (artt. 2455 e 2457, comma 2), tale compenetrazione di ruoli è molto meno evidente, tanto che solo nella società a responsabilità limitata permane una espressione di preferenza per l'affidamento ad uno o più soci della

³ Cass., Sez. I, 25 gennaio 1968, n. 218, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 1202; Trib. Biella, 23 ottobre 1999, in *Dir. fall.*, 1999, II, 1250; Id. Foggia, 29 febbraio 2000, in *Giur. it.*, 2001, I, 989; F. GALGANO, *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963, 30 ss.; di opposta opinione R. BOLAFFI, *La società semplice. Contributo alla teoria della società di persone*, Milano, 1947, 330 ss. In dottrina, il tema ha incontrato nuova attenzione all'indomani della riforma del 2003, per effetto della norma di cui all'art. 111 *duodecies* disp. att. c.c., che presuppone l'ammissibilità di una società personale con soci tutti persone giuridiche e quindi impone che, se si vuol sostenere l'attribuibilità della carica di amministratore soltanto a chi sia socio della società, se ammetta che la carica sia attribuita ad una società di capitali. V. O. CAGNASSO-C. SARACINO, *L'amministrazione e il controllo*, in *Le nuove società di persone*, diretto da G. Cottino e O. Cagnasso, Bologna, 2014, 153 ss. In alcuni casi particolari, poi, la nomina dell'amministratore estraneo è espressamente vietata dalla legge: cfr. ad es. l'art. 23, comma 1, d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, relativamente alla società tra avvocati («L'amministrazione della società tra avvocati spetta ai soci e non può essere affidata a terzi»), che per l'art. 16 è disciplinata dalla legge speciale e «dalle norme che regolano la società in nome collettivo». V. ampiamente *infra*, capitoli III e V.

funzione gestoria (cfr. gli artt. 2380 *bis*, comma 2, e 2475, comma 1). Nelle società cooperative, poi, l'art. 2542, se al comma 2 dispone che almeno la maggioranza degli amministratori sia scelta tra i soci cooperatori o, allorché questi ultimi siano persone giuridiche, tra chi essi abbiano indicato, ammette tuttavia al comma 5 che la nomina di una minoranza dei gestori promani dallo Stato o da enti pubblici anche non soci, e, al comma 4, che fino ad un terzo degli amministratori possano essere designati dai possessori di strumenti finanziari, e quindi da – ed anche tra – chi non sia socio (anche nelle società per azioni, peraltro, in detta direzione muove l'art. 2351, comma 4, dove consente di riservare ai possessori di strumenti finanziari partecipativi la nomina di un amministratore).

Un secondo fondamentale elemento che influenza il rapporto tra proprietà e gestione è costituito dalle clausole del **contratto sociale**, ossia dalla regolamentazione voluta dai soci all'atto della fondazione dell'ente, o successivamente modificata, entro il margine di autonomia negoziale concesso dalla legge. L'ampiezza della libertà concessa dal legislatore è assai consistente e permette spesso di rovesciare per gran parte le norme di *default*: si pensi alla pressoché assoluta autodeterminabilità della disciplina dell'amministrazione delle società di persone desumibile dall'inciso iniziale del comma 1 dell'art. 2257; alla previsione cui all'art. 2368, comma 1, ultima parte, che legittima nelle società per azioni sistemi di voto tali da garantire alla minoranza il diritto di essere rappresentata nell'organo amministrativo⁴; al disposto di cui all'art. 2479, comma 1, che nella società a responsabilità limitata permette ai soci di sottrarre agli amministratori ed avocare a sé rilevanti decisioni anche in materia di gestione⁵.

Infine, un ruolo non trascurabile è rivestito dagli **assetti proprietari**⁶. Basti osservare in proposito come, in una società di capitali (a responsabilità limitata od azionaria non quotata: diversamente si imporrebbe l'applicazione del complicato art. 147 *ter* d.lgs. 17 febbraio 1998, n. 58) il cui controllo sia saldamente detenuto da un socio o da un gruppo di soci, in assenza di clausole statutarie *ad hoc* alla minoranza sarà di norma preclusa la stessa possibilità di nominare uno o più amministratori⁷. Al contrario, ove manchi un affiatato gruppo di controllo ed il capitale sia parcellizzato in tante piccole quote di partecipazione, sarà molto più probabile

⁴ Sugli aspetti essenziali relativi ai sistemi di votazione per la nomina alle cariche sociali, v. *infra*, capitolo II.

⁵ O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, nel *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. Cottino, V, 1, Padova, 2007, 291 ss.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, II, Artt. 2475-2483, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, 1249 ss.

⁶ Si vedano le considerazioni di N. ABRIANI, *L'assemblea*, in N. ABRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, nel *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, 1, Padova, 2010, 446 ss.

⁷ Infatti, se i soci di maggioranza concentrano i propri voti su un numero di candidati non superiore agli eligendi, tutti gli amministratori saranno da essi nominati. Tale risultato è assai meno scontato se il gruppo di controllo non detiene in modo compatto le azioni o quote sufficienti per conseguire l'effetto deliberativo.

che il consenso maggioritario sulla nomina degli amministratori si formi liberamente, di volta in volta, e cada su persone non predesignate.

In tale quadro le forme della contribuzione da parte del socio, diretta od indiretta che sia, all'esercizio in comune dell'attività d'impresa appaiono assai diversificate; e, per conseguenza, il divario tra le prerogative dei soci e degli amministratori, e quindi la definizione delle competenze di questi ultimi, risultano variamente accentuati.

2. Il potere di amministrazione dell'impresa (in generale).

La determinazione delle competenze degli amministratori (siano essi soci o non soci) è uno degli snodi più significativi della *corporate governance*. L'individuazione di ciò che essi possono (o devono) o piuttosto non possono (o non devono) fare, e quindi di quali siano le materie che costituiscano loro appannaggio esclusivo, ed infine dei limiti posti – dalla legge o dalla volontà dei contraenti – all'estensione dell'attività che è loro propria: questi saranno i temi trattati nel seguito, dapprima da un punto di vista generale (con riguardo all'impresa collettiva in sé) e poi distinguendo secondo i vari tipi societari.

Occorre preliminarmente chiarire che cosa si intenda esattamente per **gestione della società**.

L'art. 2380 *bis*, trattando dell'«amministrazione della società», afferma perentoriamente che la «gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori». Per quanto l'articolo sia riferito alla società per azioni, se ne può desumere che, almeno sul piano giuridico, gestione ed amministrazione esprimano concetti sostanzialmente coincidenti.

Il potere gestorio individua l'insieme delle prerogative attribuite agli amministratori in funzione dell'esercizio dell'impresa. Esso, tuttavia, non integra soltanto una somma di diritti, ma – essendo conferito per essere esercitato nell'interesse altrui (e precisamente della società, soggetto di diritto più o meno autonomo sul piano patrimoniale, secondo il tipo prescelto, ma sempre diverso dai suoi soci e, *a fortiori*, dai suoi amministratori) – si presenta più esattamente come un potere-dovere, il cui improprio esercizio determina responsabilità, anzitutto nei confronti della società.

È lo stesso art. 2380 *bis* che, anche in questo caso con valenza più ampia rispetto alla *sedes materiae*, dà contenuto alla locuzione dove dispone che gli amministratori «compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale», ossia dell'attività il cui perseguimento costituisce lo scopo della società (art. 2328, comma 1, n. 3). La funzione amministrativa comprende dunque il compimento di tutto quanto sia funzionale a realizzare le aspettative consacrate dai soci nel contratto sociale all'atto di indicarvi la natura dell'impresa che il sodalizio sarebbe stato destinato ad esercitare⁸.

⁸ V. per tutti M. GHIDINI, voce *Società semplice*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993, 16 ss., le cui generali considerazioni valgono per tutti i tipi di società.

Nondimeno, sarebbe errato identificare come pertinente all'amministrazione ogni atto diretti a perseguire l'oggetto sociale, dal momento che non tutte le determinazioni adottate in ambito societario, per quanto possano essere a ciò pertinenti e funzionali, costituiscono espressione di "gestione". Individuare con certezza i **limiti della gestione**, e quindi definire esattamente la sfera delle competenze degli amministratori, è in effetti compito non facile⁹.

Con qualche inevitabile approssimazione, possono dirsi estranee all'ambito dell'amministrazione anzitutto quelle decisioni che sono il **presupposto del mandato gestorio** o che attengono propriamente ad esso (nomina degli amministratori, loro revoca, attribuzione del compenso ad essi riconosciuti). Ciò non esclude che, in determinate situazioni, possa essere compito degli amministratori supplire ad una temporanea impossibilità dei soci di pronunziarsi in merito (si pensi all'istituto della cooptazione di cui all'art. 2386, comma 1).

