

Capitolo 1

Principi della legge-delega per la riforma del diritto societario e le competenze dell'assemblea dei soci

I «principi generali» dettati dal Parlamento¹ al Governo per attuare «La riforma del sistema delle società di capitali», sono enunciati nell'art. 2, 1° co., **1. 3 ottobre 2001, n. 366**² (d'ora in poi, legge-delega), ove si prescrive all'Esecutivo, tra l'altro, di

prevedere due modelli societari riferiti l'uno alla società a responsabilità limitata e l'altro alla società per azioni, ivi compresa la variante della società in accomandita per azioni.

Quanto *al primo modello (s.r.l.)*, l'art. 3, 1° co., lett. a), legge-delega, ordina di evidenziare la³

¹ Ai sensi degli artt. 76 e 77, 1° co., Cost., che dispongono, rispettivamente, art. 76, «L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione dei *principi* e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti»: ove le norme del pedissequo decreto legislativo del Governo non rispettassero i principi e i criteri direttivi della legge-delega, sarebbero incostituzionali; art. 77, 1° co., «Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria»: in assenza di delega, anche in questo caso, un decreto legislativo del Governo sarebbe incostituzionale.

² La cui epigrafe è l. 3 ottobre 2001, n. 366, *Delega al Governo per la riforma del diritto societario* (in *G.U.*, 8 ottobre 2001, n. 234).

³ *Relazione allo schema di disegno di legge-delega per la riforma del diritto societario*, (c.d. Relazione Mirone), in *Riv. soc.*, 2000, sub art. 3, 36.

rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci [poiché] per elevare la capacità competitiva del nostro sistema economico, appare opportuna la previsione di una disciplina societaria particolarmente agile [volta a] facilit[are] la costituzione e lo sviluppo **di imprese collettive caratterizzate dalla presenza di soci-imprenditori**, ovvero di **oggetti che investono capitali propri in una società con l'intento di gestire personalmente l'impresa e comunque di influire direttamente sulla sua gestione.**

E tanto ha eseguito il legislatore delegato⁴ prevedendo la possibilità di affidare l'amministrazione della s.r.l. anche a **non soci solo** a fronte di espressa previsione statutaria (art. 2475, 1° co.) a differenza delle S.p.A., ove è la stessa legge che lo consente (art. 2380-bis, 2° co.); *ex art. 2476, 2° co., poi, i soci non amministratori* della s.r.l. hanno diritto di avere da questi ultimi notizie sullo svolgimento degli affari sociali, nonché di consultare, anche tramite professionisti di fiducia, **tutti i libri sociali** e i documenti relativi all'amministrazione. I **soci di una S.p.A., invece**, secondo l'art. 2422 hanno diritto di consultare **solo il libro soci e quello delle adunanze assembleari**, potendone ottenere estratti a proprie spese. L'**azione di responsabilità verso gli amministratori**, infine, nella s.r.l. può essere promossa **da ciascun socio** (art. 2476, 3° co.), *loco societatis*, **indipendentemente dalla quota di partecipazione posseduta**; al contrario, nelle S.p.A., (art. 2393-bis, 1° e 3° co.), solo se l'assemblea rimanesse inerte, il socio o i soci possono esperirla, a condizione che, *uti singuli* o in coalizione, raggiungano almeno un quinto del capitale sociale o un ventesimo, ove la società fosse «aperta al mercato dei capitali di rischio»⁵.

⁴ Col d.l. 17 gennaio 2003, n. 6, *Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366* (in S.O. n. 8/L alla G.U., 22 gennaio 2003, n. 17), che ha introdotto nel Codice civile il nuovo testo degli articoli di riferimento.

⁵ Le S.p.A. sono oggi classificate come società «chiuse» o «aperte» al mercato del capitale di rischio e rientreranno nella seconda categoria **con esiti talora di diversa disciplina**, laddove abbiano «azioni diffuse tra il pubblico in maniera rilevante ovvero siano quotate in mercati regolamentati» (art. 2325-bis, 1° co.). La misura rilevante di cui all'art. 2325-bis del codice è quella stabilita a norma dell'art. 116 T.u.f.

