

Università Commerciale Luigi Bocconi – Milano
Dottorato di Ricerca in Diritto Commerciale – XVI ciclo



IL PROCEDIMENTO NON ASSEMBLEARE NELLA SOCIETÀ
A RESPONSABILITÀ LIMITATA

RELATORE

Chiar.mo Prof. Giuseppe Zanarone

CANDIDATO

Paolo Rainelli

Matricola n. 903757

ANNO ACCADEMICO 2006

INDICE SOMMARIO

PARTE PRIMA

LE DECISIONI NON ASSEMBLEARI NELLA SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA: LA DISCIPLINA DELLA RIFORMA

CAPITOLO PRIMO

LE DECISIONI NON ASSEMBLEARI: NOZIONE E LIMITI

1.1. Premessa e precisazioni terminologiche	1
1.2 Sistema decisionale nelle società di persone: influenze sulla disciplina della società a responsabilità limitata	7
1.3 La nozione di decisione nella società a responsabilità limitata: neutralità della categoria normativa.....	12
1.4 La ripartizione di competenze tra soci ed amministratori (cenni)	14
1.5. La consultazione scritta e il consenso espresso per iscritto: criteri distintivi	20
1.6 I presupposti all'adozione delle decisioni non assembleari: la clausola autorizzativa	28
1.7 Le riserve di collegialità: le modifiche dell'atto costitutivo	29
1.8 Le operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci.....	35
1.9 Le altre riserve di collegialità: i problemi di coordinamento sistematico con particolare riferimento alla riduzione del capitale per perdite, allo scioglimento e alla disciplina fallimentare.....	43
1.10 La richiesta dei soci o degli amministratori: la sollecitazione della riunione assembleare (rinvio).....	52

CAPITOLO SECONDO

IL PROCEDIMENTO DI ASSUNZIONE DELLE DECISIONI NON ASSEMBLEARI

2.1. L'iniziativa: i soggetti legittimati ad avviare il procedimento decisionale.....	57
2.2 La proposta di decisione ed il soggetto incaricato alla raccolta delle manifestazioni di voto	62
2.3 Il diritto di partecipazione e di informazione del socio. Il dovere di informazione agli amministratori ed al collegio sindacale.....	69
2.4 La natura della dichiarazione di consenso ed il problema della concordanza delle dichiarazioni rese dai soci.....	78
2.5 Il requisito di forma delle dichiarazioni dei soci	84

2.6 La compatibilità dei metodi extra-assembleari con la disciplina della rappresentanza e delle società unipersonali	86
2.7 I limiti temporali di efficacia, la revoca del voto espresso e le modalità di astensione.....	88
2.8 Le maggioranze.....	93
2.9 La richiesta di riunione assembleare da parte dei soci e degli amministratori: modalità e termini	97
2.10 Il perfezionamento della decisione e le fasi successive: la verbalizzazione, la trascrizione sui libri sociali e l'iscrizione nel Registro delle Imprese	101
2.11 La configurabilità di una decisione non assembleare totalitaria in mancanza di previsione statutaria: la <i>unanimous consent rule</i>	109
2.12 Il ruolo dell'autonomia statutaria nella strutturazione del procedimento: tecniche redazionali nella formulazione della clausola autorizzativa	110

CAPITOLO TERZO

L'INVALIDITÀ DELLE DECISIONI NON ASSEMBLEARI

3.1 L'unitarietà del regime sanzionatorio delle decisioni viziate e l'incidenza dei procedimenti non assembleari sulla disciplina	122
3.2 Le decisioni non assembleari annullabili.....	124
3.3 La nullità delle decisioni non assembleari: i contorni dell'assenza assoluta di informazione ed il problematico inquadramento della violazione di riserve legali di collegialità.....	133
3.4 Le conseguenze del mancato rispetto dei requisiti di forma: il rischio di reviviscenza della nozione di inesistenza	149

PARTE SECONDA

LA DISCIPLINA ITALIANA NEL PANORAMA INTERNAZIONALE: LA SOSTANZIALE TENUTA DEL PRINCIPIO DI COLLEGIALITÀ

CAPITOLO QUARTO

LE PROCEDURE NON ASSEMBLEARI NEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI STRANIERI

4.1 I modelli ispiratori della riforma e le finalità dell'analisi comparativa dei processi decisionali extra-assembleari	158
4.2 Le decisioni non assembleari nella <i>GmbH</i> tedesca: le varianti procedurali ammesse dal paragrafo 48 del <i>GmbHGesetz</i>	159

4.3 La configurabilità di decisioni non assembleari di tipo diverso e lo spazio riservato dall'ordinamento tedesco all'autonomia statutaria	172
4.4 Il metodo non assembleare nella <i>société à responsabilité limitée française</i> e nei principali ordinamenti continentali	175
4.5 Gli <i>acuerdos por escrito</i> nella <i>sociedad de responsabilidad limitada</i> spagnola: tra esperienze passate, ripensamenti e prospettive di riforma	186
4.6 La <i>unanimous consent doctrine</i> e l'evoluzione dei procedimenti non assembleari nel Regno Unito	194
4.7 L' <i>action without a meeting</i> nelle <i>limited liability companies</i> e nelle <i>close corporations</i> statunitensi	203
4.8 Conclusioni dell'indagine comparativa	213

CAPITOLO QUINTO

IL TRAMONTO APPARENTE DELLA COLLEGIALITÀ

5.1 Lo sgretolamento del dogma della collegialità: dalla certezza apparente alla formulazione di un duplice interrogativo	216
5.2 L'attenuazione della collegialità nella società a responsabilità limitata	220
5.3 I benefici ed i rischi effettivi dei metodi non assembleari: conclusioni	227
BIBLIOGRAFIA	231

PARTE PRIMA

LE DECISIONI NON ASSEMBLEARI NELLA SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA: LA DISCIPLINA DELLA RIFORMA

CAPITOLO PRIMO

LE DECISIONI NON ASSEMBLEARI: NOZIONE E LIMITI

SOMMARIO: 1.1 Premessa e precisazioni terminologiche; 1.2 Sistema decisionale nelle società di persone: influenze sulla disciplina della società a responsabilità limitata; 1.3 La nozione di decisione nella società a responsabilità limitata: neutralità della categoria normativa; 1.4 La ripartizione di competenze tra soci ed amministratori (ccnni); 1.5 La consultazione scritta e il consenso espresso per iscritto: criteri distintivi; 1.6 Presupposti all'adozione delle decisioni non assembleari: la clausola autorizzativa; 1.7 Le riserve di collegialità: le modifiche dell'atto costitutivo; 1.8 Le operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci; 1.9 Le altre riserve di collegialità: i problemi di coordinamento sistematico con particolare riferimento alla riduzione del capitale per perdite, alla liquidazione e alla disciplina fallimentare; 1.10 La richiesta dei soci o degli amministratori: l'esercizio del diritto di conversione del procedimento (rinvio).

1.1. Premessa e precisazioni terminologiche

La libertà di forme organizzative, principio ispiratore della riforma della società a responsabilità limitata nel suo complesso¹, ha trovato terreno fertile nella disciplina dei processi decisionali dei soci²: sotto questo profilo, la società a responsabilità limitata si

¹ L'art. 3, comma 2, lett. c) della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366 invitava il legislatore delegato a "riconoscere ampia autonomia statutaria riguardo alle strutture organizzative, ai procedimenti decisionali della società e agli strumenti di tutela degli interessi dei soci [...]"; già il legislatore delegante evitava quindi il termine "assemblea", preferendo ricorrere alla locuzione "procedimenti decisionali", in modo da legittimare la previsione di modalità alternative di assunzione delle decisioni (sul punto, in sede di commento alla legge delega, LENER, *L'assemblea nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 171).

² Nella disciplina delle decisioni è infatti possibile cogliere appieno la flessibilità del tipo s.r.l.: si tratta certamente di uno dei settori in cui la riforma ha inciso con maggiore profondità, dando luogo a radicali cambiamenti rispetto alla disciplina previgente; sul punto in sede di primo commento alla riforma ed ai

emancipa rispetto al modello azionario per la marcata destrutturazione dell'impianto organizzativo, per la semplificazione dei procedimenti³ e per il carattere tendenzialmente derogabile della disciplina dettata.

Un primo cambiamento evidente investe la terminologia utilizzata dal legislatore: la sezione nella quale viene raccolta la disciplina in materia di procedimenti decisionali è rubricata "delle decisioni dei soci" e la proposizione introduttiva dell'art. 2479, per indicare le materie riservate alla competenza esclusiva dei soci, fa ricorso al verbo "decidere" in luogo di "deliberare". Non si tratta di mere variazioni terminologiche, ma di un radicale mutamento di prospettiva: nel nuovo ordinamento la decisione dei soci si configura come categoria generale di formazione della volontà, andando a sostituire la deliberazione assembleare, tradizionalmente intesa nelle società di capitali come lo strumento esclusivo di manifestazione della volontà sociale. Parallelamente l'assemblea sembrerebbe perdere il connotato di organo coesistente alla struttura corporativa, per assumere la veste di metodo di adozione delle decisioni⁴, cui si affiancano soluzioni alternative, attraverso le quali è consentita l'adozione delle decisioni al di fuori di un unico contesto spazio temporale, prescindendo da una formale discussione assembleare⁵.

Il secondo tratto distintivo è costituito dall'ampio spazio riconosciuto all'autonomia negoziale nel modellare gran parte del processo di formazione della volontà sociale: la

progetti M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO, PATRIARCA E PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003, 45; BUONOCORE, *La società a responsabilità limitata*, in BUONOCORE (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, 155; MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: appunti*, in *Società*, 2002, 1449 e GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, vol. XXIX, Padova, 2003, 475.

³ Sui propositi di semplificazione enunciati nella legge delega e sottesi alla riforma nel suo complesso, si rimanda a WEIGMANN, *La semplificazione del diritto societario*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole – Scritti giuridici per Guido Rossi*, Tomo I, Milano, 2002, 85.

⁴ Secondo BUONOCORE, *op. cit.*, 156 la nuova assemblea di s.r.l. si configura come "organo residuale", chiamato a deliberare solo quando siano in gioco interessi dei terzi; sul carattere suppletivo del metodo assembleare, SARALE, *Il nuovo volto dell'assemblea sociale*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003.

⁵ Sulla collegialità "attenuata" – tema centrale sul quale ci dilungheremo nel prosieguo – vedi CAGNASSO, *I "volti" della "nuova" società a responsabilità limitata*, in AA. VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, cit. e ID., *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l. adottate mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto: una semplificazione?*, in *Riv. soc.*, 2005, 149.

riforma ci ha consegnato una società a struttura organizzativa e decisionale variabile, che può oscillare dall'archetipo personalistico ("quasi-s.n.c.") sino a quello capitalistico ("quasi-s.p.a."), passando per una gamma pressoché illimitata di soluzioni intermedie⁶. Il legislatore, in tema di organizzazione interna, si è infatti mosso dalla convinzione che la società a responsabilità limitata sia formata principalmente da soci imprenditori, in grado di cogliere il significato e di rappresentarsi le conseguenze delle clausole apposte: questo approccio, percepibile in modo trasversale nella struttura del tipo sociale⁷, è particolarmente evidente nella disciplina dei processi decisionali.

Infine emerge chiaramente l'affermazione del ruolo centrale assegnato ai soci e alle loro determinazioni nell'attività sociale⁸: nell'assetto risultante dalla riforma, la collettività dei soci – attraverso apposite previsioni statutarie o attraverso la sistematica avocazione delle decisioni spettanti agli amministratori – può assumere, così come avviene nella *GmbH* tedesca, il ruolo di organo sovrano, al quale sono riservate prerogative di istruzione e poteri di ingerenza nei confronti dell'organo gestorio⁹.

⁶ ZANARONE, *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole – Scritti giuridici per Guido Rossi*, cit., 119; PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. giur.*, 2003, 147; sui rischi sottesi alla scarsità di limiti all'autonomia negoziale nella s.r.l., ZANARONE, *L'accentuazione dell'autonomia statutaria nella nuova s.r.l.*, in AFFERNI, DE ANGELIS (a cura di), *Progetto Mirone e modelli organizzativi per la piccola e media impresa*, Milano, 2001, 15.

⁷ La concreta individuazione delle soluzioni più adatte alle singole esigenze dei soci passa tuttavia attraverso la redazione di apposite clausole statutarie, operazione che comporta costi di transazione tanto maggiori quanto più ci si scosta dal modello legale (così ZANARONE, *Quale modello legale per la nuova s.r.l.?*, in AA. VV., *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, cit., 75). Proprio al fine di ovviare a simili inconvenienti i sistemi anglosassoni hanno predisposto due distinti regimi giuridici dedicati alle società a ristretta base sociale: il primo di stampo capitalistico-corporativo (*close corporations* statunitensi e *private companies* inglesi), il secondo di matrice personalistica, caratterizzato dall'attribuzione diretta ai soci dei poteri di *management* (*limited liability companies* e *limited liability partnerships*, introdotte nel sistema inglese con il *Limited Liability Partnership Act* del 2000).

⁸ Sui vari profili di centralità del socio nella nuova disciplina vedi, per tutti, ZANARONE, *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, cit., 119; ID., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 58.

⁹ La centralità dei soci viene tuttavia bilanciata dalla previsione di una corrispondente responsabilità civile, nella quale incorrono, ai sensi dell'art. 2476, i soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi: nella relazione al decreto di riforma, questa disposizione, che non trova riscontro nella disciplina della s.p.a., viene ricondotta proprio alle

Quest'ultimo rilievo risulta decisivo per comprendere l'importanza delle decisioni dei soci nella struttura di *governance* della nuova società a responsabilità limitata e, di riflesso, l'importanza delle modalità di assunzione di tali decisioni. Nel presente studio ci soffermeremo su una delle novità più rilevanti introdotte dalla riforma sul punto, ossia la possibilità che le decisioni siano adottate mediante "consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto". La categoria generale "decisione dei soci" si articola infatti al suo interno in due distinti procedimenti di formazione della volontà sociale: da un lato il metodo assembleare, ossia il modello "formalizzato" tradizionale delle società a base capitalistica, dall'altro il procedimento extra-assembleare, metodo opzionale destinato a trovare applicazione solo in presenza di una previsione statutaria. L'introduzione di questo modello è infatti disciplinata secondo lo schema dell'*opt-in*, ossia sulla base di una scelta consapevole effettuata dai soci allo scopo di avvicinare questa fase nevralgica della vita sociale al modello personalistico¹⁰.

A tutela della regolarità e della trasparenza del procedimento, la legge impone come vedremo il requisito imprescindibile della forma scritta, nonché l'obbligo di conservare le decisioni e la relativa documentazione in un libro sociale apposito¹¹. Un ulteriore limite all'applicazione di tale metodo è costituito dall'individuazione di alcune materie riservate, per le quali è sempre necessaria l'assunzione della decisione mediante deliberazione assembleare. Per tutte le altre materie, l'atto costitutivo può prevedere l'adozione di un procedimento snello e semplificato, basato sulla "consultazione scritta"

caratteristiche peculiari della società a responsabilità limitata, nella quale si assiste frequentemente ad uno spostamento dell'effettiva gestione in capo ai soci. Sullo spostamento di competenze e sulle conseguenze in tema di responsabilità si rinvia a BENAZZO, *La s.r.l. nella riforma del diritto societario: società di capitali o società di persone?*, in AA. VV., *Verso un nuovo diritto societario*, cit., 123, il quale richiama il dibattito sviluppatosi in tema di "assemblea amministratrice", introdotta per la piccola società cooperativa dall'art. 21 della legge 266 del 1997 (in particolare cfr. ABBADESSA, *L'assemblea amministratrice nelle piccole cooperative*, in *Riv. soc.*, 1999, 201 e SERRA, *Note in tema di piccola società cooperativa*, in *Scritti in onore di A. Pavone La Rosa*, I, Milano, 1999, 1281).

¹⁰ Si assiste quindi al tramonto di "ogni precedente riflessione sull'inderogabilità dell'assetto corporativo" (M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, cit., 36-37); il ricorso al sistema dell'*opt-in*, osserva l'Autore, consente agli operatori di modellare in chiave marcatamente personalistica gli assetti organizzativi, ma anche di non fruire di questa possibilità, mantenendo o addirittura rafforzando la struttura corporativa.

¹¹ Tra i libri sociali obbligatori, la legge (art. 2478) menziona infatti il libro delle decisioni dei soci, specificando la necessità di provvedere alla trascrizione sia dei verbali d'assemblea, sia delle decisioni assunte in forma non assembleare, nonché alla conservazione della relativa documentazione.

dei soci o sul "consenso espresso per iscritto": la norma sul punto è estremamente sintetica, priva di indicazioni per comprendere quali siano le differenze tra le due fattispecie menzionate e richiede sotto numerosi profili un'analisi dettagliata.

Indipendentemente dai criteri di distinzione, i metodi decisionali opzionali delineati dalla riforma sembrerebbero, ad un primo sguardo, sacrificare la fase dibattimentale e neutralizzare quegli effetti comunemente ritenuti conseguenti alla discussione, come la maggior ponderazione, la possibilità di influenzarsi vicendevolmente e la facoltà di ridefinire il contenuto delle proposte¹². Il legislatore sembra aver preso consapevolezza del fatto che, anche nel sistema previgente, le formali riunioni assembleari difficilmente avevano luogo nella prassi, specie nelle società a responsabilità limitata familiari o a ristrettissima base sociale¹³, tramutandosi spesso in mere incombenze burocratiche ed in vuote liturgie, in quanto le decisioni erano già state prese altrove, magari tra le mura domestiche o nel quotidiano ambiente di lavoro¹⁴: le annuali assemblee di approvazione del bilancio tra coniugi non si sono mai concretamente tenute, se non nell'immaginazione di chi compilava i verbali. Nei contesti in cui il confronto avviene ogni giorno, anche al di fuori dell'ambiente lavorativo, le ritualità assembleari non contribuiscono in modo significativo all'efficienza della decisione, ma rischiano anzi di pregiudicare le esigenze dell'impresa, in particolare nei casi di urgenza, rallentando pesantemente il processo di formazione della volontà.

La possibilità di adottare le decisioni sociali al di fuori del contesto assembleare giunge quindi in risposta ad esigenze di ordine pratico, già avanzate e valutate in precedenti progetti di riforma. Negli anni sessanta il progetto De Gregorio¹⁵ aveva

¹² Proprio sulla possibilità di modificare le proposte si era soffermata la giurisprudenza nel valutare la legittimità del sistema referendario per la nomina degli amministratori (Cass., 19 ottobre 1990, n. 10171, in *Foro it.*, 1991, I, 2154; App. Torino, 11 febbraio 1987, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2, 389). Per ulteriori richiami sul punto si rinvia a S. ROSSI, *Il voto extrassembleare nelle società di capitali*, Milano, 1997, 8, nt. 5.

¹³ Sui peculiari profili che connotano l'assemblea e i processi decisionali nelle s.r.l. unipersonali e sulle soluzioni adottate nei principali ordinamenti stranieri, vedi ZAMPERETTI, *La società unipersonale a responsabilità limitata. Organizzazione interna e procedimenti decisionali*, Milano, 1996, 56.

¹⁴ Sulla funzione dell'assemblea nelle società di capitali alla luce delle prospettive di riforma vedi D'ALESSANDRO, *Nuovo ruolo dell'assemblea?*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole*, cit., 99.

¹⁵ La presentazione dello schema del disegno di legge (pubblicato in *Riv. Soc.*, 1966, 93) alimentò in quegli anni un interessante dibattito dottrinale sull'istituto delle deliberazioni extra-assembleari, destinato a soprirsi con il tramonto del progetto di riforma (vedi ABBADESSA, *Deliberazioni senza assemblea nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, 300, ove ampi richiami alle analoghe proposte riscontrabili nel progetto Vivante; FERRARA, *Sguardo generale alla riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 1966, 32;

contemplato la possibilità di deliberazioni senza assemblea: l'ammissibilità delle stesse era tuttavia condizionata a due presupposti, da un lato doveva trattarsi di delibere di assemblea ordinaria, dall'altro l'istituto non poteva trovare applicazione quando l'amministrazione della società era affidata a non soci o in presenza del collegio sindacale¹⁶. In quella sede vennero disciplinate in dettaglio anche le modalità di manifestazione del voto, imponendo che le dichiarazioni scritte, tra loro concordanti e provenienti da tutti i soci, venissero presentate alla società, a condizione che tra le singole manifestazioni di voto non intercorresse un intervallo di tempo superiore a due mesi.

L'approccio della recente riforma nell'introdurre detti sistemi è caratterizzato da una minore analiticità e richiede uno sforzo esegetico che permetta di risolvere le numerose incertezze interpretative. Il presente studio si prefigge, nella prima parte, di analizzare la disciplina legislativa, da un punto di vista sistematico e procedurale, affrontando la delicata questione dell'invalidità in un'ottica meramente funzionale all'indagine e, nella seconda parte, di raffrontare i risultati ottenuti con le esperienze maturate nei maggiori ordinamenti stranieri, che consentono da decenni il ricorso ai metodi extra-assembleari nei tipi assimilabili alla nostra società a responsabilità limitata e costituiscono un affidabile banco di prova dei problemi applicativi che potrebbero emergere anche nella prassi italiana, per poi vagliare i rischi connessi all'adozione dei modelli non assembleari e soprattutto la tenuta del principio di collegialità alla luce della nuova disciplina introdotta. Sull'ultimo punto occorre, sin d'ora, premettere una duplice precisazione: l'ambito di indagine è qui circoscritto, al di là dei necessari richiami, ai due procedimenti alternativi introdotti dalla riforma nella disciplina della società a

SANTINI, *La società a responsabilità limitata, ibidem*, 51). Sui problemi nascenti dalle disposizioni del progetto in tema di assemblea si vedano anche COTTINO, *La riforma delle società commerciali*, Modena, 1968, 119; DE GENNARO, *La riforma della disciplina sociale*, in *Riv. soc.*, 1966, 126 e SCORZA, *Osservazioni in tema di assemblea totalitaria, Ivi*, 1967, 1195.

¹⁶ Il primo limite trovava giustificazione nella più rigorosa documentazione prevista per le deliberazioni di assemblea straordinaria o, più correttamente, nel ritenere utile la discussione assembleare in ordine ad operazioni di fondamentale importanza per la vita della società; il secondo limite (amministrazione a non soci e collegio sindacale), secondo la relazione di accompagnamento al progetto di riforma, era fissato in applicazione dei principi in tema di assemblea totalitaria, non essendo possibile "introdurre alcun equivalente della presenza in assemblea di codesti organi". Il fondamento di questi ultimi presupposti fu tuttavia oggetto di critiche da parte della migliore dottrina: secondo SANTINI, *op. ult. cit.*, 51, "sarebbe stato sufficiente esigere una dichiarazione concordante degli amministratori non soci e dei componenti del collegio sindacale, dato che essi potrebbero sempre convocare l'assemblea per sottoporre eventuali rilievi contrari".

responsabilità limitata e non copre pertanto l'intera fenomenologia dei processi decisionali che affiancano e si sovrappongono al formale procedimento assembleare¹⁷; in secondo luogo il saltuario uso della formula "decisioni non collegiali" per definire la consultazione scritta ed il consenso espresso per iscritto non va inteso come implicita ammissione dell'avvenuto superamento del principio di collegialità e si utilizza, in termini meramente descrittivi, per ragioni di chiarezza e coerenza con la terminologia adottata sin qui dagli interpreti¹⁸.

1.2 Sistema decisionale nelle società di persone: influenze sulla disciplina della società a responsabilità limitata

Le prime suggestioni sulla natura tipologica della società a responsabilità limitata, grandemente influenzate dal tenore della relazione accompagnatoria al decreto di riforma, sembravano accogliere l'idea di una nuova "società di persone a responsabilità limitata". Tale qualificazione, a seguito di più approfondite analisi¹⁹, è sostanzialmente tramontata, lasciando spazio a posizioni più equilibrate che evidenziano l'anima duplice di un tipo societario nel quale convivono aspetti personalistici e capitalistici²⁰. Gli elementi in

¹⁷ Per tutti, con particolare riguardo all'influsso dei sindacati di voto sui processi decisionali, COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Milano, 1958; per una panoramica completa di rinvia allo studio di S. ROSSI, *Il voto extrassembleare nelle società di capitali*, cit.

¹⁸ Si vedano però le più attente espressioni di CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 149 (collegialità attenuata) e OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l.: l'autonomia statutaria*, Torino, 2005, 107 (collegialità ridotta o dimezzata).

¹⁹ ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 58; SPADA, *C'era una volta la società...*, in *Riv. not.*, 2004, 1; D'AMBROSIO, *La nuova società a responsabilità limitata tra società di persone e società di capitali*, in *Dir. fall.*, 2004, 393; BARALIS, *La nuova società a responsabilità limitata: "hic manebimus optime". Spunti di riflessione sul problema delle lacune di disciplina*, in *Riv. not.*, 2004, 1099; FERRARO, *La società a responsabilità limitata, fra principio di tipicità e flessibilità modulare*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, 487.

²⁰ Sul punto la letteratura è ormai vasta. Vedi DI SABATO, *Autonomia privata e tipicità delle società*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, 352; PIZZIGATTI, *L'autonomia statutaria nella s.r.l., nuovo modello tra società personali e s.p.a.*, in *Dir. fall.*, 2004, 552; D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, 34; SACCHI, *Autonomia statutaria, competizione fra ordinamenti e giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 69; OPPO, *Patto sociale, patti collaterali e qualità di socio nella società per azioni riformata*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 57.

parola sono tuttavia innestati in una organizzazione corporativa residuale – non più tipologicamente necessaria – ben radicata nel tipo capitalistico. Tale assunto, la cui validità sarà qui analizzata con specifico riferimento ai processi decisionali, ci restituisce un modello suscettibile di conformazioni statutarie e di evoluzioni negoziali tanto in senso personalistico quanto in senso capitalistico, connotazioni che rendono la società a responsabilità limitata un versatile e prezioso strumento di adeguamento alle esigenze dell'impresa²¹. In sede di analisi delle decisioni non assembleari, un istituto che indubbiamente caratterizza la società in senso personalistico, è quindi opportuno muovere dai principi fondamentali sulla natura giuridica delle decisioni e sulle modalità di formazione del consenso nelle società di persone²².

Dal punto di vista pratico il numero tendenzialmente esiguo di soci nelle società di persone²³ determina l'esigenza di un metodo decisionale particolarmente agile: la formazione assembleare o quanto meno collegiale della volontà sociale non risulterà

²¹ Secondo SPADA, *C'era una volta la società...*, cit., 12 la nuova s.r.l. "presenta una versatilità che può essere prezioso strumento di adeguamento del 'come' si agisce al 'perché' si agisce. A fungere da codice organizzativo di lungo periodo di imprese familiari chiuse, a sperimentare la convenienza di indebitamenti finanziari collettivi, di operazioni di apertura al capitale di rischio di terzi, a dare veste societaria a iniziative consortili, ecc."

²² Per un completo studio sui processi decisioni nelle società di persone vedi MIRONE, *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, 1998; vedi anche PATRIARCA, *Procedimento decisionale e autonomia statutaria nelle società di persona*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 237; PERRINO, *Sulla non collegialità del procedimento deliberativo di società di persone: il caso dell'esclusione del socio*, in *Riv. dir. impr.*, 1997, 353; CIOFFI, *La formazione della volontà nelle società di persone e prospettive di riforma*, in ROCCO DI TORREPADULA (a cura di), *Le disposizioni generali sulle società e le società di persone. Prospettive di riforme, Atti del convegno di studio*, Milano, 2001, 271.

²³ Vedi COTTINO E WEIGMANN, *Le società di persone*, in COTTINO, SARALE, WEIGMANN, *Società di persone e consorzi*, Padova, 2004, 73, tab. 3 ove gli Autori riportano i dati raccolti dall'Ufficio di statistica del Ministero delle Finanze per l'anno d'imposta 1992, dai quali risulta che circa i due terzi delle formazioni esistenti sia composta da appena due (o meno ancora) soci. I dati più recenti pubblicati – riferiti all'anno d'imposta 1994 – mostrano una situazione pressoché invariata: il 64,93% delle società di persone è composto da due o meno soci e solamente il 2,06% presenta una compagine sociale di almeno sei individui. Il numero totale di soci (2.235.888) diviso per il numero di società di persone (868.495) determina una media di appena 2,57 componenti per compagine sociale (fonte MINISTERO DELLE FINANZE. UFFICIO DI STATISTICA, *Analisi delle dichiarazioni dei redditi prodotti in forma associata presentate nel 1995 Mod. 750*, tab. 2.1, reperibile su www.agenziaentrate.it sezione documentazione-statistiche, ultima visita gennaio 2006).

pertanto necessaria, in quanto i rapporti fra i soci saranno tipicamente interindividuali. D'altro canto la giurisprudenza²⁴ ha ripetutamente affermato che il mancato riconoscimento della personalità giuridica comporta, in generale, l'inesistenza di una struttura corporativa ed, in particolare, l'assenza di un organo assembleare e la non necessaria osservanza del metodo collegiale²⁵. In assenza di una normativa che imponga forme particolari, si ritiene quindi sufficiente la raccolta delle singole manifestazioni di volontà anche separatamente ed in momenti diversi, senza la necessità di una riunione contestuale o di un apposito procedimento per una formale deliberazione unitaria²⁶. La volontà sociale può formarsi liberamente, in una riunione apposita o attraverso la consultazione individuale dei soci, con decisioni contestuali o procedure di raccolta in momenti successivi delle dichiarazioni dei partecipanti rese in forma orale o scritta²⁷.

²⁴ Cass., 10 gennaio 1998, n. 153, in *Giur. It.*, 1998, 721, in *Vita not.*, 1998, 1641, in *Società*, 931, in *Dir. fall.*, 1998, II, 452 e in *Giur. comm.*, 1999, II, 624; Id., 15 luglio 1996, n. 6394, in *Riv. dir. impr.*, 1997, 353; Id., 10 maggio 1984, n. 2860, in *Dir. fall.*, 1984, II, 728; Id., 19 gennaio 1973, n. 196, in *Giur. It.*, 1973, I, 1444; Id., 25 gennaio 1954, n. 186, in *Foro it.*, 1954, I, 930; Id., 6 marzo 1953, n. 636, in *Dir. fall.*, 1953, II, 145. In dottrina si esprime in senso contrario VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955.

²⁵ A conferma di tale lettura, le norme in tema di disposizione del patrimonio sociale e di autorizzazione allo svolgimento di attività concorrenti fanno riferimento al consenso degli altri soci e non alla volontà unitaria della società. Ai sensi dell'art. 2256 è necessario il consenso di tutti i soci affinché uno di essi sia autorizzato ad utilizzare una cosa appartenente al patrimonio della società per fini ad essa estranei (vedi JANNUCCI, *La disponibilità del patrimonio sociale da parte dei soci e l'art. 2256 c.c.*, Padova, 1984 ove un raffronto con la disciplina della comunione); similmente l'art. 2301 richiede il consenso di tutti i soci per autorizzare uno di essi allo svolgimento di un'attività in concorrenza con quella esercitata dalla società. Secondo GALGANO, *Repliche in tema di società personali, principio di maggioranza e collegialità*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 553 ulteriori conferme giungono dalla norma in tema di proroga tacita (art. 2272 c.c.) e dalla previsione del sistema disgiuntivo quale modello legale di amministrazione.

²⁶ Cass., 26 maggio 1971, n. 1560, in *Giur. It.*, 1972, I, 1, 140; Id., 9 maggio 1962, n. 931, *ivi*, 1963, I, 1, 636; Id., 21 aprile 1956, 1217, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, 18; Id., 6 marzo 1953, n. 536, in *Dir. fall.*, 1953, II, 145; Id., 16 luglio 1958, n. 2603, *ivi*, 1958, II, 632.

²⁷ COTTINO E WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 154: "Essa [la decisione] non è necessariamente il frutto di un procedimento collegiale: ciò che la caratterizza è il confluire di una pluralità di singole dichiarazioni di volontà, anche di segno diverso, su uno stesso oggetto, non importando se ciò avvenga per iscritto o verbalmente o per corrispondenza o per telefono o per e-mail". Vedi anche COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1999, 82; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2001, 278; CIOFFI, *La formazione della volontà nelle società di persone*, cit., 271; MACRÌ, *Deliberazioni delle società di persone*:

Una parte della dottrina sostiene per contro che il metodo collegiale debba considerarsi coesistente sul piano logico prima ancora che giuridico ad ogni deliberazione, essendo l'unico strumento in grado di trasformare una pluralità di dichiarazioni individuali in una volontà unitaria²⁸; nemmeno può definirsi prerogativa esclusiva degli organismi dotati di personalità giuridica, esistendo nel nostro ordinamento collettività, quali la comunione o i consorzi, prive di tale *status* giuridico ma dotate nondimeno di una propria organizzazione interna²⁹. La questione è affrontata in una recente pronuncia di legittimità, ove si afferma – in modo del tutto condivisibile – che la mancata previsione normativa di un organo assembleare nelle società di persone non impedisce di per sé l'adozione volontaria del metodo collegiale attraverso un'apposita clausola inserita nel contratto sociale³⁰.

metodo assembleare e computo della maggioranza, in *Società*, 1983, 384; SCHLESINGER, *Recensione a GALGANO, Il principio di maggioranza*, in *Riv. soc.*, 1962, 92.

²⁸ VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, cit., 37; ID., *Nuove riflessioni sull'organizzazione collegiale delle società di persone*, in *Dir. e giur.*, 1962, 385; SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980, 156; ID., *Alcune riflessioni in tema di esclusione del socio*, in *Giur. comm.*, 1998, II, 216.

²⁹ CODAZZI, *Note in tema di collegialità e di invalidità delle delibere assembleari nelle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2004, II, 133 ed *ivi* ulteriori richiami. Ipotizzando un lettura intermedia SERRA, *Alcune riflessioni*, cit., 216 suggerisce che il metodo collegiale potrebbe dirsi necessario solo in alcune ipotesi, quali il procedimento di esclusione facoltativa del socio dalla compagine sociale.

³⁰ Cass., 7 giugno 2002, n. 8276, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1053 con nota di BERTOLOTTI, *Assemblea e invalidità delle deliberazioni nelle società per azioni*, in *Società*, 2003, 35, con nota di TAURINI, in *Riv. not.*, 2003, 769 e in *Giur. it.*, 2002, 2323: "la mancata previsione normativa di un organo assembleare nelle società di persone non comporta che ne sia, per ciò solo, vietata la costituzione, e che sia preclusa ai soci – qualora questi siano chiamati ad esprimere il proprio consenso [...] – la possibilità di riunirsi in assemblea per deliberare, appunto, ai sensi delle norme citate, all'unanimità ovvero a maggioranza. Ne consegue che l'adozione del metodo assembleare per le deliberazioni sociali – da ritenersi del tutto legittimo – comporta che, quanto alla disciplina della validità/invalidità di tali atti deliberativi, debba farsi applicazione dei principi generali sulle patologie degli atti negoziali plurisoggettivi (esclusa, per converso, l'applicabilità degli art. 2377 e 2379, dettati con specifico riferimento alle sole delibere delle società per azioni), di talché, dalla eventuale violazione di norme imperative (quale quella di cui all'art. 2252 c.c., specificativa del principio generale di immodificabilità del contratto senza il consenso di tutti i contraenti), discende senz'altro la nullità della delibera societaria". Vedi anche SARTORI, *Le deliberazioni delle società di persone*, in *Impreso comm. ind.*, 2004, 655; in senso contrario: Cass., 6 marzo 1953, n. 636, in *Dir. fall.*, 1953, II, 147; Cass., 7 marzo 1955, in *Giur. it.*, 1956, I, 164.

Resta da sciogliere il nodo circa la disciplina applicabile in assenza di una espressa previsione statutaria nella quale i soci abbiano manifestato la preferenza per un metodo decisionale, sia esso il procedimento collegiale, quello referendario o quello negoziale³¹. Similmente è controversa la questione se, una volta raggiunto il consenso della maggioranza, sia ancora necessario interpellare la minoranza coinvolgendola nel procedimento: ci si domanda se nelle decisioni da prendersi a maggioranza, il diritto di partecipare alla formazione della volontà sociale vada salvaguardato anche quando si adotta il metodo referendario, cioè se tutti i soci debbano essere consultati o se la raccolta delle opinioni possa arrestarsi una volta raggiunto un numero sufficiente di consensi. Pur in presenza di un orientamento giurisprudenziale negativo³², secondo parte della dottrina il diritto di tutti i soci ad essere consultati sulle questioni di loro competenza può desumersi dall'impegno contrattuale di esercitare in comune l'attività d'impresa secondo buona fede³³.

Su entrambe le questioni paiono condivisibili le conclusioni raggiunte dalla dottrina³⁴: in mancanza di una scelta espressa non è possibile sostenere la necessità del metodo collegiale, risultando preferibile, come regola di *default*, il procedimento referendario con obbligo di consultazione di tutti i soci, idoneo da un lato a garantire il

³¹ BUSI, *Le decisioni non assembleari dei soci nella s.r.l.*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (a cura di), *Studi e materiali (fasc. 1)*, Milano, 2005, 346 osserva che le norme in tema di trasformazione, fusione e scissione di società di persone non supportano nessuna delle possibili soluzioni, in quanto prevedono che tali operazioni siano decise dalla maggioranza dei soci, senza precisare quale procedimento debba adottarsi. Sul punto vedi anche MANFRÈ, *Trasformazione a maggioranza di società di persone in società di capitali*, in *Notariato*, 2005, 375, nota a Trib. Milano, 28 febbraio 2005 ed *ivi* ulteriori richiami.

³² In giurisprudenza vedi per tutte Cass., 10 gennaio 1998, n. 153, *cit.*, ove in tema di esclusione del socio si afferma che: "nella disciplina legale delle società di persone manca la previsione dell'organo e del metodo assembleare, con la conseguenza che, dovendosi adottare la delibera di esclusione di un socio (per la quale è richiesta la maggioranza dei soci non computandosi tra questi quello da escludere), non è necessario che siano consultati tutti i soci, né che essi manifestino contestualmente la propria volontà attraverso una delibera unitaria, essendo sufficiente raccogliere le singole volontà idonee a formare la richiesta maggioranza e comunicare la delibera di esclusione al socio escluso, affinché egli sia posto in condizione di esercitare la facoltà di opposizione dinanzi al tribunale". Nella giurisprudenza di merito vedi Trib. Monza, 10 aprile 1990, in *Foro pad.*, 1991, 200.

³³ COTTINO E WEIGMANN, *Le società di persone*, *cit.*, 154-155.

³⁴ MIRONE, *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, 1998, 172; PERRINO, *Sulla non collegialità del procedimento deliberativo*, *cit.*, 364; PISANI, *Società di persone a struttura corporativa*, Torino, 2000, 45; FERRARA JR. E CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, 281.

diritto del socio ad esprimere la propria opinione e dall'altro ad evitare l'effetto sorpresa di decisioni prese all'insaputa della minoranza. Il *referendum* tutela i diritti partecipativi in modo molto più efficace rispetto al metodo di raccolta interna del consenso, attraverso il quale la maggioranza può adottare deliberazioni senza consultare la minoranza ed assolve in qualche misura alla funzione ponderatoria che è tipica del sistema collegiale.

Queste brevi considerazioni in tema di società personali – sulle quali avremo modo di tornare – che pur debbono essere valutate come un fondamentale punto di partenza per l'esame delle decisioni non assembleari nella società a responsabilità limitata, impongono sin d'ora alcune precisazioni: da un lato il metodo collegiale assembleare assume nella s.r.l. il connotato di "regola", suscettibile di eccezione solo in presenza di un'apposita clausola autorizzativa – in questo senso ravvisiamo una declinazione della struttura corporativa residuale – dall'altro i diritti partecipativi dei soci di minoranza sono tutelati dalla disciplina legale sino a sanzionare con l'invalidità le decisioni prese in assenza di informazione³⁵. Si percepisce come i presupposti dai quali muove la disciplina della società a responsabilità limitata siano tipologicamente differenti rispetto alle società di persone, una peculiarità della quale dovremo tener conto già nell'analisi della nozione di decisione.