Vi sono poi tutte le attività che concernono le **vicende del contratto sociale** e che pertanto attengono all'organizzazione e stanno, per così dire, a monte della gestione vera e propria finalizzata a realizzare l'oggetto della società. La modificazione della compagine sociale, il cambiamento della *lex contractus* attraverso l'introduzione, la soppressione o la variazione di singole clausole dello statuto, l'adozione di decisioni intese a realizzare operazioni straordinarie (fusione, scissione, trasformazione, od anche scioglimento anticipato), che incidano addirittura sull'esistenza della società, interessano settori che sovrastano l'amministrazione nel senso suggerito dall'art. 2380 *bis*, comma 1. È pur vero che, non di rado, operazioni che attengono alla struttura del contratto sociale sono ispirate da ragioni strettamente correlate alla gestione. Si pensi ad es. al caso di un aumento di capitale finalizzato a dotare la società di nuovi mezzi finanziari necessari ad intraprendere un affare per il miglior perseguimento dell'oggetto sociale: anche quando in certi casi, a determinate condizioni, la decisione di aumentare il capitale sociale può appartenere all'organo amministrativo¹⁰, si tratta tuttavia comunque di una scelta originariamente propria dei soci ed espressamente da essi demandata, non senza limiti, agli amministratori. Sembra dunque si possa affermare che la gestione incontra un limite nella competenza dei soci relativamente alle modificazioni che interessino il contratto sociale.

Nella *corporate governance*, all'amministrazione si contrappone, almeno in quelle società in cui vi è dedicata una struttura apposita, l'**attività di controllo**. Ancora una volta è nella normativa sulle società azionarie che il principio è desumibile con chiarezza: l'art. 2381, al comma 5, attribuisce infatti agli amministratori (anzi, per l'esattezza, là dove vi sia un organo amministrativo collegiale, al comitato esecutivo od agli amministratori singolarmente delegati) il potere-dovere di curare la crea-

⁹ Ci si permette qui rinviare a A. MONTEVERDE, *Le decisioni gestorie dei soci nelle società lucrative*, Milano, 2013, 57 ss.

¹⁰ Artt. 2443 e 2481, rispettivamente dedicati alla società per azioni ed alla società a responsabilità limitata.

zione ed il mantenimento di un «assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa», al comma 3 gravando comunque il consiglio della valutazione dell'effettiva adeguatezza di quello procurato dagli organi delegati, mentre l'art. 2403, comma 1, impone al collegio sindacale di vigilare sull'assetto, sul suo concreto funzionamento, «sul rispetto dei principi di corretta amministrazione». In un certo senso anche il controllo del collegio sindacale e del revisore legale dei conti, l'approvazione o la bocciatura del rendiconto annuale predisposto dagli amministratori (di competenza, per solito, dei soci, ed eccezionalmente di loro eletti, come nel caso del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico¹¹, le autorizzazioni di competenza dei soci in merito alla compatibilità tra la carica ricoperta dagli amministratori ed il perseguimento da parte loro anche di interessi confliggenti con quelli della società¹², la scelta se promuovere (o rinunciare, o transigere) l'azione sociale di responsabilità¹³ esprimono funzioni estranee alla gestione e *lato sensu* includibili tra i controlli.

Infine, vi sono questioni che per un verso sembrano attenere, per loro natura, a scelte gestorie, ma che sono, per la rilevanza che le contraddistinguono, **atti esorbitanti dai poteri di gestione**¹⁴. Occorre subito precisare che non si stanno contrapponendo amministrazione ordinaria ed amministrazione straordinaria: l'una e l'altra, infatti, qualunque estensione si riconosca loro, si sostanziano certamente in attività di gestione propria degli amministratori. Né si vuol mettere in dubbio che anche l'elaborazione e l'adozione dei «piani strategici, industriali e finanziari», oltre che la loro attuazione, rientrino nell'ambito della funzione gestoria (arg. *ex art.* 2381, comma 3, e 2409 *terdecies*, comma 1, lett. *f-bis*), ed anzi ne connotino la più alta manifestazione. Si intende invece far riferimento ad ipotesi in cui, pur non essendo luogo a modificazioni formali del contratto sociale, tuttavia si determini un'alterazione dell'organizzazione della società tale da stravolgerne profili rilevanti attinenti alla struttura della stessa: l'alienazione o l'affitto dell'intera azienda (anche se accompagnata dall'acquisizione di altro complesso produttivo), od una radicale riorganizzazione della struttura dell'impresa (come ad es. nel caso di accentramento, riallocazione, dismissione di funzioni svolte dalle società all'interno di un gruppo), sono operazioni che, se non dal punto di vista qualitativo almeno da quello quantitativo, sembrano esulare dalla nozione di gestione di cui si tratta.

¹¹ Art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. *b*).

¹² Art. 2390.

¹³ Artt. 2393, commi 1 e 6; 2393 *bis*, commi 1, 2, 6 e 7; 2476, commi 3 e 5.

¹⁴ Con specifico riferimento alle società per azioni v. P. ABBADESSA-A. MIRONE, *L'assemblea. Le competenze*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, I, Bologna, 2010, 592.

3. Il potere di amministrazione dell'impresa e l'estensione della competenza degli amministratori (in particolare).

Fatte queste doverose premesse sistematiche, per la verità molto generali e perciò inevitabilmente un po' generiche, è possibile approfondire il tema delle competenze degli amministratori con riferimento ai singoli tipi societari.

L'estensione della competenza degli amministratori, come già osservato, non è dettagliatamente scritta nelle norme. La sua ricostruzione richiede dunque, oltre un'interpretazione letterale, una visione sistematica degli istituti ed un'analisi delle disposizioni dettate per i distinti tipi societari.

In questo capitolo il tema sarà affrontato senza distinguere tra competenze delegabili (ad alcuni componenti dell'organo amministrativo, ove si tratti di organo collegiale) e competenze non delegabili.

3.1. (Segue): nelle società di persone.

La normativa dedicata dal codice civile agli amministratori delle società di persone è particolarmente stringata e non tratta espressamente delle loro **competenze**. La disposizione più significativa è contenuta nell'art. 2266, comma 2, che tuttavia si occupa non già della gestione ma della rappresentanza (la quale «si estende a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale»), e che fa comunque genericamente salva ogni diversa normativa pattizia.

Come poco sopra osservato¹⁵, soccorre tuttavia la disciplina scritta per le società per azioni, che sembra *in parte qua* utilizzabile per desumerne un principio generale; dal già richiamato art. 2380 *bis*, in particolare, si ricava, in ordine alla gestione dell'impresa, oltre ad una riserva di competenza esclusiva in capo agli amministratori che, per quanto si dirà, non è trasferibile in seno alla disciplina delle società di persone, anche un'indicazione di contenuto della stessa esteso a tutte «le **operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale**»¹⁶.

In assenza di diversa disposizione normativa applicabile specificamente alle società di persone, non vi sono ragioni ostative ad estendere la portata definitoria e precettiva della norma citata. Si può affermare, in altre parole, che anche nelle società di persone gli amministratori – chiunque essi siano, e comunque ne siano ripartite le funzioni tra i componenti l'organo gestorio, il che spesso avviene quando il sistema di amministrazione adottato sia pluripersonale – abbiano competenza estesa al compimento di tutti gli atti che appaiano finalizzati alla realizzazione dell'oggetto sociale. Non è però possibile elencare quali siano tali atti. Percorribile appare invece la strada della loro individuazione per differenza.

¹⁵ *Supra*, par. 2 e, ivi, nota 5.

¹⁶ Di «esaltazione del momento gestionale» parla, a tal proposito, V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 398.

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che eccedono i poteri degli amministratori di società di persone gli atti «di disposizione o alienazione, suscettibili di modificare la struttura dell'ente e perciò esorbitanti (e contrastanti con) l'oggetto sociale»¹⁷. Si rende dunque necessario, caso per caso, delineare l'estensione dell'oggetto sociale e, quindi, selezionare gli atti che esorbitino da esso. Il che non significa che operazioni eccentriche rispetto allo scopo principale della società non possano essere compiute: l'art. 2380 *bis* non parla di atti tipici, ma di «operazioni necessarie per l'attuazione» dell'oggetto sociale, lasciando per un verso massima discrezionalità agli amministratori nella scelta delle modalità di attuazione e per altro verso non escludendo *a priori* un sindacato sulla scelta di esse, dal momento che è pur sempre richiesta una relazione di funzionalità “necessaria” per il perseguimento dell'oggetto sociale.

L'esatta demarcazione dell'oggetto sociale deve esser esplicitata nell'atto costitutivo delle società commerciali (art. 2295, n. 5), ma non è così per la società semplice (art. 2251), senza tener conto del fatto che la stessa società in nome collettivo e quella in accomandita semplice sono valide ancorché non registrate od addirittura stipulate in assenza di atto scritto (arg. *ex art.* 2297). In ogni caso esso, costituendo elemento essenziale del contratto di società, deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile (art. 1346)¹⁸. La sua identificazione, attraverso l'attività interpretativa del contratto sociale, in qualsiasi forma stipulato (e quindi, se manchi il documento, ricostruendo la volontà delle parti rimessa al loro accordo verbale o tacito) è attività devoluta, in caso di controversia, al giudice di merito.

Esulano dall'oggetto sociale e dalla competenza degli amministratori, pertanto, non tutte le operazioni ontologicamente estranee all'oggetto sociale, ma piuttosto quelle cui difetti un **collegamento di funzionalità necessaria**, secondo la valutazione degli amministratori (che tuttavia deve essere razionale e non immotivata), rispetto ad esso. In tale prospettiva, anche gli atti dispositivi del patrimonio aziendale rientrano senz'altro nella competenza degli amministratori ogni qual volta siano collegabili teleologicamente alla realizzazione dell'oggetto sociale, mentre ne sono alieni quando siano slegati dalla sua attuazione (il che si verifica, come affermato dalla giurisprudenza, anche allorché siano tali da “modificare la struttura dell'ente”, così alterando di fatto l'originario disegno voluto dai soci contraenti). Sicché, ad es., non è in assoluto vietato che gli amministratori impegnino la società quale garante di un debito altrui, perché l'estraneità della garanzia all'oggetto sociale, quale definito nel contratto, deve essere valutata seguendo «il criterio della sua strumentalità, diretta o indiretta, e concretezza rispetto all'oggetto sociale»¹⁹.