Quanto *al secondo modello societario (S.p.A.)*, la **disciplina** (art. 4, 1° co., legge-delega), **diversamente che nella s.r.l.**, assegna rilevanza centrale non tanto alla posizione personale dei singoli soci, **quanto alla partecipazione societaria nella sua obiettività** considerato che⁶

nella maggior parte dei casi, [se non è] azionista di riferimento o di controllo, **chi acquista azioni lo fa per investire i propri risparmi confidando nel gioco delle fluttuazioni di borsa e disinteressandosi della gestione sociale**; [di conseguenza] la tutela dei risparmiatore **solo astrattamente può distinguersi** dalla sua tutela di socio.

Così, preso atto di questa realtà, il legislatore del 2003 non solo ha precluso al socio di una S.p.A. la possibilità di ingerirsi nell'amministrazione (v. *supra*), ma ha anche *svuotato l'assemblea di ogni potere gestorio*, attribuendolo *esclusivamente* agli amministratori (art. 2380-*bis*, 1° co.), e si è ammessa l'adozione⁷ di un governo societario diverso da quello tradizionale, il c.d. modello «dualistico», che realizza in sommo grado il distacco tra proprietà e amministrazione. Secondo tale modello gli amministratori, addirittura, non sono nominati nemmeno dall'assemblea dei so-

(art. 111-*bis*, 1° co., disp. att. c.c) che rimanda al Regolamento Consob n. 11971/1998 e succ. modd. ed in part. all'art. 2-*bis* di detto regolamento, dove sono indicati i criteri per stabilire la rilevanza della diffusione tra il pubblico delle azioni; la normativa di riferimento non dà una definizione di mercato regolamentato, desumibile solo in via interpretativa dall'art. 61 T.u.f. Questo non è altro che un sistema di scambi denominato, organizzato e gestito dal apposite società (ad esempio Borsa italiana S.p.A., con attività riservata d'impresa, anche senza scopo di lucro, previa autorizzazione della Consob, verificata la sussistenza dei requisiti previsti) ed iscritto in un apposito elenco tenuto dalla Consob (art. 63, 2° co., T.u.f.). I mercati esteri riconosciuti ai sensi dell'ordinamento comunitario sono iscritti in apposita sezione dell'elenco (art. 67, 1° co., T.u.f. e art. 1.3 reg. Borsa Italiana S.p.A. «Mercati regolamentati» indicano i mercati iscritti nell'elenco di cui all'art. 63, 2° co. e nella sezione di cui all'art. 67, 1° co., T.u.f.). Mercati esteri diversi dai precedenti, possono essere riconosciuti dalla Consob sulla base di accordi stipulati con le corrispondenti autorità (art. 67, 2° co., T.u.f.).

⁶ *Relazione allo schema di disegno di legge-delega*, (nt. 3), sub art. 4, 40.

⁷ *Ex art. 2380, 2° co.*, lo statuto può prevedere in luogo del sistema tradizionale di amministrazione e controllo, il sistema c.d. dualistico ovvero quello c.d. monistico.

ci, ma dal consiglio di sorveglianza (art. 2409-*terdecies*), organo deputato al controllo della gestione sociale (solo i componenti di tale organo sono eletti dall'assemblea, v. art. 2409-*octies*).

Vediamo ora in dettaglio il riparto delle funzioni fra assemblea e organo amministrativo, dopo lo «svuotamento» dei poteri gestori dell'assemblea nelle S.p.A.

Cosa rimane ai soci

Art. 2364

(Assemblea ordinaria in società prive del consiglio di sorveglianza)

L'assemblea ordinaria delibera su:

– approvazione del bilancio e **distribuzione degli utili**, o decide come altrimenti destinarli (art. 2433, 1° co., «La deliberazione sulla distribuzione degli utili è approvata dall'assemblea che approva il bilancio ovvero qualora il bilancio sia approvato dal consiglio di sorveglianza, dall'assemblea convocata *ex art. 2364-bis*, 2° co., n. 4»);

– nomina e revoca gli amministratori ed indica chi di essi debba fungere da presidente (altrimenti il presidente è scelto dallo stesso CdA tra i suoi componenti, art. 2380-*bis*, 5° co.);