1.3 La nozione di decisione nella società a responsabilità limitata: neutralità della categoria normativa

Nell'indagine sulla nozione di decisione nella società a responsabilità limitata, il parallelismo con la terminologia utilizzata dal legislatore per il modello personalistico rischia di essere addirittura fuorviante. Nelle società di persone, al di là dei legittimi dubbi sulla effettiva portata di simili distinzioni, l'espressione deliberazione assume carattere neutro potendosi riferire di volta in volta al documento nel quale risulta verbalizzata la decisione, al procedimento con cui viene assunta, alla formulazione della decisione adottata, al risultato che la decisione mira a perseguire o al regolamento

³⁵ BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 346.

giuridico di cui l'atto si pone come fonte³⁶. Per contro i termini decisione e consenso vengono solitamente utilizzati per identificare decisioni ritenute non collegiali³⁷.

Nella disciplina della società a responsabilità limitata il termine decisione è invece utilizzato per indicare, con una terminologia neutra, generica ed onnicomprensiva – pertanto non alternativa al concetto di deliberazione – sia le decisioni assunte con metodo collegiale, sia quelle assunte mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto³⁸. Tale lettura è inequivocabilmente confermata dal disposto dell'art. 2479 c.c., ove si prevede che, in alcune materie riservate e su richiesta dei soggetti legittimati, “le decisioni dei soci debbono essere adottate mediante deliberazione assembleare”, suffragando l'idea che la deliberazione assembleare sia anch'essa una decisione caratterizzata dall'adozione mediante il ricorso al metodo assembleare³⁹.

Dalla neutralità della categoria normativa non discende però l'assoluta equiparazione dei metodi, quello assembleare e quello non assembleare: come avremo modo di osservare la norma non si traduce in una radicale smentita della funzione della collegialità, ma in una sua circoscrizione – o meglio in una sua consapevole attenuazione – al fine di equilibrare le istanze di ponderatezza con le esigenze di efficienza e speditezza⁴⁰. Le preferenze del legislatore si evincono chiaramente sia nella scelta dell'assemblea come modello legale di assunzione delle decisioni di natura suppletiva, sia nella previsione di limiti inderogabili all'introduzione dei sistemi non assembleari, limiti sui quali ci soffermeremo tra breve⁴¹.

³⁶ BUTTARO, *In tema di inesistenza di deliberazione assembleare per difetto di maggioranza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1963, I, 238 identifica il concetto di deliberazione con la modalità unità di tempo e di luogo con cui i soci concorrono alla formazione della decisione del gruppo. Dubita della valenza della distinzione decisione-deliberazione PATRIARCA, *Procedimento decisionale*, cit., 237.

³⁷ Vedi gli artt. 2252, 2256, 2257, 2258, 2275, 2301, 2319 e 2322 c.c.

³⁸ *Contra* BUONOCORE, *op. cit.*, 158 secondo cui “la decisione dei soci costituisce, nel linguaggio del riformatore, l'alternativa alla deliberazione assembleare, perché viene presa al di fuori del contesto assembleare e senza l'adozione del metodo collegiale”.

³⁹ In tal senso *ex multis* BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 348; ALLECA, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, in FARINA, IBBA, RACUGNO, SERRA (a cura di), *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, Milano, 2004, 331.

⁴⁰ GRIPPO E BERTACCHINI, *Profili della riforma societaria*, in *Impresa comm. ind.*, 2003, I, 96.

⁴¹ BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 350 ritiene “preferibile l'orientamento più marcatamente assemblearistico, secondo il quale in merito alla scelta di un modello legale di assunzione delle decisioni di natura suppletiva, il legislatore esprime a chiare lettere la sua preferenza per il metodo assembleare”. Si

1.4 La ripartizione di competenze tra soci ed amministratori (cenni)

Prima di addentrarci nella disciplina dei processi decisionali è opportuno determinare quale sia la sfera di competenza, come vedremo amplissima, che il legislatore riserva ai soci: solo in questo modo sarà percepibile nitidamente l'assoluta rilevanza delle decisioni dei soci e, in via riflessa, dei relativi metodi di adozione. I summenzionati principi di centralità del socio imprenditore e di autonomia negoziale emergono prepotentemente nella ripartizione delle competenze tra soci ed amministratori: ai sensi dell'art. 2479, primo comma, "i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione".

La scelta di fondo del legislatore è quella di rimettere al contratto sociale la facoltà di suddividere le competenze e di attribuire ai soci poteri decisionali ulteriori rispetto a quelli che spettano loro per legge: manca infatti una norma di chiusura che riservi in via generale la gestione dell'impresa agli amministratori, così come avviene nelle società per azioni ai sensi dell'art. 2380 bis. L'atto costitutivo, elencando le competenze gestorie dei soci, va a definire *a contrario* quelle degli amministratori e può delineare l'intero assetto organizzativo della società anche ricorrendo all'attribuzione ad uno o più soci di particolari diritti riguardo all'amministrazione, tra i quali rientra il potere di veto rispetto a determinate operazioni amministrative⁴².

Le sole materie per le quali è stabilita una competenza esclusiva dell'organo amministrativo sono la redazione del progetto di bilancio e la redazione dei progetti di fusione e di scissione⁴³, oltre alle eventuali operazioni di aumento di capitale delegato ai

esprime in tal senso anche RIVOLTA, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, I, 683.

⁴² Sul punto CARESTIA, *Quote di partecipazione*, in LO CASCIO (a cura di), *Società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 90.

⁴³ Il tenore della norma ed in particolare la presenza dell'espressione "in ogni caso" inducono a ritenere che l'art. 2475, quinto comma, vada letto come una riserva assoluta di competenza in capo agli amministratori. In tal senso, ABRIANI, *Decisioni dei soci, amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali-Manuale breve*, Milano, 2003, 201, CAGNASSO, *I «volti» della «nuova» società a responsabilità limitata*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003 e OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l.*, cit., 146. La norma è stata modificata dall'avviso di rettifica del luglio 2003, sostituendo la locuzione "consiglio di amministrazione" con la locuzione "organo amministrativo", affermando una riserva indecrogabile di competenza non più al consiglio

sensi dell'art. 2481. Al di là di queste ipotesi, la devoluzione di competenze dagli amministratori ai soci non sembra incontrare alcun limite di sorta⁴⁴: l'atto costitutivo può deferire alla volontà dei soci qualunque attività gestoria o individuare specifiche operazioni che necessitano della loro approvazione preventiva. La flessibilità assoluta nell'attribuire competenze amministrative ai soci non trova una perfetta corrispondenza nell'operazione inversa (ossia nella possibilità di attribuire competenze dei soci all'organo amministrativo). In queste ipotesi, l'autonomia statutaria è infatti temperata dalla previsione di materie che necessitano "in ogni caso" di una manifestazione di volontà da parte dei soci: questo tipo di riserva è da ritenersi inderogabile, trattandosi di materie che, per la loro particolare rilevanza, non possono essere in alcun modo sottratte all'approvazione dei soci, essendo idonee ad incidere profondamente sull'assetto organizzativo e sugli interessi dei soci. Le materie in questione, ai sensi del secondo comma dell'art. 2479, sono: 1) l'approvazione del bilancio e la distribuzione degli utili⁴⁵; 2) la nomina, se prevista nell'atto costitutivo, degli amministratori⁴⁶; 3) la nomina dei

d'amministrazione, ma alla categoria generale dell'organo amministrativo. Come osserva MANZO, *Le decisioni dei soci*, in LO CASCIO (a cura di), *Società a responsabilità limitata*, cit., 244, al di là delle modalità di amministrazione scelte dalla società (dal consiglio di amministrazione sino all'amministrazione disgiuntiva), l'atto costitutivo non può conferire illimitatamente le competenze gestorie ai soci. Il testo originario della legge poteva far intendere semplicemente un'inderogabilità del metodo collegiale rispetto alle altre modalità di amministrazione, mentre il nuovo testo stabilisce chiaramente una riserva inderogabile e conseguentemente la necessaria presenza dell'organo amministrativo.

⁴⁴ Sotto questo profilo la riforma ha determinato un sensibile assottigliamento e una permeabilità dei confini che delimitano le competenze dei due principali organi della società a responsabilità limitata, ossia l'amministrazione e la collettività dei soci. Sul punto vedi SANTOSUOSSO, *Nuovi modelli di corporate governance per s.p.a. e s.r.l.*, in *Dir. prat. soc.*, 2003, n. 1, 16; PRESTI, *Osservazioni sulla riforma della s.r.l. nello schema di legge delega per la riforma del diritto societario*, in AA. VV., *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 67. Per comprendere la portata di questa innovazione basti pensare che la giurisprudenza, anche in tempi recenti, ha assunto una posizione estremamente restrittiva riguardo l'ammissibilità di clausole che deleghino poteri amministrativi ordinari all'assemblea (in tema di società unipersonale, App. Roma, 2 settembre 1999, in *Vita not.*, 2000, 1523 e in *Società*, 2000, 585, con nota di ZAMPERETTI, *L'autorizzazione dell'assemblea ad attività gestorie nelle realtà microsocietarie* ed ivi ulteriori richiami).

⁴⁵ La norma trova applicazione anche per l'approvazione del bilancio in fase di liquidazione, in forza dell'espresso richiamo effettuato dall'art. 2490.

⁴⁶ L'atto costitutivo può infatti attribuire – anche a tempo indeterminato – il diritto di amministrare ad uno o più soci ai sensi dell'art. 2468 o riconoscerlo a ciascun socio, determinando quella perfetta coincidenza tra

sindaci e del presidente del collegio sindacale o del revisore⁴⁷; 4) le modificazioni dell'atto costitutivo⁴⁸; 5) la decisione di compiere quelle operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci⁴⁹.

Ferma restando la natura inderogabile della norma, ci si chiede se l'elencazione ivi contenuta esaurisca le materie di competenza inderogabile dei soci o se piuttosto, come sembra preferibile, debba essere integrata da altre disposizioni rinvenibili

la posizione di socio ed il ruolo di amministratore propria delle società di persone, prescindendo quindi da un formale atto di nomina da parte della compagine. Non sembra tuttavia che il sistema delineato dalla riforma ammetta la completa elisione dell'organo amministrativo, del quale sembra potersi ribadire la necessità. In senso conforme CAGNASSO, *Commento sub artt. 2475-2475bis*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., 1855 e MOZZARELLI, *Riflessioni sul regime legale di nomina degli amministratori della s.r.l. alla luce della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 721; in senso contrario, traendo indici decisivi proprio dal tenore letterale del secondo comma dell'art. 2479, BENAZZO, *L'organizzazione della nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1068; si esprime per la necessaria presenza dell'organo amministrativo, ma critica la scelta del legislatore MANZO, *op. cit.*, 246, secondo cui l'introduzione di procedimenti non assembleari strutturati in maniera identica a quelli dell'organo amministrativo elimina i rischi che il procedimento decisionale dei soci sia più complesso e macchinoso di quello amministrativo. L'altro argomento del socio irresponsabile è venuto meno con l'introduzione dell'azione di responsabilità nei confronti dei soci che assumano una decisione pregiudizievole, ripristinando la corrispondenza tra responsabilità e potere gestorio. Infine, l'idea di un socio amministratore, che ispira l'interna disciplina della società a responsabilità limitata, fa cadere la presunzione di un socio disinteressato e passivo. Per le argomentazioni a sfavore di un coinvolgimento diretto dei soci nell'amministrazione nel modello azionario pre-riforma vedi ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in COLOMBO E PORTALE (diritto da), *Trattato delle s.p.a.*, III, 1, Torino, 1994, 31 c, sul sostanziale svuotamento dell'organo amministrativo attraverso la sottrazione delle competenze gestorie, come elemento qualificante della funzione, COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1994, 442.

⁴⁷ La presenza di tali organi nella società a responsabilità limitata è necessaria soltanto qualora l'atto costitutivo lo preveda e, in ogni caso, qualora vengano superati i limiti di capitale o dimensionali di cui all'art. 2477.

⁴⁸ Un'importante deroga a tale competenza è rappresentata dall'aumento di capitale delegato ai sensi dell'art. 2481, una facoltà che l'atto costitutivo può attribuire agli amministratori determinandone i limiti e le modalità di esercizio.

⁴⁹ Sulle ultime due ipotesi di cui ai nn. 4) e 5) del secondo comma dell'art. 2479 si ritornerà in modo più approfondito trattandosi di riserve assolute di collegialità, che impongono pertanto una deliberazione assembleare.

nell'ordinamento⁵⁰; va del resto rilevato come larga parte di queste ipotesi siano suscettibili di essere ricomprese tra le modificazioni dell'atto costitutivo o nelle generiche categorie di cui al numero 5 dell'art. 2479⁵¹.

Indipendentemente dalle previsioni dell'atto costitutivo e al di là delle riserve di competenza, è riconosciuto a ciascun amministratore⁵² o a tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale il potere di sottoporre, in qualsiasi momento, all'approvazione dei soci ogni argomento ritenuto opportuno, anche qualora si tratti di atti inerenti all'ordinaria amministrazione della società, così determinando tra l'altro

⁵⁰ La questione è stata sollevata con riferimento a molteplici ipotesi: le determinazioni in caso di opposizione in sede di amministrazione disgiuntiva (attribuita ai soci in forza del richiamo operato dall'art. 2475 alla disciplina delle società di persone), la modificazione dei diritti particolari attribuiti ai sensi dell'art. 2468, la nomina dei liquidatori, l'offerta di quote di nuova emissione ai terzi ai sensi dell'art. 2481bis, le operazioni straordinarie e le approvazioni richieste dalla disciplina fallimentare. Certamente derogabile in sede statutaria è la competenza dei soci ad autorizzare gli acquisti c.d. pericolosi ai sensi dell'art. 2465. Opinioni contrastanti si riscontrano ancora con riferimento alla rinuncia o alla transazione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori ex art. 2476: per l'inderogabile competenza dei soci SANDULLI, *Le decisioni dei soci*, in SANTORO (a cura di), *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 228; in senso opposto DI AMATO, *Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci*, in LO CASCIO (a cura di), *Società a responsabilità limitata*, cit., 210.

⁵¹ Si pensi alle operazioni straordinarie o alla modifica dei diritti particolari dei soci. Vedi *infra* per più approfondite considerazioni sul coordinamento con altre aree di disciplina nella determinazione delle riserve di collegialità (con particolare riguardo alla disciplina fallimentare e allo scioglimento).

⁵² Pur senza configurarsi come potere individuale del singolo amministratore, un meccanismo di sollecitazione simile era già previsto dal previgente art. 2364, n. 4), richiamato in tema di s.r.l. dall'art. 2486, secondo comma (in giurisprudenza, Cass., 25 febbraio 1992, n. 2330, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, fasc. 2). In sede di commento alla riforma ci si è interrogati se la richiesta degli amministratori sia sempre libera o se, in presenza di determinate circostanze, divenga doverosa. Una devoluzione necessaria all'organo deliberativo emergerebbe, in particolare, non soltanto nei casi in cui l'organo amministrativo non riesca a raggiungere la maggioranza necessaria per l'adozione della decisione, ma anche in relazione a particolari atti di gestione: pur in mancanza di un esplicito riferimento normativo, motivi di correttezza e di leale collaborazione impongono l'approvazione della compagine sociale per le operazioni capaci di incidere sulla struttura industriale o finanziaria della società pur senza rientrare nelle ipotesi di cui al n. 5) dell'art. 2479 (in questo senso MANZO, *Le decisioni dei soci*, cit., 248; per una completa panoramica delle opinioni emerse in tema di s.p.a. nel sistema previgente ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, cit., 19).

l'assoggettamento del provvedimento gestorio al diverso regime di invalidità e di impugnazione proprio delle decisioni dei soci⁵³.

Un'interpretazione che limitasse il potere di iniziativa ai soli argomenti che già rientrano nella competenza dei soci, in virtù di una ripartizione legale o negoziale, di fatto ridurrebbe la norma in esame al mero riconoscimento di un diritto alla convocazione e all'attivazione del procedimento decisionale; la mancata riproduzione, o comunque il mancato richiamo, dell'art. 2380bis, che nel modello azionario attribuisce in via esclusiva agli amministratori la gestione dell'impresa ed il potere di compiere tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale, costituisce un indice sufficiente per ritenere che l'avocazione possa riguardare anche quegli argomenti che, nella suddivisione attuata dall'atto costitutivo, sono di competenza degli amministratori⁵⁴. La portata della norma è certamente innovativa in quanto riconosce ai soci una competenza generale su qualsiasi materia: è questo uno dei principali indizi dello spostamento del peso

⁵³ Sulla possibilità di fare ricorso a questo potere di sollecitazione con riferimento alle operazioni gestorie che coinvolgono gli interessi degli amministratori, sottraendo loro la competenza nei casi di possibile conflitto, vedi ABRIANI, *Conflitto di interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 416.

⁵⁴ In senso conforme RESTAINO, *Commento sub art. 2479*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 163. Senza poter affrontare diffusamente lo stimolante tema dei confini tra le qualità di socio e quella di amministratore, ci limitiamo qui ad osservare come, nonostante il significativo ampliamento delle competenze dei soci in ambito amministrativo, specie attraverso il riconoscimento del potere di sollecitare una decisione ai sensi del 2479 primo comma, resti ferma la distinzione concettuale tra i due organi, seppur composti dai medesimi soggetti e competenti sulle medesime materie: i soci, infatti, pur gestendo *di fatto* la società non assumono automaticamente il ruolo di amministratori e in assenza di una nomina formale gestiscono la società in quanto soci e non in quanto amministratori. L'atto costitutivo può quindi ottenere risultati analoghi (ma non perfettamente coincidenti) seguendo due strade: tutti i soci possono essere nominati amministratori o viceversa tutta l'amministrazione può essere affidata ai soci. Tuttavia permangono rilevanti differenze sia procedurali, come il metodo di calcolo dei quorum deliberativi (per teste o per quote di partecipazione), sia di merito, come la facoltà di escludere il diritto di opzione in sede di aumento del capitale. Secondo RESCIO, *La nuova disciplina della s.r.l.: l'autonomia statutaria e le decisioni dei soci*, in DI CAGNO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Bari, 2004, 172, i soci, in assenza di specifiche esigenze, opereranno con maggior frequenza per il conferimento della carica di amministratore a tutti i soci, per via degli esiti incerti e della maggiore rigidità dell'integrale rimessione della gestione alle decisioni dei soci.

decisionale a favore dei soci rispetto agli altri organi e conseguentemente della valorizzazione del loro ruolo in ossequio ai principi enunciati nella legge delega⁵⁵.

Da un punto di vista sistematico, l'attribuzione di competenze gestorie, originarie o derivate, ai soci ha contribuito alla necessità di prevedere tecniche decisionali alternative, caratterizzate da una maggiore flessibilità e modulabilità. Specularmente tali metodi si configurano come uno dei presupposti che hanno consentito l'ampio riconoscimento di poteri amministrativi alla compagine sociale. In sede di commento ai progetti di riforma, l'attribuzione di funzioni gestorie direttamente all'assemblea appariva ad alcuni come una soluzione da evitare con cura⁵⁶, poiché avrebbe calato l'amministrazione ordinaria della società nel contesto di procedure macchinose e di forme deliberative pesanti come quella assembleare, inadatte ad un'attività gestoria continuativa. Il legislatore, anche in risposta a queste istanze, ha dunque introdotto dei procedimenti che, almeno in linea teorica, meglio si adattano allo svolgimento di un'attività anche amministrativa, quali la consultazione scritta ed il consenso espresso per iscritto. Sotto questo profilo va sottolineata la totale coincidenza di disciplina fra le decisioni dei soci e le determinazioni dell'organo amministrativo, qualora sia costituito un consiglio di amministrazione: in base all'art. 2475, quarto comma, anche le decisioni consiliari ammettono infatti il

⁵⁵ Secondo l'art. 3, primo comma, lett. a), della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, la disciplina doveva essere modellata "sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci". Il potere di ingerenza, come evidenzia correttamente SANDULLI, *Le decisioni dei soci*, cit. 227, rappresenta solo un aspetto della rilevanza centrale del socio trovando il suo complessivo completamento in una serie di altre norme, come l'esercizio individuale dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (art. 2476, comma 3), il diritto di ciascun socio che non partecipa all'amministrazione di ottenere notizie sugli affari sociali e di ispezionare i libri e gli altri documenti relativi all'amministrazione (art. 2476, comma 2) e la corresponsabilità dei soci nel caso abbiano deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi (art. 2476, comma 7). Sul bilanciamento dei poteri attribuiti ai soci vedi, in particolare, ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, cit., 58.

⁵⁶ Secondo DI CATALDO, *La società a responsabilità limitata nel disegno di legge delega per la riforma del diritto societario. Prime riflessioni sul nuovo regime*, in S. ROSSI E ZAMPETTI (a cura di), *La corporate governance nelle società non quotate*, Milano, 1999, 39, l'eliminazione del rigido riparto di competenze tra amministratori ed assemblea avrebbe potuto realizzarsi mediante un sistema di amministrazione disgiuntiva o congiuntiva dei soci, sul modello delle società di persone, nel quale la delega di funzioni gestorie non sarebbe dovuta avvenire nei confronti dei soci come organo, bensì ai soci come singoli. Per contro l'attribuzione della gestione all'assemblea risultava, secondo questa opinione, ben poco attendente per l'eccessiva rigidità di un metodo poco adatto allo svolgimento di funzioni gestorie.

ricorso alla consultazione o al consenso scritto e sono sottoposte alla medesima regolamentazione: l'atto costitutivo può quindi stabilire modalità decisionali identiche per soci e amministratori, determinando una piena fungibilità dei due organi anche dal punto di vista procedimentale.

1.5. La consultazione scritta e il consenso espresso per iscritto: criteri distintivi

Il procedimento decisionale mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto deroga al principio assembleare escludendo la contestualità nell'adozione della decisione⁵⁷. Al di là di questo tratto caratteristico comune ai due metodi, la lettera dell'art. 2479 e la relazione di accompagnamento non forniscono alcuna indicazione per comprendere l'effettiva distinzione fra le decisioni adottate "mediante consultazione scritta" e quelle adottate "sulla base del consenso espresso per iscritto".

A fronte della laconica formula adottata, le ricostruzioni prospettate in dottrina sono molteplici e debbono, con gli opportuni adattamenti, ritenersi applicabili anche alle decisioni degli amministratori disciplinate dall'art. 2475 c.c., data l'identità di espressioni usate. Secondo un primo orientamento⁵⁸, il consenso espresso per iscritto non si qualificherebbe come un procedimento sostanzialmente diverso rispetto alla consultazione, ma piuttosto come una naturale conseguenza della proposta avanzata. In questo senso è difficile dare un preciso significato alla congiunzione disgiuntiva "o" fra consultazione e consenso, in quanto per la formazione della volontà sarà sempre necessario il consenso dei soci come risposta alla consultazione. Si è ipotizzato – senza però entrare nel merito della questione – come il legislatore abbia probabilmente inteso evidenziare le particolari forme di raccolta del consenso anche in termini di iniziativa e di rilevanza della mancata risposta entro un certo tempo⁵⁹. Al di là della corretta intuizione circa le diverse modalità di raccolta, il tenore della disposizione in parola impone un maggiore sforzo interpretativo finalizzato ad individuare un reale criterio distintivo.

⁵⁷ Secondo MANZO, *Le decisioni dei soci*, in LO CASCIO (a cura di), *Società a responsabilità limitata*, cit., 257, si determina una maggiore facilità deliberativa, "con sicuro beneficio in termini di funzionamento della società e di accesso dei soci ai procedimenti decisionali sociali, mancando l'onere dell'intervento in assemblea".

⁵⁸ In questo senso MANZO, *op. ult. cit.*, 257; OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l.*, cit., 105, con riferimento alle decisioni degli amministratori, avanza una tesi simile che in luogo di un'antinomia, ravvisa nelle due espressioni un'endiadi.

⁵⁹ Ancora MANZO, *op. ult. cit.*, 258.

Non può peraltro essere condivisa l'interpretazione⁶⁰ secondo cui nella sola consultazione scritta debba esserci il coinvolgimento dell'intera compagine – perfezionandosi il processo decisionale dopo che tutti i soci siano stati interpellati ed almeno la maggioranza prescritta abbia manifestato il proprio consenso – e secondo cui nel consenso espresso per iscritto non vi sia alcun obbligo di informare la minoranza, essendo sufficiente il raggiungimento dei consensi necessari secondo lo schema della raccolta interna. Un'adeguata informazione preventiva che metta tutti i soci nelle condizioni di poter esprimere il proprio voto è infatti richiesta indipendentemente dal metodo prescelto.

Nemmeno l'unicità del documento in cui i soci esprimono il proprio consenso⁶¹ e

⁶⁰ ACCETTURA, *La posizione del socio di s.r.l.*, in BAUCO (a cura di), *La nuova s.p.a e la nuova s.r.l.*, Milano, 2004, 156; MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, in CACCAVALE, MAGLIULO, MALTONI, TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 273 il quale osserva come la minoranza, con l'accettazione di tale forma di votazione nell'atto costitutivo, sia a conoscenza della possibilità che la volontà sociale si formi anche senza esserne preventivamente informata e rinunci consapevolmente a tale prerogativa; IANACCONE, *Decisioni dei soci nelle società a responsabilità limitata*, in *Federnotizie*, 2004, n. 3, che, pur aderendo all'interpretazione prevalente fondata sul criterio sollecitazione-spontaneità, sembra però ammettere l'esclusione della minoranza dal procedimento di formazione del consenso.

⁶¹ In questo senso FUSTI e MAZZONE, *op. cit.*, 66, che coglie però la necessità di affiancarvi il criterio della sollecitazione formale: “[...] è comunque possibile argomentare che si ha consultazione scritta quando il consenso è espresso dal socio a seguito di precisa sollecitazione. E' in questo caso configurabile l'ipotesi in cui, anche in un medesimo documento, i soci esprimano la loro volontà che può consistere nel consenso, nel dissenso o nella astensione. Il consenso espresso per iscritto è invece qualsiasi manifestazione di volontà decisionale in adesione ad una predefinita proposta di decisione. In questo caso il socio sarà tenuto a far pervenire agli amministratori il proprio consenso attraverso un documento autonomo”; secondo TOSCANI, *La nuova s.r.l.: amministrazione e controlli, decisioni dei soci*, relazione tenuta al Convegno “*La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative*”, Consiglio notarile di Bologna, 6-12-2002, 35 (dattiloscritto), reperibile su www.notarlex.it i due metodi si differenziano non tanto per la spontaneità, quanto per diversa modalità di espressione: “saremmo di fronte ad una consultazione nella ipotesi in cui vi fosse un unico documento portante decisione dei soci che venisse sottoscritto in tempi diversi dai soci medesimi e di fronte ad un consenso nel caso di risposta singola ed autonoma da parte di ciascun socio o gruppi di essi ad una richiesta di decisione loro individualmente inviata”; similmente MASSA FELSANI, *Le decisioni dei soci*, in FARINA, IBBA, RACUGNO, SERRA (a cura di), *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, Milano, 2004, 314, secondo la quale la distinzione andrebbe ricercata nell'esistenza o meno di un supporto documentale alla fase della consultazione; in sede di

nemmeno la modificabilità della proposta⁶², pur riferendosi ad elementi che di norma connotano l'uno o l'altro metodo, sembrano rappresentare tratti così caratterizzanti da giustificare una distinzione esclusivamente fondata su di essi. Un autore⁶³ distingue il consenso espresso per iscritto, che presuppone la redazione di una deliberazione già definita che i soci possono avallare ricevendo quale primo atto la proposta stessa, dalla consultazione scritta, nella quale la proposta è formulata sulla base delle osservazioni raccolte in una distinta fase preventiva e solo in un secondo momento sottoposta alla votazione.

Il significato attribuibile al silenzio dei soci potrebbe, secondo un diverso orientamento⁶⁴, contribuire a tracciare una linea di distinzione tra le due fattispecie ed in particolare rilevrebbe a tal fine la configurabilità dell'astensione, ritenuta possibile solo in risposta ad una consultazione: sarebbero qui configurabili tre opzioni (voto favorevole, voto contrario ed astensione) a fronte delle due sole alternative, consenso o dissenso, nell'ipotesi del consenso espresso per iscritto. Questa lettura che certo coglie uno degli aspetti più significativi e problematici della materia – ovvero l'esegesi del silenzio del socio – non contempla però la possibilità che un socio manifesti, anche nella seconda fattispecie, la propria volontà di astenersi attraverso una dichiarazione espressa, che non può pertanto qualificarsi né come assenso, né come palese dissenso.

Altri sostengono che la distinzione vada ricercata nell'oggetto della deliberazione: vi sono infatti decisioni che implicano l'adesione ad una proposta, mentre vi sono altre decisioni che consentono una libera espressione della propria volontà, come la nomina delle cariche sociali⁶⁵. Anche questa lettura coglie uno degli aspetti che possono

primitivo commento, brevi considerazioni sul punto anche da BUSANI, *S.r.l., la riforma rivoluziona le assemblee*, in *Il sole 24 ore*, 22 ottobre 2002, 29.

⁶² Secondo DE ANGELIS, *S.r.l., si vota a maggioranza variabile*, in *Italia oggi*, 4 marzo 2003, 31 la consultazione scritta presume un passaggio di una bozza di deliberazione fra i soci che sono chiamati eventualmente a proporre emendamenti oltre che il relativo voto, mentre il consenso espresso per iscritto presuppone la redazione di una deliberazione già definitiva che i soci possono o meno avallare.

⁶³ LAURINI, *Manuale breve della s.r.l. e delle operazioni straordinarie*, Padova, 2004, 67.

⁶⁴ FICO, *Le decisioni dei soci nelle s.r.l.*, in *Dir. prat. soc.*, 5 maggio 2003, 50; conforme, ma con una ricostruzione parzialmente difforme, la relazione di CORSINI, *Delle decisioni dei soci*, citata da BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 351, nt. 33.

⁶⁵ In questo senso BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 352 secondo cui alla nomina delle cariche sociali "si ataglia il concetto di consultazione, fattispecie che pertanto dovrà essere regolamentata a sé, tenendo presente che probabilmente a tali ipotesi potrebbero non essere applicabili quelle norme ad esempio in tema di recesso, impugnazione e necessità di voto palese (con esclusione dell'ammissibilità del

concretamente distinguere le due fattispecie – la libera espressione di volontà contrapposta alla maggior rigidità di una consultazione – ma più che l'oggetto sembra concentrarsi sulle diverse tecniche di formulazione della domanda, talvolta suscettibile di infinite risposte, talvolta limitata ad un numero chiuso di possibili alternative, talaltra finalizzata ad ottenere una mera risposta affermativa o negativa. L'oggetto della delibera non sembra quindi precludere di per sé il ricorso all'uno o all'altro metodo: anche la nomina delle cariche sociali è infatti compatibile con la consultazione scritta che potrà sollecitare la scelta fra una rosa più o meno ampia di candidati e non solo una libera manifestazione di volontà.

Astrattamente convincente, ma difficilmente compatibile con il nostro sistema, è la ricostruzione che traendo ispirazione dagli ordinamenti stranieri, ponga l'accento sul dato letterale e sul significato attribuito, in particolare nelle esperienze giuridiche europee, alle locuzioni consultazione scritta e consenso espresso per iscritto. Proprio nella scelta dei termini il legislatore della riforma ha dimostrato di voler consapevolmente collocare il sistema italiano nell'alveo dei maggiori ordinamenti europei, in particolar modo quello francese e quello tedesco⁶⁶, che presentano strutture analoghe caratterizzate dalla coesistenza di due varianti, la consultazione scritta a maggioranza ed il consenso unanime espresso per iscritto. Tale interpretazione condurrebbe però ad applicare alla sola consultazione scritta il *quorum* stabilito dall'ultimo comma dell'art. 2479 ed a richiedere invece l'unanimità per l'adozione delle decisioni sulla base del consenso scritto, fondando tale discriminazione sulla parziale abrogazione del dato normativo – che riferisce chiaramente il principio maggioritario ad entrambe le varianti – e sull'esegesi del concetto di consenso, pur in assenza dell'aggettivo unanime, come assoluta concordanza di voleri. Pur se una simile impostazione avrebbe l'indubbio pregio di fornire un criterio accurato, coerente con l'evoluzione storica degli istituti e soprattutto

voto segreto), applicabili, viceversa, al socio non consenziente rispetto ad una decisione nei confronti della quale non può che esprimere o meno la propria adesione”.

⁶⁶ Rinviamo alla seconda parte per maggiori dettagli sulle distinzioni e sui profili applicativi nelle esperienze giuridiche straniere. Osserviamo come BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 351 nella ricerca di spunti comparatistici che aiutino a distinguere le due fattispecie si soffermi principalmente sull'ordinamento anglosassone, ipotizzando che il legislatore italiano abbia attinto al *Companies Act* nella parte in cui codifica la *unanimous consent rule* (sulla quale ci soffermeremo diffusamente, escludendo però l'idea di una vera e propria codificazione del principio) e riconosce la facoltà di sostituire la riunione con una *written resolution*, approvata mediante la sottoscrizione di tutti i soggetti aventi diritto di voto nell'assemblea.

scevro da incertezze interpretative, non sembra possibile una siffatta forzatura del dato testuale e della scelta, altrettanto consapevole, di differenziare il nostro sistema sotto questo profilo. L'utilizzo di concetti giuridici diffusi e sostanzialmente univoci nel panorama internazionale, attribuendo però loro un significato differente, costituisce in verità una scelta discutibile da parte del legislatore, perché obbliga l'interprete a ricercare criteri di distinzione alternativi, dai contorni fatalmente meno definiti, e realizzando solo apparentemente un proposito di armonizzazione e semplificazione della disciplina, risulta invece foriera di ulteriori incertezze⁶⁷.

Ciò nondimeno, nell'interpretare la norma nella sua ambiguità, senza forzarne i contorni, occorre tener conto della nozione comune di consultazione, da interpretarsi come ricerca di un'informazione⁶⁸: consultare significa essenzialmente interrogare una persona o una collettività per averne un parere, un giudizio, una risposta su determinate questioni o, secondo la provocatoria massima di Adrien Decourcelle, domandare a qualcuno di essere del nostro parere. Partendo quindi dal dato testuale e dalla nozione di consultazione, sembra possibile affermare che tale metodo sia improntato sul sistema referendario, nel quale si presuppone un'iniziativa da parte della società⁶⁹, che sottopone a ciascun socio una formale proposta di decisione predefinita, invitandolo ad esprimere il suo voto, favorevole o contrario, ovvero ad esprimere la sua preferenza per una delle possibili alternative che vengono prospettate e portate all'attenzione del socio⁷⁰. La proposta sarà di norma immutabile da parte del soggetto consultato, salva la possibilità di farsi promotore di un'altra consultazione su di un testo parzialmente modificato⁷¹. Il secondo sistema prescinde invece dall'iniziativa della società e prevede

⁶⁷ Nulla vieta ai soci di prevedere nell'atto costitutivo una clausola autorizzativa che introduca convenzionalmente la distinzione fondata su consultazione a maggioranza e consenso unanime espresso per iscritto.

⁶⁸ BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 351.

⁶⁹ Vedi *infra* per l'identificazione dei soggetti legittimati a promuovere il procedimento.

⁷⁰ Con questa norma il legislatore delegato sembra aver tenuto conto delle istanze giunte da una dottrina che segnalava l'opportunità di introdurre un metodo "intermedio", che non potesse dirsi "assembleare" (mancando il requisito della contestualità), ma neppure ricostruibile come mero incontro delle volontà negoziali, essendo assoggettato a regole diverse da quelle ordinarie dei contratti (NOTARI, *L'assemblea e i processi decisionali dei soci nelle proposte di riforma delle società non quotate*, in *Riv. soc.*, 2001, 139).

⁷¹ L'autonomia statutaria potrà (e dovrà, per una maggior efficienza e certezza del procedimento) disciplinare il metodo di consultazione in modo analitico: muovendo nel solco della dottrina che ha affrontato questi temi nelle società di persone (per tutti, MIRONE, *Il procedimento deliberativo nelle società*

che i soci manifestino il loro consenso ad una determinata operazione in assenza di una formale sollecitazione⁷²: si tratta quindi di una fattispecie aperta che può ricomprendere tutte le manifestazioni di volontà che non siano rese in adesione ad una proposta formale, ma che sorgono dall'incontro delle singole volontà negoziali dei soci, fatta salva la tutela del diritto di partecipazione attraverso il coinvolgimento dell'intera compagine⁷³.

Il suddetto criterio, che contrappone sollecitazione a spontaneità, è condiviso da larga parte della dottrina⁷⁴, ma ha sollevato critiche per l'oggettiva difficoltà

di persone, Torino, 1998, 202 ed *ivi* ulteriori richiami), è ipotizzabile una struttura che preveda la contemporanea comunicazione della proposta a tutti i soci e l'introduzione di un termine prima del quale non possono essere validamente espressi i voti, al fine di garantire da un lato l'interesse al voto, dall'altro l'interesse al confronto e alla reciproca influenza. Nelle sue numerose possibili varianti, la consultazione scritta potrebbe essere strutturata anche come metodo che affianca l'assemblea, senza sostituirsi ad essa, in modo tale da consentire ai soci intervenuti in assemblea di ricercare il consenso degli altri soci in via separata (in senso analogo RESTAINO, *op. cit.*, 160).

⁷² Correttamente MIRONE, *Il procedimento deliberativo*, cit., 202 riconduce anche questa fattispecie al modello del *referendum* all'interno del quale l'Autore distingue due varianti, l'una articolata in fasi eguali per tutti e distintamente definite nel contratto sociale o nell'atto di sollecitazione del consenso e l'altra caratterizzata dall'assoluta informalità, ma accomunate dal necessario coinvolgimento dell'intera compagine. Questa ricostruzione, pur riferita al procedimento deliberativo nei modelli personalistici, anticipa sotto svariati profili la disciplina della riforma e fornisce interessanti spunti di riflessione sul possibile avvicinamento, per scelta contrattuale, tra società a responsabilità limitata e società di persone.

⁷³ Sul metodo negoziale vedi NOTARI, *L'assemblea e i processi decisionali*, cit., 130; in sede di commento alla riforma, sulle possibili distinzioni tra i metodi decisionali alternativi, vedi anche PATTI, *Le decisioni dei soci nella nuova disciplina delle s.r.l.*, in *Vita not.*, 2003, 494 e SALERNO CARDILLO, *Le decisioni dei soci nelle s.r.l.*, in *Studi per il Consiglio Nazionale del Notariato in occasione del Convegno di Roma, 27-28-29 novembre 2003*; per uno stimolante raffronto tra decisioni extra-assembleari e patti parasociali, BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni (collegiali e non), con particolare riguardo alla società a responsabilità limitata*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (a cura di), *Studi e materiali (suppl. al fasc. I)*, Milano, 2004, 269.