Nell'ambito di ciò che rientra nella sfera attuativa dell'oggetto sociale, non è luogo a discriminazioni tra **atti di ordinaria amministrazione ed atti di straordina-**

¹⁷ Cass., Sez. I, 12 marzo 1994, n. 2430, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 270.

¹⁸ Cass., Sez. I, 30 gennaio 1995, n. 1106, in *Foro it.*, 1995, I, 3227.

¹⁹ Così Cass., Sez. I, 12 dicembre 2007, n. 26011, in *Riv. not.*, 2008, 1447; conf. *Id.*, Sez. I, 7 giugno 2001, n. 7736, in *Società*, 2001, 1348 (entrambe in fattispecie interessanti società di capitali).

ria amministrazione. A tal proposito occorre premettere che la distinzione, pur frequente nei patti sociali, e pur appartenente anche al linguaggio del legislatore societario (per le società personali, cfr. l'art. 2323, comma 2), non conosce una esatta linea di confine tra gli uni e gli altri. In effetti, è stato giustamente ritenuto che la classificazione suggerita da talune norme in relazione ai beni degli incapaci (artt. 320, 374 e 394) «non coincide con quella applicabile in tema di determinazione dei poteri attribuiti agli amministratori delle società, i quali vanno individuati con riferimento agli atti che rientrano nell'oggetto sociale – qualunque sia la loro rilevanza economica e natura giuridica –, pur se eccedano i limiti della cosiddetta ordinaria amministrazione, con la conseguenza che, salvo le limitazioni specificamente previste nello statuto sociale, devono ritenersi rientranti nella competenza dell'amministratore tutti gli atti che ineriscono alla gestione della società»²⁰.

Restano da affrontare due interrogativi: se le competenze dell'organo amministrativo possano essere **limitate per accordo fra le parti**, e se – all'opposto – esse possano essere estese oltre l'orizzonte dell'oggetto sociale: se, in altre parole, il paradigma stabilito dal codice possa essere legittimamente alterato dalla differente volontà dei contraenti, in senso restrittivo od estensivo dei poteri propri degli amministratori. Ovviamente, un'eventuale contrazione delle prerogative degli amministratori avrebbe l'effetto di trasferire parte delle loro competenze ad altri soggetti (ossia ai soci), mentre un loro ampliamento implicherebbe che poteri altrimenti propri dei soci siano delegati ai gestori.

Del primo profilo ci si occuperà più avanti, nel capitolo dedicato alle interferenze dei soci nella gestione ed alle consequenziali loro responsabilità²¹. Qui ci si limita ad anticipare genericamente che l'ampiezza del potere normalmente attribuito ai soci di società personali e la dimensione della loro responsabilità patrimoniale inducono a valutare tutt'altro che contrastante con la *ratio* legislativa un allargamento della sfera di influenza dei soci in materia gestoria.

Sotto il secondo profilo, il tema è più delicato perché, specialmente in una società in cui anche i soci non amministratori siano gravati da responsabilità illimitata per le obbligazioni contratte dalla società per effetto delle scelte gestorie compiute dagli amministratori, una **dilatazione convenzionale delle competenze** di questi ultimi in danno dei primi equivarrebbe a privarli di ogni garanzia. In verità, le prerogative specifiche dei soci non amministratori non sono, per il codice, numerose: si fa riferimento essenzialmente ad ipotesi quali l'espressione del consenso sulle modificazioni del contratto sociale (art. 2252), la nomina dell'amministratore (art. 2259, comma 2), l'esclusione di un socio (art. 2287, comma 1), l'approvazione del rendiconto (art. 2262), l'autorizzazione all'esercizio di attività concorrente da parte degli amministratori (art. 2301, comma 1), la decisione sull'opposizione di un socio amministratore all'operazione che un altro voglia compiere (art. 2257, comma 3). Non è accettabile espropriare i soci in favore dell'organo amministrati-

²⁰ Cass., Sez. I, 12 marzo 1994, n. 2430, cit.

²¹ *Infra*, capitolo XXII.

vo dei poteri relativi alle modificazioni del contratto sociale (in essi inclusi quelli inerenti l'esclusione, che ne è una modificazione soggettiva, e la nomina dell'amministratore con atto separato, perché diversamente si consentirebbe agli amministratori di rinunciare alla carica e nominare all'infinito i propri successori, con ciò sradicando il cardine stesso della *governance* e costringendo i soci non amministratori a subirne supinamente ogni scelta) o di quelli relativi ai controlli previsti sull'operato dei gestori (il che, tra l'altro, non sarebbe molto lontano e dissimile dalla soppressione del diritto di controllo individuale sancito dagli artt. 2261 e 2320, comma 3, norma ritenuta inderogabile²². Ciò equivarrebbe a snaturare profondamente il sistema.

Se ne inferisce che non debbono esser ritenute valide clausole ampliamenti i poteri degli amministratori oltre la sfera della gestione dell'impresa, parametrata in relazione all'oggetto sociale. In contrario non sembrano invocabili neppure le eccezioni costituite dall'art. 2505, comma 2 e 2506 *ter*, comma 5, a mente dei quali l'atto costitutivo può prevedere che in tema di fusione per incorporazione o scissione semplificate le operazioni straordinarie che modificano il contratto sociale siano decise, in deroga all'art. 2252 ed anche all'art. 2502, comma 1, dall'organo amministrativo e non dai soci. Si tratta di norme che, disciplinando – in modo per vero molto discutibile – un caso particolarissimo, non possono costituire la base per un'interpretazione analogica od estensiva, ma sono destinate a rimaner relegate nel loro peculiare isolamento.

3.2. (Segue): nelle società per azioni ed in accomandita per azioni.

Il quadro normativo delle competenze degli amministratori è meglio delineato con riguardo al tipo azionario e s'impenna sull'art. 2380 *bis*, introdotto dalla riforma di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, e già più volte richiamato. Per tale norma, implicitamente ribadita dall'art. 2454 per quanto concerne la società in accomandita per azioni, la gestione dell'impresa – cioè tanto l'amministrazione ordinaria quanto quella straordinaria – «spetta esclusivamente agli amministratori».

La **regola generale** è dunque profondamente diversa e più lineare rispetto alle società di persone: nella società per azioni non vi è spazio per un trasferimento convenzionale di competenze gestorie dagli amministratori verso i soci. Del resto, neppure si dubita che le competenze assembleari previste dalla legge siano in linea di principio inderogabili, e quindi che non sia possibile privarne statutariamente i soci in favore dell'organo amministrativo. Naturalmente sono contemplate **eccezioni**: è così previsto, ad es., che sull'«assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime» debba deliberare l'assemblea (art. 2361, comma 2), mentre è legittimo per contro che l'aumento del capitale sia delegato agli amministratori (art. 2443).

²² O. CAGNASSO-C. SARACINO, *L'amministrazione e il controllo*, in *Le nuove società di persone*, a cura di G. Cottino e O. Cagnasso, Bologna, 2014, 178.

La **separazione delle competenze** è confermata da altra norma, risalente anch'essa, nell'attuale formulazione, alla novella del 2003: l'art. 2364, comma 1, n. 5, per il quale l'assemblea ordinaria delle società per azioni strutturate secondo il modello tradizionale «delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge» alla sua competenza, ed inoltre «sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori», senza che l'autorizzazione ne determini esenzione da responsabilità per l'atto effettivamente compiuto. La portata della disposizione è meglio apprezzata se la si raffronta con la corrispondente norma previgente²³, che all'assemblea attribuiva competenza a deliberare «sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori». La disciplina più risalente consentiva, in altre parole, sia che i soci riservassero a sé, sia che gli amministratori demandassero loro, decisioni gestorie; quella attuale esplicitamente limita l'autonomia statutaria permettendo riserve di (sole) autorizzazioni ed implicitamente nega che gli amministratori possano di loro iniziativa efficacemente rimettere decisioni gestorie all'assemblea od anche solo subordinare determinate scelte loro spettanti all'autorizzazione della proprietà azionaria.

Se il principio espresso dal legislatore è chiarissimo, nondimeno esso soggiace a talune eccezioni, anticipate peraltro dallo stesso art. 2364, comma 1, n. 5: tra gli «altri oggetti attribuiti dalla legge» alla competenza dell'assemblea, infatti, ve ne sono alcuni sui quali, se difettassero norme apposite, spetterebbe senz'altro agli amministratori decidere. Il tema, al pari di quello complementare concernente le deroghe volontarie alle normali competenze degli amministratori e verrà sviluppato in modo un po' più ampio là dove si tratterà degli intrecci tra proprietà e gestione²⁴.

Un cenno specifico meritano i **sistemi alternativi di governance (dualistico e monistico)**.