– nomina i sindaci (e la *revoca*? È sempre in potere dell'assemblea dei soci, ma solo per «giusta causa». La deliberazione deve sempre approvata con decreto del tribunale, sentito l'interessato, *ex art. 2400*, 2° co.) ed il presidente del collegio sindacale (anche l'art 2398, pleonasticamente, dispone che il presidente del collegio sindacale «è nominato dall'assemblea»); così pure nelle società quotate, *ex art. 148.2-bis*, T.u.f. (purché sia scelto «tra i sindaci eletti dalla minoranza»);

– il soggetto cui è demandato il controllo contabile, quando previsto;

– il compenso degli amministratori e dei sindaci, se non è stabilito dallo statuto;

– sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci;

– sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla sua competenza (ad es., *ex 2357*, 2° co., autorizzare gli amministratori **all'acquisto di azioni proprie**; *ex 2343-bis*, 1° co., autorizzare gli amministratori ad **acquistare**, per un corrispettivo pari o superiore ad 1/10 del capitale sociale **beni o crediti** di promotori, fondatori, soci o amministratori della società, **nei due anni dall'iscrizione** della società nel registro delle im-

prese; *ex art. 2446, 2° co.*, deliberare la riduzione del capitale quando è diminuito di oltre 1/3 in conseguenza di perdite);

– sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento degli atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità⁸ di questi per gli atti compiuti (la norma previgente prevedeva la possibilità che lo statuto riservasse all'assemblea ordinaria la decisione su determinati atti gestori; oggi, l'assemblea ordinaria di una S.p.A. che abbia un sistema di amministrazione e controllo tradizionali può deliberare solo su autorizzazioni al compimento di atti gestori previste dallo statuto; nelle S.p.A non è ammissibile una simile clausola statutaria).

Art. 2364-bis

(Assemblea ordinaria in società con consiglio di sorveglianza)

L'assemblea ordinaria delibera su:

– nomina e revoca i consiglieri di sorveglianza (*art. 2409-duodecies, 8° co.*, «Il presidente del Consiglio di sorveglianza è eletto dall'assemblea»);

– determina il compenso ad essi spettante se non è stabilito nello statuto;

– delibera sulla responsabilità dei consiglieri di sorveglianza (sulla responsabilità dei consiglieri di gestione delibera solo il consiglio di sorveglianza *ex art. 2409-terdecies, 1° co., lett. d)*;

– delibera sulla distribuzione degli utili (ma **non** sull'approvazione del bilancio! che è di competenza del consiglio di sorveglianza *ex art. 2409-terdecies, 1° co., lett. b*. In questo caso la delibera sulla distribuzione degli utili spetta sempre all'assemblea; *ex art. 2409-terdecies, 2° co.* lo statuto, e solo se lo statuto lo preveda, può contemplare che «in caso di mancata approvazione del bilancio o qualora lo richieda almeno 1/3 dei componenti del consiglio di gestione o di sorveglianza la competenza per l'approvazione del bilancio d'esercizio sia attribuita all'assemblea»);

– nomina il soggetto incaricato di effettuare la revisione dei conti.

⁸ «Malgrado l'approvazione assembleare gli amministratori **sono sempre liberi di non dare attuazione** ad atti di gestione che configurano la violazione dei doveri di corretta gestione e di salvaguarda del patrimonio sociale» (così, per tutti G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2015⁹, 358).

Per completare il quadro delle competenze assembleari diamo uno sguardo anche alle competenze dell'*Assemblea straordinaria* ex art. 2365, 1° co.:

- modificazioni statutarie (regole che disciplinano la vita societaria);
- nomina, sostituzione, poteri dei liquidatori;
- ogni altra materia espressamente attribuita dalla legge alla sua competenza (ex art. 2500-*septies*, 1° co., trasformazioni eterogenee; ex art. 2502, 1° co., fusione).

Oltre all'impossibilità di riservarsi nel sistema vigente competenze gestorie (ricordiamo ancora una volta che per l'art. 2380-*bis*, 1° co., «La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori»⁹), l'assemblea in sede straordinaria ha perso il potere di deliberare *sull'emissione di obbligazioni* (art. 2365 previgente. «L'assemblea straordinaria delibera sull'emissione di obbligazioni»); in base all'art. 2410, 1° co., infatti, «Se la legge o lo statuto non dispongono diversamente, l'emissione di obbligazioni è riservata agli amministratori». L'art. 2410 rimette in principio la decisione «all'organo amministrativo, salvo diversa previsione statutaria», perché, secondo la *Relazione* cit., «L'emissione di obbligazioni ha un significato soprattutto finanziario» pertanto «è parso opportuno ammettere la decisione di attribuire la competenza deliberativa in merito anche ad un organo diverso da quello rappresentato dall'assemblea»¹⁰.