⁷⁴ Così RESTAINO, *op. cit.*, 159; RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, in *Riunioni di studio sulla riforma delle società (Consiglio notarile di Milano)*, reperibile su www.notarlex.it; Id., *Il sovrano in esilio: riflessioni e problemi in tema di assemblea e decisioni dei soci*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (a cura di), *Studi e materiali (suppl. al fasc. I)*, cit., 394; NUZZO, *Commento sub art. 2479*, in NICCOLINI, STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, III, Napoli, 2004, 1627; SANTONI, *Le decisioni dei soci nella società a responsabilità limitata*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2003, 240; ABRIANI, *Decisioni dei soci*, cit., 205; NOTARI, *Deliberazioni assembleari e*

nell'immaginare un procedimento che prescindendo dalla circolazione di una qualsiasi proposta, magari informale⁷⁵. Condividendo tali perplessità, ci sembra quindi opportuno precisare la portata di questa distinzione: la consultazione è volta a provocare una manifestazione di volontà attraverso una sollecitazione *formale*, che si realizzerà attraverso la formulazione di una domanda ai soci, mentre il consenso espresso per iscritto si riferisce ad un procedimento aperto che non richiede un atto formale di interpellato, essendo tuttavia compatibile con la predisposizione di un progetto di delibera, un testo circolante tra i soci che permetta la raccolta del loro consenso. Sarebbe infatti scarsamente realistico ipotizzare un procedimento del tutto spontaneo che scaturisca dal puro incontro di identiche volontà e che nel contempo garantisca la certezza di un coinvolgimento unanime⁷⁶: sotto questo profilo la predisposizione di un progetto sarà

decisioni dei soci nelle s.r.l., in *Riv. dott. comm.*, 2003, 49; SALVATORE, *L'organizzazione corporativa nella nuova s.r.l.: amministrazione, decisioni dei soci e il ruolo dell'autonomia statutaria*, in *Contr. Impr.*, 2003, 1342. Nella manualistica GRAZIANI, MINERVINI, BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2004, 336, DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, 431 e BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2003, 378.

⁷⁵ Per TOSCANI, *La nuova s.r.l.: amministrazione e controlli, decisioni dei soci*, cit., 35, con riferimento all'analoga disciplina delle decisioni consiliari, ma estendendo le osservazioni ad entrambe le fattispecie, "la differenza potrebbe risiedere nel fatto che nel caso della consultazione l'iniziativa parte da un soggetto mentre, nel caso di consenso, l'amministratore autorizza l'operazione senza essere stato sollecitato o interpellato; insomma la consultazione presupporrebbe un procedimento che dovrebbe essere regolamentato statutariamente; il consenso prescinderebbe da una sollecitazione; tuttavia la difficoltà di prevedere un procedimento nel caso del consenso, che sembrerebbe quindi una manifestazione di volontà spontanea e non sollecitata, e la necessità di assicurare il diritto di ciascun amministratore ad esprimere il proprio parere ci porterebbe a consigliare fortemente di introdurre negli statuti l'obbligo del consenso unanime se si vuol adottare tale metodo di decisione. Se la distinzione tra consultazione scritta e consenso espresso per iscritto ad una prima lettura della norma sembrerebbe essere quella tra sollecitazione e spontaneità, un esame appena più approfondito sembrerebbe far pensare che comunque in nessun caso si possa fare a meno della sollecitazione e quindi dalla presenza di un procedimento che conduca a una decisione". In senso conforme OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l.: l'autonomia statutaria*, Torino, 2005, 104.

⁷⁶ In realtà le decisioni dei soci, siano esse adottate mediante consultazione o consenso, non saranno rese in modo del tutto spontaneo, ma sempre provocate dall'iniziativa del soggetto legittimato o dall'informale circolazione di un progetto (non necessariamente redatto in forma scritta). Come osserva correttamente MARCIANO, *I processi decisionali dei soci e le modifiche statutarie nella s.r.l. (tecniche di verbalizzazione)*, in BORTOLUZZI (a cura di), *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, Torino, 2004, 73, il consenso

quindi non solo possibile, ma auspicabile per tutelare il diritto di partecipazione nella raccolta dei consensi.

Si è correttamente osservato⁷⁷ come molti dei criteri distintivi sin qui richiamati possano e debbano integrarsi vicendevolmente per comprendere a fondo la formula adottata dal legislatore. Pur ritenendo che la presenza o l'assenza di una sollecitazione formale costituiscano l'elemento chiave della questione, non possono tacersi gli altri fattori che concorrono alla soluzione dell'incertezza interpretativa, tra cui la non modificabilità del testo e la pluralità di manifestazioni di volontà. La consultazione scritta di norma avrà per oggetto un testo non modificabile, riguardo al quale la scelta sarà necessariamente circoscritta ad un numero chiuso di possibili alternative (generalmente voto favorevole o contrario); per contro il consenso scritto risulterà solitamente da una pluralità di manifestazioni di volontà contenute in dichiarazioni autonome, anche sotto il profilo documentale, purché concordanti nel contenuto.

Dal punto di vista pratico ed applicativo, l'oggettiva difficoltà nel distinguere le due fattispecie dovrebbe destare minori preoccupazioni: entrambe le tipologie sono espressamente ammesse e soggiacciono alla medesima regolamentazione. Sotto questo profilo sarà quindi determinante non tanto distinguere, ma identificare il nucleo minimo di formalità necessario per assumere una decisione valida ed efficace⁷⁸, in special modo quando lo statuto si limiti a riprodurre il dato normativo senza delineare una procedura dettagliata; ciò nondimeno le differenze tra i due metodi non sono puramente formali, ma come meglio vedremo nel capitolo successivo hanno notevoli ripercussioni sulla procedura e, in modo particolare, sulla legittimazione ad avviare il procedimento.

espresso per iscritto è pur sempre un consenso, prestato quindi nei confronti di un'idea, di un pensiero, di una proposta, anche se non ritualmente formulati, in qualunque modo manifestati.

⁷⁷ RESCIO, *Il sovrano in esilio*, cit., 394 e CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l.*, cit., 161, il quale conclude che "la presenza di un atto di impulso, diretto ad acquisire il consenso degli amministratori o dei soci, pare presupporre un progetto di decisione, su cui ogni legittimato possa esprimere il proprio voto favorevole o contrario". Per OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l.*, cit., 105, l'equivocità delle perifrasi rende opinabile qualunque soluzione che intenda operare una netta contrapposizione; secondo l'Autore, l'introduzione di rigide antinomie o dettagliate procedure, pur possibile in sede statutaria, fornirebbe frequenti occasioni per l'instaurazione di un contenzioso.

⁷⁸ GUERRIERI, *Delle decisioni dei soci*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, 2031, secondo cui "essendo espressamente ammesse entrambe tali tipologie di decisioni extra-assembleari, ciò che realmente acquista rilevanza, più che distinguerle fra loro, è comprendere quale sia il nucleo minimo di formalità che i soci devono seguire per adottare una decisione valida [...]".

1.6 I presupposti all'adozione delle decisioni non assembleari: la clausola autorizzativa

Prima di ricostruire l'*iter* procedurale per la formazione di una decisione extra-assembleare occorre premettere la trattazione dei limiti imposti a tali metodi, la cui adozione è in effetti condizionata sotto tre distinti profili. Anzitutto è necessaria un'apposita previsione statutaria che ammetta espressamente l'adozione delle decisioni mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. Il secondo limite imposto ai metodi non collegiali è costituito dalle materie per le quali il legislatore ha voluto disporre un'assoluta riserva di collegialità: la deliberazione assembleare è infatti imprescindibile per le modifiche dell'atto costitutivo, per le decisioni di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci ed infine, come verificheremo in seguito, in una serie di casi previsti altrove nella disciplina. Al di fuori di queste eccezioni ogni determinazione dei soci – ivi comprese alcune decisioni di particolare rilevanza come l'approvazione del bilancio di esercizio e di liquidazione, la distribuzione degli utili, la nomina delle cariche sociali, la determinazione delle remunerazioni, le operazioni gestorie attribuite ai soci e l'emissione di titoli di debito – è compatibile con i metodi extra-assembleari. Il terzo limite è infine rappresentato dall'obbligo di deliberazione assembleare quando uno o più amministratori o un numero di soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale ne facciano richiesta, esercitando così il diritto alla conversione che esamineremo autonomamente nella trattazione del procedimento.

Il primo limite imposto dalla legge, la necessaria presenza di una clausola autorizzativa nell'atto costitutivo, denota la cautela con la quale il legislatore ha inteso affrontare il delicato tema delle decisioni senza assemblea. La rinuncia al metodo collegiale perfetto deve risultare da una scelta consapevole dei soci, formalizzata nel contratto sociale: il sistema dell'*opt-in* determina la prima fondamentale differenza rispetto ad uno dei principali sistemi giuridici di riferimento, quello della *GmbH* tedesca, che, come vedremo nella seconda parte, consente il ricorso ai metodi non collegiali salvo pattuizione contraria. In base all'art. 2479, l'atto costitutivo non deve necessariamente accogliere entrambi i metodi non assembleari: sono certamente ammissibili le clausole che introducono solo uno dei due metodi decisionali o che combinano le due ipotesi distinguendo le materie. Il tenore della disposizione induce a ritenere che, in presenza di una clausola che non contenga un elenco chiuso di decisioni adottabili mediante il procedimento extra-assembleare, ma preveda genericamente la possibilità di adottare tale metodo, i soci potranno ricorrervi per tutte le decisioni loro spettanti, con la sola

eccezione delle materie indicate dal legislatore⁷⁹. A tal proposito va ricordato come la competenza dei soci possa essere ampliata significativamente sia nell'atto costitutivo, sia con la sottoposizione da parte di ciascun amministratore o di una minoranza qualificata di questioni rientranti tra i compiti gestori: si dovrà tener conto di questa circostanza anche nel formulare la clausola autorizzativa, al fine di evitare involontarie limitazioni del ricorso ai metodi extra-assembleari. In particolare, si è osservato⁸⁰, se la clausola elencasse le competenze affidate ai soci e prevedesse il ricorso alla consultazione o al consenso scritto riferendosi specificamente a tale lista, ogni ulteriore decisione sollecitata su questioni gestorie, legalmente o statutariamente affidate all'organo amministrativo, richiederebbe l'adozione del metodo assembleare⁸¹. La costruzione della clausola deve quindi considerare la natura variabile del riparto di competenze e conferire pertanto una generica autorizzazione, valida per tutte le decisioni assunte a qualsiasi titolo dai soci, salva naturalmente la possibilità di una limitazione consapevole⁸².

1.7 Le riserve di collegialità: le modifiche dell'atto costitutivo

Il secondo limite impone, per le decisioni che alterino significativamente la struttura della società e la posizione dei soci, il ricorso al metodo assembleare, ritenuto dal legislatore maggiormente garantista delle posizioni individuali dei soci e degli interessi corporativi: la precisa identificazione delle riserve di collegialità comporta però una serie di problemi interpretativi di non agevole soluzione, specie con riferimento alle operazioni che comportano la sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o la rilevante modificazione dei diritti dei soci. Meno problematica è la riserva di collegialità per le modifiche dell'atto costitutivo: esse rappresentano un limite univoco dai contorni ben definiti ed espressamente confermato dal disposto dell'art. 2480 c.c. che prescrive, in questi casi, non solo una delibera assembleare, ma anche l'obbligo di verbalizzazione

⁷⁹ MARCIANO, *op. cit.*, 75.

⁸⁰ Così CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l.*, cit., 175.

⁸¹ Si avrebbero presumibilmente le stesse conseguenze se l'autorizzazione riguardasse letteralmente "ogni decisione di competenza dei soci". La conseguente limitazione sarebbe tanto più grave in quanto riguarderebbe le scelte gestorie sollecitate dagli amministratori o dai soci stessi, proprio l'ambito nel quale i metodi non assembleari possono dimostrarsi strumenti particolarmente preziosi.

⁸² Si rinvia al successivo capitolo per ulteriori considerazioni sulla tecnica di redazione della clausola autorizzativa.

notarile⁸³. Naturalmente la riserva di collegialità in parola comprende al suo interno le operazioni straordinarie disciplinate al capo decimo (trasformazione, fusione e scissione), tutte le operazioni sul capitale⁸⁴, nonché l'introduzione nello statuto delle clausole che

⁸³ L'ultima precisazione non è superflua. Nella disciplina previgente le modifiche statutarie rientravano nella competenza dell'assemblea straordinaria, le cui deliberazioni imponevano sempre l'intervento del notaio verbalizzante. Nell'attuale disciplina delle società a responsabilità limitata è invece scomparsa la distinzione tra assemblea ordinaria e straordinaria e le norme generali in tema di assemblea non prescrivono l'obbligo di verbalizzazione notarile. Si è quindi resa necessaria una precisazione sul punto volta a garantire il controllo di legalità su decisioni che possono incidere sostanzialmente sull'organizzazione societaria. Sull'ulteriore innovazione determinata dal rinvio all'art. 2436, ossia l'iscrizione come *condicio iuris* delle delibere modificative, vedi MAGLIULO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in CACCAVALE, MAGLIULO, MALTONI, TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, cit., 415. Gli effetti finali della delibera di modifica dell'atto costitutivo si perfezioneranno al momento dell'iscrizione di questa nel registro delle imprese, condizione perché la delibera diventi efficace. Immediatamente si producono, invece, gli effetti così detti preliminari, da cui deriva l'obbligo in capo a soci ed amministratori di agire secondo correttezza e buona fede. Per gli orientamenti maturati in passato MALTONI, *Invalidità ed inefficacia delle delibere assembleari*, Milano, 2001, 189, GABRIELLI, *Procedimento per le modificazioni dell'atto costitutivo delle società di capitali*, in *Vita not.*, 1982, 559 e MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in COLOMBO E PORTALE (a cura di), *Trattato delle s.p.a.*, VI, 1, Torino, 1993, 57 ove ampi richiami; con specifico riferimento alle società a responsabilità limitata, SANTINI, *Della società a responsabilità limitata*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1992, 297 e RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1982, 350.

⁸⁴ Per ulteriori considerazioni sulla riserva di collegialità nella riduzione del capitale per perdite si rinvia ai successivi paragrafi. Nonostante l'ampio spazio riservato all'autonomia statutaria, la disciplina delle modifiche dell'atto costitutivo ed in particolare quella delle operazioni sul capitale è caratterizzata da un forte tasso di imperatività. Vedi sul punto RACUGNO, *Le modificazioni del capitale sociale nella nuova s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2003, 812 e GIANNELLI, *Le operazioni sul capitale nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 782 secondo cui la necessità di una disciplina cogente è legata al fatto che tali decisioni alterano il capitale di rischio, incidendo sulla distribuzione dell'utile e delle riserve e sull'assetto degli equilibri di potere all'interno della compagine sociale.

Al contrario le decisioni di finanziare la società mediante emissione di titoli di debito ai sensi dell'art. 2483, possono essere assunte mediante metodi non assembleari o rimesse agli amministratori, non incidendo sulla distribuzione degli utili o sugli assetti proprietari della società. In senso conforme, TASSINARI, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, in CACCAVALE, MAGLIULO, MALTONI, TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, cit., 140, LUONI, *Commento sub*

autorizzino la limitazione del diritto di opzione⁸⁵ o l'aumento delegato⁸⁶: con riferimento a quest'ultima ipotesi occorre tuttavia verificare se la riserva stabilita dall'art. 2479 si estenda sino ad imporre la collegialità piena anche per l'adozione della decisione consiliare delegata. Se infatti il legislatore circoscrive espressamente l'ambito di applicazione dei metodi alternativi per le decisioni dei soci, lo stesso non avviene con riferimento alle decisioni degli amministratori, anch'esse adottabili mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto⁸⁷.

art. 2483, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., 1990, PATRIARCA, *I titoli di debito della srl tra opportunità e problemi interpretativi*, Milano, 2005, 62 e CASALI, *I titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2005, 1492.

⁸⁵ Secondo MAGLIULO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, cit., 436, la delibera di introduzione della possibilità di escludere o limitare il diritto di opzione potrebbe rientrare non solo nel n. 4) dell'art. 2479, in quanto modificazione dell'atto costitutivo, ma anche nei casi previsti dal n. 5), trattandosi di una rilevante modificazione dei diritti dei soci. In realtà l'appartenenza della decisione all'una o all'altra categoria non influisce sul procedimento in modo significativo, poiché in entrambi i casi l'adozione della decisione è riservata imperativamente all'organo assembleare ed in entrambi i casi è richiesto il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti almeno la metà del capitale sociale.

⁸⁶ Il potere delegato agli amministratori, pur in assenza di limitazioni espresse, non coincide con il potere dei soci. Secondo la dottrina dominante l'atto costitutivo non può, infatti, attribuire agli amministratori il potere di sopprimere o limitare il diritto di opzione perché, da un lato, l'art. 2481bis riserva il diritto di recesso esplicitamente ai soci che non hanno consentito alla decisione, presupponendo che sia l'assemblea a deliberare la limitazione e, dall'altro, l'esclusione del diritto di opzione rientra tra le operazioni che comportano una rilevante modificazione dei diritti dei soci e necessita pertanto di una decisione collegiale dei soci. In questo senso GIANNELLI, *op. ult. loc. cit.*, CERRATO, *Commento sub artt. 2481-2481ter*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., 1952, FATTUZZI, *Commento sub art. 2481*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, cit., 217. *Contra* BUSI, *Le novità in materia di aumento e riduzione del capitale previste nella riforma*, in BORTOLUZZI (a cura di), *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, Torino, 2004, 162 e MAGLIULO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, cit., 424.

⁸⁷ In linea generale si ritengono adottabili mediante consultazione o consenso scritto tutte le decisioni degli amministratori, sia quelle di carattere gestorio in senso stretto, sia quelle di carattere organizzativo, come la creazione di assetti adeguati, la nomina di consiglieri delegati, l'esercizio dei poteri di controllo sui medesimi o la nomina di direttori generali. Per un'analisi più approfondita si rinvia a MARCHISIO, *La "deliberazione presa per iscritto" nell'amministrazione della società a responsabilità limitata: riflettendo su amministrazione congiuntiva e amministrazione collegiale*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 96 e CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l.*, cit., 149.

L'ultimo comma dell'art. 2475, nella sua nuova formulazione⁸⁸, si limita infatti a disporre che la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione e scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale delegato, siano in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo; riferendosi alle medesime attribuzioni, il terzo comma esclude l'applicazione del regime di amministrazione disgiuntiva o congiuntiva. Questo comporta da un lato l'identificazione di una riserva inderogabile di competenza a favore dell'organo amministrativo e l'implicita affermazione della essenzialità del medesimo, dall'altro l'impossibilità di applicare i regimi di amministrazione mutuati dalle società di persone; non chiarisce però se l'organo amministrativo debba in questi casi operare necessariamente secondo il principio della collegialità piena.

Si prospettano almeno tre differenti letture: secondo alcuni la riserva di collegialità, principalmente per ragioni di coerenza sistematica, riguarderebbe solo l'ipotesi di aumento del capitale delegato (e in via interpretativa la corrispondente riduzione per perdite ex art. 2482bis), in quanto la relativa operazione determina una modifica dell'atto costitutivo, che richiederebbe la collegialità piena anche se assunta direttamente dai soci⁸⁹; un secondo orientamento estende l'obbligo di decisione collegiale a tutte le attribuzioni menzionate, incluse la redazione dei progetti di bilancio, di fusione e di

⁸⁸ La formula utilizzata dal legislatore ha subito un mutamento per effetto dell'*errata corrige* pubblicata il 4 luglio 2003: nel testo originario del decreto di riforma, le competenze in parola erano attribuite al "consiglio di amministrazione", in luogo dell'attuale "organo amministrativo". Secondo CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l.*, cit., 162 non è possibile trarre alcuna indicazione decisiva dalla differente espressione utilizzata: anche nella nuova formulazione permangono dubbi sulla possibilità di ricorrere alle tecniche decisionali alternative. Sulla dubbia legittimità dell'innovazione, apportata in sede di correzione di errori materiali, MARCHISIO, *op. cit.*, 96.

⁸⁹ BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 331, OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l.*, cit., 116 e CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l.*, cit., 163, il quale ammette per contro le decisioni a collegialità attenuata con riferimento alla redazione dei progetti di bilancio, di fusione e di scissione; non si esprimono sulla redazione dei progetti di bilancio ma richiedono la collegialità per le operazioni delegate sul capitale GIANNELLI, *Le operazioni sul capitale*, cit., 788 e MAGLIULO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, cit., 427, secondo cui, nonostante l'assenza di una riserva di collegialità, deve "trovare applicazione il principio di cui all'art. 2479 quarto comma, secondo il quale le decisioni inerenti alle modificazioni dell'atto costitutivo devono essere necessariamente adottate mediante deliberazione collegiale. Se ciò vale per le decisioni assembleari il medesimo sistema deve valere a maggior ragione per le decisioni dell'organo amministrativo che abbiano una funzione sostitutiva di quelle assembleari"

scissione⁹⁰; all'estremo opposto una dottrina ammette il ricorso alla consultazione scritta ed al consenso in tutte le ipotesi, ponendosi conseguentemente il problema di verificare la compatibilità di tali metodi con la verbalizzazione notarile⁹¹.

Senza poterci soffermare su questo interessante problema interpretativo, rileviamo tuttavia come l'art. 2475, specie all'indomani della modifica apportata dall'*errata corrige*, non fornisca indicazioni univoche a supporto di una qualsivoglia riserva di collegialità e nemmeno a favore del diritto di sollecitare una decisione collegiale da parte di uno dei consiglieri⁹²: pertanto, almeno con riferimento all'aumento di capitale delegato, l'unica strada percorribile per affermare l'obbligo di collegialità piena nel consiglio di amministrazione si fonda non tanto sull'art. 2475, ma piuttosto sull'esegesi

⁹⁰ CACCAVALE, *L'amministrazione, la rappresentanza e i controlli*, in CACCAVALE, MAGLIULO, MALTONI, TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, cit., 348; in senso conforme, ma anteriormente all'*errata corrige* SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 8 e ABRIANI, *Decisioni dei soci, amministrazione e controlli*, cit., 216.

⁹¹ MARCHISIO, *op. cit.*, 109. La soluzione al problema della verbalizzazione può ricavarsi secondo l'autore applicando l'interpretazione funzionale: "sembra possibile azzardare che l'atto autentico necessario ai fini dell'esercizio della delega possa consistere nella verbalizzazione, da parte del notaio, di quella che potrebbe (metaforicamente) dirsi la riunione per iscritto; vale a dire, più propriamente del regolare susseguirsi delle fasi sopra indicate come sostitutive della collegialità debole (avvenuto invio degli inviti contenenti l'ordine del giorno; avvenuta concessione di un termine per il re-invio dei medesimi al presidente; avvenuto re-invio entro il termine da parte del numero minimo dei membri costituenti il *quorum* costitutivo; raggiungimento di un numero di voti favorevoli almeno pari alla maggioranza prescritta ai fini della deliberazione". Pur discordando nel merito della questione, analizza la complessa operazione di verbalizzazione notarile OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l.*, cit., 117.

⁹² Si noti che gli amministratori non hanno il potere di sollecitare una discussione collegiale all'interno del consiglio, ma possono, in modo ancor più pregnante, imporre la diretta sottoposizione della questione all'intera compagine sociale, avvalendosi della facoltà loro riconosciuta dall'art. 2479 primo comma. Secondo CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l.*, cit., 162, la differenza di disciplina potrebbe trovare spiegazione nel fatto che il dibattito ed il confronto tra gli amministratori possa comunque essere agevole, anche in mancanza di un'apposita riunione. L'argomento coglie solo un aspetto del problema, in quanto descrive una situazione (il diretto confronto interpersonale), che non contraddistingue in maniera esclusiva i consigli di amministrazione, ma che accomuna di fatto gran parte delle società a responsabilità limitata, caratterizzate da compagini sociali estremamente ridotte. La ragione di tale differenza andrebbe principalmente cercata nell'attribuzione a ciascun amministratore del diritto di sottoporre ai soci ogni decisione, anche gestoria, del consiglio di amministrazione e di richiedere in quella sede la discussione collegiale.

dell'art. 2479, sul metodo collegiale imposto ai soci per le modifiche statutarie e sulla funzione sostitutiva della delega. La norma in parola dunque non prescrive soltanto l'obbligo di una delibera assembleare per le modifiche dell'atto costitutivo, ma, almeno secondo uno degli orientamenti menzionati, determinerebbe, in via interpretativa, una riserva di collegialità derivata in capo al consiglio di amministrazione, qualora l'attribuzione delegata comporti una modifica statutaria.

Le precedenti considerazioni sistematiche non valgono invece per la redazione dei progetti di bilancio, di fusione e di scissione, con riferimento ai quali nessun argomento può ricavarsi dalla disciplina delle decisioni dei soci, trattandosi di attribuzioni originarie dell'organo amministrativo che non realizzano una modifica statutaria⁹³: l'unico dato normativo certo è il divieto di ricorrere in questi casi ai sistemi di amministrazione disgiunta o congiunta e non appare sufficiente per escludere il ricorso a tecniche decisionali che, pur caratterizzate dall'abbandono o dall'attenuamento della collegialità, coinvolgono necessariamente l'intero consiglio e richiedono per la loro validità la forma scritta⁹⁴.

⁹³ Un'altra ipotesi di attribuzione derivata, per la quale potrebbero valere le medesime considerazioni fatte per l'aumento delegato, è l'approvazione dei relativi progetti da parte degli amministratori nelle operazioni di fusione e di scissione semplificate, riscontrandosi anche qui il conferimento di poteri, normalmente spettanti ai soci, che comportano una modificazione dell'atto costitutivo. In questo senso CAGNASSO, *op. ult. cit.*, 165.

⁹⁴ Secondo CAGNASSO, *op. ult. loc. cit.*, è necessario partire dai fondamenti del divieto di ricorrere ai regimi di amministrazione alternativi: nel caso dell'amministrazione disgiunta il riferimento all'organo nel suo complesso impedisce l'adozione delle decisioni in parola da parte di singoli amministratori ed anche in mancanza di una norma espressa si sarebbe dovuto arrivare alla medesima conclusione. Per quanto riguarda l'amministrazione congiunta a maggioranza il divieto è giustificato dalla possibilità di raccogliere il consenso all'interno della maggioranza e dall'assenza della forma scritta; la *ratio* sottesa a tale divieto con riguardo all'amministrazione congiunta all'unanimità è invece difficile da determinare con certezza poiché il regime in questione offre un grado di tutela anche superiore alle decisioni collegiali e la massima garanzia di compattezza dell'organo amministrativo (mancando solo il requisito della forma scritta). L'impossibilità di riferire tali giustificazioni alla consultazione ed al consenso scritto induce l'Autore a ritenere tali tecniche pienamente compatibili con la redazione dei progetti di bilancio, di fusione e di scissione (in senso conforme, ma distinguendosi sulla soluzione adottata per l'aumento delegato, MARCHISIO, *op. cit.*, 102; *contra* CACCAVALE, *L'amministrazione, la rappresentanza e i controlli*, cit. 349).

1.8 Le operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci

Sorgono maggiori problemi nell'identificare le operazioni che comportino una modifica sostanziale dell'oggetto sociale o una rilevante modifica dei diritti dei soci. La norma introduce una locuzione volutamente generica, più attenta alla sostanza che alla veste formale⁹⁵, utilizzando il termine "operazioni" ed associandolo a concetti ampi dai contorni sfumati come "sostanziale modificazione" e "rilevante modificazione"⁹⁶. Si tratta di nozioni aperte in cui possono essere ricomprese tutte le operazioni che, senza consistere in una formale modifica dell'atto costitutivo (che determinerebbe in ogni caso la piena collegialità), alterino sostanzialmente l'ambito di attività individuato nell'oggetto sociale⁹⁷, intendendo la modifica come effetto mediato e non come oggetto immediato

⁹⁵ Sul punto MASSA FELSANI, *Le decisioni dei soci*, cit., 307; D'AMBROSIO, *op. cit.*, 408; BUSI, *Le decisioni non assembleari*, 372; secondo M. RESCIGNO, *op. cit.*, 47, la norma utilizza una locuzione volutamente generica (operazioni), dimostrando di prestare maggior attenzione alla sostanza piuttosto che alla forma; a titolo esemplificativo, l'Autore menziona tra queste operazioni il passaggio da società operativa a società *holding* mediante la creazione di società controllate alle quali viene conferita o ceduta l'azienda o parte di essa.

⁹⁶ È evidente l'influsso esercitato sulla norma dalla dottrina che riconosceva la competenza dell'assemblea per le operazioni che, pur rientrando nella gestione dell'impresa, di fatto comportavano una sostanziale trasformazione dell'impresa e una rilevante modifica della sua struttura industriale e finanziaria (vedi CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in COLOMBO E PORTALE (diritto da), *Trattato delle s.p.a.*, IV, Torino, 1991, 196 e ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, cit., 21 ove ampi richiami). In generale sulle modificazioni di fatto dell'oggetto sociale vedi, per tutti, TANTINI, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, Padova, 1973, 169. In sede di commento ai progetti di riforma ENRIQUES (Audizione dinanzi alle Commissioni Giustizia e Finanze tenuta il 27 novembre 2002), ha però sottolineato come il ricorso a concetti dai contorni sfumati come «sostanziale modificazione» e «rilevante modificazione» rischi di causare un significativo aumento del contenzioso; il mancato rispetto di questa disposizione (l'assunzione della decisione senza una formale delibera assembleare o il compimento dell'operazione da parte degli amministratori senza consultare i soci) comporta infatti l'impugnabilità della decisione ai sensi dell'art. 2479ter.

⁹⁷ La nuova disciplina è finalizzata nel suo complesso ad attenuare la discordanza tra l'oggetto sociale e l'attività effettivamente svolta: le cause di tale discrepanza devono ricercarsi nella genericità con cui l'oggetto sociale era comunemente descritto in sede statutaria e conseguentemente nella facilità con cui gli amministratori potevano eludere i limiti. Era quindi percepibile la necessità di una disciplina più rigida tanto in relazione alla definizione dell'oggetto sociale quanto in relazione alle modifiche, formali o di fatto,

della decisione; parallelamente vi rientrano le operazioni che incidono sui diritti dei soci in modo rilevante, mutando il grado di rischio da essi assunto all'atto dell'investimento oppure alterando l'assetto dello *status socii*.

Una sostanziale modifica dell'oggetto sociale, che preclude il ricorso ai metodi non assembleari, può realizzarsi attraverso la cessione (o l'acquisto) di importanti rami aziendali oppure attraverso l'acquisizione (o l'alienazione) di partecipazioni in altre società tali, per la misura o per l'oggetto, da incidere sull'ambito di attività delle società coinvolte. In particolare l'acquisto di partecipazioni costituisce un diffuso strumento di elusione del limite imposto dall'oggetto sociale, al fine di svolgere concretamente attività diverse da quelle previste nell'atto costitutivo⁹⁸. Più delicata è la questione relativa all'acquisto di partecipazioni a responsabilità illimitata: pur in assenza di una norma espressa, come quella dettata in tema di società per azioni dall'art. 2361, l'assunzione di

ed alle loro conseguenze. Il nuovo art. 2463 richiede maggiore precisione nella definizione dell'oggetto sociale nell'atto costitutivo, che dovrà contenere non più "l'oggetto sociale", bensì "l'attività che costituisce l'oggetto sociale", riferendosi ad un'indicazione analitica delle specifiche attività economiche che la società si propone di realizzare. In dottrina sui termini del problema nel diritto previgente vedi, per tutti, GLIOZZI, *Gli atti estranei all'oggetto sociale*, Milano, 1970, 95, DI SABATO, *Sull'oggetto sociale: problemi interpretativi e di coordinamento fra atto costitutivo e statuto*, in *Riv. dir. impr.*, 1994, 16 e M. STELLA RICHTER E FERRI, *L'oggetto sociale statutario*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 483, ove ulteriori richiami. Sulla nuova disciplina BONELLI, *Atti estranei all'oggetto sociale e poteri di rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2004, 924 e NTUK, *Commento sub art. 2328*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., 63. L'attuale soluzione determina sotto questo profilo un ritorno alle origini, in quanto il codice di commercio richiedeva di indicare "la qualità e la specie degli affari che costituiscono l'oggetto della società" (vedi sul punto SOPRANO, *Trattato teorico pratico delle società commerciali*, Torino, 1934, 118). Sui limiti al potere di rappresentanza e sul passaggio dalla regola della rilevanza esterna dell'oggetto sociale alla regola della rilevanza interna, vedi ABRIANI, *Conflitto di interessi e rappresentanza*, cit., 421.

⁹⁸ L'operazione potrebbe avvenire per puri fini speculativi, finalizzata cioè al ritrasferimento delle partecipazioni acquistate e non allo svolgimento di una diversa attività d'impresa. L'idoneità ad incidere sostanzialmente sull'oggetto sociale dovrà quindi valutarsi in modo differente a seconda che si tratti di società holding, con oggetto principale ed esclusivo l'assunzione di partecipazioni in altre imprese, o che si tratti di società industriali o commerciali, rispetto alle quali è certamente maggiore il rischio di un'alterazione di fatto dell'oggetto sociale e nel contempo meno probabile un acquisto a soli fini speculativi. Per considerazioni rese nel vigore del precedente ordinamento ma nondimeno attuali, CALANDRA BUONAURO, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, cit., 196.

partecipazioni in società di persone o in altre imprese che comporti una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime⁹⁹ è certamente ammissibile anche da parte di una società a responsabilità limitata e rientra a nostro avviso nell'ambito di competenza dei soci riuniti in assemblea. Le ragioni sottese alla disciplina dettata per le società per azioni trovano infatti conferma nelle società a responsabilità limitata, in quanto l'assunzione di tali partecipazioni andrà a mutare il grado di rischio assunto dalla società e dai partecipanti, alterando in modo sostanziale l'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo¹⁰⁰; l'attribuzione di tale competenza ai soci e l'inclusione tra le ipotesi di riserva di collegialità non discendono esclusivamente dall'applicazione analogica dell'art. 2361, ma anche dalla diretta applicazione delle norme dettate dall'art. 2479. Sembra infatti difficile immaginare un'operazione che da un lato comporti l'assunzione di responsabilità illimitata e dall'altro non determini una sostanziale alterazione dell'oggetto sociale¹⁰¹: qualora ciò accadesse in concreto, occorrerebbe ulteriormente verificare se l'operazione in esame, incidendo sul rischio, vada a modificare i diritti dei soci in modo sostanziale, circostanza che imporrebbe comunque il ricorso al metodo assembleare. Se l'obiettivo principale nell'esegesi delle formule generiche introdotte dall'art. 2479 è

⁹⁹ La partecipazione in società di persone, oltre a poter eventualmente determinare una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale in capo alla società partecipante, comporta l'obbligo in capo alla società partecipata, qualora tutti i soci illimitatamente responsabili siano società di capitali, di redigere il bilancio secondo le norme previste per le società per azioni, ai sensi dell'art. 111duodecies delle disposizioni attuative. La norma menziona le società a responsabilità limitata – accanto alle società per azioni e in accomandita per azioni – ammettendo implicitamente l'assunzione di partecipazioni da parte di questo tipo sociale. Si deduce quindi che il mancato richiamo all'art. 2361 sia frutto di un mero difetto di coordinamento e che pertanto le disposizioni contenute nel predetto articolo possano trovare applicazione anche nelle società a responsabilità limitata.

¹⁰⁰ Conformemente CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l.*, cit., 174 e NUZZO, *op. cit.*, 1625; in senso opposto MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 260, il quale fonda la sua posizione sul carattere logico e non recettizio dell'implicito rinvio all'art. 2361. Secondo quest'ultimo orientamento, ogni acquisto di partecipazioni è assoggettato ai principi generali in tema di società a responsabilità limitata, secondo i quali la delibera assembleare è prescritta solo in determinati casi: l'acquisto di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata dovrà, dunque, essere deciso in assemblea solo nel caso in cui tale acquisto comporti una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale ed in caso contrario sarà possibile ricorrere ai metodi alternativi.

¹⁰¹ Una simile ipotesi si potrebbe configurare con riferimento ad una *holding* in forma di s.r.l. che acquisti quote di partecipazione in società di persone che per tipologia e grado di rischio non si differenziano rispetto a quelle già presenti nel portafoglio della *holding*.

quello di portare chiarezza, sembra preferibile la tesi che, al di là delle valutazioni concrete, applichi la riserva di collegialità a tutti gli acquisti di partecipazioni a responsabilità illimitata¹⁰².

Alla stregua di quanto esposto vanno valutate anche le operazioni di cessione di rami fondamentali dell'azienda, che, pur non potendosi configurare come mutamenti formali dell'oggetto sociale, possono comportare non solo un mutamento dell'attività svolta e della posizione di mercato della società, ma addirittura l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale definito in sede statutaria¹⁰³. Meno frequente, ma non per questo impossibile, è una sostanziale modifica dell'oggetto sociale che discenda dall'acquisto di un ramo d'azienda funzionalmente incoerente con l'attività svolta dalla società.

Le operazioni debbono comportare un mutamento *sostanziale* dell'oggetto sociale: in assenza di tale requisito le operazioni potranno essere decise dai soci al di fuori dell'assemblea o direttamente dagli amministratori. L'uso di una così vaga espressione da parte del legislatore di fatto attribuisce al giudice il potere di valutare in concreto se la modificazione dell'oggetto sia sostanziale o se, come vedremo subito, la modificazione dei diritti dei soci sia rilevante, senza per altro fornire sicuri criteri orientativi¹⁰⁴. Il termine sostanziale sembra riferirsi alla rilevanza sia quantitativa che qualitativa dell'operazione¹⁰⁵: nel caso di acquisto di partecipazioni in altre imprese, si deve quindi valutare la misura e l'oggetto della transazione¹⁰⁶; analogamente nel caso di cessioni

¹⁰² La valutazione in concreto va invece effettuata per le alienazioni delle partecipazioni a responsabilità illimitata, che pur incidendo sul grado di rischio in senso migliorativo possono di fatto realizzare una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale, in funzione dell'attività svolta dalla società le cui quote sono state cedute e della loro incidenza sul portafoglio della società alienante.

¹⁰³ MASSA FELSANI, *op. cit.*, 309, inquadra la cessione di rami aziendali tra le operazioni che possono comportare una rilevante modificazione dei diritti dei soci. La qualificazione non può tuttavia essere fatta in astratto: la medesima operazione di cessione, in presenza di circostanze di fatto differenti, potrà alternativamente realizzare una modificazione dell'oggetto sociale, una modificazione dei diritti dei soci o entrambe le situazioni.

¹⁰⁴ Almeno con riferimento all'oggetto sociale sembrerebbe possibile applicare, con i dovuti adeguamenti, il tradizionale criterio della *strumentalità* dell'operazione al perseguimento dell'oggetto sociale, sul quale DI SABATO, *Validità della deliberazione di "scorporo" presa dall'assemblea ordinaria e diritto di recesso*, in *Riv. soc.*, 1981, 844.

¹⁰⁵ Così SANDULLI, *Le decisioni dei soci*, cit., 230.

¹⁰⁶ La partecipazione, pur di notevole consistenza, può essere giustificata sul piano strumentale (si pensi ad una società industriale che assume una partecipazione in una società di commercializzazione); all'opposto

aziendali si prende in esame l'entità della cessione e il valore del ramo ceduto nell'ambito dell'attività industriale complessiva. La mera estraneità all'oggetto sociale non è quindi sufficiente per escludere il ricorso ai metodi semplificati: l'operazione deve incidere in modo profondo e permanente – o quantomeno duraturo – sull'oggetto sociale, mutando o precludendo di fatto l'esercizio dell'attività indicata nell'atto costitutivo¹⁰⁷. Nella disciplina del recesso assistiamo ad un perfetta equiparazione tra modifica formale e modifica di fatto dell'oggetto sociale: le medesime operazioni ai sensi dell'art. 2473 determinano infatti il diritto di recesso per i soci che non abbiano consentito al compimento delle stesse, secondo una formula che, almeno con riferimento alla sostanziale modifica dell'oggetto sociale, replica esattamente l'art. 2479¹⁰⁸. Dal punto di vista procedurale l'equiparazione è soltanto parziale: le due fattispecie sono infatti accomunate dal ricorso obbligatorio al metodo assemblare e dalla presenza di *quorum* rafforzati, ma le modifiche di fatto, a differenza di quelle formali, non richiedono né l'intervento del notaio verbalizzante, né l'iscrizione della delibera nel registro delle imprese.