Sia nel primo che nel secondo il legislatore replica l'affermazione di principio ben nota, secondo cui la gestione dell'impresa «spetta esclusivamente» rispettivamente al consiglio di gestione (art. 2409 *novies*, comma 1) od a quello di amministrazione (art. 2409 *septiesdecies*, comma 1). Se solo l'art. 2409 *novies*, comma 1, precisa che l'organo amministrativo «compie le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale», a non diversa conclusione si giunge per il consiglio di amministrazione nel sistema monistico, dal momento che l'art. 2409 *noviesdecies* gli dichiara applicabile l'art. 2380 *bis*. Va infine considerato che le norme sugli amministratori sono di regola applicabili anche al consiglio di gestione (art. 2380, comma 3).

La lettura della disciplina è tuttavia un po' complicata, con riguardo al sistema dualistico, dalla compresenza del consiglio di sorveglianza, che esclude – fra l'altro – l'applicazione dell'art. 2364, e quindi anche della fondamentale disposizione ivi contenuta al comma 1, n. 5. Per contro, l'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. *f-bis*,

²³ Art. 2364, comma 1, n. 4.

²⁴ *Infra*, capitolo XXII.

contempla l'eventualità che il consiglio di sorveglianza, per volontà dei soci manifestata dallo statuto, deliberi «in ordine alle operazioni straordinarie e ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione», divenendone in un certo senso compartecipe, in un rapporto di supremazia, nello svolgimento delle funzioni di alta amministrazione. Inoltre, l'art. 62 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, demanda all'assemblea ordinaria della società di gestione di un mercato regolamentato l'approvazione del regolamento del mercato ma, se la società sia gestita secondo il modello dualistico, la competenza è, salva diversa disposizione statutaria, del consiglio di sorveglianza.

Solo per completezza si menziona qui la fattispecie, che sarà altrove trattata²⁵, la quale trae occasione dal contestuale **venir meno di tutti gli amministratori**: per l'art. 2386, comma 5, in tal caso, sino a che l'assemblea non abbia a provvedere alla necessaria nomina del nuovo organo amministrativo, gli atti di ordinaria amministrazione possono essere compiuti dal (solo) collegio sindacale; altro caso di poteri gestori temporaneamente sottratti all'organo amministrativo di nomina assembleare è contemplato nell'art. 2409, comma 4, allorché il tribunale reputi fondata la denuncia di gravi irregolarità, revochi gli amministratori e designi «un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata».

3.3. (Segue): nelle società a responsabilità limitata.

È ormai *communis opinio* che il paradigma della società a responsabilità limitata scaturita dalla riforma di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, integri un fenomeno sostanzialmente ibrido ed intermedio tra società personali (s.n.c. in particolare) e società capitalistiche (s.p.a.). Tale impostazione normativa ha importanti riflessi anche a proposito delle competenze attribuite (o sottratte) agli amministratori.

L'**amministrazione della società**, infatti, «è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci» (art. 2475, comma 1, norma peraltro derogabile, per cui anche chi non sia socio può esser gestore della s.r.l., sol che lo statuto lo preveda), e può essere rimessa ad un organo monocratico ovvero, sempre se statutariamente contemplata la possibilità, ad una pluralità di soggetti componenti il consiglio di amministrazione od anche, a scelta dei soci, dotati di poteri declinati secondo le regole dell'amministrazione disgiuntiva o di quella congiuntiva tipiche delle società di persone (art. 2475, comma 3, che rinvia agli artt. 2257 e 2258). Solo talune decisioni sono inderogabilmente riservate all'organo gestorio in sé (monocratico o plurinominale): redazione del progetto di bilancio, dei progetti di fusione o scissione, aumento di capitale, quando delegato dai soci agli amministratori. La nozione di gestione e l'ambito di essa sono mutuabili da quanto già osservato nei paragrafi che precedono²⁶.

²⁵ *Infra*, capitolo VII.

²⁶ *Supra*, parr. 1 e 2.

Irrompe prepotentemente nel sistema, tuttavia, la norma di cui all'art. 2468, comma 3, per la quale in una s.r.l. lo statuto può prevedere fra l'altro «**l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società**»²⁷. Anche nella s.r.l. sono inoltre individuabili alcune ipotesi di competenze gestorie attribuite, in deroga al principio generale, ai soci anziché agli amministratori. Si possono menzionare l'art. 2465, comma 2 (corrispondente all'art. 2343 *bis*, comma 1) e l'art. 2479, comma 2, che al n. 5 rimette in via esclusiva ai soci la competenza a decidere «di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci». Tale ultima norma rappresenta, invero, l'unica espressa previsione inderogabile di competenza gestoria in capo ai soci, dal momento che l'art. 2465, comma 2, fa salva diversa disposizione dell'atto costitutivo.

Di particolare significato, infine, nella prospettiva dell'autonomia privata riconosciuta ai soci della s.r.l., il tenore dell'art. 2479, comma 1, il quale, al di fuori della già veduta riserva di competenza *ex lege*, pone una triplice possibilità di **devoluzione ai soci della competenza a decidere in materia gestoria**: anzitutto l'atto costitutivo può "riservare" ai soci determinate "materie"; inoltre gli amministratori, anche singolarmente, possono sottoporre alla loro approvazione "argomenti" oggetto di discussione; ugual cosa infine possono fare i soci stessi, purché rappresentanti almeno un terzo del capitale sociale²⁸.

Gli sviluppi di tali possibili interferenze tra poteri degli amministratori e prerogative dei soci di società a responsabilità limitata saranno più diffusamente trattati nella sede specificamente dedicata ad esse²⁹.

²⁷ M. CAVANNA, *Partecipazione e «diritti particolari» dei soci*, in M. SARALE (a cura di), *Le nuove s.r.l.*, Bologna, 2008, 101 ss.

²⁸ G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata. II. Artt. 2475-2483*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, 1251 ss.

²⁹ *Infra*, capitolo XXII.

II.

La nomina

di Marina Spiotta e Maurizio Cavanna*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Normativa *suppletiva* nelle **società di persone**. – 3. Disciplina cogente nelle **società di capitali**. – 3.1. Nella **s.p.a.** governata secondo il sistema latino. – 3.2. Nelle **società pubbliche**. – 3.3. Nella **s.a.p.a.** – 3.4. Nella **s.r.l.** – 3.5. Nelle **società quotate**. – 3.6. Nelle **società vigilate**. – 4. I patti parasociali. – 5. La nomina degli amministratori nelle **società cooperative**: la prospettiva mutualistica.

1. Premessa.

La necessità della **nomina** (e della relativa accettazione) degli amministratori è espressamente prevista solo nella s.p.a. (art. 2383) e nella s.r.l. (art. 2475, commi 1 e 2) ed è **di regola affidata ai soci** (*rectius*, nella s.p.a., all'assemblea ordinaria).

Fanno eccezione i primi amministratori nominati direttamente nell'atto costitutivo (artt. 2328, n. 11 e 2463, n. 8) ovvero (ma è un'ipotesi rara) dall'assemblea dei sottoscrittori nel relativo procedimento di costituzione (disciplinato dagli artt. 2333 e ss. c.c.). Vi sono poi **altre deroghe**: in parte richiamate dallo stesso art. 2383, comma 1 (che rinvia agli artt. 2351 e 2449 c.c.) e in parte ricavabili dall'interpretazione sistematica (art. 2409, comma 4, c.c.).

Inoltre, mentre nella s.r.l. è possibile prevedere una **golden quota** avente come «diritto particolare» (art. 2468, comma 3) proprio quello di nominare uno o più amministratori, nella s.p.a. la tesi dominante esclude l'ammissibilità di «azioni con particolari diritti» (extra assembleari) di nomina degli organi sociali (art. 2348, comma 2). Tuttavia, tramite lo statuto è possibile prevedere la creazione di **azioni con voto maggiorato** (c.d. *loyalty shares*) nelle società quotate e, nelle non quotate, di **azioni con diritto di voto plurimo**, anche per particolari argomenti (per esempio, nomina e revoca degli amministratori).

Entrambe le novità¹ (contenute negli artt. 127 *quinquies* t.u.f. e nell'art. 2351,

* I paragrafi da 1 a 4 sono di M. Spiotta, il paragrafo 5 di M. Cavanna.

¹ P. MONTALENTI, *Voto maggiorato e voto plurimo: prime riflessioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2015, 22, 9 ss.

comma 4, c.c.) potrebbero ridimensionare il ricorso alla stipulazione di un **patto parasociale**² (e precisamente di un sindacato di voto), con il quale è possibile predeterminare, prima e fuori dall'assemblea, chi eleggere.

Le modalità di nomina degli amministratori di società di persone e degli accomandatari di s.a.s. o s.a.p.a. (paradossalmente) sono invece ricavabili dalle norme in tema di revoca o di sostituzione (artt. 2259, 2319 e 2457 c.c.).

Si premette fin d'ora che nonostante la nomina sia facoltativa nelle società di persone ed obbligatoria in quelle di capitali³, qualunque sia la fonte dell'individuazione del o dei soggetti incaricati della funzione gestoria, il rapporto di amministrazione ha **natura contrattuale** e, quindi richiede l'**accettazione** (espressa o tacita⁴) **del designato** o quantomeno l'assenza di un suo espresso rifiuto. Questo profilo è meno evidente nel caso in cui la genesi del rapporto stia nella legge (art. 2257 c.c.), ma in tutte le società nessuno può diventare amministratore contro la sua volontà.