L'art. 2365, 2° co., prescrive, infine, che lo **statuto** (ferma la possibilità di attribuire agli amministratori la possibilità di emettere obbligazioni convertibili in azioni ex art. 2420-*ter*, nonché di aumentare in una o più volte il capitale fino ad un ammontare determinato ex art. 2443) può attribuire alla competenza dell'organo amministrativo, del consiglio di gestione o del consiglio di sorveglianza le deliberazioni concernenti:

⁹ La stessa regola prevede l'art. 2409-*novies* per quanto riguarda il consiglio di gestione e l'art. 2409-*septiesdecies* per quanto attiene al consiglio di amministrazione nel sistema monistico.

¹⁰ *Relazione allo schema di disegno di legge-delega*, (nt. 3), sub art. 4, 43.

- la fusione per incorporazione di società controllate interamente possedute dall'incorporante o possedute al 90%;
- l'istituzione e la soppressione di sedi secondarie;
- l'indicazione di quali degli amministratori abbia la rappresentanza;
- la riduzione del capitale in caso di recesso del socio;
- gli adeguamenti dello statuto a disposizioni normative;
- il trasferimento della sede sociale nel territorio nazionale.

La dottrina si è, però, posta il problema se, nonostante le rigide prescrizioni normative sopra riportate, nell'ordinamento siano rinvenibili principi generali da cui desumere inderogabili poteri gestori «non scritti» dell'assemblea¹¹, come quello di essere comunque «coinvolta» dagli amministratori in scelte di ristrutturazioni aziendali tali da modificare le iniziali condizioni di rischio alle quali fu costituita la società.

¹¹ In tema, v. G.B. PORTALE-A. DACCÒ, *Accertamento di funzioni e di servizi nel gruppo e ruolo dell'assemblea della società controllata*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 477.

Capitolo 2

L'assemblea

a) Il principio maggioritario

L'assemblea è l'organo cui è istituzionalmente affidata, sia pure nei ristretti termini ora delineati dalle norme, la funzione deliberativa, che consiste nella formazione delle volontà sociali. Può essere *ordinaria* o *straordinaria* e il distinguo si fonda esclusivamente sull'oggetto delle decisioni, determinato dal legislatore. Essa decide seguendo il metodo collegiale sulla base del *principio maggioritario* che è «inteso dalla legge come criterio di organizzazione dei soci»¹ e trova «la sua giustificazione ultima nella considerazione che è poi la maggioranza quella che è esposta al rischio di una decisione sbagliata»².

La maggioranza è qui da intendersi come maggioranza di «interessi», individuata in proporzione alla misura della partecipazione³ dei singoli all'attività del gruppo; non è, quindi,

¹ L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto d'interessi nelle deliberazioni della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, 435.

² MENGONI, (nt. 1), 445.

³ *Quorum costitutivi e deliberativi* (artt. 2368-69). **Ordinaria**, *società chiuse*: intervento di tanti soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale, escluse dal computo le azioni prive del diritto di voto (art. 2368, 1° co.); in *seconda convocazione*, qualunque sia la parte del capitale rappresentata (art. 2369, 3° co.) e delibera a maggioranza assoluta; *aperte al mercato dei capitali di rischio* si tengono in unica convocazione: *costitutivi ordinaria* qualunque sia la parte di capitale rappresentata e delibera col voto favorevole di almeno due terzi del capitale; **straordinaria**, *società chiuse*: intervento di più della metà del capitale sociale (art. 2368, 2° co.), e delibera a maggioranza assoluta; in *seconda convocazione*,

una maggioranza di «numero», calcolata cioè secondo il criterio «una testa un voto», come prescritto per le assemblee delle società cooperative⁴.

intervento di più di un terzo del capitale sociale e delibera col voto favorevole di due terzi di questo; aperte al mercato dei capitali di rischio, oltre un terzo del capitale sociale e delibera col voto favorevole di almeno due terzi del capitale rappresentato in assemblea.