Passando alla seconda nozione rinvenibile nella norma, l'idea di rilevante modificazione dei diritti dei soci riprende palesemente la tesi che attribuiva all'assemblea il potere di deliberare su tutte le operazioni che, pur avendo carattere gestorio, fossero

l'acquisto di una partecipazione in una società operante anche nel medesimo settore può in concreto risultare incoerente con l'esercizio dell'attività economica stabilita nell'atto costitutivo, determinandone un sostanziale mutamento.

¹⁰⁷ Osserva puntualmente GALLETTI, *Commento sub art. 2473*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, cit., 1906, come sia necessario che l'operazioni comporti una flessione stabile dell'organizzazione dell'impresa tale da risultare di fatto eccedente rispetto alle direttive funzionali statutarie.

¹⁰⁸ La disciplina previgente riconosceva il diritto di recesso solo in caso di modificazioni formali dell'oggetto sociale: la riforma, equiparando le modifiche di fatto, ha riconosciuto al socio la possibilità di sciogliere il rapporto in tutti i casi in cui si realizzi un netto mutamento dell'attività economica svolta dalla società, che può risolversi in una significativa alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento. Sulle nuove ipotesi di recesso introdotte nella s.r.l. dalla riforma vedi CALANDRA BUONAURA, *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 317, GALLETTI, *Commento sub art. 2473*, cit., 1906 CAGNASSO, *Commento sub art. 2473-2473bis*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., 1836 ed in senso critico, con specifico riferimento a questa ipotesi di recesso, ENRIQUES, SCIOLLA, VAUDANO, *Il recesso del socio di s.r.l.: una mina vagante nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 745.

potenzialmente idonee ad incidere in modo grave sui diritti di partecipazione e sugli interessi patrimoniali dei soci¹⁰⁹. Anche in questa ipotesi, il legislatore introduce un'ulteriore qualificazione: la riserva di collegialità sussiste esclusivamente quando tali modifiche siano *rilevanti* ed in assenza di tale requisito le operazioni potranno essere liberamente adottate mediante consultazione e consenso scritto ovvero attribuite alla competenza dell'organo gestorio¹¹⁰. L'individuazione dei criteri per valutare la rilevanza della modificazione è qui ancor più complessa, innestandosi su un tema, quello dei diritti dei soci, dai contorni tuttora indefiniti. In assenza di precisazioni statutarie¹¹¹, questa riserva di collegialità, se interpretata estensivamente, rischia di pregiudicare severamente la diffusione dei metodi non assembleari: il rischio di successiva impugnazione della decisione per violazione della riserva assembleare potrebbe indurre i soci, in sede di approvazione di operazioni anche non rilevanti o sostanziali, a ricorrere al più sicuro metodo assembleare¹¹².

Una rilevante modifica dei diritti dei soci è ravvisabile nelle operazioni che determinano una forma di dipendenza economica da un'altra impresa, tale da sottomettere la società all'influenza dominante esterna o all'attività di direzione e coordinamento di un'altra società¹¹³. Un'altra ipotesi che la dottrina¹¹⁴ ha ricondotto in questo ambito è il procedimento di esclusione ai sensi dell'art. 2473bis: l'argomentazione fondata sull'incidenza che tale provvedimento esercita sulla posizione individuale del

¹⁰⁹ CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, cit., 116. Sul tema classico dei diritti individuali dei soci e dei limiti imposti alla maggioranza vedi TANTINI, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, cit., 104 e CERRAI E MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Riv. soc.*, 1993, I ove un quadro completo degli orientamenti maturati e degli influssi esercitati dalla dottrina tradizionale dei *vested rights* statunitense, sulla quale, per tutti, BERLE E MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, Torino, 1966, 249.

¹¹⁰ MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 264 fa rientrare nella categoria delle "modifiche libere" quegli arrotondamenti di minimo importo sulla quota di alcuni soci resi necessari a seguito di operazioni sul capitale, esclusivamente finalizzati all'attuazione della delibera e non incidenti, se non in misura trascurabile, sui diritti dei soci in questione.

¹¹¹ Auspicato da SANDULLI, *Le decisioni dei soci*, cit., 230.

¹¹² Vedi le opportune osservazioni di ENRIQUES sul concreto rischio di incremento del contenzioso.

¹¹³ In questo senso ABRIANI, *Le decisioni dei soci*, cit., 203, BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 372 e RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, in *Riunioni di studio sulla riforma delle società (Consiglio notarile di Milano)*, reperibile su www.notarlex.it, il quale ravvede un parallelismo con la causa di recesso prevista dall'art. 2497quater per le ipotesi di direzione e coordinamento.

¹¹⁴ BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 374.

socio escluso è certamente pertinente, ma si scontra con l'interpretazione maggioritaria¹¹⁵ secondo cui la determinazione della procedura di esclusione è integralmente demandata all'atto costitutivo¹¹⁶. La legge tace in ordine al procedimento e, nell'incertezza del quadro interpretativo, si ritiene che l'atto costitutivo possa liberamente indicare l'organo competente e il metodo deliberativo da adottare, ivi compresa la decisione extra-assembleare dei soci. Se infatti l'autonomia statutaria può spingersi sino ad attribuire tale delicata competenza agli amministratori, come sembra potersi desumere dall'analogia con l'art. 2466 in tema di socio moroso e con l'art. 2533 in tema di cooperative, *a fortiori* non può escludersi l'attribuzione della stessa ad una determinazione dei soci seppur sprovvista delle forme assembleari.

A differenza di quanto sopra esposto per le modifiche di fatto dell'oggetto sociale, non vi è qui coincidenza con la disciplina dell'art. 2473, ma una mera somiglianza delle formule legislative, per certi versi fuorviante¹¹⁷: perché venga riconosciuto il diritto di

¹¹⁵ MAGLIULO, *Il recesso e l'esclusione*, in CACCAVALE, MAGLIULO, MALTONI, TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, cit., 245; CAGNASSO, *Ambiti e limiti dell'autonomia concessa ai soci nella "nuova" società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 370; ID., *Recesso ed esclusione del socio: interessi in gioco e "costi" degli strumenti di tutela*, in *Analisi Giuridica dell'economia. Studi e discussioni sul diritto d'impresa. La nuova s.r.l. colà dove si puote?*, Bologna, 2003; ID., *Commento sub artt. 2473-2473bis*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., 1847; BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 325, nt. 249; GALLETTI, *Commento sub art. 2473bis*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, cit., 1918.

¹¹⁶ Escludono però l'attribuzione della competenza agli amministratori BARALIS E FERRERO, *op. ult. loc. cit.* ritenendo la delibera amministrativa di esclusione radicalmente inefficace. Non è tuttavia chiaro se l'opinione si limiti a negare la competenza residuale degli amministratori o se escluda anche l'attribuzione della competenza in forza di un'esplicita previsione statutaria. Esulano dalla nostra indagine le questioni relative alla competenza residuale nel silenzio dell'atto costitutivo (soci o amministratori) e all'applicazione analogica dell'art. 2287 in materia di società di persone per il computo del voto dell'escluso e per le società di due soci (per le quali si rinvia agli articoli citati nella nota precedente). Basti ai nostri fini precisare che, qualora la competenza residuale o pattizia sia riconosciuta in capo ai soci e l'atto costitutivo preveda genericamente la possibilità di ricorrere ai metodi non collegiali, l'esclusione potrà essere decisa mediante consultazione o consenso scritto (in senso conforme BARALIS E FERRERO, *op. ult. loc. cit.*, e MAGLIULO, *op. ult. loc. cit.*).

¹¹⁷ Non può essere condivisa l'opinione di RESTAINO, *Commento sub art. 2479*, cit., 164, che, muovendo dall'esame della disciplina del recesso e dall'analogia (solo apparente) delle formule utilizzate, limita la riserva di collegialità alle decisioni che comportano una rilevante modificazione solo di quei diritti attribuiti a singoli soci ex art. 2468.

recesso ai soci che non abbiano consentito all'operazione, la rilevante modificazione dovrà necessariamente incidere sui diritti particolari riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili, attribuiti ai singoli soci dall'atto costitutivo ai sensi dell'art. 2468¹¹⁸. Ogni altra operazione che determini una modifica, pur rilevante, dei diritti particolari dei soci sarà pertanto ininfluente ai fini del recesso (salva l'introduzione di ulteriori ipotesi convenzionali), comportando esclusivamente l'obbligo di delibera assembleare.

Diverso è il caso in cui i diritti particolari ex art. 2468 vengano formalmente modificati con un intervento sull'atto costitutivo¹¹⁹: si assiste in questi casi ad una eccezionale inversione della regola generale di modificabilità a maggioranza delle posizioni individuali dei soci e al sostanziale avvicinamento ai principi che contraddistinguono le società di persone. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo la modifica dei diritti in questione richiede infatti il consenso unanime dei soci: queste modifiche formali non sollevano tuttavia particolari problemi ai nostri fini, in quanto il ricorso ai metodi alternativi è certamente precluso, trattandosi di una modifica statutaria che richiede il consenso unanime formalizzato in una deliberazione assembleare¹²⁰.

¹¹⁸ Per le questioni inerenti al recesso ed alle decisioni modificative vedi MAGLIULO, *Il recesso e l'esclusione*, cit., 209 e ID., *Le decisioni dei soci*, cit., 262. In generale sui diritti particolari dei soci REVIGLIONE, *Commento sub art. 2468*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., 1798. ROSAPEPE, *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione sociale nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 479, NOTARI, *Diritti "particolari" dei soci e categorie "speciali" di partecipazioni*, in *Analisi Giuridica dell'economia. Studi e discussioni sul diritto d'impresa. La nuova s.r.l. colà dove si puote?*, cit., 333, MALTONI, *La partecipazione sociale*, in CACCAVALE, MAGLIULO, MALTONI, TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, cit., 164 e FATTUZZI, *Commento sub art. 2468*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, cit., 58.

¹¹⁹ L'ipotesi di recesso si riferisce infatti alle operazioni che, pur non modificando l'atto costitutivo, incidano sensibilmente sui diritti particolari. Qualora però i soci derogassero all'unanimità richiesta dall'art. 2468, anche le modifiche formali a maggioranza, in virtù dell'esplicito richiamo all'art. 2473, determinerebbero il diritto di recesso per i soci che non abbiano consentito. Si pone il problema CAGNASSO, *Commento sub artt. 2473-2473bis*, cit., 1839.

¹²⁰ Anche avvalendosi della facoltà di derogare all'unanimità, l'atto costitutivo non potrebbe in nessun caso consentire la formale modifica dei diritti particolari mediante consultazione o consenso scritto, incontrando il limite generale imposto dall'art. 2479 n. 5).

1.9 Le altre riserve di collegialità: i problemi di coordinamento sistematico con particolare riferimento alla riduzione del capitale per perdite, allo scioglimento e alla disciplina fallimentare

La questione relativa al coordinamento sistematico è forse ancor più spinosa: occorre infatti verificare se nell'ordinamento sussistano altre decisioni per le quali il legislatore abbia inteso escludere il ricorso a queste tecniche deliberative ed in particolare se la presenza del termine assemblea indichi l'imposizione del metodo collegiale perfetto oppure derivi da un mero difetto di coordinamento, consistente nell'utilizzo di una terminologia non aggiornata ed incoerente con l'attuale disciplina del procedimento di formazione della volontà sociale nelle società a responsabilità limitata. È certamente condivisibile l'opinione secondo cui occorre distinguere le ipotesi in cui il termine assemblea è utilizzato nel contesto della disciplina della società a responsabilità limitata, nel quale si presume una maggiore coerenza nelle formule linguistiche adottate, da quelle in cui il termine è inserito in contesti differenti, riferibili a tutte le società di capitali o in generale a tutti gli organismi societari¹²¹. Diverso è l'approccio nel valutare le disposizioni anteriori alla riforma: il legislatore non poteva infatti utilizzare un linguaggio differente dal momento che l'adozione del metodo assembleare era inderogabile nelle società di capitali: sarà quindi necessario verificare ulteriormente se il legislatore ante-riforma abbia fatto espresso riferimento all'assemblea intesa come organo formalizzato o, in via suppletiva, se le decisioni in questione rientrino nelle susposte ipotesi di riserva di collegialità, in particolare vagliando la loro idoneità ad incidere in modo rilevante sui diritti dei soci o sull'oggetto sociale¹²².

Ciò premesso iniziamo col valutare la compatibilità dei metodi extra-assembleari con i provvedimenti da assumere quando il capitale risulta diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite: ai sensi dell'art. 2482bis gli amministratori devono convocare l'assemblea dei soci per gli opportuni provvedimenti sottoponendo una loro relazione con le osservazioni del collegio sindacale o del revisore. Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, deve essere convocata l'assemblea per l'approvazione del bilancio e la riduzione del capitale. In aggiunta, quando le perdite riducono il capitale al di sotto del minimo legale, l'art. 2482ter prescrive che gli

¹²¹ CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l.*, cit., 171.

¹²² Secondo CAGNASSO, *op. ult. loc. cit.*, la presenza delle formule assemblea o deliberazione assembleare in disposizioni anteriori alla riforma non assume alcun rilievo ai fini dell'individuazione dell'area di applicazione dei metodi di collegialità attenuata.

amministratori debbano convocare l'assemblea per deliberare la riduzione ed il contemporaneo reintegro del capitale o la trasformazione della società. Le disposizioni in questione sono dettate con esclusivo riguardo alle società a responsabilità limitata e, riferendosi costantemente all'assemblea ed alle deliberazioni dei soci, sembrano denotare una scelta consapevole del legislatore nel senso della piena collegialità richiesta per tali operazioni.

Tale interpretazione sostenuta unanimemente dai primi commentatori della riforma¹²³ ha trovato conferma nel successivo intervento del legislatore: la modifica al testo originario dell'art. 2479 per effetto del decreto correttivo emanato nel febbraio 2004 ha infatti previsto espressamente l'esclusione dei metodi alternativi per le decisioni previste dal quarto comma dell'art. 2482bis, vale a dire l'approvazione del bilancio e la conseguente riduzione del capitale¹²⁴, risolvendo, almeno parzialmente, il dubbio interpretativo. Restano infatti da valutare le sorti delle altre decisioni inerenti alla riduzione del capitale per perdite: il mancato richiamo dell'art. 2482ter da parte del decreto correttivo non desta particolari problemi, in quanto le operazioni in esso prescritte – la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo o in alternativa la trasformazione della società – comportano sempre una modifica dell'atto costitutivo e rientrano pertanto nella generale riserva di collegialità. Per contro il richiamo espresso al solo quarto comma del 2482bis potrebbe indurre a ritenere che gli amministratori, verificata la diminuzione di oltre un terzo, possano ricorrere alla consultazione o al consenso scritto per sollecitare gli opportuni provvedimenti da parte

¹²³ Vedi RESTAINO, *op. cit.*, 161; RIVOLTA, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, cit., 683; QUATTROCCHIO, *Commento sub art. 2482bis*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., 1981; BUSI, *S.p.a. S.r.l. operazioni sul capitale*, Milano, 2004.

¹²⁴ Le parole "nonché nel caso previsto dal quarto comma dell'art. 2482bis" sono state aggiunte dal d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37. Si noti come, almeno con riferimento alla riduzione del capitale, la precisazione possa ritenersi superflua stante l'obbligo di collegialità piena per ogni modifica dell'atto costitutivo; diverso è il discorso relativo all'approvazione del bilancio che, al di fuori della particolare situazione determinata dall'insorgenza di perdite, può certamente assumersi mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. Si segnala altresì come il legislatore, con il medesimo decreto correttivo, abbia sostituito l'espressione "in ogni caso" con la parola "comunque" modificando così il quarto comma della disposizione in commento ove si prescrive la necessità di una riunione collegiale per le materie menzionate.

dei soci ai sensi del primo comma¹²⁵. Ragioni sistematiche e testuali inducono a ritenere che debba comunque applicarsi il metodo assembleare: da un lato la norma impone un obbligo in capo agli amministratori di "convocare l'assemblea", con una formula tanto più significativa trattandosi di una disciplina specifica per la società a responsabilità limitata e dovendosi quindi presumere un utilizzo consapevole delle nozioni riguardanti la formazione della volontà sociale. Dall'altro l'obbligo per gli amministratori, stabilito dal terzo comma, di dar conto dei fatti di rilievo avvenuti dopo la redazione della relazione e la previsione che i soci debbano adottare gli opportuni provvedimenti che possono eventualmente consistere nell'immediato intervento sul capitale sociale, sembrano presupporre un confronto tra i soci e gli amministratori in sede assembleare¹²⁶.

Qualche perplessità¹²⁷ sorge sulla possibilità di confermare questa lettura con riferimento alla delega alla riduzione del capitale per perdite, conferibile agli amministratori in forza del rinvio operato dall'art. 2482bis alla disciplina della società per azioni¹²⁸: la norma richiamata, l'ultimo comma dell'art. 2446, stabilisce che – qualora le azioni emesse siano prive di valore nominale – lo statuto, una sua modificazione ovvero una delibera adottata con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria possono prevedere che la riduzione del capitale obbligatoria sia deliberata dal consiglio di amministrazione. In realtà il punto più delicato è rappresentato dal coordinamento del concetto di azioni prive di valore nominale con la disciplina della società a responsabilità limitata: secondo l'interpretazione maggioritaria¹²⁹ la disposizione in parola va riferita al

¹²⁵ L'intento chiarificatore del decreto correttivo è stato quindi disatteso, andando involontariamente a complicare un aspetto che in verità non suscitava particolari problemi interpretativi, alla luce dell'unanime orientamento dottrinario.

¹²⁶ In senso conforme CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l.*, cit., 172.

¹²⁷ CAGNASSO, *op. ult. loc. cit.* tracciando argomento dal fatto che l'art. 2446 richieda una deliberazione con le maggioranze proprie previste per l'assemblea straordinaria, non qualificabile di per sé come modificazione dell'atto costitutivo.

¹²⁸ Sull'inedito meccanismo di riduzione delegata del capitale vedi CAVANNA, *Commento sub artt. 2445-2447*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., 1618 ove ulteriori rinvii.

¹²⁹ MAGLIULO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, cit., 464 e IANNELLO, *Riduzione del capitale per perdite*, in LO CASCIO (a cura di), *Società a responsabilità limitata*, cit., 307. In senso opposto PINNARÒ, *Commento sub art. 2482bis*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, cit., 217, il quale ritiene possibile una delega agli amministratori indipendentemente dalla natura delle quote, atteso il fatto che da un punto di vista pratico l'assenza di valore nominale non comporta alcuna modifica sostanziale alla disciplina delle quote. Critica la scelta del legislatore di avvalersi del rinvio proprio in

caso in cui le quote di partecipazione siano indicate non mediante un controvalore nominale in euro, ma come frazione del capitale sociale. Quando manchi il valore nominale delle quote la delibera si limiterà ad incidere sull'ammontare del capitale sociale, lasciando inalterate le quote di partecipazione dei soci: la relativa decisione non incide direttamente sui diritti dei soci e può quindi essere delegata agli amministratori, non sussistendo il rischio che si alterino i diritti loro spettanti in assenza di un loro consenso¹³⁰.

Ciò che rileva ai nostri fini è l'individuazione dei requisiti di forma e di metodo per il conferimento della delega da parte dei soci: nella società per azioni essa può infatti derivare dall'atto costitutivo, da una sua modifica o da una deliberazione adottata con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria¹³¹. Per quanto attiene ai primi due casi, *nulla quaestio*: la determinazione che modifichi l'atto costitutivo sarà necessariamente assunta in una formale riunione assembleare, così come avviene per l'aumento di capitale delegato. Nell'ultima ipotesi menzionata, sorge invece un insidioso

relazione ad un aspetto controverso come quello delle azioni prive di valore nominale DONATI, *Commento sub art. 2482bis*, in BONFANTE, CORAPI, MARZIALE, RORDORF, SALAFIA (a cura di), *Codice commentato delle nuove società*, Milano, 2004, 1115.

¹³⁰ La possibilità di delegare la riduzione del capitale ai sensi dell'art. 2446 si riferisce esclusivamente ai casi di riduzione obbligatoria per perdite superiori al terzo non ridotti nell'esercizio precedente: questo limite trova applicazione anche nelle società a responsabilità limitata, poiché la delega agli amministratori non può essere estesa oltre i casi espressamente previsti, costituendo un'eccezione al principio generale secondo cui i soci sono competenti a deliberare le modifiche dell'atto costitutivo. La *ratio* dell'eccezione va ricercata nel fatto che la riduzione del capitale obbligatoria attribuisce ben poca discrezionalità all'organo deliberante configurandosi come atto dovuto (così MAGLIULO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, cit., 466 e GIANNELLI, *Le operazioni sul capitale nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 803). Negli altri casi di riduzione del capitale, quali la riduzione facoltativa o la riduzione per perdite superiori ad un terzo da deliberarsi prima dell'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo a quello in cui si è verificata la perdita, la competenza è riservata ai soci riuniti in assemblea, così come per l'ipotesi di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, poiché anche in questo caso i soci mantengono un margine di discrezionalità, potendo procedere ad ulteriori deliberazioni idonee ad evitare lo scioglimento della società quali l'aumento del capitale o la trasformazione della società.

¹³¹ Quest'ultima ipotesi determina la rilevante differenza rispetto alla delega agli amministratori per l'aumento del capitale ove la delega può essere attribuita solo in virtù di un'apposita clausola inserita nell'atto costitutivo. Vedi sul punto CERRATO, *Commento sub art. 2443*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., 1546.

problema di adeguamento della disciplina in parola alle peculiari caratteristiche della società a responsabilità limitata, essendo scomparsa in questo tipo societario la distinzione tra assemblea ordinaria e assemblea straordinaria. La dottrina¹³² ritiene che a tale tipologia di decisione vadano riferite le maggioranze previste per le modificazioni dell'atto costitutivo, poiché nelle società per azioni l'assemblea straordinaria delibera principalmente su tale materia¹³³, ma evidenzia nel contempo come la delibera non comporti un'effettiva modificazione dell'atto costitutivo e non sia pertanto sottoposta ai relativi requisiti formali (in particolare il ricorso alla forma notarile e l'iscrizione nel registro delle imprese¹³⁴). Quanto al metodo di assunzione, accertato il fatto che la delega in parola non costituisce una modifica dell'atto costitutivo e che le particolari circostanze escludono che vi sia una rilevante modificazione dei diritti dei soci, non sembra possibile imporre in via interpretativa l'adozione del procedimento collegiale perfetto: nulla vieta quindi che tali delibere siano adottate mediante consultazione o consenso scritto¹³⁵.

¹³² CAGNASSO, *op. ult. loc. cit.* e MAGLIULO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, cit., 465 secondo cui, nel silenzio della legge circa la forma della determinazione ed il metodo di assunzione, debba applicarsi la disciplina generale dell'assemblea dei soci, eccezion fatta per le maggioranze necessarie all'adozione della decisione.

¹³³ MAGLIULO, *op. ult. cit.*, 465.

¹³⁴ MAGLIULO, *op. ult. cit.*, 466 il quale osserva che la delibera di delega, pur non dovendosi iscrivere nel registro delle imprese, non è priva di rilievo pubblicitario, poiché la successiva delibera degli amministratori diretta alla riduzione del capitale sarà, invece, necessariamente iscritta e dovrà menzionare la sussistenza della delibera di delega a monte, al fine di giustificare il relativo spostamento di competenze deliberative; l'Autore conclude affermando dunque che la delibera di delega goda di una pubblicità "riflessa".

¹³⁵ Giungono ad analoghe conclusioni CAGNASSO, *op. ult. loc. cit.* e MAGLIULO, *op. ult. loc. cit.*; secondo GIANNELLI, *Le operazioni sul capitale*, cit., 789, la delibera di riduzione del capitale delegata all'organo amministrativo, se pur adottata da un organo diverso da quello assembleare, resta pur sempre una decisione di modifica dell'atto costitutivo e, pertanto, deve essere adottata mediante deliberazione collegiale tanto più che dal rinvio all'art. 2436 emerge la necessità che detta delibera venga verbalizzata da un notaio ed iscritta nel registro delle imprese. Quanto al metodo di adozione della delibera consiliare di riduzione, CAGNASSO, *op. ult. cit.*, 164 ritiene, analogamente a quanto stabilito per l'aumento di capitale delegato, che i modelli di amministrazione congiunta e disgiunta non possano applicarsi al caso di specie e in secondo luogo che vada necessariamente applicata la collegialità piena, espressamente richiamata quando siano i soci ad adottare tale decisione.

Un altro ambito nel quale il coordinamento presenta aspetti di criticità è la disciplina dello scioglimento e della liquidazione: in via preliminare va evidenziato che i riferimenti al metodo assembleare siano qui caratterizzati dallo strutturale difetto di coordinamento che caratterizza tale disciplina, la quale, pur essendo applicabile a tutte le società di capitali, è stata tratteggiata sul modello azionario, "dimenticando" la società a responsabilità limitata e le sue peculiarità in tema di processi decisionali¹³⁶. Al di là dell'art. 2490 che prevede l'approvazione dei soci del bilancio in fase di liquidazione, ammettendo espressamente il ricorso ai metodi extra-assembleari, l'unica altra norma nella quale il legislatore tiene conto di tali differenze – facendo espresso riferimento alle "disposizioni sulle decisioni dei soci" – è l'art. 2488 che stabilisce l'applicazione durante lo stato di liquidazione delle norme, in quanto compatibili, riguardanti gli organi sociali. Tale disposizione costituisce pertanto un prezioso strumento interpretativo che può guidare l'interprete nell'applicazione della disciplina alle società a responsabilità limitata.

La delibera di scioglimento anticipato della società ai sensi dell'art. 2484, n. 6 va qualificata senza dubbio alcuno tra le modifiche dell'atto costitutivo e non necessita ulteriori analisi; in senso opposto, ma in modo altrettanto chiaro, deve ritenersi possibile l'adozione dei metodi a collegialità attenuata per l'approvazione espressa del bilancio finale di liquidazione, con l'avvertenza che la relativa decisione dovrà assumersi all'unanimità¹³⁷. Più controversa è la questione relativa alla nomina dei liquidatori e alla

¹³⁶ Si pensi alla causa di scioglimento stabilita dall'art. 2484, comma 1, n. 3, ove l'impossibilità di funzionamento e la continuata inattività sono riferite alla sola assemblea, trascurando il possibile ricorso alla consultazione scritta e al consenso espresso per iscritto, metodi che in particolari circostanze potrebbero determinare lo sblocco della situazione di *impasse* in cui versa l'organo assembleare.

¹³⁷ Il requisito dell'unanimità e il diritto di opposizione riconosciuto a ciascun socio sono infatti sufficienti ad escludere il rischio di pregiudizio per gli interessi dei soci, eliminando quindi le possibili obiezioni fondate sul n. 5) dell'art. 2479. VAIRA, *Commento sub artt. 2492-2496*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., III, 2142 giustifica il requisito dell'unanimità sulla base del fatto che "il coinvolgimento diretto dei singoli soci trova la sua ragion d'essere nel fatto che in questa fase finale della procedura liquidativa la struttura organica della società è in disfacimento, che soltanto i soci sono interessati alla percezione della quota di liquidazione e, pertanto, solo a loro compete esprimere un consenso o meno all'operato dei liquidatori". Si noti come il ricorso ai metodi decisionali alternativi possa concretamente ridurre il rischio di discrezione dell'assemblea chiamata ad approvare il bilancio, rischio tanto più elevato quanto minori siano le aspettative dei soci cui il legislatore provvede attraverso il meccanismo dell'approvazione tacita ai sensi dell'art. 2493. Sul punto NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali*, in COLOMBO E PORTALE (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, VII, 3, Torino, 1997, 696.

determinazione dei criteri di liquidazione. Secondo la dottrina maggioritaria¹³⁸, il fatto che l'art. 2487 richiami i *quorum* assembleari previsti per le modificazioni dell'atto costitutivo conferma implicitamente la circostanza che la delibera di nomina dei liquidatori non sia di per sé una modificazione dell'atto costitutivo e quindi non rientri automaticamente nella riserva di collegialità prevista dal n. 4) dell'art. 2479. Sulla base di tali argomentazioni giunge quindi alla conclusione che l'art. 2487 effettui un richiamo all'assemblea in senso lato da intendersi non tanto come contesto spazio-temporale ove si svolge la riunione dei soci, bensì quale organo cui è attribuita in astratto la competenza ad assumere un dato provvedimento. Pur condividendo i presupposti di tale orientamento, permangono alcune perplessità sull'applicabilità dei metodi semplificati, non tanto in virtù dell'asserita qualificazione della nomina del liquidatore come modifica dell'atto costitutivo – secondo una lettura non condivisibile – e quindi dell'applicazione del n. 4) dell'art. 2479, ma piuttosto sulla base dell'idoneità della decisione di incidere, almeno in linea teorica, sui diritti dei soci in modo rilevante, specie attraverso la fissazione di criteri di liquidazione che possono in concreto determinare una pesante discriminazione ai danni di un singolo socio o di una minoranza¹³⁹. L'argomento, che pure avanziamo in via dubitativa, non è quindi unicamente fondato sulla rigorosa interpretazione letterale del termine assemblea rinvenibile nell'art. 2487 e nemmeno sull'orientamento sviluppatosi in base alla disciplina previgente (che rimetteva la nomina e la revoca dei liquidatori alla competenza dell'assemblea straordinaria), ma piuttosto sulla concreta valutazione degli effetti conseguenti alla fissazione dei criteri di liquidazione, in applicazione dell'art. 2479

¹³⁸ In questo senso VAIRA, *Commento sub artt. 2487-2487bis*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., III, 2073; CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l.*, cit., 173; CACCAVALE, MAGLIULO, TASSINARI, *Scioglimento e liquidazione. Clausole arbitrali e di conciliazione. Normativa transitoria*, in CACCAVALE, MAGLIULO, MALTONI, TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, cit., 508; *contra* SANTUS E DE MARCHI, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, reperibile su www.notarlex.it, 11 (dattiloscritto) e SANTUS, *Operazioni sul capitale, scioglimento, liquidazione*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (a cura di), *Studi e materiali (suppl. al fasc. 2)*, Milano, 2004, 182 sul presupposto, non condivisibile, che la nomina dei liquidatori rientri nella categoria delle modificazioni dell'atto costitutivo ai sensi dell'art. 2479, secondo comma, n. 4.

¹³⁹ Va tuttavia valutata la possibilità di provvedere alla designazione dei componenti dell'organo liquidativo senza ulteriori precisazioni, rinunciando quindi alla facoltà di fissare i criteri di svolgimento della procedura. Sulla distinzione tra nomina e fissazione dei criteri alla luce della riforma vedi NICCOLINI, *La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione delle società di capitali*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società di capitali*, Torino, 2003, 178 e VAIRA, *op. ult. loc. cit.*

n. 5). Per contro le innegabili ragioni di certezza del diritto ed i rischi connessi all'eccessivo allargamento del già sfumato concetto di rilevante modificazione dei diritti dei soci inducono a ritenere che l'interpretazione oggi prevalente in dottrina troverà presumibilmente conferma nei futuri orientamenti giurisprudenziali¹⁴⁰.

Per esaurire le questioni relative allo scioglimento, va ancora esaminata la revoca dello stato di liquidazione di cui all'art. 2487-ter, tema sul quale la dottrina, pur con argomentazioni parzialmente difformi, è giunta a conclusioni concordi¹⁴¹. La riforma ha disciplinato per la prima volta il controverso fenomeno della revoca della liquidazione e, sovvertendo un diffuso orientamento giurisprudenziale¹⁴², prescrive l'assunzione di una deliberazione dell'assemblea presa con le maggioranze richieste per le modificazioni dell'atto costitutivo¹⁴³. In ogni caso occorre la previa eliminazione della causa di scioglimento e questo si traduce, di norma, in una vera e propria modifica dell'atto costitutivo inderogabilmente spettante all'assemblea, come nel caso di proroga del termine scaduto, di ricapitalizzazione della società a seguito di perdite che abbiano intaccato il capitale minimo o di modifica dell'oggetto sociale divenuto impossibile. Quando questo non accada e la revoca non integri una modifica dell'atto costitutivo¹⁴⁴, va verificata la compatibilità della decisione con i sistemi extra-assembleari: una

¹⁴⁰ Tuttavia, stante la particolarità del tema, non ci stupiremmo se la giurisprudenza restasse del tutto silente per l'assenza di casi concretamente portati alla sua attenzione. Sulla decisione dei soci che fissa i criteri di liquidazione, pur senza affrontare il tema specifico del metodo decisionale, si segnala nella giurisprudenza edita successivamente alla riforma, Trib. Milano, 13 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 523 con nota di CAGNASSO, *Note minime in tema di assemblea e azione di responsabilità nella società a responsabilità limitata*.

¹⁴¹ VAIRA, *Commento sub art. 2487ter*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., III, 2085; CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l.*, cit., 173, nt. 50; CACCAVALE, MAGLIULO, TASSINARI, *Scioglimento e liquidazione*, cit., 515.

¹⁴² Come è noto si esprimevano per la necessaria unanimità dei consensi Trib. Napoli, 31 marzo 1995, in *Società*, 1995, 1464; Id., 7 febbraio 1991, *ivi*, 1991, 1231; Cass., 21 aprile 1983, n. 2734, in *Giur. comm.*, 1983, II, 825 e in *Foro it.*, 1983, I, 1603; App. Roma, 12 giugno 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 428. Per un quadro delle opinioni espresse in dottrina si rinvia a NICCOLINI, *op. ult. cit.*, 668.

¹⁴³ L'applicazione dell'art. 2436 relativo alla verbalizzazione notarile ed al controllo di legalità è espressamente sancita dal rinvio operato dal primo comma dell'art. 2487ter.

¹⁴⁴ Si pensi all'ipotesi di impossibilità di funzionamento dell'assemblea per insanabili contrasti all'interno della compagine sociale risoltasi mediante il trasferimento delle quote ad altri soggetti che subentrano nella società ed intendono proseguire nell'attività d'impresa.

compatibilità che sembra doversi escludere in quanto la revoca della liquidazione e la riattivazione della società assumono una forte valenza organizzativa¹⁴⁵ e determinano una rilevante modificazione dei diritti dei soci, in particolare del diritto alla quota di liquidazione (che viene però "sostituito" con il diritto di recesso). Secondo una diversa lettura¹⁴⁶, che conduce però alle medesime conclusioni, la revoca, alterando lo scopo della società, andrebbe sempre ricondotta all'ipotesi di modificazione diretta dell'atto costitutivo. Al di là delle argomentazioni addotte, la revoca dello stato di liquidazione va sicuramente annoverata tra le materia riservate alla competenza assembleare.

In riferimento alla disciplina fallimentare debbono essere valutate le ipotesi in cui la legge prevede la competenza dell'assemblea straordinaria, come per l'approvazione della proposta di concordato preventivo o fallimentare (art. 152 e 161 l. fall.)¹⁴⁷, per la richiesta di ammissione ad amministrazione controllata (art. 187 l. fall.) e per l'approvazione della proposta di concordato in sede di liquidazione coatta amministrativa (art. 214 l. fall.)¹⁴⁸. Si è osservato¹⁴⁹ come la legge fallimentare si riferisca fatalmente all'assemblea perché al tempo della sua approvazione non vi erano alternative: deve quindi valutarsi se l'art. 2479 abbia forza innovativa sul disposto della legge fallimentare e più in generale su tutte le norme anteriori che prevedono la competenza dell'assemblea nelle società a responsabilità limitata. In realtà non è possibile dare una risposta univoca, valida per tutte le situazioni, e non sarebbe del resto corretto identificare le competenze inderogabilmente assembleari con quelle assegnate dal precedente ordinamento all'assemblea straordinaria e quelle compatibili con i metodi alternativi con quelle attribuite all'assemblea ordinaria¹⁵⁰. La soluzione al problema con riferimento alla disciplina fallimentare è controversa in dottrina¹⁵¹: tuttavia la circostanza che la legge

¹⁴⁵ In tal senso VAIRA, *op. ult. loc. cit.*

¹⁴⁶ CAGNASSO, *op. ult. loc. cit.*

¹⁴⁷ Le norme stabiliscono che la proposta e le condizioni del concordato fallimentare e preventivo nelle società di capitali debbano essere approvate dall'assemblea straordinaria, salvo che tali poteri siano stati delegati agli amministratori.

¹⁴⁸ Tutte le disposizioni citate rinviano all'art. 152, da cui emerge come sia inderogabilmente necessaria una decisione della compagine sociale. Vedi MANZO, *op. cit.*, 243.

¹⁴⁹ RESTAINO, *Commento sub art. 2479, cit.*, 161, nt. 13.

¹⁵⁰ SANTONI, *Le decisioni, cit.*, 231.

¹⁵¹ Si esprimono per l'obbligo di delibera assembleare RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali, cit.*, par. 18; ABRIANI, *Decisioni dei soci, amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali-Manuale breve*, Milano, 2003, 201; ID., in AA. VV., *Diritto delle società,*

preveda la possibilità di delegare detti poteri agli amministratori avvalorata la tesi secondo cui tali autorizzazioni, in presenza di una clausola che autorizzi il ricorso alla consultazione o al consenso scritto, possano prescindere da una formale delibera assembleare¹⁵². I dubbi potrebbero in realtà essere superati con l'entrata in vigore dell'attesa riforma della legge fallimentare: l'art. 152, così come modificato dal decreto legislativo n. 5 del 9 gennaio 2006, stabilisce infatti che l'approvazione della proposta di concordato, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo, sia deliberata nelle società di capitali dagli amministratori (e non più dai soci) e nelle società di persone dalla maggioranza assoluta del capitale sociale¹⁵³.

Con riferimento alla disciplina delle operazioni straordinarie, il termine deliberazione assembleare, qui usato propriamente dal legislatore, non desta particolari problemi, dal momento che la trasformazione, la fusione o la scissione di società a responsabilità limitata si qualificano sempre come modificazioni dell'atto costitutivo per le quali è necessaria una decisione collegiale verbalizzata dal notaio, ai sensi dell'art. 2480, primo comma.

1.10 La richiesta dei soci o degli amministratori: la sollecitazione della riunione assembleare (rinvio)

Resta da analizzare l'ultimo limite all'adozione dei metodi extra-assembleari: anche nelle ipotesi in cui l'atto costitutivo includa una clausola autorizzativa e l'oggetto della risoluzione non rientri in alcuna delle riserve di collegialità elencate, le decisioni devono necessariamente rispettare il metodo collegiale perfetto quando lo richiedano tanti soci

Milano, 2004, 293; TORRONI, *I diversi modelli di s.r.l. offerti dalla riforma del diritto societario*, in *Federnotizie*, 2004, n. 1; DE DONNO, *Commento sub art. 2479*, in BONFANTE, CORAPI, MARZIALE, RORDORF, SALAFIA (a cura di), *Codice commentato delle nuove società*, cit., 1089; IANNACCONE, *op. loc. cit.*; in senso opposto CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l.*, cit., 172; RESTAINO, *Commento sub art. 2479*, cit., 161, nt. 13 e MARCIANO, *op. cit.*, 73.