2. Normativa suppletiva nelle società di persone.

Come si è premesso, nelle società di persone la **nomina** è **facoltativa**: in difetto di una specifica indicazione nell'atto costitutivo, stante la naturale compenetrazione fra qualità di socio e funzione amministrativa (artt. 2257, comma 1 e 2266, comma 2, c.c.), troverà applicazione la **disposizione suppletiva che affida l'amministrazione a tutti i soci ovvero, nella s.a.s., a tutti i soci accomandatari**. Questo significa che, in mancanza di un'espressa previsione contrattuale, è la stessa legge ad individuare gli amministratori⁵.

Più frequente è l'ipotesi in cui costoro siano nominati direttamente **nell'atto costitutivo** (*rectius*, nella s.s. nel contratto sociale) o **con atto separato**.

Entrambe le **alternative** possono essere **ricavate dall'art. 2259, commi 1 e 2, c.c.** (dettato per la s.s. e richiamato dall'art. 2319 c.c. in tema di s.a.s.), nella parte in

² Il condizionale è d'obbligo: v. le perplessità espresse da V. CARIELLO, *Azioni a voto potenziato, "voti plurimi" senza azioni e tutela dei soci estranei al controllo*, in *Riv. soc.*, 2015, 164 ss.

³ Ciò peraltro non ha impedito alla giurisprudenza di elaborare la teoria dell'"amministratore di fatto", cioè di colui che gestisce in assenza di un'espressa investitura, figura diversa da quella dei soci cogestori di s.r.l. (art. 2476, comma 7, c.c.). Di entrambe si parlerà nel capitolo XIII sulla responsabilità.

⁴ Ossia desumibile da comportamenti concludenti: ad es. iniziando l'attività gestoria o curando l'onere di iscrizione nel registro delle imprese previsto dall'art. 2296 c.c., richiamato dall'art. 2315 c.c.: cfr. Cass., 22 maggio 2001, n. 6928, in *Società*, 2001, 1350, con nota di A. FABRIZIO, *Modalità di accettazione della nomina ad amministratore*.

⁵ Per G. FERRI, *Le società*, Torino, 1987, 219, il fatto che la legge non si occupi, se non incidentalmente, della nomina degli amministratori dipende proprio dalla circostanza che tale designazione è superflua, in quanto il potere di amministrazione spetta a ciascun socio illimitatamente responsabile.

cui, ai fini della revoca, distingue a seconda delle modalità con cui l'amministratore sia stato nominato.

Per la s.n.c. (e la s.a.s.) la prima opzione (che è la più frequente) è inoltre contemplata dall'art. 2295, n. 3, c.c., ai sensi del quale l'atto costitutivo deve indicare «i soci che hanno l'amministrazione e la rappresentanza della società»⁶.

La nomina con atto separato, nonostante la formula sia poco chiara⁷, deve essere interpretata nel senso che i soci potranno omettere di indicare nominativamente gli amministratori nell'atto costitutivo e stabilire di procedere alla loro designazione in un secondo momento, con il vantaggio che eventuali successive sostituzioni degli amministratori non comporteranno una modifica del contratto sociale.

Il **codice civile non chiarisce modalità e maggioranze per questa decisione**, sicché pare corretto ritenere che il metodo collegiale sia facoltativo, ma che sia invece necessario il consenso unanime dei soci⁸. **Soltanto per la s.a.s. l'art. 2319 c.c. precisa che** «se l'atto costitutivo non dispone diversamente, per la nomina degli amministratori (...) nel caso indicato nel secondo comma dell'articolo 2259, **sono necessari il consenso dei soci accomandatari e l'approvazione di tanti soci accomandanti che rappresentino la maggioranza del capitale da essi sottoscritto**».

Accanto alle due **possibilità** contemplate dalla legge, ne esiste una **terza**: l'atto costitutivo può limitarsi a prevedere il numero degli amministratori, rinviando la loro designazione ad una successiva decisione dei soci.

La dottrina, sfruttando l'apertura determinata dall'inciso «salvo diversa pattuizione» contenuto nell'art. 2257, comma 1, c.c., reputa inoltre possibile una clausola contrattuale che riservi ad uno o ad alcuni soltanto dei soci di una s.s. o di una s.n.c. (sulla falsariga di quanto può prevedere lo statuto della s.r.l.) il «**diritto particolare**» di **designare tutti o alcuni amministratori**⁹, con la conseguenza che spetterà al singolo socio nominante anche la facoltà di revoca, pure senza giusta causa (salvo diversa disposizione del contratto sociale)¹⁰.

⁶ È perciò dubbio se una società che aspira alla regolarità, mediante iscrizione nel registro delle imprese, possa riservare la nomina degli amministratori ad atto separato: cfr. A. STAGNO D'ALCONTRES-N. DE LUCA, *Le società*, t. I, Torino, 2015, 188, nota 197.

⁷ È idonea a comprendere, non solo un semplice conferimento di incarico accompagnato dall'accettazione, ma anche una vera e propria modifica degli originari patti sociali, risolvendosi così in una modifica dell'atto costitutivo.

⁸ Trib. Napoli, 7 ottobre 1986, in *Società*, 1987, 389, ha deciso per l'illegittimità della nomina degli amministratori assunta a maggioranza, in difetto di previsione dei patti sociali in tal senso.

⁹ O. CAGNASSO(-C. SARACINO), *L'amministrazione e il controllo*, in *Le nuove società di persone*, diretto da G. Cottino e O. Cagnasso, Bologna, 2014, 128.

¹⁰ V. capitolo VI sulle cause di cessazione.

3. Disciplina cogente nelle società di capitali.

3.1. Nella s.p.a. governata secondo il sistema latino.

a) La regola

Nella s.p.a. la **nomina** degli amministratori **competete inderogabilmente**¹¹ **all'assemblea ordinaria** (artt. 2364, comma 1, n. 2 e 2383, comma 1, c.c.):

1. eccettuati i primi amministratori (nominati direttamente nell'atto costitutivo);
2. fatto salvo il disposto degli artt. 2351, comma 5 (che consente allo statuto di attribuire ai titolari di strumenti finanziari partecipativi il diritto di nominare un amministratore dotato di requisiti di indipendenza) **e 2449 c.c.** (sui poteri speciali di nomina statutariamente previsti a favore dello Stato o di altri enti pubblici).

Esistono poi ulteriori **eccezioni**, non richiamate dall'art. 2383 c.c. perché meno frequenti, ossia la possibilità di nomina da parte:

3. dell'assemblea dei sottoscrittori (art. 2335, comma 1, n. 4);
4. del tribunale, che può designare un amministratore giudiziario (art. 2409, comma 4);
5. più dibattuta è la possibilità di creare una categoria di azioni il cui "diritto diverso" sia proprio quello di nominare uno o più componenti dell'organo di gestione (art. 2348, comma 2).

Non costituisce invece una vera e propria eccezione alla regola della competenza assembleare la cooptazione, in quanto la nomina diretta da parte degli amministratori rimasti in carica deve pur sempre essere "ratificata" dalla «prossima assemblea» dei soci (art. 2386, comma 1, c.c.)¹².

b) L'esame delle singole deroghe

b-1 e b-3) Gli amministratori nominati nell'atto costitutivo e dall'assemblea dei sottoscrittori

L'art. 2383, comma 1, c.c., nel consentire la nomina degli amministratori direttamente nell'atto costitutivo, si salda perfettamente con l'art. 2328, comma 1, n. 11, c.c.

¹¹ Per l'invalidità di clausole di nomina a favore di altri organi societari o di singoli soci o terzi v. *ex multis* M. MAUGERI, *Se possa riservarsi a una categoria di azioni o gruppi di azionisti la nomina di singoli amministratori o sindaci*, in A. GAMBINO (a cura di), *Società di capitali. Casi e materiali*, Torino, 2006, 62.

¹² Si reputa invalida una clausola con la quale il consiglio venga delegato a completare per cooptazione le nomine dei componenti alla cui elezione non abbia provveduto l'assemblea. *Contra*, ma si tratta di una tesi rimasta isolata, G. GUIZZI, *Nomina degli amministratori e cooptazione*, in B. LIBONATI (a cura di), *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, Milano, 1995, 45 ss. Sulla cooptazione v. *infra* il capitolo VII sulla sostituzione.

Tale designazione ha una **valenza strutturale occasionale e transeunte**, che potrà in seguito variare, in funzione delle esigenze della società, senza ricorrere ad una delibera dell'assemblea straordinaria¹³. Giova a questo proposito ricordare che, secondo la giurisprudenza, «onde stabilire se una disposizione dell'atto costitutivo attenga agli elementi organizzativi essenziali della società, e quindi sia modificabile dalla sola assemblea straordinaria, o costituisca, come di regola la nomina o la revoca degli amministratori, materia disponibile dall'assemblea ordinaria, occorre indagare, in base alle norme in tema di interpretazione dei contratti, sul significato globale delle clausole che lo compongono nonché sul comportamento complessivo delle parti anche successivo alla conclusione del contratto»¹⁴.