⁴ F. GALGANO, voce *Principio di maggioranza*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 547; O. VON GIERKE, *Über die Geschichte des Majoritätsprinzips*, in *Essays in Legal History*, cur. P. Vinogradoff, Oxford, 1913, 312-335 (trad. it., *Sulla storia del principio di maggioranza*, in *Riv. soc.*, 1961, 1103-1120, da cui cito: «Se nella Chiesa il principio maggioritario fu sempre escluso nelle questioni di fede, invece esso penetrò generalmente nelle elezioni e nelle altre deliberazioni collegiali su fatti esterni, benché anche qui fosse preferita l'unanimità. Nel primo medio evo influirono inoltre, sullo sviluppo del principio maggioritario, concezioni germaniche, così che esso fu considerato solo un mezzo per spianare la strada verso il *communis consensus*. L'elaborata teoria canonistica concordò però con la teoria romanistica nell'equiparazione della volontà della maggioranza a quella dell'intera comunità. Anch'essa insegnò che, in contrasto col principio *res communes pluribus ut singulis*, in tutti i *negotia universitatis* in forza della finzione legislativa *quod major pars facit, totam facere videtur*. Essa cercò un'intrinseca ragione di ciò, e la individuò nella probabilità che molti più facilmente di pochi colgono il giusto: *quia per plures melius veritas inquiritur* – detto di Innocenzo IV, in O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1873, 324, Anm. 246. Questo fu il pensiero direttivo della singolare rielaborazione del principio di maggioranza mediante l'introduzione della massima che vera maggioranza è soltanto la *maior et sanior pars*. La *pars numerosior* ha dalla sua solo la presunzione di una migliore perspicacia, ma non può valere come la parte maggiore non appena tale presunzione venga contraddetta. Sviluppatisi a poco a poco nella teoria e nella legislazione fin dal dodicesimo secolo e già considerato principio di validità generale nel 1179 da Alessandro III nel terzo Concilio Lateranense. Il dogma *maior et sanior pars* si affermò ben presto in contrasto nel diritto canonico. Per la verità, la concezione che i voti non debbono soltanto essere contati ma anche valutati, non era estranea neppure al diritto germanico e si espresse nel principio della prevalenza dei voti dei più rispettabili in sede di deliberazione assembleare; ma il diritto canonico tradusse tale concezione in forma giuridica e spiritualizzò il metro della valutazione. Per accertare quale parte sia «più sana», debbono considerarsi, oltre il credito (*auctoritas*) dei votanti, anche le loro qualità spirituali e morali (*ratio et pietas*) e la purezza dei loro motivi (*bonus zelus et aequitas*), ma insieme deve essere esaminata la ragionevolezza del risultato (e particolarmente, nelle elezioni, la dignità dell'eletto). Proprio nelle regole relative alla valutazione dei singoli momenti si manifesta in modo particolare il tratto spiritualistico del diritto canonico. L'esigenza della *sanioritas* significa però anche cedimento del principio maggioritario sotto il principio gerarchico-autoritario. Perché la decisione sta esclusivamente nelle mani del superiore ecclesiastico. Più volte è stata perfino propugnata l'opinione che anche una minoranza diventa, con la *sanioritas*, *major pars*, col che in fondo il principio maggioritario veniva ad essere del tutto soppiantato. Prevalse tuttavia, infine, la concezione che, perché si avesse una deliberazione valida, era indispensabile *major et sanior pars*, cioè doveva esserci contemporaneamente preponderanza del numero e del valore dei voti. E almeno in sede di elezioni si fece strada la concezione che, se si for-

b) L'esercizio del diritto di voto

Per meglio intendere le caratteristiche del voto assembleare in una S.p.A. è utile un raffronto con le peculiarità del voto politico. Secondo l'art. 48 Cost. il voto politico «è personale, uguale, libero e segreto»; il voto societario, al contrario, **non è personale**: può essere infatti, oggetto di rappresentanza: «salvo diversa disposizione statutaria, i soci possono farsi rappresentare in assemblea» (art. 2372); **non è uguale, perché** «ogni azione attribuisce il diritto di voto» (art. 2351, 1° co.) e, «salvo quanto previsto dalle leggi speciali, lo statuto può prevedere la creazione di azioni con diritto di *voto plurimo* anche per particolari argomenti o subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative. Ciascuna azione a voto plurimo può avere fino a un massimo di tre voti» (art. cit., 4° co.)⁵; la maggioranza, dunque, si raggiunge per quote, diversamente articolate, non per teste; **può essere vincolato**: il socio, cioè, potrebbe essere obbligato, in virtù di un patto parasociale, a votare in assemblea in modo prestabilito (art. 2341-*bis*); non può essere **segreto**, perché *ex art. 2375* «il verbale deve indicare l'identità dei partecipanti ... e deve consentire l'identificazione dei soci favorevoli o astenuti o dissenzienti», **in quanto unicamente i soci astenuti, dissenzienti e assenti che raggiungano le percentuali azionarie richieste dalla legge**, possono impugnare le deliberazioni assembleari (art. 2377, 2° e 3° co.).