¹⁵² Così MARCIANO, *op. ult. loc. cit.*

¹⁵³ L'autonomia statutaria può quindi attribuire nelle s.r.l. la competenza ai soci anche al di fuori di una riunione assembleare, a patto di non ravvisare in simili decisioni una rilevante modificazione dei diritti dei soci. In ogni caso le relative decisioni dovranno risultare da verbale redatto da notaio ed iscritte nel registro delle imprese a norma dell'art. 2436, circostanza che rende necessario il coordinamento delle procedure decisionali semplificate con la verbalizzazione in atto pubblico, sulla quale *infra* nel testo. Per interessanti valutazioni critiche ai processi di riforma si rinvia a JORIO, *I lineamenti di una nuova... improbabile legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 323.

che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale ovvero uno o più amministratori, anche se estranei alla compagine sociale¹⁵⁴, secondo uno schema che ricalca quanto previsto dal primo comma dell'art. 2479 per la sottoposizione ai soci delle decisioni non rientranti nella loro competenza. Sotto il profilo temporale la richiesta di una discussione assembleare deve ritenersi ammissibile sino a quando la decisione non sia stata validamente assunta secondo le regole proprie del metodo decisionale adottato: come osserveremo meglio nel corso dell'analisi del procedimento, l'eventuale manifestazione della propria volontà in forma extra-assembleare comporta presumibilmente l'implicita accettazione del metodo utilizzato, escludendo pertanto la legittimazione alla richiesta di discussione assembleare per coloro che abbiano già espresso il loro voto favorevole o contrario¹⁵⁵. Si potrebbe affermare che il terzo limite, a differenza dei precedenti, operi *ex post*, non configurandosi come presupposto alla decisione, ma piuttosto come limite sopravvenuto durante il procedimento (anche se la richiesta può essere legittimamente formulata sin dal momento dell'iniziativa): occorrerà quindi ritornare sulle modalità di esercizio nel capitolo successivo, integralmente dedicato all'analisi del procedimento.

Un'ultima notazione prima di passare alla ricostruzione del procedimento: in linea generale l'art. 2479 riconosce in capo ai singoli amministratori ed alla minoranza qualificata due distinti diritti di *voice*, che affiancano il diritto di voto: quello di sottoporre gli argomenti alla decisione dei soci e quello di sollecitare la discussione assembleare¹⁵⁶, pur in presenza di una clausola che autorizzi il ricorso ai metodi a collegialità attenuata. Un simile sistema, in presenza di una minoranza compatta ed organizzata o di un solerte amministratore, comporta il rischio concreto di un'eccessiva ingerenza dei soci nell'attività amministrativa, che potrebbe sfociare in un'iperattività decisionale e in una "gestione assembleare" dell'impresa¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Sulla singolarità di questa previsione, che consente all'amministratore non socio di intervenire nella scelta delle modalità di formazione delle decisioni sociali, RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, cit., par. 18.

¹⁵⁵ Così RESTAINO, *op. cit.*, 162; l'Autore evidenzia inoltre che la norma non subordina la richiesta alla presenza di determinati motivi, né ammette l'opposizione a tale richiesta da parte degli altri soci o amministratori.

¹⁵⁶ Sul diritto alla discussione nella sua funzione di tutela degli interessi del socio, vedi ABBADESSA, *Deliberazioni senza assemblea*, cit., 307; GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1979, 62; S. ROSSI, *Il voto extrassembleare*, cit., 108.

¹⁵⁷ Osservando le eventuali ipotesi patologiche, si profila la possibilità di ricorrere a tale strumento anche per perseguire fini speculativi ed ostruzionistici. D'altro canto, la possibilità di imporre il ritorno

Da un lato, questa sembra essere una scelta consapevole da parte del legislatore che, pur mantenendo un elevato grado di flessibilità, ha modellato la disciplina di *default* pensando a soci imprenditori, coinvolti in prima persona nell'attività d'impresa e di gestione ed approntando una disciplina in tema responsabilità tesa a controbilanciare questi ampi diritti di *voice*. Dall'altro i rischi potrebbero rivelarsi ancor più pericolosi per l'efficiente funzionamento della società a responsabilità limitata se non si ammettesse una diversa disposizione statutaria, volta a comprimere i diritti di sollecitazione¹⁵⁸. La legge tace al riguardo senza espressamente precludere o ammettere l'introduzione nell'atto costitutivo di clausole che elevino il quoziente necessario per sollecitare la decisione e per ottenere la discussione assembleare ad iniziativa dei soci; le medesime considerazioni valgono naturalmente per le previsioni statutarie che attribuiscono tale legittimazione ad un numero qualificato di amministratori, sottraendo tale ipotesi dal novero di poteri individuali del singolo amministratore.

Si prospettano due letture profondamente differenti del lacunoso dato testuale, una visione rigorosa che individui nel diritto di impulso un incomprimibile strumento di tutela per i soci di minoranza¹⁵⁹ ed una visione che privilegi, nella circostanza, l'elasticità organizzativa del modello a responsabilità limitata¹⁶⁰. Per quanto sia evidente il

all'assemblea potrebbe rispondere a precise esigenze: i soci dopo aver sperimentato i metodi decisionali alternativi con le loro luci (rapidità decisionale) e le loro ombre (rischi di incomprendimento, scarsa ponderazione) possono in tal modo ricorrere al metodo decisionale tradizionale quando ravvisino un'effettiva esigenza di discussione e di confronto. Sul punto RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, cit., par. 20, il quale prefigura un possibile rilancio del metodo assembleare (opportunitamente semplificato statutariamente) proprio in risposta alle ombre qui menzionate.

¹⁵⁸ In altre parole se i diritti nascenti dall'art. 2479, primo e quarto comma, si configurassero come diritti intangibili dei soci.

¹⁵⁹ In sede di esame delle proposte di riforma, era già emersa la necessità di introdurre una qualche forma di tutela delle minoranze per tutte le ipotesi in cui le decisioni potessero assumersi senza il metodo collegiale (a differenza di quanto accade nelle società di persone; così NOTARI, *L'assemblea e i processi decisionali dei soci nelle proposte di riforma delle società non quotate*, cit., 131).

¹⁶⁰ In questo senso ABRIANI, *Le decisioni dei soci*, cit., 201. Una volta ammessa la possibilità di limitare i diritti di sollecitazione, sembrerebbe peraltro possibile prevedere due distinti quozienti di legittimazione, minore per la semplice sollecitazione di una decisione extra-assembleare (ex art. 2479, primo comma), e maggiore per la richiesta di una formale discussione assembleare (ex art. 2479, quarto comma). Una simile previsione avrebbe il pregio di limitare i rischi di *impasse* sopra ricordati, senza penalizzare eccessivamente il diritto di promuovere una discussione che coinvolga la compagine sociale nel suo complesso, senza imporre la convocazione dell'assemblea.

fondamento sistematico della soluzione ispirata alla maggiore flessibilità organizzativa, tipica della società a responsabilità limitata, il raffronto con gli istituti analoghi nella disciplina previgente, per quanto non decisivo, induce quantomeno alla cautela: il diritto di sollecitare la decisione comune sostituisce per certi versi la convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza, prevista in passato dall'art. 2367, in relazione al quale si escludeva la possibilità di innalzamento del *quorum*¹⁶¹. Le medesime argomentazioni, incentrate sulla soglia minima di tutela da riconoscersi inderogabilmente alla minoranza, depongono oggi a favore della tesi restrittiva, almeno con riferimento al *quorum* previsto dal primo comma dell'art. 2479¹⁶². Senza la pretesa di esaminare compiutamente un tema già oggetto di approfondita analisi¹⁶³, il diritto di sollecitazione può essere scomposto in due fattori, che colgono rispettivamente l'aspetto *statico* e *dinamico* della norma: da un lato il diritto di attivazione del procedimento su materie che lo statuto o la legge già assegnano alla competenza dei soci, dall'altro la *provocatio ad*

In sede di commento alla riforma si è autorevolmente sostenuto che l'autonomia possa trovare terreno fertile proprio in materia di forme organizzative, di procedimenti decisionali e di posizioni soggettive dei soci, evidenziando tuttavia la fondamentale importanza di un'attenta individuazione dei limiti a tale autonomia negoziale (ZANARONE, *La società a responsabilità limitata nella riforma*, cit., 43; sull'elasticità organizzativa, contrapposta alle rigidità del modello azionario, come tratto distintivo della s.r.l., per tutti, SANTINI, *Società a responsabilità limitata*, cit., 181 e ZANARONE, *S.r.l. contro s.p.a. nella legislazione recente*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, Padova, 1997 e in *Giur. comm.*, 1995, I, 391). Il conflitto tra i principi ispiratori della riforma – l'autonomia statutaria e la centralità del socio – è qui solo apparente: una più attenta analisi evidenzia come la derogabilità dei quorum non determini l'automatica negazione della centralità del socio, in quanto l'innalzamento o la riduzione dei quozienti necessari per sollecitare la decisione o la discussione assembleare discenderebbero in ogni caso da una scelta consapevole operata dai soci nell'atto costitutivo.

¹⁶¹ La norma, richiamata espressamente dall'art. 2486, prevedeva un *quorum* pari ad un quinto del capitale sociale, oggi innalzato ad un terzo. Vedi sul punto MASSA FELSANI, *Le decisioni dei soci*, cit., 298, secondo cui l'innalzamento della soglia percentuale sarebbe congeniale ad una scelta organizzativa nella quale i soci possono avere in concreto un maggiore potere propositivo, naturale corollario della maggior partecipazione alle scelte gestorie.

¹⁶² Tale argomento non sembra essere altrettanto rilevante con riferimento alla sollecitazione della discussione assembleare, volta a garantire la possibilità di riesplorazione del metodo collegiale puro. Sull'importanza del *quorum* di cui al quarto comma ci riserviamo di tornare, sia affrontando il procedimento, sia valutando la tenuta del principio di collegialità.

¹⁶³ ABRIANI E MALTONI, *La derogabilità del diritto dei soci di cui all'art. 2479 primo comma*, in corso di pubblicazione negli Studi del Consiglio Nazionale del Notariato.

populum di operazioni gestorie o in linea generale di materie attribuite alla competenza dell'organo amministrativo. Sembra che l'autonomia contrattuale possa ridefinire liberamente la disciplina legale della sollecitazione nella seconda accezione menzionata, ferma restando l'inderogabilità *in peius* del quoziente legale laddove il legislatore assegna inderogabilmente la competenza dei soci¹⁶⁴. L'elasticità organizzativa, che trova qui una manifestazione paradigmatica, potrebbe altresì imporre la mediazione dell'organo amministrativo nella fase di attivazione (vietando, come meglio vedremo, l'autoconsultazione da parte dei soci) ovvero selezionare le materie suscettibili di avocazione decisionale, sino al punto di circoscrivere la richiesta alle sole competenze legali o statutarie dei soci¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Questa lettura concilia le istanze di tutela, già avanzate dagli interpreti sotto l'impero della vecchia disciplina, con la nuova flessibilità del tipo a responsabilità limitata, scongiurando inoltre i pericoli che potrebbero derivare dal riconoscimento di un incontrollato (ed incompressibile) diritto di avocazione assembleare di scelte gestorie.

¹⁶⁵ In senso conforme si esprimono, dopo lucida ed ampia ricostruzione del problema, ABRIANI E MALTONI, *op. ult. cit.*

CAPITOLO SECONDO

IL PROCEDIMENTO DI ASSUNZIONE DELLE DECISIONI NON ASSEMBLEARI

SOMMARIO: 2.1 L'iniziativa: i soggetti legittimati ad avviare il procedimento decisionale; 2.2 La proposta di decisione ed il soggetto incaricato alla raccolta delle manifestazioni di voto; 2.3 Il diritto di partecipazione e di informazione del socio. Il dovere di informazione agli amministratori ed al collegio sindacale; 2.4 La natura della dichiarazione di consenso ed il problema della concordanza delle dichiarazioni rese dai soci; 2.5 Il requisito di forma delle dichiarazioni dei soci; 2.6 La compatibilità dei metodi extra-assembleari con la disciplina della rappresentanza e delle società unipersonali; 2.7 I limiti temporali di efficacia, la revoca del voto espresso e le modalità di astensione; 2.8 Le maggioranze; 2.9 La richiesta di riunione assembleare da parte dei soci e degli amministratori: modalità e termini; 2.10 Il perfezionamento della decisione e le fasi successive: la verbalizzazione, la trascrizione sui libri sociali e l'iscrizione nel Registro delle Imprese; 2.11 La configurabilità di una decisione non assembleare totalitaria in mancanza di previsione statutaria: la *unanimous consent rule*; 2.12 Il ruolo dell'autonomia statutaria nella strutturazione del procedimento: tecniche redazionali nella formulazione della clausola autorizzativa.

2.1. L'iniziativa: i soggetti legittimati ad avviare il procedimento decisionale

L'esiguità della disciplina legale rende auspicabile, specie sotto il profilo procedurale, un'analitica regolamentazione statutaria: realisticamente è presumibile che gli operatori non asseconderanno spesso tale auspicio e si limiteranno di frequente ad introdurre clausole che riproducono il testo di legge, senza ulteriori precisazioni¹⁶⁶. Consentendo genericamente il ricorso alla consultazione scritta o al consenso espresso per iscritto, le parti faranno affidamento su un regolamentazione suppletiva del tutto inesistente nel nostro ordinamento. Per questa ragione la ricostruzione di una procedura applicabile in assenza di diverse indicazioni statutarie, è operazione tanto delicata quanto decisiva per la diffusione dei metodi extra-assembleari¹⁶⁷.

¹⁶⁶ La medesima previsione pessimistica è formulata da MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 270.

¹⁶⁷ Il raggiungimento di un consenso in dottrina ed in giurisprudenza sulle linee generali dei due procedimenti costituisce un presupposto fondamentale per la diffusione dei metodi opzionali; in caso contrario la presenza di un sistema di *opt-in* rischia di sopprimere sul nascere o quanto meno rallentarne il successo in quanto gli operatori eviterebbero l'introduzione di un meccanismo ritenuto, a ragione, pericoloso per l'intrinseca incertezza.

Il potere di iniziativa, il logico punto di partenza della ricostruzione, può essere liberamente attribuito dall'atto costitutivo ad uno o più soci, a ciascun amministratore, al consiglio di amministrazione nella sua interezza o al suo presidente, in via esclusiva o concorrente: l'assenza di indicazioni precise da parte del legislatore determina infatti la più ampia autonomia per i soci, che secondo un orientamento¹⁶⁸ potrebbero anche qualificare il diritto di iniziativa come diritto particolare di natura amministrativa conferito a singoli soci *ex art.* 2468. Tuttavia il potere discrezionale di attivare il procedimento decisionale può in alcune circostanze qualificarsi come un vero e proprio dovere in capo agli amministratori ed ai sindaci, con gravi profili sanzionatori in caso di inadempimento: questa circostanza induce a ritenere che l'attribuzione del potere di iniziativa in via esclusiva a soggetti diversi non può escludere la legittimazione concorrente in capo ai soggetti cui è legalmente imposta l'attivazione. Ad esempio, pur in presenza di una clausola che preveda l'iniziativa del procedimento di approvazione del bilancio esclusivamente ad opera di un socio determinato, che non rivesta la qualifica di amministratore, dovrà comunque riconoscersi all'organo amministrativo un potere-dovere concorrente, in quanto la legge gli impone l'obbligo della convocazione e ne sanziona l'inadempimento con la responsabilità¹⁶⁹. Nell'ipotesi inversa, in caso di inerzia degli amministratori incaricati statutariamente, sembra logico ritenere che la minoranza qualificata dei soci di cui al primo comma possa sostituirsi ad essi.

Naturalmente, laddove la legittimazione sia attribuita a ciascun socio, indipendentemente dalla propria quota di partecipazione, questi potrà promuovere una decisione solo su materie di competenza dei soci¹⁷⁰; in caso contrario sarà necessaria una richiesta preventiva proveniente da un amministratore o da almeno un terzo del capitale sociale, salvo l'eventuale abbassamento statutario del *quorum*. Ne discende per converso

¹⁶⁸ CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci*, cit., 176 e DE ANGELIS, *Assemblea convocata da singoli soci*, in *Italia oggi*, 27 maggio 2004. Qualunque sia il soggetto legittimato statutariamente, questi sarà tenuto ad attivarsi in presenza di una richiesta, formulata ai sensi del primo comma dell'art. 2479, dai soci che rappresentino un terzo del capitale o da ciascun amministratore.

¹⁶⁹ Vedi ZANETTI, *Il potere-dovere di convocazione dell'assemblea dei soci nella s.p.a. e nella s.r.l.*, in *Impresa comm. ind.*, 2004, 1019 e BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 367 ritiene inconciliabili la competenza esclusiva alla redazione del bilancio in capo ad un organo e la competenza esclusiva di altro soggetto all'attivazione del procedimento di approvazione del documento.

¹⁷⁰ In questo senso BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 367 e TRADII, *Le decisioni dei soci*, in AA.VV., *Il nuovo statuto delle s.r.l. Le singole clausole commentate*, Trento, 2003, 115.

che il potere di iniziativa del singolo socio titolare di almeno un terzo del capitale non incontrerà di norma alcuna limitazione per materia¹⁷¹.

Attesa la piena autonomia riconosciuta in sede statutaria, resta da verificare a chi spetti la legittimazione nel silenzio della legge e dei patti sociali. Secondo un orientamento minoritario¹⁷², che distingue in funzione della connotazione della società, l'avviamento dei processi decisionali, collegiali e non, spetterebbe all'organo amministrativo nelle società a responsabilità limitata a profilo capitalistico, mentre in quelle connotate in senso personalistico il potere spetterebbe individualmente a ciascun socio: tale soluzione non può tuttavia condividersi perché fondata essenzialmente su una distinzione opinabile ed arbitraria. Un secondo orientamento¹⁷³ ritiene che la riforma non abbia modificato la previgente disciplina¹⁷⁴ per quanto concerne la competenza esclusiva dell'organo amministrativo ad attivare i processi decisionali (salva la competenza sussidiaria dei sindaci); in senso opposto altri commentatori hanno riconosciuto, nel silenzio dell'atto costitutivo, la legittimazione da parte di ciascun socio, non ritenendo decisivi gli indizi desumibili dal primo comma dell'art. 2479¹⁷⁵.

Proprio questa norma sembra invece fornire delle preziose indicazioni per risolvere l'interrogativo della legittimazione: la facoltà di sottoporre ai soci le decisioni in ordine ad argomenti di competenza gestoria, attribuita a ciascun amministratore e ad una minoranza qualificata dal primo comma dell'art. 2479, oltre a dilatare la sfera di competenza dei soci, comprende anche l'implicito riconoscimento in capo agli stessi soggetti del potere di convocare l'assemblea o di porre in essere l'atto di impulso necessario ad attivare i procedimenti extra-assembleari, anche in assenza di una norma espressa che consenta ai soci di chiedere la convocazione dell'assemblea. La norma, così

¹⁷¹ Stesse considerazioni valgono per l'attribuzione statutaria del potere di iniziativa all'amministratore, anch'egli libero da ogni limitazione nel sollecitare la decisione comune.

¹⁷² BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 324.

¹⁷³ BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 367 e LAURINI, *Manuale breve della s.r.l.*, cit., 66, secondo cui le esigenze sottese alla stabilità societaria inducono a individuare dei limiti precisi circa i soggetti legittimati alla promozione delle decisioni.

¹⁷⁴ *Ex multis* Cass., 2 agosto 1977, n. 3422, in *Foro it.*, 1978, I, 703, App. Milano, 7 giugno 1974, in *Riv. not.*, 1975, II, 606 e Trib. Milano, 27 giugno 1983, in *Società*, 1983, 1494.

¹⁷⁵ Così RESTAINO, *op. cit.*, 163, secondo cui il primo comma dell'art. 2479 "non pare dettare i criteri per individuare i legittimati all'attivazione del procedimento decisionale nell'ipotesi in cui per statuto sia prevista la competenza dei soci, ma sembra piuttosto contemplare un criterio con il quale ampliare le materie di competenza dei soci" e MASSA FELSANI, *Le decisioni dei soci*, cit., 300, che ritiene ammissibile l'eventualità che, nel silenzio dello statuto, anche il singolo socio possa attivare i procedimenti decisionali

interpretata, conferisce non solo il diritto di richiedere la convocazione dell'assemblea, ma anche il potere diretto di attivare il processo decisionale, assembleare o non¹⁷⁶. Questa circostanza è infatti particolarmente rilevante per comprendere la legittimazione alla formulazione dell'atto di interpello nel caso della consultazione scritta che dovrà pertanto riconoscersi non solo agli amministratori *uti singuli*, ma anche ai soci che rappresentino un terzo del capitale sociale¹⁷⁷. Sembra quindi che, almeno con riferimento alla consultazione scritta ed all'assemblea, nel silenzio dell'atto costitutivo, vi sia una sostanziale coincidenza fra i soggetti cui è attribuita la legittimazione diretta ad avviare formalmente la procedura (potere-dovere di convocazione, secondo la terminologia classica) ed i soggetti legittimati a richiedere la convocazione¹⁷⁸.

Diversa è la questione in relazione al consenso espresso per iscritto in cui la procedura, senza poter concretamente essere del tutto spontanea, prescinde però da un

¹⁷⁶ Questa lettura è fatta propria dall'unica pronuncia sin qui edita Trib. Milano, 14 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 523 e in dottrina da MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 269. In sede di commento al decreto ambrosiano, CAGNASSO, *Note minime in tema di assemblea*, cit., 525, osserva correttamente che "il potere di sottoporre ad essi [i soci] determinati argomenti pare ricomprendere anche quello strumentale di 'mettere in moto' la procedura di formazione di volontà dei medesimi", superando quindi i dubbi avanzati in un altro contributo (CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 176). In senso contrario BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 367, secondo cui l'art. 2479, primo comma sembra avere "un diverso ambito di applicazione, in quanto detta solo un criterio con il quale ampliare le competenze dei soci".

¹⁷⁷ La composizione della compagine sociale e le scelte organizzative possono determinare una struttura corporativa in cui non tutti i soci sono rappresentati nell'organo amministrativo: l'attribuzione del diritto di iniziativa ai soli amministratori penalizzerebbe oltremodo i soci di minoranza sprovvisti di cariche gestorie. Sembra inoltre che i soci titolari di un numero di quote sufficiente per promuovere la consultazione ma che non possano curare in prima persona lo svolgimento della procedura o non vogliono assumersene la responsabilità, abbiano la facoltà di formulare la richiesta agli amministratori, che saranno così tenuti ad ottemperare alla domanda, procedendo alla formale consultazione.

¹⁷⁸ Si giunge a diversa conclusione se si ritenga applicabile in via analogica l'art. 2367 che riconosce ai soci che detengano il decimo del capitale il diritto di richiedere agli amministratori la convocazione dell'assemblea. In questo caso il decimo del capitale sociale potrebbe solo richiedere la convocazione dell'assemblea, mentre il terzo del capitale potrebbe direttamente convocarla. Nella giurisprudenza di merito è già stata affrontata la questione relativa all'applicabilità analogica dell'art. 2367 in materia di convocazione di assemblea per via giudiziale: in senso negativo Trib. Bologna, 21 ottobre 2004 (decr.), in *Società*, 2005, 357 e Id. Roma, 30 novembre 2004 (decr.), reperibile su www.judicium.it (ultima visita gennaio 2006), in senso affermativo Trib. Verona, 20 luglio 2004 (decr.), *ibidem*.

atto formale di iniziativa e potrà quindi nascere anche dalla proposta informale di soci che non raggiungano il terzo del capitale sociale¹⁷⁹; ciascun socio presta il proprio consenso sottoscrivendo un documento senza essere stato formalmente oggetto di interpellanza da parte degli amministratori o dei soci¹⁸⁰. In altre parole non si pone un problema di legittimazione semplicemente perché sarà sufficiente che si formi una maggioranza in ordine ad una decisione su cui tutti i soci siano stati, almeno informalmente, interpellati¹⁸¹.

La distinzione fra i due metodi fondata sulla presenza – o sull'assenza – di un atto formale di interpello, comporta quindi importanti conseguenze pratiche nell'avvio del procedimento. Nel consenso scritto, ciascun socio potrà farsi promotore di una proposta informale che circolerà in modo da raccogliere il consenso degli altri soci: sotto questo profilo il metodo si configura come inatteso quanto efficace strumento di tutela della minoranza che, non raggiungendo il *quorum* richiesto, si veda preclusa la convocazione dell'assemblea o l'attivazione della consultazione scritta. D'altro canto si percepisce anche uno dei rischi intrinseci in questa tecnica decisionale¹⁸², ossia l'incontrollata proliferazione di proposte informali, di controproposte, di revoche, con il concreto rischio di confusione tanto più probabile quanto maggiore è il numero di soci o il grado di conflittualità all'interno della compagine.

¹⁷⁹ Resta da valutare il problema relativo alle modalità qualora i soci che non raggiungono il terzo del capitale sociale intendano richiedere la convocazione dell'assemblea. Secondo LAURINI, *Manuale breve*, cit. 67 e CAGNASSO, *op. ult. loc. cit.*, potrebbe applicarsi per analogia la previsione contenuta nell'art. 2367 in tema di società per azioni che impone l'obbligo per gli amministratori di convocare senza ritardo l'assemblea quando ne è fatta domanda da tanti soci che rappresentino almeno il decimo del capitale sociale o la minore percentuale prevista dallo statuto (vedi *supra* in nota per i riferimenti giurisprudenziali). In senso contrario MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 308.

¹⁸⁰ Vedi MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 269, secondo cui le eventuali sollecitazioni hanno "carattere meramente informale, atteso che esteriormente il contenuto del documento sottoscritto da ciascun socio si presenta come oggetto della esclusiva determinazione dello scrivente".

¹⁸¹ Conformemente CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 167 e, riferendosi con analoghe argomentazioni al consiglio di amministrazione, PICCIAU, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in FARINA, IBBA, RACUGNO E SERRA (a cura di), *La nuova s.r.l.*, cit., 238.

¹⁸² La confusione cagionata dall'incontrollata circolazione di bozze, proposte informali e sollecitazioni è stata come vedremo nella seconda parte uno dei fattori di insuccesso del metodo extra-assembleare nell'esperienza applicativa spagnola. Vedi in particolare CARMELO DE MOTTA MONREAL, *Los acuerdos sociales en las sociedades de responsabilidad limitada*, in *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Vol. XXI, Madrid, 1980.

2.2 La proposta di decisione ed il soggetto incaricato alla raccolta delle manifestazioni di voto

Nel formulare la proposta, indipendentemente dal metodo prescelto, il soggetto legittimato deve preventivamente verificare che, alla luce dei limiti legali imposti dall'art. 2479, la decisione possa prescindere da una riunione assembleare. Nella consultazione scritta, la fase di proposta e di raccolta delle manifestazioni di voto può essere liberamente personalizzata nell'atto costitutivo e, in assenza di precise indicazioni, gli stessi proponenti avranno la facoltà di stabilire le concrete modalità di svolgimento della procedura: si può immaginare un referendum tenuto presso la sede della società, con la possibilità di recarvisi entro un termine prestabilito, ovvero l'invio di schede prestampate ovvero la progressiva sottoscrizione di uno stesso documento da parte dei soci (dovendosi in questo caso segnalare la probabile sovrapposizione di fatto con il metodo del consenso espresso per iscritto). Facendo ricorso all'ampia autonomia contrattuale, è ancora possibile prevedere lo svolgimento di una vera e propria riunione sfrondata di tutte o di alcune delle formalità tipiche del metodo assembleare¹⁸³ ovvero di affiancare ad un'assemblea formalmente costituita la consultazione scritta dei soci assenti in modo tale da garantire loro la possibilità di esprimere la propria posizione, dando vita ad una forma deliberativa mista o combinata¹⁸⁴.

In ogni caso la procedura di consultazione scritta così come strutturata nell'atto costitutivo non dovrà pregiudicare il diritto di partecipazione dei soci (ad esempio stabilendo modalità impossibili o gravemente disagiati per uno o più soci) e dovrà rispondere ad alcuni requisiti, primo fra tutti quello formale. La locuzione "consultazione scritta" potrebbe invero alimentare il dubbio che il requisito di forma riguardi solo la manifestazione di volontà da parte del socio ovvero anche l'atto di iniziativa: sembra preferibile la seconda soluzione non solo per le evidenti ragioni testuali ma anche per ragioni operative, dal momento che la predisposizione di un atto di interpello scritto

¹⁸³ GUERRIERI, *Delle decisioni dei soci*, cit., 2031.

¹⁸⁴ In questo caso sembrerebbe quantomeno necessaria la previsione della consultazione *a latere* nell'atto costitutivo o nell'atto di convocazione dell'assemblea, in modo garantire una sostanziale parità di trattamento ed una preventiva informazione circa questa possibilità. In caso contrario la consultazione *ex post* costituirebbe uno strumento di manipolazione di esiti assembleari sgraditi ad una delle fazioni, magari penalizzate dall'imprevista assenza di uno dei suoi componenti nella riunione assembleare. Sulla c.d. *kombinierte Beschlussfassung* nell'esperienza tedesca si vedano SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, 68; BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, 27 e per ulteriori dettagli si rinvia alla seconda parte.

agevola notevolmente la raccolta del consenso richiedendo la mera sottoscrizione della proposta¹⁸⁵.

Il documento di norma, nel formulare il quesito, ammetterà il voto favorevole, contrario o l'astensione e, qualora la domanda non sia suscettibile di risposta affermativa o negativa, predisporrà una rosa di possibili scelte¹⁸⁶. A tal proposito, in caso di consultazione scritta per la nomina delle cariche sociali effettuata con l'impiego di schede precompilate con l'indicazione dei candidati proposti, potrebbero riemergere le critiche già formulate con riguardo alle società per azioni – nelle quali la tecnica era tuttavia inserita nel contesto assembleare – che ponevano l'accento sull'asserita disparità di trattamento e sull'illegittima compressione della libertà di espressione del voto¹⁸⁷: sembra

¹⁸⁵ In senso conforme CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 166.

¹⁸⁶ Si noti tuttavia come la presenza di una domanda "a risposta chiusa" non sia essenziale per qualificare il procedimento come consultazione scritta; è infatti ipotizzabile una consultazione in cui i soci siano invitati ad esprimere una libera scelta (magari nella nomina di un amministratore), realizzando una parziale sovrapposizione con la fattispecie del consenso scritto, dal quale continuerebbe a distinguersi, ancora una volta, per la presenza di una sollecitazione formale. Dal punto di vista operativo, come spesso accade nelle realtà microsocietarie, le possibili alternative (in termini di candidati ad una carica o di operazioni da compiere) sono infatti ben note all'intera compagine e non necessitano una formale menzione nel documento di consultazione.

¹⁸⁷ Sul punto si veda la giurisprudenza occasionata dalle controversie della Banca Popolare di Novara: Cass., 19 ottobre 1990, n. 10171, in *Foro It.*, 1991, I, 2154; App. Torino, 11 febbraio 1987, in *Giur. it.*, 1987, I, 2, 389 e Pret. Novara, 18 marzo 1986 (ord.), in *Foro pad.*, 1986, I, 459 con nota di GALLI, *La scheda del pratore (ovvero la "democrazia" assembleare, i diritti dei soci e l'interesse sociale)*; più recentemente Cass., 29 novembre 2000, n. 15302, in *Vita not.*, 2001, 889 e in *Società*, 2001, 300 con nota di LOLLI, *Nomina degli amministratori mediante l'utilizzo di schede prestampate*, ove una presa di posizione a favore della legittimità dell'impiego delle schede prestampate, a condizione che vi sia un'adeguata informazione circa la possibilità di cancellare dalla scheda i nominativi proposti per sostituirli con altri di proprio gradimento. In dottrina vedi SACCHI, *L'intervento e il voto nell'assemblea della s.p.a.*, in COLOMBO E PORTALE (a cura di), *Trattato delle s.p.a.*, III, 1, Torino, 1994, 301 e MONTEVERDE, *La votazione dei soci-dipendenti ed altre questioni*, in *Giur. comm.*, 1988, II, 1017. Per l'orientamento maturato nella giurisprudenza di merito con riguardo alle società cooperative ed all'uso delle schede prestampate nel voto per corrispondenza, App. Potenza, 19 luglio 2001, in *Società*, 2002, 697 con nota di FIMMANÒ, *I sistemi di voto tra autonomia statutaria ed autodeterminazione assembleare*, secondo cui tale tecnica non viola il principio di parità di trattamento dei soci, né determina un condizionamento della volontà, né incide sulla formazione di un voto responsabile. Con riferimento alle associazioni, FERRERO,

tuttavia che nel contesto di un procedimento extra-assembleare e tenendo conto della minore rigidità che caratterizza i processi decisionali nel tipo a responsabilità limitata, non possano confermarsi le preoccupazioni relative al pregiudizio per la libertà e per la consapevolezza del voto o, quanto meno, che il legislatore nell'ammettere il ricorso a queste tecniche abbia già implicitamente tollerato un certo grado di compressione della scelta, ampiamente bilanciato dai maggiori diritti propositivi riconosciuti al socio di s.r.l.¹⁸⁸

Quanto alle modalità di invio, il documento che formalizza la consultazione, scritto su qualsiasi supporto – cartaceo o digitale – dovrà essere trasmesso ai soci con ogni sistema idoneo (posta, a mano, posta elettronica, telefax) al domicilio indicato nell'atto costitutivo o nel libro soci¹⁸⁹ (ovvero all'indirizzo di posta elettronica o al numero di telefax formalmente indicati); per questioni di opportunità e di prova dell'effettivo coinvolgimento è auspicabile, ma non strettamente necessario, che tali tecniche rilascino conferma della regolare trasmissione o dell'avvenuta ricezione da parte del destinatario¹⁹⁰. Anche sotto questo profilo si evidenzia un'importante differenza tra consultazione e consenso, che discende nuovamente dall'assenza nel secondo caso di un formale atto di impulso: l'eventuale proposta informale che sollecita la raccolta dei consensi non è soggetta ad alcun onere formale, potendosi concretamente tradurre in una comunicazione a voce o in una telefonata¹⁹¹. Ciò che rileva non è il documento o la modalità attraverso cui il socio viene a conoscenza della proposta informale, quanto il

Schede prestampate. voto per corrispondenza e principio di uguaglianza nelle grandi associazioni a partecipazione diffusa, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 259.

¹⁸⁸ Al fine di prevenire impugnazioni fondate sui medesimi presupposti è comunque consigliabile inserire un'alternativa "aperta" ovvero una nota che riconosca espressamente la possibilità di inserire altri nominativi.

¹⁸⁹ Sul punto MASSA FELSANI, *Le decisioni dei soci*, cit. 313 e BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 374.

¹⁹⁰ È facile prevedere, qualora vi sia la necessità di dimostrare il coinvolgimento di tutti i soggetti legittimati, l'uso della tradizionale lettera raccomandata con avviso di ricevimento o dei vari servizi di posta elettronica certificata.

¹⁹¹ Per MIRONE, *Il procedimento deliberativo*, cit., 202, nelle società di persone, la legittimità dell'utilizzo della tecnica del referendum non può essere subordinata all'adozione della forma scritta per la comunicazione della proposta (e dei voti) in quanto i pericoli connessi alla forma verbale (*mündlicher Rundruf*) non sono qualitativamente diversi da quelli di una riunione non verbalizzata o non convocata per iscritto. Il metodo del consenso scritto, a differenza della consultazione scritta, sembra confermare parzialmente questa opinione, introducendo sì alcune delle rigidità procedurali paventate dall'autore ma limitandole al requisito della forma scritta per la manifestazione del consenso.

documento che incorpora la manifestazione del consenso, sul quale avremo modo di tornare nel prosieguo.

Occorre poi verificare se, sotto il profilo temporale, la comunicazione della proposta ai soci debba essere contestuale o successiva: l'atto costitutivo potrà optare per l'una o per l'altra modalità o ammetterle entrambe in via alternativa¹⁹². Sembra poi che, in assenza di una norma prescrittiva, la mancanza di indicazioni statutarie consenta al proponente di scegliere liberamente, a condizione di garantire una sostanziale parità di trattamento fra i soci. La questione è solo apparentemente secondaria: la comunicazione successiva si può prestare ad usi tattici, se non a veri e propri abusi, da parte del proponente, attraverso la preventiva sollecitazione del consenso dei soggetti inesperti e docili, assicurandosi in tal modo la maggioranza assoluta necessaria e solo in un secondo momento coinvolgendo i soggetti antagonisti. Si tratta della pratica del *selective consent solicitation*, particolarmente diffusa negli Stati Uniti¹⁹³, un rischio tuttavia presente in tutti gli ordinamenti che ammettono procedure non contestuali: l'amministratore – o il diverso promotore – può adottare una strategia volta a frammentare la compagine facendo leva sui soggetti più deboli ed evitando in ogni caso un confronto contestuale con l'intera compagine¹⁹⁴, comportandosi quindi come l'ultimo superstite degli Orazi romani contro i tre Curiazi albanì. Questo rischio, ancor maggiore nella procedura del consenso scritto in cui la comunicazione successiva sarà di fatto la regola, mancando un formale interpello, può dirsi, se non scongiurato, quanto meno temperato dai correttivi rinvenibili nel nostro ordinamento: da un lato la possibilità di revoca del consenso ammessa, come vedremo, sino al perfezionamento della decisione¹⁹⁵, dall'altro il diritto di richiedere una

¹⁹² In senso conforme, tanto per le decisioni dei soci, quanto per le determinazioni consiliari, CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 168 e 177.

¹⁹³ HAZEN, *Silencing the Shareholders' Voice*, 80 *N.C. L. Rev.* 1897, 1925 e O'NEAL E THOMPSON, *Oppression of Minority Shareholders and LLC members*, West, 2005, par. 5.2. Come meglio vedremo *infra*, questo rischio è ulteriormente aggravato negli Stati Uniti dall'ammissibilità, in molte giurisdizioni, del metodo della raccolta interna, che, una volta raggiunta la maggioranza prescritta, non richiede nemmeno il coinvolgimento degli altri soci.

¹⁹⁴ Rischio colto da LE CANNU, *Droit des sociétés*, Parigi, 2002, 734 che ritiene la formula legislativa francese assai pericolosa. Per maggiori ragguagli si rinvia alla seconda parte.

¹⁹⁵ Il comportamento più razionale da parte del socio che venga successivamente consultato e non possiede almeno un terzo del capitale, è quello di prendere tempo, non manifestando il proprio dissenso (circostanza che perfezionando il procedimento vanificherebbe il tentativo di opposizione), e di persuadere gli altri soci a revocare il consenso prestato o ad unirsi nella richiesta di riunione assembleare. Fatta salva la possibilità

discussione assembleare da parte della minoranza qualificata ed infine l'applicazione del principio generale di correttezza nelle fasi del procedimento rimesse al potere degli amministratori¹⁹⁶.

D'altro canto, nella consultazione scritta, la contestualità della comunicazione ha un incontestabile vantaggio pratico, quello di semplificare notevolmente la procedura, in presenza di un termine unitario per la manifestazione del consenso: l'invio intervallato rende obiettivamente complessa la gestione delle scadenze e qualora fissasse una data unica entro la quale far pervenire il proprio voto, potrebbe ledere il principio di parità di trattamento nei confronti dei soci interpellati successivamente.

La norma non individua il soggetto che deve gestire il processo decisionale da un punto di vista operativo, provvedendo alla raccolta dei consensi e successivamente ai conteggi necessari per determinare l'esito della decisione: in altre parole manca nel modello legale una figura analoga a quella del presidente dell'assemblea¹⁹⁷. Dal punto di vista dei soci interpellati manca anche l'indicazione del destinatario della manifestazione di voto: sembra chiaro che il destinatario giuridico della votazione, intesa come atto recettizio, sia la società, ma occorre identificare il soggetto che la rappresenta in questa circostanza.

Le due questioni sembrano essere strettamente collegate, dovendosi individuare una figura unitaria che rappresenti la società e gestisca la procedura di consultazione, assumendo quella carica che nella *GmbH* tedesca è propria del *Versammlungsleiter*¹⁹⁸; in

di persuasione alla revoca del voto espresso, la partecipazione ad un procedimento nel quale la proposta ha già raggiunto la maggioranza dei voti necessaria e la decisione di fatto è già formata, potrebbe apparire priva di significato sotto il profilo sostanziale (analoghe considerazioni potrebbero valere per la partecipazione alla riunione della minoranza a fronte di solide maggioranze precostituite).