A questa deroga può essere assimilata la nomina degli amministratori da parte dell'assemblea dei sottoscrittori (art. 2335, comma 1, n. 4) nel procedimento di costituzione disciplinato nella Sezione II del Capo V del Titolo V del codice civile.

b-2) Gli amministratori indipendenti nominati dai possessori di strumenti finanziari partecipativi

Ai sensi dell'art. 2351, comma 5, c.c. lo statuto può riservare ai possessori di strumenti finanziari di cui agli artt. 2346 e 2349 (emessi, rispettivamente, «a seguito dell'apporto, da parte dei soci o di terzi, anche di opera o servizi» ed a favore di dipendenti) la nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione¹⁵.

Si tratta di una previsione eccezionale, in quanto permette ai non azionisti (almeno di norma, sottratti al rischio di capitale) d'influire sull'assetto degli organi sociali e in particolare sulla nomina degli amministratori¹⁶.

Le **modalità di esercizio del diritto di voto** devono essere individuate dallo statuto.

¹³ «La nomina dei primi amministratori e dei primi sindaci, più che costituire essa stessa un requisito dell'atto costitutivo, è un atto al quale coloro che costituiscono la società procedono in occasione della costituzione stessa e nello stesso contesto documentale, ma con dichiarazione formalmente autonoma»: così G.B. PORTALE, *Postille in tema di competenza a variare il numero degli amministratori di società per azioni nel corso del primo triennio*, in *Giur. comm.*, 1990, II, 458.

¹⁴ Trib. Milano, 4 maggio 1990, in *Giur. comm.*, 1990, II, 458 (nella specie una clausola dell'atto costitutivo prevedeva che il numero degli amministratori fosse da dieci a dodici, altra clausola nominava dieci amministratori per il primo triennio. Il tribunale di Milano ha ritenuto che l'assemblea ordinaria avesse conservato intatto, entro i limiti massimi e minimi stabiliti dall'atto, il potere di deliberare la nomina di due nuovi amministratori già nel corso del primo triennio di vita della società).

¹⁵ L'amministratore così designato è dotato di pieni poteri e soggetto alle norme previste per i componenti dell'organo a cui partecipa, anche se è dubbia l'applicabilità della regola sulla revoca automatica (art. 2393, comma 5, c.c.).

¹⁶ R. LENER, *Voice dei non soci, soci senza voice e concezione contrattuale della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 480 ss. Sul principio di correlazione fra potere e rischio di capitale v. già N. ABRIANI, *Il divieto del patto leonino*, Milano, 1994, 46 ss., nonché G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2008, 192 s.; ID., *Strumenti finanziari partecipativi*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2009, 344.

Le **soluzioni** astrattamente ipotizzabili sono **due**¹⁷: per alcuni, limitatamente alla nomina dell'amministratore indipendente, i portatori degli strumenti finanziari avrebbero la possibilità di partecipare all'assemblea generale, che verrebbe così "aperta" a soggetti legati alla società solo da un rapporto di credito finanziario (un appiglio potrebbe essere offerto dall'art. 2526, comma 2, c.c.¹⁸); per altri, la scelta dell'amministratore indipendente sarebbe fatta nel corso di un'assemblea "speciale", aperta ai soli portatori di strumenti finanziari (arg. desunto dall'art. 2447 *octies* c.c.).

Si discute se il duplice rinvio contenuto nell'art. 2351 c.c. agli artt. 2346 e 2349 c.c. consenta la nomina di più amministratori indipendenti, tanti quanti sono le categorie di strumenti finanziari¹⁹ (purché la maggioranza dei membri del consiglio sia eletta dall'assemblea), o se si possa nominarne uno solo (come farebbe pensare l'espressione al singolare utilizzata dal legislatore)²⁰.

b-4) Nomina dell'amministratore giudiziario

L'art. 2409 c.c. affida al tribunale la possibilità di nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata²¹.

¹⁷ Ben sintetizzate da U. DE CRESCIENZO, *Gli amministratori nel sistema tradizionale*, in *Le nuove s.p.a.*, diretta da O. Cagnasso e L. Panzani, Bologna, 2010, 740.

¹⁸ La norma prevede espressamente la possibilità, anche per le società cooperative, di emettere strumenti finanziari partecipativi, specificando che a costoro «non può, in ogni caso, essere attribuito più di un terzo dei voti spettanti all'insieme dei soci presenti ovvero rappresentati in ciascuna assemblea generale».

¹⁹ A. PISANI MASSAMORMILE, *Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. soc.*, 2003, 1299, ritiene che sia «possibile (anche) prevedere un componente (dell'organo di gestione o di quello di sorveglianza o di quello di controllo) per ciascuna categoria di strumenti finanziari. Ciò che ovviamente potrebbe comportare, in alcune fattispecie, la creazione di organi di rilevanti dimensioni numeriche (...) e magari un'accorta ripartizione di competenze fra il consiglio di amministrazione ed un (sensibilmente) più ristretto comitato esecutivo». Gli amministratori così nominati possono rappresentare al massimo la «metà meno uno del numero complessivo dei componenti dell'organo»: così M. NOTARI, *Problemi aperti in tema di struttura finanziaria della s.p.a.*, in *Società*, 2005, 7; e v. ora anche M. NOTARI-A. GIANNELLI, *sub art. 2346*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2008, 103, ove il rilievo che «la stessa legge, nel prevedere la nomina di un consigliere indipendente, consente che ai soci sia lasciata solo la metà più uno dei consiglieri totali, come evidentemente avviene allorché il consiglio sia composto da tre membri».

²⁰ M. CIAN, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voice*, Milano, 2006, 118 afferma che «sembra rispondere maggiormente al disegno legislativo tralucendo dalla disciplina degli artt. 2346 e 2351 la soluzione più restrittiva, che circoscrive in ogni caso all'unità il numero degli esponenti indipendenti dell'organo gestorio (o di controllo), sì che, nel caso di emissione di una pluralità di strumenti finanziari, dovranno essere approntati meccanismi di elezione unitari, coinvolgenti i diversi gruppi di investitori». Per B. LIBONATI, *Gli strumenti finanziari partecipativi*, in P. BALZARINI-G. CARCANO-M. VENTORUZZO (a cura di), *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Milano, 2007, II, 601, tale soluzione è necessitata, per quanto riguarda i sindaci, dal fatto che il loro numero è fissato per legge e da preferirsi, per analogia, anche per quanto riguarda l'amministratore indipendente.

²¹ Si rinvia al capitolo XVIII, par. 2.

b-5) La nomina da parte di gruppi di azionisti

Prima della riforma del 2003 erano ritenute nulle le clausole che riservavano a determinate categorie di azionisti la nomina extrassembleare di alcuni amministratori²².

Oggi si sta affermando un **orientamento meno rigoroso**, che prende spunto dal diritto riconosciuto dall'art. 2351 c.c. ai titolari di strumenti finanziari partecipativi, purché – si precisa²³ – la maggioranza degli amministratori resti di nomina assembleare.

Tale lettura evolutiva si ricollega, da un lato, alle indicazioni offerte nella legge delega n. 366 del 2001, che additava tra i principi ispiratori della nuova disciplina delle società per azioni l'obiettivo di «consentire ai soci di regolare l'incidenza delle rispettive partecipazioni sociali sulla base di scelte contrattuali»²⁴; dall'altro, alla concezione eminentemente «finanziaria» dell'impresa azionaria sottesa alla riforma²⁵, rispetto alla quale potrebbe apparire coerente assecondare meccanismi di rappresentanza delle diverse categorie di azioni (e di altri strumenti finanziari partecipativi) all'interno dell'organo amministrativo, chiamato a una delicata opera di contemperamento dei diversi (e potenzialmente contrapposti) interessi dei possessori di tali titoli nella ricerca del superiore «interesse sociale» al quale ispirare l'attività gestoria.

L'unico **limite** all'autonomia privata è la **meritevolezza degli interessi perseguiti** (art. 1322 c.c.) attraverso la suddetta clausola statutaria, che dovrebbe essere *disapplicata* nelle situazioni in cui, attuandola, si finirebbe per rendere *insostituibili* gli amministratori²⁶.

²² In tal senso, v. per tutti A. MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, 114 ss., G. CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 4, Torino, 1991, 20 s. In giurisprudenza v. Trib. Venezia, 4 marzo 1989, in *Società*, 1989, 960; Trib. Cassino, 12 aprile 1991, in *Riv. notar.*, 1991, II, 1432. Per un efficace quadro di sintesi e ulteriori riferimenti v. P.M. SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria*, Torino, 2000, 323 ss.; ID., *Sistemi di nomina degli amministratori e istanze partecipative nelle società per azioni. Nuovi profili problematici*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, 729 ss.; A.M. LEOZAPPA, *Nomina delle cariche sociali e categorie azionarie*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 800 ss., che già ammetteva un diritto di categoria alla designazione di una rosa di candidati nell'ambito della quale l'assemblea avrebbe eletto gli amministratori.

²³ V. per tutti N. ABRIANI, *sub art. 2351, commi 1-4*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, cit., 324 ss.

²⁴ Così l'art. 4, comma 5, lett. a); e v. altresì le lett. a) e d) dell'art. 4, comma 7, nelle quali si indicavano le finalità, rispettivamente, di permettere una semplificazione del procedimento assembleare, anche con riguardo al voto e di riservare un adeguato spazio all'autonomia statutaria in ordine ai *quorum* costitutivi e deliberativi dell'assemblea.

²⁵ V. per tutti P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni sulla Riforma*, I, *La società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 689 ss.