mava la maggioranza di due terzi era necessaria nell'unico caso in cui mancava la possibilità di un esame della *sanioritas* da parte di un superiore ecclesiastico, cioè nell'elezione del papa. Se in origine i canonisti pretesero di attribuire validità generale al requisito della *major et sanior pars* e ottennero qua e là approvazione, alla via prevalse tuttavia l'opinione che si trattasse di una peculiarità del diritto canonico. Questa regola s'incontra, infatti, solo di rado nel diritto secolare. Diventò per contro di portata generale la concezione canonista che una forte preponderanza numerica offrì una garanzia circa la ragionevolezza della deliberazione maggioritaria. Ad essa si ricollega l'esigenza di una maggioranza di due terzi o di tre quarti per deliberazioni di particolare importanza, soprattutto per le modificazioni statutarie, esigenza che si fa spesso strada già nel medio evo e che oggi è una delle più diffuse limitazioni del principio maggioritario», *ivi*, 1111-1112).

⁵ Comma così sostituito dall'art. 20, co. 8-*bis*, d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 116 (su cui v. *infra*, cap. 7).

Soggetti chiamati a decidere col voto in assemblea:

i soci,

per l'art. 2370, 1° co., «possono intervenire in assemblea solo gli azionisti cui spetta il diritto di voto»; peraltro, «lo statuto può consentire l'intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione o l'espressione del voto per corrispondenza» (2370, 4° co.);

ma possono essere anche non soci (art. 2352),

in caso di *pegno* (delle azioni), creditore pignoratizio;
usufrutto, usufruttuario;
sequestro, custode.

ex art. 2351, 5° co., possono essere forniti di diritti di voto su argomenti specificamente indicati e può ad essi essere riservata la nomina di un componente indipendente del Consiglio d'Amministrazione o del Consiglio di Sorveglianza o di un sindaco, i possessori di strumenti finanziari emessi a fronte dell'apporto di opere e servizi (2346, ult. co.), e gli strumenti finanziari emessi a favore di prestatori di lavoro (2349, 2° co.).

c) Le deleghe di voto

Va subito premesso, che⁶

poiché il delegante nelle spa è di regola un socio assenteista, come tale sovente disinteressato e inconsapevole, mentre il delegato è normalmente in possesso di informazioni e della professionalità necessarie per decidere, l'esercizio del diritto di voto da parte di quest'ultimo finisce per avvenire in assoluta autonomia dal primo, il quale non si preoccupa solitamente, non essendo neppure in grado di farlo, di dare istruzioni. Per conseguenza il rappresentante è in grado di esercitare un potere il quale non subendo normalmente alcuna limitazione da parte del titolare del diritto di voto, acquista di fatto lo stesso carattere

⁶ G. ZANARONE, *L'assemblea*, in *Diritto Commerciale*, Bologna, 2010⁶, 188-189.

di assolutezza e discrezionalità che avrebbe se fosse esplicito da quest'ultimo senza, peraltro, che ad esso faccia da contrappeso un corrispondente rischio, data la mancanza di una partecipazione sociale necessaria del rappresentante.

Per **evitare abusi** da parte:

1. di chi riceva un incarico di rappresentanza pur essendo portatore di un autonomo interesse nella vicenda societaria;
2. di chi raccolga le deleghe secondo le regole della maggioranza pur in assenza di un proprio corrispondente investimento, il legislatore è intervenuto a porre **limiti e condizioni** alla rappresentanza in assemblea⁷.