¹⁹⁶ Tema sul quale si rinvia, per tutti, al pregevole studio di GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni. Abuso di potere nel procedimento assembleare*, Milano, 1987, 34.

¹⁹⁷ Secondo MASSA FELSANI, *Il ruolo del presidente dell'assemblea della s.p.a.*, Milano, 2004, 51, la necessità che qualcuno presieda materialmente l'attività di raccolta dei consensi non è contraddetta dalla semplificazione della procedura e l'esistenza di un figura preposta alla direzione ed al coordinamento della attività non rinvia la propria esclusiva ragion d'essere nella riunione dei soci.

¹⁹⁸ Come meglio vedremo nella seconda parte il problema si pone negli stessi termini nell'esperienza tedesca e, dopo decenni di stratificazione interpretativa, la questione resta ancora controversa in dottrina: secondo alcuni si tratterebbe sempre del promotore (amministratore o socio), secondo altri vi sarebbe una competenza concorrente dell'amministratore e del promotore, altri ancora riconoscono la legittimazione a

entrambe le varianti, le esigenze di direzione e di successivo accertamento dell'esito, vivamente presenti ed anzi accentuate rispetto al metodo assembleare, rendono necessaria l'identificazione di una figura che eserciti i poteri del presidente. Secondo parte della dottrina¹⁹⁹ tale funzione compete per analogia al soggetto indicato nell'atto costitutivo a presiedere l'assemblea, ma il dubbio rischierebbe di riproporsi in assenza di una designazione statutaria: l'art. 2479bis dispone in questi casi che la nomina del presidente sia effettuata dai soci intervenuti in assemblea, circostanza evidentemente incompatibile con la procedura in parola²⁰⁰. Altri ritengono che, in applicazione dell'art. 1334, le dichiarazioni di voto debbano sempre essere comunicate agli amministratori²⁰¹: la lettura dell'art. 2475bis che conferisce la rappresentanza generale della società agli amministratori e l'attribuzione ai medesimi del compito di trascrivere le decisioni, anche non assembleari, sul relativo libro, sembrano confermare questo orientamento. È astrattamente ipotizzabile anche una soluzione che riconosca una legittimazione concorrente del promotore e dell'amministratore²⁰², ma in tal modo si introdurrebbe un ulteriore ed indesiderato fattore di incertezza. Ragioni di opportunità potrebbero poi indurre a ritenere che, nel silenzio dell'atto costitutivo, il rappresentante della società sia il soggetto che di volta in volta abbia promosso la procedura²⁰³: si pensi all'ipotesi di

ricevere le dichiarazioni di voto sempre e solo all'amministratore. Mai come in questo caso sono auspicabili precisazioni nell'atto costitutivo o quanto meno nell'atto formale di interpello che potrà di volta in volta indicare dettagliatamente il destinatario delle manifestazioni di voto e le modalità di raccolta delle stesse.

¹⁹⁹ FICO, *Le decisioni dei soci nelle s.r.l.*, cit., 50; in via dubitativa CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 179.

²⁰⁰ Non è infatti immaginabile che i soci consultati designino il presidente a loro piacimento contestualmente alla manifestazione di voto, in quanto l'identificazione del soggetto destinatario del consenso in nome della società è il presupposto logico per la valida espressione del voto stesso.

²⁰¹ In questo modo, secondo la tesi di BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 375, si evitano "le incertezze interpretative che altrimenti sorgerebbero circa la volontà espressa da ciascun socio, se questa sia volta direttamente a produrre i suoi effetti sul rapporto di società o se, invece, si tratta di una semplice promessa di votare in un certo modo, nel qual caso, naturalmente, non si produrrebbe alcun effetto sociale". L'opinione è del resto coerente con la posizione assunta dall'Autore in tema di legittimazione all'iniziativa.

²⁰² Posizione sostenuta nella dottrina tedesca da SCHOLZ-K. SCHMIDT, *Kommentar*, § 48, 65.

²⁰³ Sorgerebbero tuttavia problemi nella determinazione del momento di efficacia del voto, attesa la natura recettizia della dichiarazione: come si vedrà la recettività va intesa nei confronti della società e non degli altri soci. L'interrogativo, di difficile soluzione, è quello di determinare se la ricezione da parte del proponente sia sufficiente per l'efficacia della dichiarazione di voto.

decisioni promosse dai soci aventi ad oggetto la rinuncia all'azione di responsabilità, la revoca degli amministratori, la determinazione del loro compenso o la nomina di nuovi consiglieri, ove la coincidenza tra destinatario ed organo gestorio potrebbe produrre effetti indesiderati connessi alla situazione di intrinseco conflitto di interessi²⁰⁴. Senza dubbio è ammissibile²⁰⁵ e, alla luce delle incertezze sin qui esposte, fortemente auspicabile l'inserimento nell'atto costitutivo – o quantomeno nell'atto formale di interpello – di una specifica regolamentazione che identifichi chiaramente il soggetto legittimato alla ricezione delle manifestazioni di voto in rappresentanza della società, che assume il ruolo di "presidente della votazione"²⁰⁶, fatta salva la competenza degli amministratori alla trascrizione sul libro delle decisioni ai sensi dell'art. 2478.

Nel consenso espresso per iscritto il problema di identificazione dell'incaricato è forse meno pressante: il proponente, sia egli socio o amministratore, in qualità di soggetto interessato al buon esito della procedura, curerà, di norma, la raccolta informale dei consensi, la cui regolarità sarà ufficialmente vagliata dal presidente della votazione, al momento della consegna dei documenti alla società e dall'organo gestorio in sede di iscrizione nel relativo libro. Tuttavia nulla vieta all'atto costitutivo di nominare, anche in questo caso, un soggetto istituzionalmente preposto alla conduzione dell'intera procedura

²⁰⁴ Dal punto di vista operativo il problema non si presenterà molto frequentemente, in quanto le consultazioni verranno spesso promosse dall'organo gestorio, realizzando dunque una piena coincidenza tra soggetto promotore e organo rappresentante tale da rendere praticamente ininfluenza l'adesione all'uno o all'altro orientamento. Sulle più tradizionali ipotesi di conflitto di interessi nella determinazione del compenso vedi BONAFINI, *I compensi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2005, 204 ed *ivi* ampi rinvii.

²⁰⁵ Come osserva MASSA FELSANI, *Il ruolo del presidente dell'assemblea*, cit., 51, "non essendo presente un vero e proprio procedimento, se non nella forma embrionale che si specifica nella necessità di una qualche forma di comunicazione sulle scelte da adottare e sul controllo della legittimazione al voto, nonché, appunto, nella raccolta dei consensi e nella successiva iscrizione della decisione nel relativo libro di cui all'art. 2478 c.c., è evidente che le scelte di natura organizzativa sono completamente rimesse all'autonomia statutaria. E così anche, eventualmente, la scelta di assegnare ad uno o più amministratori o ad uno o più soci il compito di sovrintendere e di controllare le operazioni necessarie ad assumere una decisione valida".

²⁰⁶ Al fine di evitare situazioni di conflitto di interesse, sarebbe opportuna l'indicazione di un soggetto estraneo all'organo gestorio; la prassi dimostra tuttavia come le preoccupazioni circa l'identificazione del destinatario siano spesso superate dalla tipica realtà delle piccole compagnie sociali, ove non è infrequente che socio di maggioranza, amministratore unico e presidente dell'assemblea designato nell'atto costitutivo siano, di fatto, la stessa persona.

o quanto meno alla verifica della sussistenza delle condizioni di validità (*in primis* il regolare coinvolgimento dell'intera compagine).

2.3 Il diritto di partecipazione e di informazione del socio. Il dovere di informazione agli amministratori ed al collegio sindacale

Il successivo passaggio richiede l'identificazione da parte del promotore dei soggetti legittimati passivamente, ai quali inviare la proposta di decisione. A tal proposito, ai sensi del quinto comma dell'art. 2479, "ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni previste dal presente articolo": il principio, riferibile a tutte le decisioni dei soci, anche assembleari, assume particolare rilievo con riferimento ai procedimenti non assembleari, enunciando il diritto inderogabile di partecipazione di ciascun socio e di conseguenza preservando uno dei connotati essenziali della collegialità, ossia il pieno coinvolgimento della collettività²⁰⁷. Un problema interpretativo sorge in relazione al significato da attribuire alla locuzione "ogni socio": il diritto di partecipazione riconosciuto va interpretato includendo fra i titolari tutti i soggetti cui è attribuito il diritto di voto e quindi, oltre al socio, anche il sequestratario, il creditore pignoratizio e l'usufruttuario, a condizione che risultino tali dal libro soci, così come il rappresentante comune dei comproprietari. Controversa è la questione relativa al coinvolgimento dei soggetti che, pur esclusi dal voto, vantano il diritto di intervento in assemblea²⁰⁸: se la consultazione assolve, fra l'altro, la funzione propria dell'avviso di convocazione nell'informare i soci sull'avvio del procedimento decisionale e sull'oggetto della consultazione, sembra

²⁰⁷ Sulla possibilità di partecipazione come elemento essenziale per riconoscere la natura giuridica della deliberazione vedi, per tutti, GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 265. Commentano la disciplina vigente GUERRIERI, *Delle decisioni dei soci*, cit., 2033, nt. 61, osserva correttamente che tale limite non è sancito per le decisioni extra-collegiali dell'organo amministrativo, adottate ai sensi dell'art. 2475: occorre pertanto chiedersi "se tale silenzio vada interpretato nel senso che, per esigenze di funzionalità e di snellezza gestionale, sia consentito alla maggioranza degli amministratori adottare decisioni all'insaputa della minoranza". L'Autore risponde in senso negativo, sia alla luce del principio di buona fede dell'attuazione dei rapporti obbligatori, sia alla luce degli indici che affiorano dal sistema nel suo complesso, come la responsabilità solidale degli amministratori che non abbiano compiuto le formalità di cui all'art. 2476 comma primo. Conformemente CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 161 e OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l.*, cit., 109.

²⁰⁸ Pone il problema CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 177.

preferibile la soluzione affermativa²⁰⁹ e la conseguente inclusione tra i destinatari della consultazione. I soci privi del diritto di voto non saranno tuttavia legittimati ad esprimere il proprio parere e, qualora lo facessero, il loro voto non andrebbe conteggiato ai fini del raggiungimento del *quorum* deliberativo. La soluzione ai problemi relativi al coinvolgimento nelle procedure non assembleari si interseca pertanto con il riconoscimento del diritto di partecipazione all'assemblea: questa circostanza assume particolare significato con riferimento alla posizione del socio moroso²¹⁰, per il quale è controverso se, oltre al voto, la sospensione riguardi anche il diritto di intervento in assemblea²¹¹. Sembra comunque che, in assenza di particolari circostanze di fatto, debba

²⁰⁹ I soci privi del diritto di voto, ma che possono partecipare all'assemblea, devono avere notizia del procedimento, anche in funzione del diritto di sollecitare la discussione assembleare (se si riconosce loro il potere di cui al quarto comma dell'art. 2479) o quanto meno di prendere contatti con gli altri soci, al fine di influenzarne la decisione (così come avverrebbe in una normale riunione assembleare nella quale il socio privo del diritto di voto eserciti il diritto di intervento prendendo la parola nel corso della sessione). Per considerazioni analoghe nella dottrina tedesca, a fronte di un analogo dato normativo, HACHENBURG-HÖFFER, *Kommentar*, § 48, 43 e ROWEDDER-KOPPENSTEINER, *Kommentar*, § 48, 19 e per maggiori ragguagli, la dottrina citata nella seconda parte.

²¹⁰ La disciplina equipara al mancato pagamento la scadenza o l'inefficacia sopravvenuta delle polizze assicurative o delle garanzie bancarie prestate ai sensi dell'art. 2464; esclude la partecipazione al voto del socio moroso SANDULLI, *Le decisioni dei soci*, cit., 232. Con riferimento alla diversa ipotesi del socio recedente si veda *infra* in nota la tesi di BUSI.

²¹¹ La restrizione del diritto di voto costituisce qui applicazione del principio generale secondo cui l'inadempiente non può giovare del rapporto in dipendenza del quale la prestazione è dovuta (vedi FRÈ, SBISÀ, *Società per azioni*, Bologna-Roma, 1997, 206). Sottolineano l'aspetto sanzionatorio della disciplina del socio moroso, escludendo il diritto di intervento, GRIPPO, *L'assemblea nelle società per azioni*, in RESCIGNO (a cura di), *Trattato del diritto privato*, XVI, Torino, 1985, 380 e COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., 456; in senso contrario, in considerazione del fatto che il socio moroso resta, malgrado il suo inadempimento, un membro della compagnia, GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, 326; PATRONI GRIFFI, *L'intervento all'assemblea delle azioni a voto limitato*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1967, I, 384; FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile Vassalli*, X, 3, Torino, 1989, 591; SACCHI, *L'intervento e il voto nell'assemblea della s.p.a.*, cit., 312. In giurisprudenza, sull'esclusione della legittimazione ad impugnare le delibere assembleari da parte del socio moroso di s.r.l., Trib. Milano, 7 luglio 1994, in *Società*, 1995, 537, con nota di ROSA, *Mancato versamento delle quote: effetti sui diritti del socio moroso e, sulla sospensione d'urgenza*, Trib. Santa Maria Capua Vetere, 6 ottobre 1998, *ivi*, 1999, 601, con nota di MARULLI, *Inammissibilità della sospensione in via d'urgenza del diritto di voto del socio moroso*. Per la mancata soluzione al problema dell'intervento del socio moroso nella nuova formulazione dell'art. 2370

consigliarsi, in via prudenziale e per la sicura validità del procedimento, il coinvolgimento dell'intera compagine sociale. La concreta identificazione dei soci legittimati a partecipare è effettuata basandosi sulle risultanze del libro soci alla data dell'inizio della procedura²¹²; se in pendenza del procedimento intervengano mutamenti nella compagine sociale, l'avente causa potrà sottoscrivere la decisione allegando estratto autentico del libro soci ovvero attestazione degli amministratori da cui risulti la sua regolare iscrizione in detto libro²¹³.

vedi FIORIO, *Commento sub art. 2370*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., 536 ed *ivi* ulteriori richiami.

²¹² Osserva SANDULLI, *Le decisioni dei soci*, cit., 231 che, nel caso la quota sia stata trasferita con successivi contratti a più persone, prevale chi abbia in buona fede iscritto per primo il trasferimento nel registro delle imprese anche se abbia chiesto l'iscrizione nel libro soci successivamente all'altro acquirente. Sulla regolamentazione dei diritti del cedente e del cessionario si rinvia, per tutti, a REVIGLIONE, *Il trasferimento della quota di società a responsabilità limitata. Il regime legale*, Milano, 1998.

²¹³ Vedi BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 369, il quale affronta analiticamente il problema relativo alla legittimazione del socio in caso di recesso o di esclusione. In particolare, secondo l'Autore, in pendenza del recesso il socio abdica con efficacia immediata alla totale pienezza dei propri diritti sociali, ma rimane comunque socio in parte quiescente della società, distinguendo la legittimazione residua a seconda che la decisione riguardi la revoca della determinazione che ha giustificato il recesso oppure altre materie. CARMIGNANI, *Commento sub art. 2437bis*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, cit., 895 ritiene che il recedente, conservando lo *status socii*, sia sempre legittimato a partecipare; di segno opposto la soluzione prospettata da SANDULLI, *op. ult. loc. cit.*, il quale esclude la partecipazione del socio recedente. Vedi anche D'ANDREA, *Recesso del socio nelle società per azioni la nuova disciplina e qualche riflessione*, in LANZI e FRANCESCHINI (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 65. La legittimazione al voto dovrebbe di norma sussistere sia nel momento in cui il voto è espresso, sia nel momento in cui si perfeziona la decisione. I tempi dilatati che possono caratterizzare i metodi non assembleari e l'eventualità di un trasferimento delle quote in costanza del procedimento determinano un ulteriore problema: se un socio trasferisce la propria partecipazione dopo aver manifestato il proprio consenso, il nuovo socio potrebbe vedersi opposta la precedente votazione. Falta salva in ogni caso la possibilità di revoca, sembra auspicabile che l'atto di trasferimento menzioni espressamente la circostanza ai fini dell'opponibilità del voto all'acquirente, in modo tale da evitare successive contestazioni. Come evidenzia BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 378, tali difficoltà non vanno però sopravvalutate, date le ordinarie dimensioni delle società a responsabilità limitata e la conseguente facilità nel controllo della legittimazione.

A margine della sostanziale deprocedimentalizzazione, la norma riconosce quindi a tutti i soci il diritto di partecipazione e di informazione, in base al quale devono essere posti nella condizione di poter concorrere alla formazione della volontà sociale²¹⁴ e di manifestare la loro posizione in modo consapevole ed informato, indipendentemente dal metodo decisionale prescelto²¹⁵. Per queste ragioni non è ammissibile il metodo della raccolta interna del consenso²¹⁶, attraverso il quale la maggioranza potrebbe raccogliere al suo interno gli assensi sino al raggiungimento del *quorum* deliberativo necessario ai fini dell'approvazione della proposta, senza coinvolgere la totalità dei soci ed escludendo di fatto la minoranza dal procedimento decisionale: questa tecnica viene invece ammessa da quella dottrina che rinviene proprio nel mancato riconoscimento del diritto di informazione uno dei tratti caratterizzanti del consenso espresso per iscritto²¹⁷. Tale interpretazione si fonda su una lettura parziale dell'art. 2479, che qualificherebbe il diritto

²¹⁴ La disposizione, affermando il diritto alla partecipazione, determina anche l'inammissibilità di quelle clausole che neghino a taluni soci il diritto di voto, ossia la creazione di partecipazioni sociali a voto limitato, già in passato osteggiate dalla dottrina (vedi per tutti RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, cit., 161 e PAOLUCCI, *La società a responsabilità limitata*, in RESCIGNO (a cura di), *Trattato del diritto privato*, XVII, Torino, 1985, 274; sulla non configurabilità di quote a voto limitato RESTAINO, *op. cit.*, 165; in via dubitativa ammette un'indiretta limitazione attraverso l'attribuzione di diritti particolari *ex art.* 2468 BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 357).

²¹⁵ In virtù di questo principio, la legge sanziona, come si vedrà, con la nullità le decisioni assunte in assenza assoluta di informazione (art. 2479ter, comma 4).

²¹⁶ Tema affrontato, con riferimento alle società di persone, da MIRONE, *Il procedimento deliberativo*, cit., 18, ove ulteriori richiami alla dottrina e alla giurisprudenza che hanno più volte affermato la legittimità di tale metodo, pur in presenza di un assoluto difetto di informazione a favore dei soci di minoranza.

²¹⁷ Secondo MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 273, nel consenso espresso per iscritto non sarebbe richiesta l'informazione di tutti i soci e, ai fini del valido perfezionamento della decisione, sarebbe necessario e sufficiente che almeno la maggioranza prescritta esprima il proprio consenso; il fatto che la decisione possa adottarsi senza che taluno dei soci ne sia stato informato rende tale metodo "il meno garantista nei confronti dei soci di minoranza, ma di tale circostanza essi non potranno dolersi poiché il sistema in parola può trovare applicazione solo ove i soci, in sede di costituzione della società, lo abbiano previsto e accettato". Secondo l'Autore, un sistema di questo tipo sarebbe coerente con una politica legislativa che nelle società a responsabilità limitata, a torto o a ragione, ritiene sufficiente per la tutela del diritto di informazione, la consultazione del libro delle decisioni dei soci, la cui "assidua consultazione" è onere a carico di ciascun socio: l'accesso al libro delle decisioni ed in generale i diritti di ispezione costituiscono a nostro avviso una diversa declinazione del diritto di informazione, complementari e non sostitutivi rispetto al fondamentale diritto di informazione preventiva sancito dall'art. 2479 quinto comma.

alla partecipazione in senso puramente astratto, inteso come attitudine del socio a partecipare al processo decisionale, senza però fornire indicazioni sulle modalità di formazione della volontà sociale²¹⁸; altri argomenti sono tratti dall'art. 2479ter che nel determinare le cause di invalidità delle decisioni fa riferimento alla mancanza assoluta di informazione, senza però specificare se la stessa debba precedere la decisione o se sia sufficiente un'informazione resa successivamente al raggiungimento del quoziente richiesto²¹⁹.

Sembra preferibile l'orientamento²²⁰ che, accomunando sotto questo profilo la consultazione scritta ed il consenso espresso per iscritto, richiede sempre il pieno coinvolgimento di tutti i soci, sia sulla base del diritto di partecipazione riconosciuto dall'art. 2479 quinto comma, sia sull'obbligo di informazione preventiva desumibile *a contrario* dalla causa di invalidità di cui al 2479ter²²¹. Questa conclusione è avvalorata da

²¹⁸ MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 273.

²¹⁹ TASINI, *Invalidità delle decisioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2004, n. 16, 43; per stessa ammissione dell'Autore il riferimento all'assenza assoluta di informazione (e non alla generica mancanza di informazione), potrebbe significare che il socio, dotato nel regime legale di ampi poteri di controllo, non possa mai considerarsi "assolutamente non informato", salva la presenza nello statuto di una clausola che limiti fortemente il diritto di ispezione del socio. Per una corretta disamina dei poteri di controllo del socio ABRIANI, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nelle società a responsabilità limitata*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (a cura di), *Studi e materiali (fasc. 1)*, Milano, 2005, 259. Sempre con riferimento alla disciplina dell'invalidità, secondo MAGLIULO, *op. ult. loc. cit.*, l'art. 2479ter si limiterebbe a sanzionare la violazione di obblighi di informazione che debbono però trovare la propria fonte nell'atto costitutivo o in altre disposizioni che non è possibile rinvenire con riferimento al consenso espresso per iscritto.

²²⁰ In tal senso la dottrina dominante, BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 324; MARCIANO, *I processi decisionali dei soci*, cit., 73; MASSA FELSANI, *Le decisioni dei soci*, cit., 33; LENER E TUCCI, *Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori*, in *Analisi Giuridica dell'economia. Studi e discussioni sul diritto d'impresa. La nuova s.r.l. colà dove si puote?*, cit., 284; NUZZO, *Commento sub art. 2479*, cit., 1626; RESTAINO, *op. cit.*, 159; LAURINI, *Manuale breve della s.r.l.*, cit., 65, secondo cui tutti i soci devono vedersi garantita "una adeguata e chiara informazione, utile e propedeutica per una corretta e ponderata partecipazione alle decisioni"; BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 355, attribuendo una particolare valenza al concetto di partecipazione, osserva come il legislatore non si sia accontentato di sancire il diritto del socio ad esprimere il proprio voto, ma abbia riconosciuto "il diritto del socio a partecipare alla decisione, e quindi a prendervi parte, a contribuirvi anche nella fase propositiva".

²²¹ Il principio di informazione preventiva dei soci e degli altri soggetti coinvolti sembra del resto ispirare l'intera disciplina dei processi decisionali e trova spazio in varie parti della disciplina, come nella

almeno altri due argomenti: da un lato il riconoscimento alla minoranza qualificata del diritto di richiedere l'adozione del metodo assembleare sarebbe incompatibile con un'informazione tardiva, resa solo quando la decisione è ormai perfezionata e riportata nel libro delle decisioni, in quanto il *fait accompli* impedirebbe l'effettivo esercizio del diritto²²² e contrasterebbe con l'obbligo generale di buona fede nell'esecuzione del contratto e nell'esercizio in comune dell'attività d'impresa²²³; dall'altro la chiarezza con la quale deve risultare l'argomento oggetto della decisione nel documento sottoscritto presuppone logicamente una qualche informazione durante la fase introduttiva del procedimento²²⁴. Il requisito della completezza dell'informazione, almeno nella fase propositiva, non può tuttavia estendersi sino ad imporre un'approfondita ed esaustiva disamina dell'operazione nel suo complesso e delle ragioni economiche a supporto della stessa²²⁵: la portata del diritto di informazione preventiva nel contesto extra-assembleare va infatti calibrata tenendo conto da un lato delle peculiari modalità di svolgimento della procedura, nella quale un'eccessivo dettaglio potrebbe pregiudicare l'intelligibilità della consultazione, dall'altro degli ampi poteri di ispezione riservati ai soci²²⁶, inclusa la

determinazione dei modi di convocazione dell'assemblea "tali da assicurare la tempestiva informazione sugli argomenti da trattare" o nella disciplina dell'assemblea totalitaria in cui si richiede che tutti gli amministratori e sindaci siano "presenti o informati della riunione" (dovendosi in questo secondo caso interpretare il concetto di informazione in modo meno rigoroso).

²²² Situazione che, come vedremo nella seconda parte, emerge di frequente nell'ordinamento statunitense: come osserva HAZEN, *Silencing the Shareholders' Voice*, cit., 1925, una volta approvata la decisione "it may be too late to turn back the clock and rescind the action approved by majority consent".

²²³ Argomento avanzato da COTTINO E WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 154 contro l'adozione del metodo della raccolta interna nelle società di persone.

²²⁴ Vedi BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 355 secondo cui non sarebbe "congruente richiedere che dai documenti sottoscritti dai soci risulti con chiarezza l'argomento oggetto delle decisioni e poi cripare tali decisioni tenendole nascoste a parte dei soci [...]".

²²⁵ In questo senso sembra coerente la formula che limita l'invalidità ai casi di *assoluta mancanza* di informazione. Sul punto, con i dovuti adattamenti, vedi l'orientamento della Suprema Corte, che, affrontando il voto per corrispondenza ammesso nelle società cooperative ai sensi del previgente art. 2532 (oggi art. 2538), ha precisato che la convocazione dell'assemblea deve contenere *per esteso* il testo della deliberazione proposta, ma non una dettagliata motivazione della medesima (Cass., 17 febbraio 1987, n. 1687, in *Giur. comm.*, 1988, II, 57).

²²⁶ Per i quali si rinvia ad ABRIANI, *Controllo individuale del socio*, cit., 259 che sembra negare l'idea di diritto all'informazione in accezione esclusivamente passiva, valorizzando nella società a responsabilità limitata il riconoscimento di significativi poteri ispettivi e di controllo.

facoltà di richiedere ragguagli supplementari al proponente a fronte di formulazioni incomplete o lacunose, ed infine dei rapporti interpersonali che solitamente caratterizzano le compagini sociali ristrette, composte in gran parte da soci-imprenditori direttamente coinvolti nell'attività di impresa.

Ne emerge un quadro piuttosto chiaro: l'esistenza di un diritto ad essere consultati e ad esprimere il proprio parere in modo informato non solo induce a ritenere che il nostro ordinamento ammetta la deroga al metodo assembleare solo in presenza di una volontà non collegiale informata²²⁷, ma mette in crisi, come meglio vedremo in seguito, la stessa qualificazione dei metodi non assembleari come forme di volontà non collegiale. Come si è correttamente osservato, nella teoria dell'atto collegiale, il diritto di informazione preventiva non è solo funzionale ad avere notizia della riunione, ma anche all'esigenza di decidere in modo consapevole e di poter influenzare, tramite la discussione, le decisioni degli altri: per vagliare la tenuta, almeno parziale, del principio di collegialità occorre quindi stabilire se la disciplina delle decisioni non assembleari garantisca il diritto del socio di influenzare le decisioni altrui, consentendogli un'attività equivalente a quella che nella riunione collegiale si realizza attraverso la discussione²²⁸. Per il socio che detenga almeno un terzo del capitale o che rivesta la carica di amministratore tale diritto è garantito dalla possibilità di richiedere la discussione assembleare; in caso contrario il socio di minoranza, al di là di una riduzione statutaria del *quorum* di cui al quarto comma o della predisposizione di altri meccanismi di tutela²²⁹, può in pendenza del procedimento contattare informalmente gli altri soci ed esporre loro le proprie argomentazioni od obiezioni²³⁰, un potere la cui portata non va assolutamente sottovalutata in contesti micro-societari caratterizzati da frequenti rapporti interpersonali e da stretti legami di parentela.

²²⁷ Il diritto di partecipazione riconduce il consenso espresso per iscritto ad un modello negoziale intermedio, distinto sotto questo profilo dal modello negoziale puro, riferibile invece al mero incontro delle volontà della maggioranza dei soci. In questo senso NUZZO, *Commento* sub art. 2479, cit., 1626; sulla nozione di metodo negoziale e sulle sue varianti nei modelli personalistici si veda, per tutti, MIRONE, *Il procedimento deliberativo*, cit., 172 ss.

²²⁸ SANTONI, *Le decisioni*, cit., 240.

²²⁹ Come evidenzia BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 359, il diritto del socio di minoranza che non raggiunga la percentuale richiesta è tutelabile statutariamente attraverso la previsione di un procedimento "che garantisca ai soci il diritto di inviare a tutti gli altri soci le proprie proposte e motivazioni, prima che venga richiesta la manifestazione del voto".

²³⁰ Come si è già ricordato, in caso di comunicazione successiva della proposta, si potrebbe determinare un sostanziale pregiudizio della facoltà di influenzare informalmente gli altri soci, che avranno già espresso il proprio parere in precedenza. In questo caso il socio di minoranza tardivamente interpellato dovrà

Dal disposto del quinto comma discende un ulteriore corollario: se la decisione non è unanime occorre che i proponenti – di norma gli amministratori – possano dimostrare di aver concesso ai soci non consenzienti di partecipare alla decisione e di averli posti nelle condizioni di esprimere il proprio parere in modo informato. L'assenza di un atto formale di interpello nella procedura del consenso espresso per iscritto rende oggettivamente difficile questa operazione: si tratta di un onere ben maggiore rispetto a quello della convocazione dell'assemblea o della formale consultazione scritta, in quanto per assicurare ad un socio la possibilità di partecipare ad una decisione mediante consenso espresso per iscritto non sembra sufficiente informarlo in modo generico dell'intenzione di assumere una decisione, occorrendo invece specificarne il contenuto ed i termini esatti²³¹.

Abbiamo intenzionalmente trascurato l'interrogativo circa la sussistenza, in questa fase del procedimento, di un diritto di informazione in capo agli amministratori ed ai sindaci, argomento che merita alcune osservazioni autonome. Si è ipotizzato che la soluzione al problema potrebbe dipendere dalla funzione attribuita alle cariche sociali nei procedimenti extra-assembleari, a tutela della regolarità del procedimento ovvero a tutela di interessi propri²³²; una diversa opinione evidenzia l'analogia con la disciplina dell'assemblea totalitaria, nella quale tutti gli amministratori e sindaci devono essere informati della riunione²³³. Con riferimento agli amministratori, al di là delle precedenti considerazioni, l'argomento decisivo va cercato nuovamente nel quarto comma dell'art. 2479: la proposta di decisione deve essere comunicata agli amministratori al fine di

temporeggiare, astenendosi da un formale dissenso, e fare affidamento sulla possibilità di revoca del voto già espresso dagli altri soci.

²³¹ In senso conforme NOTARI, *Deliberazioni assembleari e decisioni dei soci nelle s.r.l.*, in DANOVÌ (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 50.

²³² Secondo BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 355 qualora si ritenga che la funzione di amministratori e sindaci sia quella di fornire informazioni e pareri al fine di una maggior ponderazione della delibera e quella di controllare la regolarità del procedimento, i soci potrebbero "rinunciare al loro diritto di informazione, impregiudicata la possibilità per gli organi citati di valutare *ex post* la correttezza del procedimento adottato"; qualora invece il legislatore abbia attribuito ad amministratori e sindaci il diritto di intervenire alle decisioni anche a tutela di un loro eventuale interesse personale nella decisione (si pensi alle azioni di responsabilità o alla revoca) si dovrebbe ritenere obbligatoria la loro previa informazione.

²³³ Così LAURINI, *Manuale breve della s.r.l.*, cit., 65.

consentire loro l'esercizio della facoltà di richiedere l'adozione di una delibera assembleare²³⁴.

La risposta con riferimento al collegio sindacale è più articolata. Se la nomina dei sindaci è obbligatoria ai sensi dell'art. 2477 secondo e terzo comma, trova applicazione la disciplina della società per azioni che impone a carico dei sindaci l'obbligo di assistere alle assemblee: pur in presenza di un riferimento al procedimento collegiale sembra doversi adattare la norma ai caratteri propri della società a responsabilità limitata, estendendo quindi l'obbligo di comunicazione all'organo di controllo in modo tale da consentire ai sindaci di valutare l'operazione (che può assumere anche carattere gestorio) ed eventualmente di suggerire agli amministratori di richiedere la discussione assembleare²³⁵. Nel caso di nomina facoltativa dei sindaci, non è possibile dare una risposta così netta mancando il rinvio all'art. 2405: molto dipenderà dalle competenze e dai poteri attribuiti dall'atto costitutivo²³⁶. L'unico dato rilevante nella disciplina legale della società a responsabilità limitata sembra essere l'attribuzione al collegio sindacale, anche se istituito facoltativamente, del potere di impugnare le deliberazioni invalide, anche nell'ipotesi di assenza assoluta di informazione: questa considerazione, invero non decisiva, insieme con ragioni di coerenza sistematica e di prudenza, induce a ritenere che la proposta di decisione non assembleare debba essere comunicata anche al collegio sindacale facoltativo²³⁷.

²³⁴ In senso conforme MANZO, *Le decisioni dei soci*, cit., 258 e CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 177.

²³⁵ Vedi CAGNASSO, *op. ult. loc. cit.*, LAURINI, *Manuale breve della s.r.l.*, cit., 65 e BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 358. In generale sul rinvio alle norme in tema di controllo, CAVALLI, *Il controllo legale dei conti*, in SANTORO (a cura di), *La nuova disciplina della s.r.l.*, cit., 199, FORTUNATO, *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 305, SALAFIA, *Il controllo legale dei conti nella società a responsabilità limitata*, *ibidem*, 23 e SASSO, *Commento sub art. 2477*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, cit., 1996, ove alla nt. 2 ulteriori richiami.

²³⁶ CAGNASSO, *op. ult. loc. cit.*; sembra pertanto che un generico rinvio a poteri di controllo attribuiti dalla legge consenta l'applicazione analogica dell'art. 2405.

²³⁷ Conformi MANZO, *Le decisioni dei soci*, cit., 258 e LAURINI, *Manuale breve della s.r.l.*, cit., 65. Secondo BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 358, tale informazione potrà essere indirizzata al collegio sindacale come organo, nella persona del suo presidente, e non ai singoli componenti, in quanto l'art. 2479ter ammette l'impugnazione da parte dell'organo collegio sindacale, e l'impugnazione individuale per gli amministratori.

2.4 La natura della dichiarazione di consenso ed il problema della concordanza delle dichiarazioni rese dai soci

La natura giuridica della dichiarazione di consenso è quella di atto unilaterale recettizio che confluisce in un atto unilaterale plurisoggettivo a formazione progressiva²³⁸ e che acquista efficacia nel momento della ricezione da parte della società²³⁹. La

²³⁸ Nella dottrina classica tratteggia con nitidezza cristallina la natura della deliberazione come atto complesso a struttura interna ed omogenea GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., 258. L'Autore, distinguendo a seconda del procedimento adottato, attribuisce alla sola deliberazione assembleare la natura di atto collegiale in senso proprio: "solo in quest'ultimo infatti ricorre una particolare condizione rilevante per la sua validità, in quanto l'atto collegiale, se pur sempre, come ogni deliberazione, è la sintesi dei soli voti concordi (unanimi o di maggioranza), deve però inoltre, rispetto al suo processo formativo, poter essere la risultante di un dibattito contestuale collegato immediatamente alla votazione, nel quale tutte le opinioni espresse sono in qualche modo determinanti della votazione e della maggioranza e del quale *va data e garantita* la possibilità di svolgimento". Sul punto vedi anche BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 309 c, per una prospettazione delle divergenti opinioni, VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, cit., 60. Nella teoria generale alcuni autori all'interno della categoria degli atti plurisoggettivi operano una distinzione fra atto complesso in senso proprio, ove una pluralità di volontà provenienti da soggetti diversi si compenetrano reciprocamente per la realizzazione di interessi unitari, e atto collegiale, caratterizzato dall'imputabilità ad un soggetto distinto dagli agenti e dalla presenza di regole destinate alla tutela degli interessi di quel soggetto (così SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 211; per una qualificazione parzialmente difforme di atto complesso, MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, Milano, 1968, 643). Stando a questa distinzione la presenza di una collegialità attenuata collocherebbe le decisioni assunte con metodi non assembleari in una posizione intermedia (si noti tuttavia che secondo altre impostazioni l'atto collegiale presenta anche i caratteri propri della complessità).

²³⁹ La recettività ricorre nei confronti della società, non dei soci partecipanti alla decisione, e determina la necessità ai fini dell'efficacia della decisione, in qualsiasi modo assunta, di una comunicazione alla società. Il carattere recettizio del voto, logicamente implicato nel fatto che le dichiarazioni concorrano alla formazione di un atto giuridico unitario, va forse affermato in ogni fenomeno deliberativo (così, *ex multis*, GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., 259 e CANDIAN, *Nullità ed annullabilità di delibere di assemblea*, Milano, 1942, 217, ma vedi contra ROMANO PAVONI, *Le deliberazioni di assemblea di società*, Milano, 1950, 79)

Come evidenzia MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit. 275, anche qualora si ammettesse l'invio della dichiarazione a soggetti diversi dagli amministratori, solo un organo della società può provvedere a verificare ufficialmente se sia stata raggiunta la maggioranza prescritta, "allo stesso modo in cui nelle

ricezione, che nel voto assembleare assume il carattere di immediatezza temporale e logistica²⁴⁰, costituisce la necessaria *reductio ad unitatem*, spesso differita e pertanto distinguibile anche nella scansione temporale: prescindendo da una riunione, il concorso delle dichiarazioni non può sfociare nel perfezionamento di un atto deliberativo unitario se le singole manifestazioni di volontà non siano, se non comunicate reciprocamente fra i partecipanti, per lo meno concentrate presso un organo destinato a riceverle ed a constatarne l'esistenza e la validità²⁴¹. Tuttavia l'assorbimento in un atto complesso non riduce i singoli voti a mere unità statistiche prive di individualità giuridica: questa, al contrario, emerge con evidenza non solo sull'eventuale piano materiale, ma anche per gli effetti sulla validità della risoluzione quando i vizi riguardino voti marginali decisivi per il raggiungimento della maggioranza²⁴². A conferma di tale individualità, come meglio osserveremo nel capitolo successivo, indipendentemente dalla sorte della decisione, ogni dichiarazione di voto può essere soggetta, secondo le regole comuni, ad autonoma azione di nullità o di annullamento per i vizi di cui all'art. 1324 ovvero in base alla disciplina speciale del procedimento decisionale²⁴³.

In realtà la norma dedica poco spazio alla dichiarazione in parola, limitandosi a stabilire che dai documenti sottoscritti risultino con chiarezza l'argomento della decisione ed il consenso alla stessa: quanto al primo elemento valgano le considerazioni effettuate con riferimento al diritto di informazione del quale costituisce il naturale corollario. La

delibere collegiali il presidente dell'assemblea effettua la verifica dell'esito della votazione e la proclamazione dei risultati della stessa". A supporto di questa interpretazione sta il fatto che la trascrizione sul libro delle decisioni dei soci rientra fra i compiti degli amministratori ai sensi dell'art. 2478: anche nel caso di raccolta dei consensi scritti da parte di un socio, il risultato dovrà essere comunicato alla società, in modo da determinare l'effetto di *reductio ad unitatem* che trasforma la volontà dei singoli in volontà collettiva imputabile alla società. Sul ricorso all'analogia per la qualificazione degli atti recettizi, in assenza di indicazioni espresse, GIAMPICCOLO, *Dichiarazione recettizia*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1965 e CARRARO, *Dichiarazione recettizia*, in *Novissimo Digesto*, Torino, 1960, 596.