²⁶ Si pensi il caso nel quale *in fatto* il numero dei seggi riservati ad un "gruppo" di azioni coincida con la stessa cifra dei titolari di azioni di quel medesimo "gruppo". «Si tratta di un'evenienza *fattuale* che impinge all'evidenza principi fondamentali dell'organizzazione del tipo delle società per azioni, deviando vuoi dal principio di competenza che assegna all'assemblea ordinaria la materia della nomina e della revoca degli amministratori, vuoi dalla norma indisponibile sulla revocabilità *ad nutum*

c) Particolari sistemi elettorali

Il codice civile non detta alcuna norma a tutela delle minoranze, sicché di regola gli amministratori sono espressione dello stesso gruppo di comando che li ha nominati. Soltanto nelle società quotate, il t.u.f. impone il voto di lista onde consentire anche alle minoranze di avere propri rappresentanti nel c.d.a. Un risultato analogo può essere raggiunto anche nelle società chiuse attraverso l'**art. 2368, comma 1, c.c.** che consente allo statuto di prevedere «**norme particolari**» per la nomina alle cariche sociali. Mentre non è consentito innalzare i normali *quorum* stabiliti per l'assemblea ordinaria di seconda convocazione (art. 2369, comma 4)²⁷, valide sono le clausole statutarie che li riducono.

Diffusi sono nella pratica i sistemi di votazione congegnati in modo da assicurare anche ai gruppi di minoranza propri rappresentanti nel consiglio di amministrazione²⁸. Si ricordano in particolare:

i) il **voto di lista**: questo strumento consente che un certo numero di amministratori sia espressione della o delle minoranze presenti in assemblea e può atteggiarsi, nelle complesse clausole statutarie in cui esso è disciplinato, in **due modi differenti**:

– il metodo delle c.d. **liste bloccate** «prevede che ciascun socio possa presentare all'assemblea una sola lista ordinata, contenente un numero di candidati inferiore al numero dei componenti del consiglio di amministrazione, prevedendo che, dalla votazione assembleare, risultino eletti tutti i candidati elencati nella lista che ottiene la maggioranza dei voti, e che risultino altresì eletti, fino a concorrenza del numero globale dei consiglieri, i primi candidati della lista che avrà ottenuto il maggior numero di voti dopo la prima»²⁹. Tale sistema – che presuppone la sottrazione alla maggioranza assembleare del potere di nomina di un certo numero di amministratori – ha il difetto di consentire solo al maggiore dei soci di minoranza di ottenere la nomina dei propri amministratori;

– il **modello** (c.d. **proporzionale**) stabilisce che il consiglio di amministrazione uscente e ciascun socio o gruppo di soci che rappresenti almeno una determinata percentuale di azioni possa presentare una lista di candidati contrassegnati da un numero progressivo. La votazione ha luogo per liste: i voti ottenuti vengono divisi

dall'ufficio di amministratore; norma che fissa la sicura estraneità al modello di amministratori “per uffici” di s.p.a. del potere di *conservazione* della carica gestoria, precludendo quindi allo statuto di assegnare all'amministratore qualsivoglia elemento di *stabilità* nell'ufficio»: così P.M. SANFILIPPO, *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 184 ss.

²⁷ Invalide sarebbero dunque le clausole che introducano un *quorum* costitutivo in seconda convocazione o che elevino il *quorum* deliberativo o che attribuiscono alla competenza dell'assemblea straordinaria la nomina degli amministratori.

²⁸ Il socio di minoranza può recedere anche in presenza di modificazioni statutarie che incidano sui diritti di partecipazione amministrativa, come quello di presentazione della lista per la nomina dell'organo amministrativo: v. Trib. Milano, 31 luglio 2015, in *www.ilcaso.it*.

²⁹ Così P. ANELLO-S. RIZZINI BISINELLI, *Voto di lista e voto per corrispondenza nelle banche privatizzate*, in *Società*, 1995, 881 ss.

per il numero progressivo che contraddistingue, sulla lista, ciascun candidato e i quozienti sono ordinati in un'unica graduatoria decrescente³⁰;

ii) il voto proporzionale: è previsto soprattutto in società chiuse, in cui la suddivisione in quote rispecchia la ripartizione di potere realizzata tra gli azionisti al momento della stipulazione dell'atto costitutivo, mentre è meno adatto alle società che fanno appello al mercato finanziario, salvo che venga abbinato alla presentazione di liste (c.d. voto di lista su base proporzionale)³¹;

iii) il voto scalare o limitato ad un tetto massimo: con tale tecnica³² si limita il numero di voti in capo ad uno stesso azionista in relazione all'ammontare del possesso azionario (art. 2351, comma 3, c.c.). L'obiettivo è depotenziare l'incidenza del voto dei soci di maggioranza assoluta o relativa limitandolo a una misura massima (per es. 10% del capitale sociale con esclusione per le quote eccedenti) o scaglionandolo (per es: un voto per ciascuna azione fino al 10% del capitale sociale; 1 voto ogni 2 azioni oltre il 10% e fino al 20% del capitale; 1 voto ogni 10 per denunce superiori al 20% ecc.);

iv) il voto cumulativo: in base a tale meccanismo, noto nella prassi statunitense³³, l'azionista dispone di un numero di voti pari al prodotto delle sue azioni per il numero degli amministratori da eleggere³⁴, con facoltà di concentrarli su uno o più candidati. Risultano eletti coloro che ottengono il maggior numero di prefe-

³⁰ Un esempio può essere chiarificatore: si supponga l'esistenza di una società con capitale 100 i cui soci A, B e C posseggono rispettivamente il 50%, il 30% e il 20% del capitale sociale. Supponiamo per semplicità di calcolo che il consiglio di amministrazione sia formato da dieci consiglieri. Ciascun socio presenterà una lista formata da cinque soggetti: la lista A otterrà 50 voti, quella di B 30 e quella C 20. Dividendo il risultato per il numero con cui ciascun candidato si presenta su ciascuna lista, si otterrà che il candidato 1A avrà quoziente 50, il 2A avrà quoziente 25, il 3A avrà quoziente 16, il 4A avrà quoziente 12 e il 5A avrà quoziente 10; il candidato 1B avrà quoziente 30, 2B avrà quoziente 15, 3B avrà quoziente 10, 4B avrà quoziente 7; il candidato 1C avrà quoziente 20, 2C avrà quoziente 10, 3C avrà quoziente 6. Se si ordinano i candidati per quoziente, risulteranno eletti 1A (quoziente 50), 1B (30), 2A (25), 1C (20), 3A (16), 2B (15), 4A(12), 5A (10), 3B (10), 2C (10); in conclusione A avrà espresso 5 consiglieri, B avrà espresso 3 consiglieri e C avrà espresso 2 consiglieri. Il consiglio di amministrazione rispecchierà in modo abbastanza netto la composizione dell'assemblea e permetterà la rappresentanza a tutti i soci/gruppi presenti nell'assemblea.

³¹ Il modello straniero di voto proporzionale a noi più vicino è costituito dall'art. 137 della legge spagnola sulle società anonime del 1989 (*Texto Refundido de la Ley de sociedades anonimas*). Per la dottrina italiana v. J.J. MENCIA, *La partecipazione della minoranza nella nomina degli amministratori di società per azioni: sulla possibilità di introdurre un sistema proporzionale di elezione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 961 ss.

³² Considerata ammissibile già da M. CASELLA, *Legittimità del voto scalare nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1973, 417 ss.

³³ Nella letteratura statunitense cfr., oltre al volume di C.M. WILLIAMS, *Cumulative Voting for Directors*, Boston, 1951, il saggio di J.N. GORDON, *Institutions as Relational Investor: A New Look at Cumulative Voting*, in *Columbia Law Review*, 1994, 130 ss.

³⁴ La formula matematica che viene utilizzata è la seguente: il numero di azioni occorrenti per eleggere un numero Y di amministratori si ottiene dividendo A (cioè il prodotto del numero di azioni votanti per il numero Y di amministratori) per B (numero degli amministratori designandi dall'assemblea + 1).

renze; in caso di parità di voti si procede a sorteggio o a ballottaggio. Il grado di rappresentanza delle minoranze è direttamente proporzionale al numero dei consiglieri da eleggere (strategie difensive del *management* sono la riduzione del numero di amministratori ovvero l'adozione del c.d. *classified board* con rinnovo per scaglioni in modo da ridurre il numero di quelli da eleggere in ciascuna tornata e da impedire la sostituzione *uno acto* dell'intero consiglio di amministrazione). Il meccanismo del *cumulative voting* gioca peraltro un ruolo importante nel *corporate governance* in generale e nei *proxy fights*, nel senso che spesso gli *insurgents* puntano in un primo tempo ad una rappresentanza di minoranza, salvo poi tentare un *proxy fight* per il controllo pieno della *corporation*³⁵.