L'art. 2372 (rubricato, appunto, *Rappresentanza nell'assemblea*), contiene le norme di base dell'istituto ed alcune norme specifiche per le società aperte⁸. Di seguito ne esaminiamo i singoli commi contrassegnati dal relativo numero e dal testo in corsivo.

Il principio posto dall'art. 2372, 1° co., è che *Coloro ai quali spetta il diritto di voto possono farsi rappresentare nell'assemblea*, ma nelle *società chiuse*, lo statuto può disporre diversamente (art. cit.). Continua il 1° co., prescrivendo che *La rappresentanza deve essere conferita per iscritto* [la forma scritta è qui richiesta *ad substantiam*; in assenza di forma scritta la rappresentanza è nulla⁹]; «il requisito di forma vale ad assicurare un determina-

⁷ ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*⁴, a cura di U. Morera, G. Olivieri, M. Perassi e F. Vella, Bologna, 2012, 145.

⁸ Le norme di quest'articolo sono state modificate dal d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27, *Attuazione della direttiva 2007/36/CE, relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate*, in G.U. n. 53 del 5 marzo 2010 – Suppl. Ordinario n. 43; per il regime delle quotate bisogna far riferimento anche alle norme del T.u.f. (artt. 135-novies ss.).

⁹ AURELIO MIRONE, *Il sistema tradizionale: l'assemblea*, in *Diritto Commerciale*, II, Torino 2013, 401, «In generale, **la violazione dei divieti** e delle prescrizioni poste dal codice e sin qui esaminate comporta **la nullità della procura** e pertanto anche la nullità del voto espresso dal delegato. In casi di superamento dei limiti quantitativi, la nullità dovrebbe essere limitata ai soli voti in esubero. La nullità del voto comporta però la mera annullabilità della delibera – e solo se il voto è determinante per il raggiungimento delle maggioranze costitutive e deliberative – per espressa disposizione dell'art. 2377, 5° co., n. 2».

to grado di consapevolezza nell'affidamento dell'incarico da parte del rappresentato»¹⁰] e i documenti relativi devono essere conservati dalla società [«tale adempimento è volto a consentire il controllo della regolare costituzione dell'assemblea»¹¹].

3° co. *La delega non può essere rilasciata con il nome del rappresentante in bianco ed è sempre revocabile nonostante ogni patto contrario. Il rappresentante può farsi sostituire solo da chi sia espressamente indicato nella delega* [«la norma è chiaramente volta a contenere il rischio della sostanziale scissione tra azione e voto»¹²].

4° co. *Se la rappresentanza è conferita ad una società, associazione, fondazione od altro ente collettivo o istituzione, questi possono delegare soltanto un proprio dipendente o collaboratore.*

[«Poiché la rappresentanza conferita ad un ente non è fondata sulla fiducia verso una persona fisica determinata, bensì sulla fiducia verso un'organizzazione, ad essa è sempre consentito di sub delegare ad un proprio dipendente o collaboratore»¹³].

6° co. [**Evitare l'incetta di deleghe**] *La stessa persona non può rappresentare in assemblea più di venti soci o, se si tratta di società previste nel secondo comma di questo articolo [i.e. società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio], più di cinquanta soci se la società ha capitale non superiore a cinque milioni di euro, più di cento soci se la società ha capitale superiore a cinque milioni di euro e non superiore a venticinque milioni di euro, e più di duecento soci se la società ha capitale superiore a venticinque milioni di euro.* [Norma volta ad **evitare l'incetta di deleghe**. Questi limiti quantitativi sono diretti a contenere tale fenomeno, perché altera la correttezza del sistema imperniato sulla base del principio della maggioranza per interesse: chi più rischia deve avere più potere di voto. Si vuole evitare che taluno sulla base di poche azioni, fa-

¹⁰ ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, (nt. 7), 145.

¹¹ ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, (nt. 7), 145.

¹² ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, (nt. 7), 146.

¹³ *Relazione al Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 (c.d. Vietti), § 5, in www.tuttocamere.it.*

ciendo incetta di deleghe disponga di una maggioranza lontana dal potere effettivo che avrebbe in assemblea sulla base unicamente delle sue azioni.]