²⁴⁰ Non così laddove si ricorra al voto per corrispondenza ovvero, ma rinunciando alla sola unità di luogo, alla partecipazione a distanza mediante mezzi di telecomunicazione.

²⁴¹ GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., 259, nt. 261, citando a supporto il contributo di HECK, *Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, in *Festschrift Otto Gierke zum siebzigsten Geburtstag dargebracht von Schülern*, Weimar, 1911, 319.

²⁴² Naturalmente, laddove la legge o lo statuto prevedano l'unanimità, ogni dichiarazione sarà, per definizione, decisiva.

²⁴³ GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., 259, ove analoghe considerazioni riferite ad ogni fenomeno deliberativo, collegiale e non.

dichiarazione deve fornire elementi univoci che consentano di riferire e di associare il consenso o il dissenso ad uno specifico argomento, sul quale i soci hanno ricevuto informazioni più o meno dettagliate: sembra logico pensare che nel caso di sollecitazione attraverso consultazione scritta questo onere sarà comunemente assolto dal documento predisposto dagli amministratori o dagli altri promotori. Nel consenso espresso per iscritto l'assolvimento del requisito sarà invece posto in capo al dichiarante, circostanza che da un lato sottolinea la centralità dell'informazione preventiva sull'argomento oggetto della decisione, dall'altro determina il concreto rischio di imprecisioni e difformità nella pur sommaria identificazione dell'argomento, proprio per la possibile assenza di una proposta scritta²⁴⁴: si comprendono quindi le ragioni pratiche che rendono consigliabile, anche nel consenso scritto, la circolazione seppur informale di documento di proposta che descriva chiaramente l'argomento della decisione²⁴⁵.

In osservanza alla seconda prescrizione contenuta nella norma, l'espressione del consenso deve risultare anch'essa con chiarezza: pertanto il testo, affinché assuma valore nel procedimento deliberativo, deve contenere una precisa ed univoca indicazione della volontà del socio che esprima un voto vincolante e definitivo²⁴⁶, non un mero parere temporaneo, un orientamento di massima o una promessa di voto²⁴⁷. Inoltre la necessaria chiarezza del consenso, insieme con il requisito di forma, che affronteremo tra breve, concorre ad escludere l'ammissibilità di un consenso tacito o per fatti concludenti²⁴⁸. Le

²⁴⁴ Si pensi al caso di una proposta comunicata oralmente sulla quale i soci interpellati predispongano autonomamente il documento che incorpora la manifestazione di consenso: l'eventuale definizione imprecisa dell'argomento rischia di inficiare la validità della decisione così assunta. Questa preoccupazione ha indotto parte della dottrina tedesca a ritenere che anche nella prima variante del procedimento extra-assembleare di cui al § 48 del *GmbHG*, accomunabile sotto diversi profili al nostro consenso scritto, la mozione debba redigersi in forma scritta, pur in assenza di una esplicita prescrizione di legge.

²⁴⁵ In questo caso sarà preferibile riferirsi esplicitamente alla proposta o riportare la formula in esso contenuta.

²⁴⁶ Salva la possibilità di revoca nei tempi e nei modi consentiti.

²⁴⁷ Già in questa fase, e non solo con la successiva formalizzazione, dovrebbero risultare con evidenza le differenze tra fattispecie deliberativa propria e fenomeni parasociali, in modo da scongiurare le ambiguità denunciate efficacemente da BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 321. In molti casi espressioni semplici come "voto a favore" seguite dalla sottoscrizione saranno perfettamente sufficienti ad assolvere il requisito e non richiederanno particolari sforzi ermeneutici, richiesti invece nell'interpretazione di formule più articolate ma meno definite.

²⁴⁸ Non può però condividersi l'opinione di BUSANI, *Le regole sul consenso vanno nello statuto*, in *Il sole* 24 ore, 25 luglio 2003, 20 che non attribuisce particolare valenza giuridica al concetto di chiarezza,

dichiarazioni dubbie assumono infatti efficacia solo a seguito di una precisazione scritta da parte del socio, sia questa spontanea o sollecitata: non pare che la mancata contestazione dell'esito della decisione possa equivalere ad un'accettazione tacita, tale da sanare l'equivocità del voto espresso.

Nella consultazione scritta il rischio di incertezza circa l'espressione del consenso è fortemente limitato dalla presenza di una proposta formale, di norma immodificabile da parte del socio consultato – salva la facoltà di promuovere un'altra consultazione su di un testo parzialmente modificato – e dalla presenza di una rosa di scelte predeterminate²⁴⁹. Diversamente il consenso scritto può essere raccolto su un unico documento fatto circolare informalmente²⁵⁰, ovvero attraverso la sottoscrizione di più documenti redatti autonomamente dai soci: in questo caso il documento può non essere dal punto di vista lessicale perfettamente coincidente con quello firmato dagli altri soci, proprio perché non si procede alla sottoscrizione di un unico documento predisposto dal proponente. Si profila quindi un duplice problema, la conformità rispetto alla proposta e la concordanza tra le dichiarazioni, la cui soluzione, considerate le caratteristiche del procedimento in parola, richiede, come si è attentamente osservato²⁵¹, l'applicazione dei principi elaborati in tema di formazione del contratto *inter absentes*²⁵², senza per questo attribuire una

limitando l'intento del legislatore ad escludere la rilevanza al silenzio del socio o al comportamento concludente, principio già desumibile dal requisito di forma scritta.

²⁴⁹ Qualora la consultazione scritta ammetta esplicitamente una risposta aperta, al di là delle opzioni predisposte, si profileranno invece problemi analoghi a quelli che vedremo nel consenso espresso per iscritto.

²⁵⁰ RESCIO, *L'assemblea e le decisioni dei soci*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003, 122. Si tratta di un metodo di raccolta del consenso che elimina alcune delle problematiche affrontate nel testo e pertanto va preferito qualora ve ne sia la possibilità.

²⁵¹ MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 270 ss.

²⁵² Come è noto, in base alla disciplina di diritto comune, la conclusione del contratto può determinarsi attraverso atti distinti, la proposta e l'accettazione, provenienti in sequenza da due parti contrattuali: a tal fine l'accettazione deve contenere la volontà espressa dell'oblato di concludere il contratto e rispondere al requisito di conformità rispetto alla proposta formulata. Per un inquadramento della fattispecie si rinvia a ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, 98 e SCOGNAMIGLIO, *Dei requisiti del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, 93.

natura contrattuale alla decisione societaria²⁵³. Presupposto necessario perché lo scambio tra proposta ed accettazione sia idoneo al perfezionamento del contratto è la conformità delle dichiarazioni rese dalle parti, valutata alla stregua di criteri sostanziali e non meramente formali. Applicando tale criterio alle decisioni extra-assembleari, il contenuto del documento sottoscritto dal socio deve essere conforme alla proposta formulata e di conseguenza concordante con le dichiarazioni rese dagli altri soci: siccome la valutazione di conformità deve essere svolta anche sotto il profilo soggettivo, le mere difformità linguistiche non impediranno di per sé il perfezionamento dell'atto complesso, a condizione che vi sia una sostanziale corrispondenza di contenuto tra le manifestazioni di volontà. Nel valutare la sussistenza di una volontà univoca assume un ruolo fondamentale l'attività ermeneutica svolta, di norma, dall'organo amministrativo chiamato a valutare la conformità delle dichiarazioni pervenute secondo criteri interpretativi che possono di fatto condizionare l'esito della decisione²⁵⁴.

Il parallelo con la disciplina dei contratti offre lo spunto per un'ulteriore considerazione sulla surrogazione del diritto alla discussione nei modelli non

²⁵³ Sotto il profilo sistematico va escluso l'inquadramento delle decisioni in forma non assembleare nella categoria del contratto, inteso come accordo autonomo raggiunto dalle parti al fine di disciplinare i reciproci rapporti inerenti al vincolo sociale: sulla scorta di questa impostazione si dovrebbe affermare il carattere vincolante dell'atto solo fra i soci che hanno contribuito all'approvazione con un voto favorevole. Nell'impianto della riforma si conferma quindi la natura organizzativa della decisione, la cui assunzione in conformità della legge e dell'atto costitutivo vincola tutti i soci ancorché non consenzienti, in esecuzione del negozio societario (sulla qualificazione della deliberazione sociale come atto organizzativo si veda, per tutti, ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in COLOMBO E PORTALE (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, III, 2, Torino, 1993, 288; sul carattere vincolante della decisione desumibile a contrario dal primo comma dell'art. 2479ter e sul valore ricostruttivo della disciplina dell'invalidità sotto questo profilo, ALLECA, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, in FARINA, IBBA, RACUGNO, SERRA (a cura di), *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, cit., 330).

²⁵⁴ Anche qualora la raccolta dei consensi sia curata informalmente da un socio gli amministratori interverranno nella fase di iscrizione della decisione nel libro. Eventuali abusi sotto questo profilo da parte dell'organo amministrativo, possibili in particolare quando questi si trovino in patente conflitto di interesse (si pensi alla revoca delle cariche sociali), sono certamente suscettibili di contestazione innanzi all'autorità giudiziaria e consigliano, come già si è osservato, l'indicazione nell'atto costitutivo di un soggetto che assuma la veste di presidente della votazione con poteri analoghi al presidente dell'assemblea. Come si è anticipato *supra*, le numerose difficoltà correlate alla redazione di documenti autonomi suggeriscono inoltre di optare quando possibile per la sottoscrizione di un documento unico.

assembleari: l'assenza di una riunione contestuale non esclude infatti la possibilità che il contraddittorio si realizzi per altre vie. Se si accetta l'applicazione dei principi civilistici del contratto *inter absentes* al procedimento in parola, le dichiarazioni difformi, qualora non si limitino ad un semplice dissenso, ma esprimano la volontà del dichiarante di prospettare una soluzione alternativa, potranno qualificarsi come controproposte che, una volta sottoposte a tutti i soci ed approvate dalla maggioranza prescritta, potranno originare una decisione differente ed auspicabilmente migliore²⁵⁵. Si giunge quindi ad una conclusione invero controintuitiva: il consenso espresso per iscritto, così interpretato, garantisce una diversa forma di confronto fra i soci, che pur non essendo contestuale ha il pregio di assicurare ai soggetti coinvolti il tempo necessario per analizzare con la dovuta calma la mozione e di formulare una controproposta meditata e ben argomentata. Questo metodo decisionale non solo consente di esprimere la propria opinione al di fuori del contesto assembleare, influenzando l'esito della decisione con comunicazioni informali tra i soci, ma permette anche l'adeguamento della mozione e l'esercizio del potere di controproposta²⁵⁶, garantendo tra l'altro una maggior ponderazione della stessa. Come si è già accennato, in un sistema di questo genere, l'incontrollato abuso del diritto di formulare proposte tra loro discordanti e di sottoporre soluzioni alternative sui medesimi argomenti, può di fatto comportare la completa paralisi della società, specie in presenza di compagini medio-grandi²⁵⁷, circostanza che aumenta esponenzialmente il rischio di esplosione numerica delle proposte circolanti in un dato momento, o in situazioni di

²⁵⁵ A fronte di una controproposta il socio proponente può abbandonare la propria mozione, a meno che non sia sostenuta da altri, ovvero mantenerla, facendo coesistere due iniziative alternative e concorrenti. Si noti come questa lettura sia subordinata al preventivo riconoscimento in capo al singolo socio del potere di iniziativa del procedimento di raccolta del consenso espresso per iscritto.

²⁵⁶ La fase propositiva del diritto di partecipazione, consistente nella possibilità di interagire orientando la volontà sociale ed influenzando attivamente sulla definizione della decisione, è sotto questo profilo maggiormente pregiudicata dal ricorso alla consultazione scritta, nella quale al formale coinvolgimento di tutti i soci non corrisponde da un punto di vista sostanziale la concreta possibilità di incidere su di una proposta tendenzialmente inmodificabile.

²⁵⁷ La presenza di una compagine sociale ampia è una circostanza piuttosto rara ma non del tutto sconosciuta nelle società a responsabilità limitata italiane, spesso determinata dalla morte dei soci originari e dal trasferimento delle quote agli eredi, tra i quali la convivenza è spesso conflittuale. Nella dottrina statunitense, sulla correlazione tra le dimensioni della compagine ed il rischio di c.d. *cycling*, derivante dalla possibilità di far circolare innumerevoli proposte di *written consent* su argomenti gestori, BARONDES, *Dynamic economic analysis of selected provisions of corporate law*, 7 DePaul Business Law Journal 97, 113.

insanabile dissidio o di forte conflittualità, circostanza che determina frequentemente l'impossibilità di funzionamento della stessa assemblea.

2.5 Il requisito di forma delle dichiarazioni dei soci

Oltre ai requisiti di chiarezza, la manifestazione del consenso, in entrambe le varianti procedurali, dovrà risultare da documenti sottoscritti dai soci²⁵⁸; l'onere formale, così come il requisito di chiarezza, non riguarda tutte le dichiarazioni, ma è limitato al solo consenso, non assumendo alcuna rilevanza giuridica il modo attraverso il quale vengano manifestati il dissenso e l'astensione²⁵⁹. La volontà sociale potrà quindi formarsi sulla base di un unico documento sottoscritto dai soci consenzienti o attraverso la raccolta dei

²⁵⁸ L'uso dell'espressione documenti (al plurale) provenienti dai soci sconfessa secondo BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 362, la tesi che rinvie la differenza tra consultazione e consenso scritto in una diversa modalità di espressione del consenso ed in particolare nell'unicità o nella pluralità dei documenti; dal punto di vista linguistico va anche sottolineato che la presenza del verbo "trascrivere" da parte dell'art. 2478 per indicare l'adempimento a carico degli amministratori, comporta la riscrittura sul libro sociale di un testo risultante da altro documento, tacendo sul nascere ogni dubbio sulla necessità di una stesura o di una sottoscrizione diretta sul libro. Sulla nozione di trascrizione in ambito societario con riferimento alle deliberazioni assembleari vedi DI SABATO, *Iscribibilità di delibera assembleare redatta su fogli sciolti*, in *Riv. dir. impr.*, 1990, 565 e DE CASTELLO, *La trascrizione del verbale sul libro delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee*, in *Giur. comm.*, 1991, II, 696. La natura documentale delle dichiarazioni è inoltre confermata dal fatto che nei procedimenti extra-assembleari, ai sensi dell'art. 2478, "la relativa documentazione" debba essere conservata dalla società. Sul punto MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 276.

Queste prescrizioni di forma, così come altre previsioni contenute nell'art. 2479, testimoniano, secondo RESTAINO, *Commento sub art. 2479*, cit., 161, "un certo scetticismo del legislatore verso l'idoneità di metodi diversi dall'assemblea a rappresentare uno strumento di formazione della volontà sociale".

²⁵⁹ Vedi RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, cit., par. 19 e BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 363. La riforma sotto questo profilo non ha accolto la tesi che, con riferimento alle società di persone, denunciava l'inopportunità di subordinare la legittimità del referendum all'adozione della forma scritta, essendo preferibile imporre alla maggioranza l'onere di procurarsi prove adeguate della valida formazione della volontà sociale (così MIRONE, *Il procedimento deliberativo*, cit., 202): la presenza di un requisito di forma denota il mantenimento di un livello minimo di rigidità, che a fronte della tendenziale deprocedimentalizzazione distingue ancora i procedimenti in parola dalle decisioni nei modelli personalistici.

distinti documenti in cui i soci hanno manifestato singolarmente la loro posizione²⁶⁰. In entrambi i casi, il requisito di forma assume anche la funzione di monito, volto a suscitare una piena consapevolezza del carattere giuridicamente vincolante del voto e delle conseguenze ad esso associate, volendosi evitare il rilascio di dichiarazioni avventate e superficiali.

Rinviando al capitolo successivo la risposta all'interrogativo circa la sanzione per l'inosservanza della prescrizione formale, restano da valutare le modalità attraverso le quali può essere concretamente apposta la firma²⁶¹: la dichiarazione può essere contenuta in una scrittura privata sottoscritta dal socio anche non autenticata, in un documento elettronico firmato digitalmente²⁶² e probabilmente anche in una comunicazione inviata via fax, che riproduca la scrittura e la sottoscrizione²⁶³. In relazione all'ultimo strumento

²⁶⁰ Di norma la consultazione scritta dovrebbe dar luogo a un numero di documenti pari ai soci consultati; nel consenso espresso per iscritto, per le ragioni menzionate in precedenza, è auspicabile l'unicità del documento o comunque l'adozione di documenti perfettamente identici dal punto di vista lessicale.

²⁶¹ Sulle funzioni indicative e dichiarative della sottoscrizione e per un'approfondita analisi nel contesto delle dichiarazioni di voto dei soci si rinvia a BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 364.

²⁶² Vedi CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 178; MANZO, *Le decisioni dei soci*, cit., 259; MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 276. Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica soddisfa infatti il requisito legale della forma scritta. A tal fine sembra possa ammettersi, con le differenti conseguenze a fini probatori, l'uso di tutte le tipologie di firma elettronica previste dal d.lgs. n. 10 del 23 gennaio 2002: la firma elettronica debole consistente in un qualsiasi codice identificativo associato ad un codice segreto; la firma elettronica qualificata, connessa in maniera univoca al firmatario; la firma elettronica qualificata avanzata che, basandosi su un certificato qualificato ed essendo generata mediante un dispositivo per la creazione di una firma sicura, fa prova fino a querela di falso della provenienza della dichiarazione. L'uso della posta elettronica ordinaria, ammissibile per la sollecitazione, non può invece ritenersi sufficiente ad assolvere il requisito della sottoscrizione, salva l'apposizione di una valida firma elettronica al messaggio così inviato. Sul tema si rinvia a TROIANO, *La firma elettronica qualificata tra armonizzazione sopranazionale e legislazioni nazionali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 417; PATTI, *L'efficacia probatoria del documento informatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 60; FINOCCHIARO, *Firma digitale e firme elettroniche. Il quadro normativo italiano dopo il d. legis. 10/2002*, in *Contratto e impr.*, 2002, 853 e BORRUSO, *Il documento informatico, la firma elettronica e la firma digitale alla luce delle ultime norme*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 143.

²⁶³ Vedi SANTARCANGELO, *L'atto costitutivo di s.r.l.*, Milano, 2003, 299; con qualche cautela, dovuta ai rischi di contestazione, BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 364, OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l.*, cit., 110 e MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 277. Vedi *infra* per le prescrizioni meno rigorose nel *GmbHG* in virtù delle quali non sorgono problemi circa l'utilizzo di fax o di messaggi di posta elettronica.

menzionato, largamente diffuso nel mondo dell'impresa e certamente compatibile con un procedimento decisionale semplificato, è facile prevedere un uso massiccio nei procedimenti qui analizzati, proprio per la rapidità di scambio della documentazione, combinata con una diffusione e una semplicità d'uso ad oggi maggiori rispetto al documento informatico sottoscritto elettronicamente.

Va però ricordato che il documento così trasmesso, stando alle conclusioni della dottrina più recente²⁶⁴, assume giuridicamente il carattere di riproduzione non autentica dell'originale, dotata di valore probatorio dei fatti ivi documentati solo se la conformità all'originale non è espressamente disconosciuta da colui contro il quale è prodotta. Nel contesto di un procedimento extra-assembleare, l'amministratore o il presidente della votazione, sulla base della dichiarazione trasmessa via fax, potrebbe considerare formata la decisione, presumendo che il documento ricevuto sia conforme all'originale sottoscritto dal socio, e procedere alla trascrizione sul relativo libro²⁶⁵. In questo caso il rischio di responsabilità, al quale si espone il soggetto incaricato a fronte dell'eventuale disconoscimento dell'autenticità della dichiarazione di consenso, induce a ritenere che questi, specie in presenza di decisioni contestate su argomenti particolarmente delicati, debba sollecitare la successiva esibizione dell'originale e conservarlo ai sensi dell'art. 2478 tra la documentazione inerente alla decisione.

2.6 La compatibilità dei metodi extra-assembleari con la disciplina della rappresentanza e delle società unipersonali

In presenza dei requisiti prescritti, le manifestazioni di consenso in forma scritta non sembrano denunciare limiti impliciti o particolari incompatibilità rispetto alla disciplina delle deleghe di voto o delle società unipersonali. Quanto alla prima questione, la rappresentanza in assemblea, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, non incontra nella disciplina della società a responsabilità limitata alcuna restrizione²⁶⁶: la norma non

²⁶⁴ CACCAVALE, *Gli atti unilaterali di mutuo nel credito bancario*, Milano, 2002, 118 ed *ivi* riferimenti alle diverse qualificazioni come copia fotografica *ex art.* 2719 e come riproduzione meccanica *ex art.* 2712. Con particolare riguardo agli utilizzi in ambito processuale, PANUCCIO DATTOLA, *L'uso legalizzato del fax: la legge n. 183 del 1993 e il sistema di trasmissione degli atti giudiziari in copia conforme*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 349 e PASQUINO, *Ancora sul valore giuridico dei documenti trasmessi mediante telefax*, 1991, in *Dir. Informazione e Informatica*, 1991, 919.

²⁶⁵ MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 277.

²⁶⁶ Secondo BIANCA, *Luci ed ombre nella nuova disciplina della rappresentanza assembleare*, in *Riv. soc.*, 2004, I 197, la possibilità di rappresentanza assembleare potrebbe in verità incontrare dei limiti qualora i

fa tuttavia esplicito riferimento alla possibilità di conferire delega nel contesto dei procedimenti alternativi²⁶⁷. La particolare facilità partecipativa che li differenzia rispetto all'intervento diretto in assemblea non sembra sufficiente a giustificare una soluzione differenziata che introduca limitazioni alla delegabilità del voto. Pertanto anche in assenza di una clausola che ammetta espressamente la delega, non vi sono ragioni per negare la legittimità di un consenso scritto espresso per rappresentanza: considerando la fungibilità quasi perfetta dei metodi decisionali, si deve anzi ritenere che il conferimento di una delega generale per tutte le decisioni includa anche questa fattispecie, stante l'impossibilità per il delegante o per il rappresentante di prevedere quale forma assumerà di volta in volta il procedimento²⁶⁸.

Pur con gli opportuni adattamenti, il ricorso ai metodi non assembleari sembra altresì pienamente compatibile con le società unipersonali, nelle quali la deformazione della struttura corporativa svuota di significato la liturgia assembleare²⁶⁹ ed è forse maggiore l'esigenza di forme deliberative semplificate²⁷⁰: in questo ambito le distinzioni sin qui operate tra consenso espresso per iscritto e consultazione scritta assumono contorni vaghi

soci si trovassero a deliberare su materie gestorie: l'affermazione è supportata, sotto il profilo sistematico, dall'applicazione analogica della regola generale che vieta il voto per rappresentanza in seno ad organi collegiali investiti di competenze gestionali.

²⁶⁷ Vedi SCALAMOGNA, *Le decisioni dei soci e l'assemblea nel nuovo diritto societario*, in AA. VV., *Corporate governance e nuovo diritto societario*, Milano, 2004, 55.

²⁶⁸ A conferma di questa lettura si noti come, in materia di assemblea, l'art. 2479bis prevede come regola la delegabilità e come eccezione una diversa previsione statutaria; per questa ragione qualora nell'atto costitutivo si riscontrino l'esclusione o la limitazione della facoltà di delega, questa clausola avrà effetto anche sulla possibilità di conferire deleghe nei procedimenti extra-assembleari. In senso opposto BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 376, secondo cui tali limitazioni sono normalmente intese ad impedire la partecipazioni alla discussione assembleare di soggetti estranei alla compagine sociale, come avvocati od altri professionisti, e non possono confermarsi quando la decisione prescindere da un dibattito contestuale. Sui rischi paventati dall'Autore vedi anche MARTORANO, *Il consulente del socio in assemblea*, in *Riv. dir. impr.*, 2000, 527.

²⁶⁹ Come si è autorevolmente evidenziato, l'assemblea divenendo istituzionalmente l'espressione di un'unica voce è destinata ad essere la parodia di se stessa (COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., 708).

²⁷⁰ Per un approfondimento sul punto si rinvia a TASSINARI, *La società a responsabilità limitata con un unico socio*, in *Giur. Comm.*, 1994, 707, ROSAPEPE, *La società a responsabilità limitata unipersonale*, Milano, 1996, CHIEFFI, *La società unipersonale a responsabilità limitata*, Torino, 1996 e, in modo particolare, ZAMPERETTI, *La società unipersonale a responsabilità limitata. Organizzazione Interna e procedimenti decisionali*, Milano, 1996, passim.

e puramente nominali, perdendo ogni valenza pratica. Anche rispetto alla riunione assembleare, come si è correttamente osservato²⁷¹, le differenze sembrano ridursi: la disciplina dell'assemblea totalitaria, che richiede oggi la sola informazione e non più l'effettivo intervento degli amministratori e dei sindaci, avvicina dal punto di vista operativo la firma del verbale di un'assemblea totalitaria unipersonale, mai convocata ritualmente, alla sottoscrizione di un documento che formalizzi il consenso per iscritto, dovendosi forse rinvenire la residua differenziazione proprio nell'obbligo nella prima ipotesi di redigere il documento sotto forma di verbale assembleare.

2.7 I limiti temporali di efficacia, la revoca del voto espresso e le modalità di astensione

Il legislatore della riforma non ha fissato alcun limite temporale all'efficacia del consenso prestato dal socio, né ha stabilito un termine massimo entro il quale la procedura debba concludersi; entrambe le situazioni sono tuttavia suscettibili di regolamentazione pattizia. Il socio può certamente apporre alla propria dichiarazione un termine finale di efficacia²⁷², in assenza del quale il consenso si ritiene validamente prestato sino al momento in cui si realizzino sostanziali mutamenti nelle situazioni di fatto o di diritto rilevanti ai fini della decisione²⁷³.

Quanto al secondo problema, pur in assenza di un termine legale, il procedimento di formazione progressiva della volontà non può restare indefinitamente aperto: la fissazione nell'atto costitutivo o nell'atto di sollecitazione di un termine, decorrente dalla consultazione o dalla prima manifestazione di consenso, entro il quale le adesioni debbono pervenire non solo è auspicabile, ma essenziale per la piena funzionalità dei meccanismi extra-assembleari²⁷⁴; in sua assenza, l'individuazione di un termine implicito

²⁷¹ CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 175.

²⁷² Nulla vicia che in particolari circostanze il socio apponga un termine iniziale di efficacia alla propria dichiarazione.

²⁷³ Secondo MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 277, l'applicazione della clausola *rebus sic stantibus* comporta che la dichiarazione di consenso relativa ad un'operazione gestoria da compiersi a determinate condizioni, perda efficacia qualora la procedura si prolunghi oltremodo, quando le condizioni di mercato abbiano subito radicali cambiamenti tali da incidere sulla convenienza o sull'opportunità dell'operazione. Analoghe considerazioni si possono formulare quando il ritardo riguardi l'attuazione da parte degli amministratori di una qualsiasi decisione dei soci, assembleare e non.

²⁷⁴ L'auspicio è riferito tanto alla consultazione scritta quanto al consenso espresso per iscritto: nel primo caso la fissazione del termine, in assenza di un'indicazione statutaria, spetta al documento formale di interpello, nel secondo caso è demandata ai soci stessi ed in particolare ai primi firmatari della proposta

dovrà tener conto delle circostanze di fatto ed implicherà un'ardua valutazione di congruità²⁷⁵. L'esplicita previsione di un termine non solo neutralizza le incertezze derivanti dal ricorso alla nozione di termine congruo, ma consente di considerare automaticamente astenuti – *rectius* assenti come subito vedremo – i soci che non facciano pervenire una dichiarazione entro tale data e di procedere all'accertamento dell'esito senza indugi o incertezze circa eventuali dichiarazioni tardive²⁷⁶. Qualora si voglia ulteriormente salvaguardare la possibilità di discussione fra i soci interpellati è inoltre

informale. È logico aspettarsi che l'assenza di ogni indicazione, particolarmente probabile nel consenso scritto, possa seriamente compromettere l'intero procedimento ed originare accese contestazioni giudiziarie dagli esiti non facilmente prevedibili, stante il probabile ricorso alla nebulosa nozione di termine congruo. Sulla necessità di un termine e sui rischi derivanti dalla sua assenza, vedi in particolare CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 178, BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 327, secondo cui questa conclusione, così come l'irrevocabilità del voto, si riflette sul principio di certezza e di stabilità delle decisioni, ma anche GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., 252, affrontando in generale i meccanismi deliberativi del metodo referendario. Sull'opportunità di sopperire alla lacuna legislativa *ex multis* SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 10 e FUSI e MAZZONE, *La nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 67. Alcune soluzioni legislative (come il progetto De Gregorio e nel panorama internazionale la corrispondente legislazione del Delaware), consapevoli dei rischi, hanno affrontato analiticamente la questione, fissando un intervallo massimo tra la prima e l'ultima dichiarazione di voto. L'assenza di una disciplina legale potrebbe parzialmente giustificarsi con la volontà di demandare all'autonomia statutaria la personalizzazione della procedura in funzione delle dimensioni della compagine sociale e delle specifiche esigenze della società: la previsione di un termine suppletivo, liberamente derogabile, sarebbe stata sotto questo profilo una scelta più equilibrata.

²⁷⁵ Sul punto si vedano le osservazioni di VERCELLONE, *Questioni in tema di deliberazioni di società di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, 21.

²⁷⁶ Il consenso tardivo potrebbe tuttavia precludere una futura impugnativa della decisione comportando una tacita rinuncia all'azione diretta a far valere l'invalidità; similmente il dissenso o il consenso, pur tardivi, potrebbe essere valutato ai fini dell'accertamento, ex art. 2476 settimo comma, della responsabilità solidale dei soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi. Secondo MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 278, il consenso tardivo può assumere rilevanza anche qualora sopravvenga una dichiarazione di invalidità di singole dichiarazioni rilasciate da altri soci, rimpiazzando utilmente il consenso invalido: l'attribuzione di una simile portata al voto tardivo, tale da incidere sulla validità stessa della decisione, non è del tutto convincente in quanto sminuisce la valenza del termine fissato e pregiudica l'interesse dei soci dissenzienti al rispetto delle regole procedurali determinate a priori (dubita della surrogazione di un consenso invalido anche OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l.*, cit., 110).

consigliabile la previsione di un termine iniziale “di riflessione” prima del quale i soggetti legittimati non possono esprimere il proprio consenso, così da permettere confronto preliminare sull’argomento²⁷⁷.

Altrettanto delicata è la questione relativa alla revocabilità delle dichiarazioni: va qui confutata la tesi secondo cui dalla qualificazione della dichiarazione come atto unilaterale recettizio discenda la possibilità di revoca solo fino al momento in cui questa pervenga alla conoscenza del destinatario²⁷⁸; anche ammettendo l’applicazione analogica della disciplina civilistica, la revoca ai sensi dell’art. 1326 è possibile sino alla conclusione del contratto, che trasposto nella procedura extra-assembleare corrisponde al perfezionamento dell’atto complesso²⁷⁹. Nemmeno può condividersi l’opinione secondo cui il voto sarebbe revocabile solo fino al momento in cui si formi la maggioranza

²⁷⁷ In questo senso CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 178 e MIRONE, *Il procedimento deliberativo*, cit., 202.

²⁷⁸ Vedi in particolare BARALIS E FERRERO, *L’invalidità delle decisioni*, cit., 326, secondo cui le decisioni extra-assembleari non sono fondate sul confronto o sullo scambio di opinioni, elementi tipici del procedimento assembleare. L’autore osserva come nell’ambito delle società per azioni la valenza della discussione abbia subito un ulteriore ridimensionamento con la nuova regolamentazione dei patti parasociali. Queste considerazioni in tema di convenzioni di voto, pur pertinenti, si innestano in un iter logico capovolto che trae indici interpretativi da una conclusione – lo scarso peso del confronto – ancora da dimostrare con riferimento ai nuovi procedimenti extra-assembleari. Concordano sull’irrevocabilità delle dichiarazioni BAUDINO E FRASCINELLI, *La nuova s.r.l., opportunità e scelte operative*, Torino, 2003, 107, BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 378 e, riferendosi alla corrispondente disciplina degli amministratori, OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l.*, cit., 105. Quanto agli argomenti fondati sulla natura recettizia della dichiarazione, i principi desunti dalla disciplina civilistica devono tener conto delle caratteristiche dell’atto complesso, in cui l’efficacia del consenso è inscritta in un contesto più ampio e le singole dichiarazioni sono funzionalmente interconnesse.

²⁷⁹ La norma di cui all’art. 1328 va considerata come espressione di un principio generale “per cui ogni volta che un effetto giuridico si crea a seguito del concordare di più volontà, la singola manifestazione di volontà può essere revocata fin quando non si siano avute le conformi manifestazioni di volontà degli altri soggetti” (così VERCELLONE, *Questioni in tema di deliberazioni*, cit., 23). Sull’irrevocabilità delle dichiarazioni nei negozi plurilaterali vedi ancora RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 233 e MIGNOLI E NORILI, *Assemblea di società*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1958, 386. Sulla qualificazione della decisione come atto complesso e sui conseguenti corollari vedi *supra* in nota.

necessaria per l'approvazione²⁸⁰; i soci consultati successivamente verrebbero così privati del diritto di confrontarsi con gli altri soci, potenzialmente influenzando le opinioni già espresse.

Sembra potersi affermare che, in assenza di una regolamentazione contrattuale, la manifestazione di volontà sia invece suscettibile di revoca fino al momento in cui tutti i soci siano stati utilmente coinvolti nel procedimento – momento che, come vedremo, coincide con il perfezionamento della decisione – ed in ogni caso entro il termine ultimo eventualmente fissato per le dichiarazioni di voto: in questo modo si garantiscono da un lato l'effettività della partecipazione al procedimento da parte di tutti i soci, dall'altro il diritto di ripensamento, magari a fronte di nuove informazioni sopravvenute²⁸¹. Nel referendum formalizzato, ossia nella consultazione scritta, l'atto costitutivo o la comunicazione formale possono incidere anche su questo aspetto della procedura, assegnando un termine iniziale di riflessione ed un termine finale di risposta e considerando irrevocabili i voti espressi in quell'intervallo di tempo²⁸²; all'opposto la procedura potrebbe ammettere la revoca sino alla decorrenza del termine finale, anche qualora il coinvolgimento dell'intera compagine fosse già sopraggiunto in un momento anteriore²⁸³.

²⁸⁰ VERCELLONE, *Questioni in tema di deliberazioni*, cit., 23.

²⁸¹ In questo senso, in sede di commento ai progetti di riforma De Gregorio, ABBADESSA, *Deliberazioni senza assemblea*, cit., 313. In sede di commento alla riforma, si esprimono per la revocabilità sino alla conclusione del procedimento, CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 178; RESTAINO, *op. cit.*, 160 e MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 278. Nel diritto comparato la revocabilità della manifestazione di voto sino al perfezionamento della decisione è riscontrabile in Francia, mentre i sistemi tedesco, in via interpretativa, ed inglese, per espressa disposizione di legge, applicano rigidamente il principio di irrevocabilità dell'atto recettizio una volta giunto al destinatario (ulteriori considerazioni *infra*).

²⁸² La presenza di un termine iniziale e di un sollecitazione contestuale garantiscono un livello adeguato di tutela del diritto di partecipazione. Sul punto MIRONI, *Il procedimento deliberativo*, cit., 204, ove ampi richiami alla dottrina tedesca.

²⁸³ In questo caso il momento di perfezionamento della decisione dovrebbe anch'esso coincidere con la scadenza del termine finale, per evitare l'assunzione e la trascrizione di una decisione sottoposta al rischio di revoca.

La norma tace anche su un altro profilo critico, ossia sulla valutazione giuridica del silenzio del socio: in mancanza di una dichiarazione scritta di astensione²⁸⁴ e di fronte ad un comportamento inerte del socio, sembra possibile equiparare l'atteggiamento in parola all'assenza²⁸⁵. Le parti possono sopperire alla lacuna normativa: nella consultazione scritta, l'apposizione di un termine finale nel documento di interpello, accompagnata da una previsione che qualifichi il mancato rispetto del termine come astensione, assenza o dissenso²⁸⁶, permette di superare le incertezze legate all'interpretazione del silenzio dei

²⁸⁴ Una simile dichiarazione non è prescritta dall'art. 2479, che si limita a richiedere un documento scritto dal contenuto chiaro solo per i consensi; vedi sul punto RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, cit., par. 19 e BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 363.

²⁸⁵ In questo senso CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 178, *contra*, ma riferendosi al testo originario dell'art. 2479, MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, 279. La qualificazione del silenzio come assenza in luogo di astensione non è meramente formale: come vedremo in seguito, per l'adozione della decisione è richiesto il voto favorevole della maggioranza dei voti espressi, oltre al raggiungimento di un *quorum* fisso pari alla metà del capitale. Occorre quindi stabilire chi debba qualificarsi come votante. Nei contesti assembleari i soci assenti non sono ovviamente computati a differenza dei soci volontariamente astenuti; nelle procedure extra-assembleari, al di là della terminologia adottata, i soci silenti non possono considerarsi votanti e vanno per questo motivo distinti dai soci espressamente astenuti. Per questa ragione i soci che non facciano pervenire la propria dichiarazione entro il termine stabilito vanno qualificati come "non partecipanti" ovvero, applicando la terminologia assembleare, come assenti. In applicazione di questo principio, se a fronte del voto favorevole espresso dai soci rappresentanti la metà del capitale, i soci restanti non si esprimono, la decisione sarà regolarmente assunta, in quanto la metà del capitale rappresenta nel caso specifico anche la maggioranza dei voti espressi. Una diversa lettura che qualifichi il silenzio come astensione è comunque accettabile qualora operi una distinzione rispetto alle astensioni espresse conteggiando solo queste ultime ai fini del computo della maggioranza.

In presenza di una deroga statutaria, legittima ai sensi della normativa vigente, che introduca un *quorum* deliberativo rapportato esclusivamente ai voti espressi e non al capitale complessivo, i soci consultati contrari alla proposta di delibera dovranno prestare maggiore attenzione ed esprimersi ogni qual volta il loro intervento possa alterare significativamente il *quorum* deliberativo. Sul computo degli astenuti nel calcolo della maggioranza, apparentemente risolta con riferimento al modello azionario dalla nuova formulazione dell'art. 2368 terzo comma, nel senso di equiparare l'astensione al voto contrario (opinione già sostenuta in passato da COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., 461), si vedano PETRAZZINI, *Commento sub artt. 2368-2369*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., 531 e GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., 215.

²⁸⁶ La sola presenza di un termine finale potrebbe in verità ritenersi sufficiente per qualificare come assenti i soci che non abbiano fatto pervenire alcuna dichiarazione nei tempi previsti. In nessun caso il silenzio può

soggetti consultati²⁸⁷; tali considerazioni con gli opportuni adattamenti possono essere estese al consenso espresso per iscritto, nel quale la mancanza di un interpello rende auspicabile la fissazione statutaria di un intervallo massimo tra la prima e l'ultima manifestazione di volontà.

2.8 Le maggioranze

Riguardo ai *quorum*, il legislatore detta una disciplina specifica per le decisioni non assembleari: l'ultimo comma dell'art. 2479 stabilisce che, in assenza di una diversa disposizione dell'atto costitutivo, le decisioni dei soci siano validamente assunte con il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti almeno la metà del capitale sociale²⁸⁸. La norma ammette espressamente la deroga statutaria attraverso l'inserimento

essere interpretato come voto a favore, in quanto il principio del silenzio assenso o dell'autorizzazione tacita violerebbe palesemente sia il requisito di forma scritta, sia il requisito di chiarezza, che devono necessariamente sussistere in ogni manifestazione di consenso.