Fra le **clausole speciali più frequenti**³⁶ si ricordano quelle che:

a) **derogano al principio “maggioritario assoluto”**³⁷ (stabilendo che risultino eletti coloro che abbiano ottenuto la maggioranza dei consensi, anche se non superino la soglia della metà del capitale intervenuto) **o al principio della “maggioranza relativa”** al fine di assicurare ai soci di minoranza la possibilità di avere qualche rappresentante in consiglio (consentendo l'elezione anche di candidati che non abbiano ottenuto il maggior numero di voti, come accade quando viene applicata la procedura del voto di lista)³⁸;

b) **introducono particolari modalità di votazione** (per esempio, schede pre-stampate)³⁹ o consentono all'assemblea di determinarle⁴⁰;

c) stabiliscono, in caso di parità di voti, che deve intendersi eletto il candidato azionista rispetto a quello non azionista o il candidato maggior azionista rispetto a quello che possenga un minor numero di azioni (queste previsioni si limitano a derogare alla regola della rinnovazione della votazione fino al raggiungimento di una

³⁵ Così R. PERNA, *Mito e realtà della democrazia societaria. Il proxy voting nelle public companies statunitensi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 537, nota 22. Sul voto cumulativo v. anche P.G. JAEGER, *Privatizzazioni; “public companies”; problemi societari*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 5; S. LUONI, *Il “cumulative voting” nell'esperienza nordamericana (con uno sguardo all'Italia)*, in *Giur. it.*, 1999, 1114.

³⁶ Per una esemplificazione di tali clausole v. F. BONELLI-M. DE ANDRÈ, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Milano, 1990, 795 ss.; G. SCALFI, *Clausole particolari per la nomina degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1971, 40 ss. e più di recente A. TINA, *Le patuizioni sulla governance*, in M. IRRERA (diretto da), *Le acquisizioni societarie*, Bologna, 2011, 461 ss.

³⁷ Il principio della maggioranza assoluta è enunciato dal medesimo art. 2368, comma 1.

³⁸ La previsione statutaria del voto di lista è stata ritenuta operativa nel solo caso in cui si debba procedere all'elezione dell'intero (o di più componenti del) consiglio e non qualora debba nominarsi un solo consigliere. Così Trib. Milano, 3 settembre 2003, in *Giur. it.*, 2003, 2325, con nota critica di G. Cottino; cfr. Trib. Milano, 19 gennaio 2001, *ivi*, 2001, 532. *Contra* Trib. Milano, 23 novembre 2000, in *Vita notar.*, 2001, 932. In dottrina v. C. SILVETTI, *Nomina di amministratori da parte di gruppi di soci nelle società di capitali*, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, 545, ove ulteriori riferimenti.

³⁹ Trib. Bari, 20 dicembre 1988, in *Giur. comm.*, 1989, 741. Secondo App. Torino, 11 gennaio 1987, in *Giur. it.*, 1987, I, 2, 389, detto metodo di votazione è legittimo solo se la scheda prestampata avverte che i soci possono cancellare i nomi non graditi.

⁴⁰ App. Bologna, 4 aprile 1992, in *Giur. comm.*, 1993, 621.

maggioranza, mentre non incidono sulla facoltà di tutti i soci di partecipare all'elezione e di indicare un proprio candidato)⁴¹.

In sintesi, l'art. 2368, comma 1, c.c., attraverso la valorizzazione dell'autonomia statutaria, consente una grande flessibilità di risultati: chi ha il controllo dell'assemblea ordinaria può nominare: «tutti gli amministratori (ed è questa la situazione se nello statuto non è inserita alcuna clausola relativa alla nomina degli amministratori); un numero di amministratori proporzionale al suo peso azionario o un numero di amministratori maggiore o minore rispetto al suo peso azionario»⁴².

Si reputano, invece, nulle le clausole statutarie che: *a) sottraggono*, al di fuori dei casi previsti per legge, **la nomina degli amministratori alla competenza dell'assemblea**, devolvendola a (o subordinandola al gradimento di) terzi estranei alla compagine sociale⁴³ o agli amministratori in carica⁴⁴; *b) subordinano la permanenza in carica degli amministratori*, anziché alla sussistenza di determinati requisiti oggettivi, **alla mera volontà dei soci che li hanno eletti**, sottraendo così all'assemblea la competenza a revocarli⁴⁵.

Il voto non può essere segreto⁴⁶, mentre si possono emettere azioni a **voto plurimo**⁴⁷, fino ad un massimo di **tre voti ciascuna**, anche per particolari argomenti, tra cui la nomina degli amministratori (art. 2351, comma 4, modificato dal d.l. n. 91/2014, conv. con legge n. 116/2014)⁴⁸.

3.2. Nelle società pubbliche.

Come si è anticipato, una deroga alla competenza dell'assemblea ordinaria è ricavabile dall'art. 2449, comma 1, c.c., che, nel testo modificato dalla legge n. 34/2008⁴⁹, consente allo statuto delle s.p.a. chiuse (che non fanno ricorso al mer-

⁴¹ Cass., 14 febbraio 1990, n. 1100, in *Dir. fall.*, 1990, II, 1411 e in *Soc.*, 1990, 1033.

⁴² Così F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 72.

⁴³ V. Trib. Verona, 11 dicembre 1992, in *Società*, 1993, 950 e Trib. Rimini, 12 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*.

⁴⁴ Cass., 17 aprile 1990, n. 3181, in *Foro it.*, 1991, I, 1533.

⁴⁵ V. Cass., 14 dicembre 1995, n. 12820, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1533, in tema di invalidità della clausola che attribuisca ad un socio designante l'amministratore il potere circa la sua permanenza in carica.

⁴⁶ Tale sistema di votazione era stato imposto nelle società quotate dalla legge n. 262/2005, ma la disposizione è poi stata soppressa dal d.lgs. n. 303/2006.

⁴⁷ Per un esame approfondito delle deroghe al principio "un'azione, un voto" attraverso le lenti del diritto comparato e della storia si rinvia a M.S. SPOLIDORO, *Il voto plurimo: i sistemi europei*, in *Riv. soc.*, 2015, 134 ss.

⁴⁸ Di questa novità si parlerà nel capitolo XXIII.

⁴⁹ Per adeguare l'ordinamento ai principi comunitari della libera circolazione dei capitali enuncia-ti dalla Corte di Giustizia Europea del 6 dicembre 2007 (nelle cause C-463 e 464/04) che ha ritenuto che la riserva assoluta disincentivasse la partecipazione degli altri Stati membri e garantisse una posi-

cato del capitale di rischio) la possibilità di conferire allo Stato ed altri enti pubblici, purché detentori di una partecipazione azionaria, la nomina (anche al di fuori dell'assemblea, in quanto prescinde dal parere dei soci)⁵⁰ di un **numero** di amministratori **proporzionale**⁵¹ alla loro partecipazione al capitale sociale⁵².

Gli amministratori così designati hanno gli stessi diritti ed obblighi dei membri nominati dall'assemblea⁵³ (ai quali sono equiparati anche per quanto concerne la durata della carica)⁵⁴, ma – questa è la vera peculiarità – possono essere revocati «*soltanto*»⁵⁵ dall'ente che li ha nominati.

Se invece la società fa ricorso al mercato del capitale di rischio «si applicano le disposizioni dell'art. 2346, comma 6, c.c.». Tale richiamo non perspicuo deve probabilmente essere inteso come possibilità di attribuire al socio pubblico strumenti finanziari partecipativi⁵⁶ ovvero azioni speciali di categoria dotati del diritto di nomina: c.d. *golden share*.

3.3. Nella s.a.p.a.

Nella s.a.p.a. i soci **accomandatari** sono necessariamente i **gestori della società**: lo sono **di diritto e non per nomina assembleare**, come invece avviene nella s.p.a.

L'assemblea – quella straordinaria – entra in gioco solo qualora sia necessario sostituire uno degli amministratori e quindi (indirettamente) modificare l'atto costitutivo. La nomina dei sostituti deve inoltre essere approvata, a pena di inefficacia, dagli amministratori rimasti in carica (art. 2457, comma 1, c.c.).

zione di forza, contraria alle regole di mercato. Cfr. F. SANTONOSTASO, *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009.

⁵⁰ La deliberazione assembleare avrà il carattere della presa d'atto o della ratifica della designazione già intervenuta.

⁵¹ Nonostante la formulazione della norma, è chiaro che attribuendo al partecipante minoritario pubblico il potere di nominare in proporzione alla propria partecipazione, la norma altera la regola di maggioranza che vige normalmente nelle società di capitali (salva l'adozione di meccanismi a tutela delle minoranze, come il voto di lista). Sul punto v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. GUACCERO, *Le limitazioni della libertà decisionale dell'organo rappresentativo delle istanze «proprietarie» nelle società a partecipazione pubblica*, in *Analisi giur. econ.*, 2015, 421 ss.

⁵² Viceversa, la precedente formulazione dell'art. 2449 c.c. non prevedeva alcun limite quantitativo al potere di nomina riservato allo Stato o agli enti pubblici. Cfr. F. GHEZZI-M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. soc.*, 2008, 668 ss.; I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 577 ss.

⁵³ E quindi devono agire innanzitutto nel rispetto dell'interesse sociale.

⁵⁴ Questa specificazione è stata aggiunta all'art. 2449 c.c. per prevenire interpretazioni volte a sostenere la possibilità di una durata nella carica sociale differente rispetto a quella ordinaria.

⁵⁵ Nonostante tale avverbio, come si vedrà nel capitolo VI sulle cause di cessazione, si deve ritenere che in alcune circostanze il suddetto potere speciale incontri dei limiti e non sia davvero esclusivo.

⁵⁶ Con conseguente possibilità di nominare un solo amministratore indipendente.