5° co. [Divieti soggettivi] *La rappresentanza non può essere conferita né ai membri degli organi amministrativi o di controllo o ai dipendenti della società, né alle società da essa controllate o ai membri degli organi amministrativi o di controllo o ai dipendenti di queste.* [«Si tratta fundamentalmente, degli organi amministrativi e di controllo, il cui eventuale tentativo di accaparrare, tramite incetta di deleghe, un potere non correlato al rischio si presenta particolarmente pericoloso, dato l'elevato grado di informazione e dunque di autonomia decisoria che il loro ruolo comporta. Ma si tratta altresì di tutti quei soggetti che, in un modo o nell'altro, possono essere influenzati dai suddetti esponenti, e quindi costruire strumento indiretto del potere di questi ultimi: così si spiega il divieto di conferire la rappresentanza ai dipendenti della società (stante il vincolo di subordinazione che li lega agli amministratori), nonché alle società da essa controllate e agli amministratori, sindaci consiglieri di sorveglianza e dipendenti di queste (data la comune soggezione di tali figure all'influenza dominante degli amministratori della controllante)»¹⁴].

8° co. *Le disposizioni del quinto [i.e. divieti soggettivi] e del sesto comma [i.e. incetta di deleghe] non si applicano alle società con azioni quotate nei mercati regolamentati diverse [per le quotate, come si diceva, bisogna far riferimento alla specifica disciplina di cui agli artt. 135-novies ss. T.u.f., di cui infra] dalle società cooperative. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 2539. [i.e., limiti di rappresentanza e legittimati a rappresentare il socio imprenditore individuale]. Nelle quotate diverse dalle cooperative, infatti, è consentita la delega ad un rappresentante in conflitto d'interessi, basta che il conflitto sia dichiarato (art. 135-decies.1 T.u.f.). L'ultimo periodo del 1° co., art. cit.¹⁵ esclude l'applicabilità dell'art. 1711, 2°*

¹⁴ ZANARONE, (nt. 6), 189.

¹⁵ Aggiunto dall'art. 3.13, lett. a), d.lgs. 18 giugno 2012, n. 91, *Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 27, recante attuazione della direttiva 2007/36/CE, rela-*

co.¹⁶ alle deleghe relative al voto nelle assemblee delle quotate, norma che sembra invece continui ad applicarsi alle deleghe inerenti al voto in società chiuse e con azioni diffuse. Il conflitto d'interesse si presume *iuris et de iure*, nei casi previsti dall'art. 135-*decies*, comma 2, T.u.f.

2° co. [**Norme specifiche per società aperte**] Mentre nelle società chiuse la rappresentanza può essere generale, *cioè per un numero imprecisato o comunque per qualsiasi assemblea se trattasi di procura generale, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio [azioni diffuse o quotate] la rappresentanza può essere conferita solo per singole assemblee, con effetto anche per le successive convocazioni* [se la procura è conferita ad una persona fisica], *salvo che si tratti di procura generale o di procura conferita da una società, associazione, fondazione o altro ente collettivo o istituzione ad un proprio dipendente.* [«La ragione della limitazione risiede nella esigenza di evitare una sostanziale alienazione del diritto di voto da parte del titolare, situazione questa che si può determinare quando l'incarico di rappresentante sia affidato senza riferimento ad una specifica assemblea, dunque senza consapevolezza *ex ante* delle materie che saranno oggetto di voto. Il rischio diviene rilevante nelle società aperte nelle quali il socio mero investitore già tende a non partecipare al momento decisionale. Per questo motivo la riforma ha mantenuto per queste società la limitazione in questione, che prima era posta in via generale»¹⁷].

7° co. *Le disposizioni del quinto [incetta di deleghe] e del sesto comma [divieti soggettivi] di questo articolo si applicano anche nel caso di girata delle azioni per procura.*

tiva all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate (G.U., 2 luglio 2012, n. 152) (v. nt. 8).

¹⁶ Secondo cui «Il mandatario può discostarsi dalle istruzioni ricevute, qualora circostanze ignote al mandante, e tali che non possano essergli comunicate in tempo, facciano ragionevolmente presumere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione»; peraltro, l'art. 135-*undecies*.5 T.u.f. dispone che «5. Con il regolamento di cui al comma 2, la Consob può stabilire i casi in cui il rappresentante che non si trovi in alcuna delle condizioni indicate all'articolo 135-*decies* può esprimere un voto difforme da quello indicato nelle istruzioni».

¹⁷ ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, (nt. 7), 146.