²⁸⁷ Sul punto in particolare, RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, cit., par. 19: secondo l'Autore, la questione risulta delicata, specie qualora dall'interpretazione del silenzio dipenda la valida assunzione della decisione, dovendosi bilanciare da un lato l'interesse dei soci favorevoli e della società alla rapida esecuzione della decisione, dall'altro l'interesse della minoranza e del socio silente.

²⁸⁸ Il riferimento al principio di maggioranza è stato opportunamente introdotto dal d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37. La versione originaria si limitava a stabilire che "salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, le decisioni dei soci sono prese con il voto favorevole di tanti soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale" omettendo, almeno espressamente, ogni riferimento al raggiungimento della maggioranza; tale omissione poteva far sorgere legittimi dubbi sulla sorte di una delibera che ottenendo il 50% di voti a favore e il 50% di voti contrari non fosse sorretta da alcuna maggioranza (sui quali MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 281). Problemi ancor più delicati potevano emergere quando la parità riguardasse una decisione in cui i soci venivano chiamati a pronunciarsi sulla nomina di una carica sociale tra due possibili candidati. Considerando il notevole numero di società a responsabilità limitata costituite da due soci, l'ipotesi si sarebbe presentata nella prassi con estrema frequenza. L'assenza nel testo del decreto di ogni riferimento alla maggioranza per teste (che in alcune bozze preparatorie affiancava il *quorum* calcolato sul capitale) non rendeva praticabile la soluzione basata sul computo del numero di soggetti votanti per dirimere le ipotesi di parità (soluzione prospettata in sede di primo commento da FUSI E MAZZONE, *op. cit.*, 67 e IANNELLO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 197). Questi rilievi avrebbero reso auspicabile – se non indispensabile – l'introduzione nell'atto costitutivo di una clausola che, oltre ad autorizzare le decisioni mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto, introducesse espressamente un chiaro riferimento al principio di maggioranza. In via interpretativa al fine

di clausole che riducano o innalzino il *quorum* fissato dalla legge o che prevedano *quorum* distinti, modulati in relazione all'oggetto della decisione o alla modalità con cui viene assunta²⁸⁹. Avvalendosi di questa facoltà ed in ragione dell'elasticità organizzativa della nuova società a responsabilità limitata, è possibile prevedere l'unanimità dei consensi, per tutte o per alcune decisioni, tema sul quale la dottrina ha avuto modo di confrontarsi e dividersi in passato²⁹⁰ e sul quale all'indomani della riforma si riscontra un

di risolvere tali dubbi, si poteva prospettare una lettura che individuasse nel sesto comma un *quorum* fisso rapportato al capitale, che non sostituiva ma si affiancava al principio di maggioranza, non menzionato espressamente: conseguentemente le decisioni extra-assembleari per essere validamente assunte avrebbero necessitato della maggioranza dei voti, calcolata in funzione della partecipazione, e che essa risultasse almeno pari alla metà del capitale sociale. Tale lettura, alla quale era possibile giungere in via interpretativa, è oggi pienamente avallata dal dato normativo.

Si noti come il previgente art. 2486 facesse riferimento al principio di maggioranza ancorandolo al capitale sociale ("voto favorevole di tanti soci che rappresentino la maggioranza del capitale sociale"), mentre il novellato art. 2479, nella sua versione definitiva, richiede "il voto favorevole di una maggioranza", che deve necessariamente calcolarsi sulla base dei voti espressi e che si affianca al *quorum* fisso calcolato sul capitale sociale.

²⁸⁹ Questo *quorum* è valido per tutte le decisioni a prescindere dall'oggetto o dalla scelta di una delle due varianti, mentre per il procedimento assembleare l'art. 2479bis predispone una disciplina più articolata differenziata anche in base all'oggetto della delibera.

²⁹⁰ La dottrina prevalente, già prima della riforma, si esprimeva per l'ammissibilità di una clausola che prevedesse il consenso unanime per alcune (o per tutte) le decisioni assembleari: vedi ZANARONE, *S.r.l. contro s.p.a. nella legislazione recente*, cit., 412; SANTINI, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 207; RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, cit., 312; RAGUSA MAGGIORE, *Modificabilità dello statuto di società a responsabilità limitata*, in *Dir. fall.*, 1981, II, 176 e per una approfondita trattazione dell'argomento con diffusi richiami, BENAZZO, *Autonomia statutaria*, cit., 481; *contra* in difesa del principio efficientistico MONTAGNANI, *Disfunzione degli organi collegiali e impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale*, Milano, 1993, 195 e LAURINI, *La società a responsabilità limitata tra disciplina attuale e prospettive di riforma*, Milano, 2000, 123. L'ampia giurisprudenza di merito sul punto era ancor più divisa: per l'ammissibilità *ex multis*, Trib. Alba, 17 febbraio 2000, in *Società*, 2000, 591, Trib. Genova, 19 febbraio 1989, *ivi*, 1989, 844 e App. Catania, 19 gennaio 1981, in *Dir. fall.*, 1981, II, 176; in senso opposto, *ex multis*, App. Roma, 27 febbraio 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 568, Trib. Torino, 29 maggio 1993, *ivi*, 1994, I, 2, 452, con nota di WEIGMANN e Trib. Verona, 22 aprile 1986, in *Società*, 1986, 1018.

orientamento maggiormente condiviso, seppur non unanime, che ridimensiona le istanze efficientistiche²⁹¹.

Secondo il regime legale, le decisioni extra-assembleari sono adottate con il voto favorevole della metà del capitale sociale, ove tale metà rappresenti altresì la maggioranza dei voti espressi in quella consultazione²⁹². Ne risulta che la decisione che ottenga la metà di voti a favore e la metà di voti contrari non sarà validamente assunta;

²⁹¹ In questo senso gran parte dei commentatori, tra i quali ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, cit., 58, BENAZZO, *L'organizzazione*, cit., 1069, CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 180, BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 377, RESTAINO, *op. cit.*, 167, GUERRIERI, *Delle decisioni dei soci*, cit., 2036 e RESCIO, *La nuova disciplina della s.r.l.: l'autonomia statutaria*, cit., 173. *Contra* MARCIANO, *I processi decisionali*, cit., 78, NIGRO, *La nuova società a responsabilità limitata*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2004, I, 10 e MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 281, sulla base di considerazioni analoghe a quelle sostenute in passato dalla dottrina minoritaria. Si segnala inoltre l'opinione espressa dal Consiglio Notarile di Milano in AA. VV., *Le massime del Consiglio Notarile di Milano*, Milano, 2005, 65, secondo cui le tradizionali obiezioni all'ammissibilità delle clausole unanimistiche non trovano più spazio all'indomani della riforma. Quanto al rischio di ostacolare l'operatività della società, il Consiglio risponde che "il legislatore non si preoccupa di assicurare l'operatività e il mantenimento in vita della s.r.l. a dispetto di una diversa volontà di alcuni soci e degli accordi formalizzati nell'atto costitutivo, come invece avviene nella s.p.a."; solo nel modello azionario si impone infatti un quorum inderogabile per l'assunzione delle decisioni vitali. Quanto all'asserita (ma non del tutto dimostrata, vcdi BENAZZO, *Autonomia statutaria*, *loc. cit.*) coesistenzialità del principio di maggioranza con il metodo collegiale, la massima nega il sillogismo, come dimostra la previsione legale di deliberare unanimi per la modifica di diritti particolari del socio ex art. 2468 ed anche ammettendolo ne limiterebbe la portata alle sole decisioni collegiali e dunque non in quelle adottate per consultazione scritta e per consenso espresso per iscritto (escludendo implicitamente il carattere collegiale, pur attenuato, dei metodi in parola). Infine la motivazione ricorda opportunamente l'assoluta prevalenza, nella realtà economica, di società a responsabilità limitata composte da due o tre soci, nelle quali la maggioranza, per necessità (due soci paritari) o per scelta di quorum derogatori, è tale soltanto apparente, ma richiede di fatto l'unanimità.

²⁹² Secondo RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, cit., par. 19 nel consenso espresso per iscritto (ma, osserviamo, anche nella consultazione scritta), l'unica maggioranza certa concepibile, tenendo conto del diritto di ogni socio a partecipare alle decisioni, è quella che supera la metà del capitale. In effetti il raggiungimento della metà del capitale impone ai soci favorevoli di attendere comunque il voto degli altri soci che, ove contrario, determinerebbe il rigetto della proposta; per converso una proposta che raccolga il consenso della maggioranza del capitale potrà dirsi approvata senza ulteriori attese, fatta salva la possibilità di revoca dei consensi espressi sino alla conclusione del procedimento.

per converso se, a fronte del voto favorevole espresso dai soci rappresentati metà del capitale, i soci restanti non si esprimono²⁹³, la mozione sarà regolarmente approvata, in quanto la metà del capitale rappresenta nel caso specifico la maggioranza dei voti espressi²⁹⁴.

Quanto ai criteri di calcolo per stabilire il raggiungimento dei quozienti necessari, il quinto comma dell'art. 2479 prevede che il voto di ogni singolo socio valga in misura proporzionale alla sua partecipazione²⁹⁵: questa disposizione, che si applica a tutte le decisioni dei soci, indipendentemente dal metodo adottato, rappresenta una diretta derivazione del principio enunciato dall'art. 2468 in base al quale "i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta", fatta

²⁹³ Alla luce di tale disciplina, risulterà ancor più importante la fissazione nell'atto costitutivo di un criterio univoco di valutazione del silenzio dei soci, criterio che risulterà frequentemente decisivo per le sorti delle decisioni nelle compagini formate da due soli soci. In assenza di indicazioni i soci che non abbiano tempestivamente espresso la loro volontà dovranno considerarsi assenti (vedi CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 180; diversamente MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 280).

²⁹⁴ Se avvalendosi degli spazi riservati all'autonomia contrattuale si introducesse un principio di maggioranza ancorato al capitale, nelle compagini composte da due soci o da due blocchi omogenei l'approvazione di qualsiasi decisione extra-assembleare richiederebbe l'unanimità dei consensi: questa circostanza, la cui frequenza nella prassi si è già menzionata, deve essere considerata attentamente in sede di redazione della clausola autorizzativa, dovendo gli operatori rappresentare ai soci le conseguenze sul piano applicativo dello scostamento rispetto al modello legale. L'introduzione di un inedito *quorum* deliberativo nel regime legale va forse ricondotta alla volontà di consentire l'effettivo ricorso ai metodi semplificati nelle compagini bipersonali con partecipazioni paritarie, laddove solo uno dei due soci provveda alla conduzione degli affari sociali; in questo quadro normativo l'inerzia dell'altro socio eventualmente sollecitato ad esprimere un'opinione (ed obbligatoriamente informato del procedimento decisionale) non determina l'automatico fallimento della proposta. Se questo era l'intento del legislatore, la nuova formulazione dell'ultimo comma dell'art. 2479 risulta essere quanto mai felice; è tuttavia probabile che due soci, entrambi coinvolti direttamente nell'attività d'impresa, vogliano che l'adozione di decisioni non assembleari sia possibile solo con mutuo consenso, esigenza che nello specifico richiederà una deroga statutaria. La già ricordata circostanza, in base alla quale anche nel modello legale l'unica maggioranza *certa* supera la metà del capitale, suggerisce, al di là delle specifiche esigenze delle compagini bipersonali, che l'eventuale previsione di una maggioranza ancorata al capitale possa essere introdotta senza particolari controindicazioni in termini di funzionamento dei processi decisionali, determinando uno scostamento invero marginale rispetto al regime legale.

²⁹⁵ A loro volta le partecipazioni dei soci, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, sono determinate in misura proporzionale ai conferimenti (art. 2468 secondo comma).

salva l'eventuale attribuzione di diritti particolari riguardanti l'amministrazione della società e la distribuzione degli utili²⁹⁶.

2.9 La richiesta di riunione assembleare da parte dei soci e degli amministratori: modalità e termini

Si è più volte menzionato il diritto di richiedere la discussione assembleare da parte di uno o più amministratori²⁹⁷ o di tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale, inteso come limite sopravvenuto all'adozione dei metodi non assembleari. Tale richiesta, che non deve essere motivata e non è soggetta ad opposizione da parte dei

²⁹⁶ Sull'impossibilità di introdurre clausole, ai sensi dell'art. 2468, terzo comma, che derogano alla regola di proporzionalità tra l'entità della partecipazione ed il diritto di voto (come l'introduzione di quote a voto multiplo o limitato) ci limitiamo ad osservare che il quinto comma dell'art. 2479, a differenza dei due commi precedente e successivo, non contempla espressamente la possibilità di una diversa previsione statutaria: questa circostanza (in aggiunta alla lettera dell'art. 2468, che limita l'attribuzione di diritti particolari alla sfera dell'amministrazione e degli utili) sembrerebbe quindi escludere l'ammissibilità di una deroga generalizzata alla regola di proporzionalità tra entità della partecipazione ed esercizio del diritto di voto; in senso conforme ABRIANI, *Decisioni dei soci, amministrazione e controlli*, loc. cit. e TASSINARI, *I conferimenti e la partecipazione sociale nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Atti del convegno Verso il nuovo diritto societario. Dubbi e attese*, Firenze 16 novembre 2002, reperibile su www.notarlex.it; anche sulla base della disciplina previgente, si esprimeva in tal senso la migliore dottrina, pur in assenza di un espresso richiamo del divieto di azioni a voto plurimo o limitato: RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, cit., 173 e SANTINI, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 181. Se si accogliesse la tesi dell'inderogabilità sarebbe presumibilmente dubbia anche l'ammissibilità di una clausola volta ad introdurre, per tutte o per alcune decisioni dei soci, il voto per teste (conformemente RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, cit., par. 19; auspicava invece un maggior spazio all'autonomia statutaria nel deviare dal principio di proporzionalità tra partecipazione e diritti di voto ENRIQUES nell'audizione dinanzi alle Commissioni Giustizia e Finanze tenuta il 27 novembre 2002). Secondo M. RESCIGNO, *op. cit.*, 41, un'eventuale interpretazione estensiva della locuzione "amministrazione" contenuta nell'art. 2468 condurrebbe alla proliferazione di variegate *golden quotes* e renderebbe la s.r.l. "il regno della fantasia dei soci". Secondo GUERRIERI, *Delle decisioni dei soci*, cit., 2035, un'alterazione della proporzionalità in forza dell'art. 2368 sarebbe forse ipotizzabile solo per le votazioni che riguardino l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili.

²⁹⁷ La norma indicando uno o più amministratori sembrerebbe legittimare la richiesta individuale anche nei casi di amministrazione congiunta.

soci²⁹⁸, realizza una forma di riespansione del principio di collegialità, eccezionalmente compresso con l'adozione del metodo extra-assembleare: si tratta quindi di una norma di straordinaria importanza sistematica dalla quale traspaiono l'esistenza di una struttura corporativa residuale e la perdurante centralità del metodo collegiale perfetto. Posta in questo termini, la particolare valenza della norma induce a escludere ogni forma di compressione statutaria del diritto: sembrerebbe quindi inammissibile una clausola che escluda del tutto il diritto di conversione²⁹⁹ e probabilmente anche una clausola che innalzi i quozienti previsti o ancora che attribuisca la legittimazione ad un numero maggiore di amministratori o collegialmente al consiglio di amministrazione³⁰⁰.

²⁹⁸ Si noti la singolare circostanza che consente anche all'eventuale amministratore non socio di intervenire nella scelta delle modalità di formazione della volontà; in questo senso RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, cit., par. 18.

²⁹⁹ Questa tesi, oltre ad essere supportata dall'argomento sistematico, si fonda su un dato testuale: né la mancata previsione di una possibile deroga statutaria, né la sostituzione nel primo periodo del quarto comma dell'espressione "in ogni caso" con il termine "comunque" ad opera del decreto correttivo sembrano sufficientemente indicative, ma sono affiancate da un ulteriore argomento, l'inserimento della facoltà di conversione in un elenco chiuso che ricomprende solo le materie attribuite in via esclusiva all'assemblea, per le quali è negata ogni forma di deroga statutaria. Sembra difficile ritenere che il legislatore abbia consapevolmente affiancato riserve di collegialità inderogabili con una sola ipotesi suscettibile di diversa regolamentazione pattizia. Sostiene l'inderogabilità *in peius* della previsione SANTARCANGELO, *L'atto costitutivo di s.r.l.*, cit., 301; in senso conforme LENER E TUCCI, *Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori*, cit., 286 e BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 360, pur aprendo in via dubitativa al semplice innalzamento dei quozienti. Non sembrano invece esserci preclusioni alla riduzione del quorum intesa come ulteriore ampliamento dei poteri attribuiti alla minoranza.

³⁰⁰ Sull'inderogabilità del quorum permangono tuttavia dei dubbi specie se si considera l'ampio spazio riconosciuto all'autonomia statutaria nel delineare la struttura di *governance* della società (argomento condiviso da ABRIANI, *Le decisioni dei soci*, cit., 201, che ammette pertanto la deroga del quorum) e la sostanziale differenza che intercorre tra la soppressione del diritto (certamente inammissibile) e l'innalzamento dei requisiti per l'esercizio dello stesso. Come osserva correttamente ZANARONE, *La società a responsabilità limitata nella riforma*, cit., 43, l'affermazione del principio di autonomia negoziale non esenta l'interprete dalla delicata operazione di individuazione dei limiti e delle residue rigidità del modello legale: una di queste rigidità sembra potersi ravvisare proprio nella facoltà per i singoli amministratori o per la minoranza qualificata di imporre l'adozione del metodo collegiale puro o (mutuando l'espressione di RESCIO, *Il sovrano in esilio*, loc. cit.) per imporre il ritorno del sovrano. Si esprimono per l'imperatività della norma anche BENAZZO, *Competenze di soci e amministratori nelle s.r.l.: dall'assemblea fantasma*

In assenza di precise indicazioni sulle modalità di esercizio del diritto, la richiesta deve ritenersi ammissibile non solo nella fase introduttiva³⁰¹, ma anche nel corso del procedimento, sino a quando la decisione non sia stata validamente assunta secondo le regole proprie del metodo decisionale adottato³⁰². La richiesta, come atto interruttivo del procedimento, deve essere comunicata al presidente della votazione (e probabilmente anche ai soci *uti singuli*)³⁰³ e, salva l'individuazione statutaria di un diverso legittimato, può incorporare la contestuale convocazione dell'assemblea, nel qual caso deve necessariamente essere trasmessa a tutti i soci nel rispetto delle forme previste per la convocazione. Sotto il profilo della legittimazione, l'eventuale manifestazione di volontà

all'anarchia?, in *Società*, 2004, 810 e CAGNASSO, *Le decisioni dei soci*, cit., 179, pur riferendosi al testo originario ed alla formula introduttiva "in ogni caso".

³⁰¹ In sede di avvio del processo decisionale, gli amministratori, il collegio sindacale ovvero la minoranza qualificata possono certamente imporre *ab origine*, con una semplice richiesta, l'adozione del metodo assembleare.

³⁰² In senso conforme CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 179 e RESTAINO, *op. cit.*, 162. Come osserva BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 361, il riconoscimento di potere di conversione del procedimento anche in una fase successiva determinerebbe una situazione di apparenza del diritto che nuoce alla certezza dei traffici giuridici. SANDULLI, *Le decisioni dei soci*, cit., 234 prospetta una soluzione più articolata: quando l'iniziativa parta dall'organo gestorio in forma collegiale, la richiesta andrà formulata nel momento in cui si decide di avviare il procedimento; quando l'iniziativa parta dai soci o dagli amministratori individualmente sarà necessario garantire agli amministratori ed ai soci un termine ragionevole per chiedere che sia avviato il procedimento assembleare prima che abbia inizio il procedimento decisionale. Sembra preferibile attribuire un termine unico a tutti i soggetti legittimati, che come si è visto in precedenza hanno ricevuto notizia del procedimento e possono pertanto formulare proficuamente la richiesta sin dall'avvio e sino alla conclusione. Si notino poi le perplessità di MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 268 secondo cui "l'arma dell'opposizione all'omissione del metodo assembleare può rivelarsi in concreto spuntata poiché talvolta può avvenire che la decisione sia promossa ed adottata senza che i possibili oppositori lo sappiano": questa osservazione è però chiaramente condizionata dalla posizione assunta dall'Autore con riferimento al diritto di partecipazione e non può confermarsi alla luce delle conclusioni sopra raggiunte. Sembra in ogni modo ammissibile la previsione di un primo termine entro il quale i soci o gli amministratori debbano manifestare il proprio eventuale interesse al confronto assembleare, decorso il quale, preclusa la possibilità di conversione, si provveda senz'altro alla raccolta dei consensi.

³⁰³ Le manifestazioni di volontà pervenute fino a quel momento, così come quelle formulate nel periodo intercorrente tra la richiesta e la convocazione dell'assemblea saranno prive di effetto. In questo senso CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 179.

in forma extra-assembleare comporta l'implicita accettazione del metodo utilizzato, incompatibile con l'istanza in parola: va quindi negata la formulazione della richiesta da parte di coloro che abbiano già espresso il loro voto favorevole o contrario³⁰⁴.

Quanto alle ragioni che possono giustificarla, occorre evidenziare come oltre alle motivazioni tradizionali legate alla possibilità di confronto, alla necessità di un supplemento di informazioni o alla possibilità di esercitare una fruttuosa opera di convincimento, vi sia un profilo operativo di particolare importanza: la facoltà di rimettere la decisione all'assemblea sarà utilizzata anche al fine di determinare una sensibile riduzione della maggioranza richiesta per l'approvazione della mozione.

Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'assemblea prevede un *quorum* costitutivo pari alla metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta dei presenti: questa regola, raffrontata con i *quorum* rafforzati del procedimento non assembleare, richiede il consenso di un numero tendenzialmente inferiore di soci, salva la presenza nella riunione convocata dell'intero capitale sociale³⁰⁵. L'opzione di scelta esercitabile in favore del metodo collegiale puro non solo varia la modalità di assunzione della decisione, ma porta di conseguenza all'adozione di un diverso sistema di computo delle maggioranze: gli amministratori o i soci favorevoli all'operazione³⁰⁶ potrebbero avvalersi di questa facoltà in modo strategico, passando all'assemblea in occasione di decisioni controverse sulle quali ritengono di non poter contare su una maggioranza sufficiente ed auspicando, evidentemente, una partecipazione parziale all'assemblea così convocata³⁰⁷.

³⁰⁴ RESTAINO, *op. cit.*, 162 e TRADII, *Le decisioni dei soci*, cit., 112.

³⁰⁵ L'onere di intervenire alla riunione per innalzare il *quorum* deliberativo è quindi posto in capo ai soci dissenzienti. Vedi MARCIANO, *I processi decisionali dei soci*, cit., 74.

³⁰⁶ Anche in ragione di questo aspetto si ritiene che i soci che abbiano già espresso il loro voto, accettando implicitamente il metodo decisionale, non possano in un secondo momento formulare la richiesta di conversione del procedimento.

³⁰⁷ Sull'uso strumentale della facoltà di conversione, CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 180, auspica che l'autonomia privata elimini le differenze tra i due procedimenti e crei una regolamentazione omogenea, evitando così che l'iniziativa di singoli amministratori o di soci di minoranza possa cambiare le regole del gioco. Potendo richiedere la conversione entro la chiusura del procedimento, gli amministratori valuteranno l'opportunità della richiesta alla luce dei risultati provvisori.

2.10 Il perfezionamento della decisione e le fasi successive: la verbalizzazione, la trascrizione sui libri sociali e l'iscrizione nel Registro delle Imprese

Il procedimento ha termine nel momento in cui l'ultimo socio manifesta la propria volontà e, in ogni caso, allo scadere del termine eventualmente fissato nell'atto costitutivo o nell'atto di interpello³⁰⁸. Conclusa la fase di raccolta dei consensi, si pone il problema relativo all'identificazione del soggetto incaricato di curare le fasi successive: in assenza di clausole statutarie che indichino il presidente della votazione (desumibile in via analogica anche dall'identificazione del presidente dell'assemblea) vanno confermate le considerazioni fatte sul destinatario delle dichiarazioni di voto, che conducono con ogni probabilità all'organo amministrativo. La verifica della regolarità del procedimento ricomprende l'accertamento dell'identità e della legittimazione dei destinatari dell'eventuale atto di interpello e dei soggetti che hanno manifestato per iscritto il consenso³⁰⁹; l'accertamento del pieno coinvolgimento della compagine sociale e della concordanza delle dichiarazioni rese, qualora siano contenute in atti separati; il conteggio dei voti, che tenga adeguato conto dei voti favorevoli, contrari, astenuti e non partecipanti ed infine la proclamazione del risultato, che in considerazione della particolarità del procedimento assume la forma di dichiarazione finale.

Ci si deve interrogare su quale sia il momento di perfezionamento della decisione: scartando la tesi che ritiene sufficiente il raggiungimento della maggioranza dei consensi, le soluzioni astrattamente prospettabili sono quella di far coincidere il perfezionamento della decisione con la conclusione del procedimento, con la verifica di regolarità o con la trascrizione sul libro delle decisioni. Non può accogliersi l'ultima tesi menzionata che qualifica la trascrizione come condizione di esistenza della delibera³¹⁰: in primo luogo per

³⁰⁸ Per il perfezionamento della decisione non è quindi sufficiente la raccolta della maggioranza necessaria, dovendosi provare il coinvolgimento di tutti i soci. Come si è osservato in precedenza l'individuazione del momento conclusivo assume particolare valenza in quanto determina il momento oltre il quale il consenso non può più essere revocato ed il termine entro il quale i soggetti legittimati possono chiedere l'adozione del metodo assembleare.

³⁰⁹ Dovendosi ammettere la delega di voto, sarà cura del presidente della votazione verificare la regolarità della procura. In questo senso anche CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 181.

³¹⁰ Secondo SANTONI, *Le decisioni dei soci*, cit., 242, in mancanza di qualsiasi altro momento equiparabile alla proclamazione nel contesto assembleare, il perfezionamento della decisione coincide con la sua trascrizione nel libro delle decisioni. Il vantaggio della ricostruzione secondo l'Autore sarebbe quello "di posticipare al massimo il momento entro il quale può essere consentito l'esercizio del diritto di ogni socio di partecipare alla decisione, e dunque il momento entro il quale l'assenza assoluta di informazione deve

il significato giuridico comunemente attribuito alla trascrizione delle deliberazioni assembleari³¹¹ ed in secondo luogo per l'eccessivo potere che conferisce agli amministratori, posti nelle condizioni di posticipare arbitrariamente la trascrizione di decisioni sgradite. Più convincente è la ricostruzione che in analogia con la disciplina assembleare vada in cerca della formalità corrispondente alla proclamazione da parte del presidente, rinvenendola nella summenzionata verifica di regolarità del procedimento. Questa lettura, indubbiamente coerente sotto il profilo sistematico, si scontra con la probabile informalità dei procedimenti in parola, nei quali la verifica potrebbe essere trascurata o del tutto inesistente, specie nelle realtà micro-societarie, essendo sufficiente la sottoscrizione di un documento da parte dei soci e la successiva trascrizione sul libro delle decisioni. Sembra quindi che il perfezionamento della decisione debba farsi coincidere con la conclusione del procedimento e che la verifica di regolarità (magari informale o tacitamente effettuata in sede di raccolta dei consensi) e la trascrizione nel libro delle decisioni si configurino piuttosto come condizioni di efficacia.

La norma non prescrive infatti la redazione di un verbale dettagliato che documenti le fasi del procedimento e le verifiche effettuate³¹²: nell'ipotesi di consenso espresso su un unico documento fatto circolare e sottoscritto dai soci sembrerebbe quindi possibile procedere direttamente alla trascrizione, a condizione che dall'atto risultino con chiarezza almeno l'identità e la legittimazione dei soci, l'oggetto della decisione e l'accertamento

essere valutata". BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 379, criticando questa tesi, denuncia come l'esistenza di un limbo decisionale sino alla trascrizione sul libro esporrebbe la società "al ricatto di soci che fungano da ago della bilancia tra opposti schieramenti e che potrebbero incidere sull'operazione revocando il loro voto", riproponendo i rischi paventati, in altro contesto, da SCIMEMI, *La vendita del voto nelle società per azioni*, Milano, 2003, *passim*.

³¹¹ La trascrizione si qualifica come riproduzione documentale del verbale di una deliberazione già perfezionata nel momento della proclamazione. Si vedano in particolare DE CASTELLO, *La trascrizione del verbale sul libro delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee*, in *Giur. comm.*, 1991, II, 696 e MISEROCCII, *La verbalizzazione nelle società per azioni*, Padova, 1969, 230.

³¹² Concorda CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 181. Il primo comma dell'art. 2478 prevede la trascrizione nel libro delle decisioni da un lato del verbale dell'assemblea (affermandone implicitamente l'indispensabilità), dall'altro delle decisioni adottate mediante il ricorso ai procedimenti extra-assembleari, senza fare alcun riferimento alla necessità di un verbale. Dal punto di vista contenutistico non dovrebbero esserci differenze tra le due trascrizioni, in quanto le finalità informative dei libri sociali non variano a seconda del metodo adottato. Sul punto BARONI, *Commento sub art. 2478*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, cit., 2009.

del risultato³¹³. Qualora il consenso sia stato prestato su documenti autonomi o risulti da una consultazione, sarà necessaria con ogni probabilità la redazione di un atto autonomo che formalizzi la decisione e verbalizzi il procedimento³¹⁴: oltre ai contenuti minimi visti in precedenza, il documento in esame dovrà includere una descrizione quanto più possibile dettagliata delle varie fasi della procedimento, anche in prospettiva di eventuali contestazioni o denunce di irregolarità formali. Dal punto di vista sistematico l'obbligo di verbalizzazione dei lavori assembleari, a fronte di procedimenti alternativi privi di analoghi riscontri documentali, potrebbe apparire incongruente. Tuttavia, in assenza di un dato normativo esplicito ed in considerazione del carattere deformalizzato delle procedure in parola, non è possibile spingersi sino ad imporre la verbalizzazione obbligatoria, stesa nel rispetto dei medesimi criteri di analiticità richiesti per i verbali assembleari³¹⁵: ne risulterebbe un improvvido irrigidimento delle procedure, la cui verbalizzazione, data la complessità ed il numero pressoché infinito di variabili, risulterebbe in conclusione ben più complessa di una normale verbalizzazione assembleare³¹⁶.

³¹³ OLIVERO, *Verbalizzazione delle decisioni dei soci della società a responsabilità limitata*, in *Riv. not.*, 2004, 1192, non ritiene però sufficiente riportare unicamente il contenuto del *decisum* omettendo ogni riferimento alle modalità di svolgimento del relativo processo deliberativo. Pur condividendo in linea di principio questa posizione, non può tacersi l'assoluta essenzialità del procedimento che si apre e si chiude con la sottoscrizione di un documento (ad esempio l'approvazione del progetto di bilancio redatto in prima persona dai soci-amministratori o con l'ausilio di un professionista incaricato). Nella prassi l'eliminazione di ogni passaggio preliminare (l'atto di interpello) e conclusivo (il documento finale di accertamento) sarà fortemente apprezzata e potrebbe decretare il successo di questa tecnica deliberativa nelle compagini sociali particolarmente ristrette.

³¹⁴ Si pensi in particolare al caso di consenso reso su documenti autonomi dal contenuto concordante, ma non identico sotto il profilo lessicale: il documento che formalizza la decisione avrà la delicata funzione di cogliere il nucleo comune delle manifestazioni di voto e ricondurre ad unità le posizioni espresse. In questi casi potrebbe ammettersi anche la formalizzazione della decisione direttamente sul libro delle decisioni, senza alcun passaggio documentale intermedio, a condizione che la trascrizione assolvere i requisiti minimi indicati nel testo.

³¹⁵ Sulla questione, ampiamente dibattuta, dell'analiticità o sinteticità del verbale alla luce della riforma e con particolare riguardo alle decisioni dei soci di s.r.l. vedi MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 298 e OLIVERO, *Verbalizzazione delle decisioni dei soci*, cit., 1182, che, in considerazione dell'attenuato formalismo e del minor rigore rispetto al modello azionario, asserisce in modo condivisibile la sufficienza di un verbale sintetico.

³¹⁶ Un verbale opportunamente redatto dovrebbe includere l'identificazione del soggetto che ha assunto

Alla luce delle riserve di collegialità per le modifiche statutarie, non si pone un concreto problema di compatibilità dei procedimenti in parola con la verbalizzazione notarile³¹⁷, viceversa ipotizzabile, almeno secondo un orientamento, per le decisioni consiliari di aumento e di riduzione del capitale delegati³¹⁸: qualora le parti, per la particolare delicatezza degli argomenti trattati o per scongiurare il rischio di irregolarità e contestazioni, decidessero comunque di affidare la verbalizzazione ad un notaio, questi dovrà presumibilmente recepire le dichiarazioni rese dal presidente della votazione, come unico comparente, in merito ai lavori ed all'esito della procedura, essendo tenuto a far

l'iniziativa, la scelta per il metodo del consenso scritto o della consultazione scritta ed una descrizione delle concrete modalità di svolgimento della procedura deliberativa. Sarebbe inoltre opportuno far risultare la circostanza che nessuno dei soggetti legittimati si sia opposto all'adozione del metodo a collegialità attenuata e che tutti i soci siano stati ritualmente interpellati, concedendo a ciascuno di essi un termine sufficiente per informarsi sull'argomento, prendere visione dei documenti ed esprimere un voto consapevole. Quanto al merito, dal documento dovrebbe risultare il contenuto della decisione, il raggiungimento del numero di suffragi necessario per il suo perfezionamento, il nominativo dei soci che abbiano manifestato la propria volontà, la quota rispettivamente posseduta, la posizione assunta e la data in cui la società ne ha ricevuto formale comunicazione, dando atto della verifica dell'effettiva provenienza del voto dagli aventi diritto ed alla persistenza della legittimazione ad esprimerlo. Le summenzionate difficoltà nella fissazione e nella concreta applicazione di criteri capaci di riassumere il significato di voti parzialmente difformi suggerisce inoltre l'indicazione nel documento formalizzante non solo del risultato ma anche del metodo attraverso il quale è stato accertato il raggiungimento. Per maggiori dettagli si vedano OLIVERO, *Verbalizzazione delle decisioni dei soci*, cit., 1192, ID., *Gli amministratori di s.r.l.*, cit., 117 e BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 380. Sul tema contiguo della verbalizzazione non contestuale di riunioni assembleari si rinvia ad ABRJANI, *Sul verbale assembleare non contestuale di società di capitali*, in *Società*, 2006, 6.

³¹⁷ Diversamente da quanto avviene in Germania, in cui l'assenza di riserve generali di collegialità (di là dai casi previsti dall'*UmwG*) ha determinato la possibilità di modifiche statutarie per consultazione scritta verbalizzate dal notaio in un secondo momento. Il problema potrebbe porsi anche in Italia in alcune specifiche circostanze: vedi ad esempio l'obbligo di verbalizzazione notarile per l'approvazione della proposta di concordato di cui al nuovo art. 152 della legge fallimentare, la cui compatibilità con i metodi extra-assembleari è stata analizzata nel capitolo precedente.

³¹⁸ Vedi *supra* le perplessità fondate sull'analogia con la disciplina delle decisioni dei soci e sulla riserva di collegialità prevista dall'art. 2479. Ritengono ammissibile la delibera di riduzione e aumento delegati mediante consultazione o consenso scritto MARCHISIO, *op. cit.*, 109 e TOSCANI, *La nuova s.r.l.: amministrazione e controlli, decisioni dei soci*, cit., 10.

constare dal verbale le eventuali difformità, nel caso in cui le affermazioni del presidente fossero palesemente incompatibili con i documenti del procedimento³¹⁹.

La decisione ovvero il documento formalizzante devono essere trascritti sul libro delle decisioni ai sensi dell'art. 2478: questo adempimento di notevole rilievo, ai fini del decorso del termine per l'impugnazione³²⁰, è curato dagli amministratori, che riceveranno quindi comunicazione del perfezionamento della decisione dal presidente della votazione, salvo che le due cariche non coincidano. Pur non essendo qualificabile come condizione

³¹⁹ In senso analogo, riferendosi però alla verbalizzazione di decisioni consiliari a collegialità attenuata, OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l.*, cit., 117. Lo stesso Autore non ritiene necessaria l'allegazione dei documenti sottoscritti dai soci al verbale (ID., *Verbalizzazione delle decisioni dei soci*, cit., 1192): considerata la particolarità di un procedimento integralmente documentale, pur in presenza di un obbligo di conservazione a cura della società della relativa documentazione, sembra opportuno che le manifestazioni di voto siano comunque allegate all'atto allo scopo di evitare contestazioni e dimostrare la sussistenza delle eventuali difformità rispetto alle dichiarazioni del componente. Per una diversa soluzione che richiede l'intervento successivo dei soci votanti SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, 61, in un contesto che prevede però la verbalizzazione notarile obbligatoria. Sul problema delle difformità nelle dichiarazioni rese al notaio verbalizzante vedi RESCIO, *Problemi in tema di verbale assembleare per atto pubblico*, in *Giur. comm.*, 1990, 857 ed *ivi* ulteriori rimandi.

³²⁰ La relazione di accompagnamento al decreto di riforma giustifica la decorrenza del termine per l'impugnativa dalla trascrizione per due ordini di motivi: "da un lato, non essendo più necessaria in ogni caso una riunione e non essendo quindi sempre individuabile il momento di una deliberazione, evidenti ragioni di certezza richiedono che si faccia riferimento al momento in cui la decisione viene formalizzata; dall'altro il tipo societario della società a responsabilità limitata, in quanto caratterizzato dalla partecipazione personale dei soci, presuppone una loro presenza attiva nella vita della società: sicché, a differenza di quanto avverrebbe nell'ipotesi di un mero investitore estraneo all'attività sociale, maggior rilievo assume una sorta di pubblicità interna come quella rappresentata dai libri sociali rispetto ad altre forme di pubblicità esterna quale per esempio quella realizzata con l'iscrizione nel registro delle imprese." Si è anche considerato, a quest'ultimo proposito, che il termine di decorrenza del periodo in cui la decisione è impugnabile debba essere unico e non sia possibile individuarlo alternativamente nella sua trascrizione nel libro soci oppure, quando prevista, nell'iscrizione nel registro delle imprese. Il metodo possibile per l'adozione delle decisioni non esclude infatti l'eventualità che, seppur a seguito di comportamenti scorretti, la sequenza dei due momenti non corrisponda a quella che dovrebbe essere: sicché fare riferimento ad entrambi, come avviene nelle società per azioni, introdurrebbe qui elementi di incertezza e la possibilità di frodi (per esempio nel caso in cui abusivamente si proceda all'iscrizione nel registro delle imprese, in un momento in cui la decisione non è ancora trascritta nel relativo libro e nel quale pertanto non si è ancora realizzata la pubblicità interna che soprattutto rileva in questo tipo di società)".

di esistenza della decisione³²¹, la trascrizione costituisce un elemento essenziale dell'*iter* deliberativo ai fini dell'efficacia e dell'opponibilità ai soci della decisione³²².

Successivamente la decisione, nei casi previsti dalla legge, sarà presentata al Registro delle Imprese per l'iscrizione o il deposito, adempimento che riguarderà ad esempio la nomina degli amministratori o l'emissione di titoli di debito e che renderà la decisione opponibile ai terzi³²³. Non sembra invece che l'efficacia della decisione sia

³²¹ Così SANTONI, *Le decisioni dei soci*, cit., 242. Senza qualificare la decisione come condizione di esistenza, BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, loc. cit., osservano come le manifestazioni di volontà concordanti, con la formalizzazione e la trascrizione nel libro, escono dal limbo dei sondaggi o degli accordi preventivi ed assurgono al rango di decisione.

³²² Soluzione conforme a quanto sostenuto prima della riforma e riferendosi alla trascrizione dei verbali assembleari sul libro delle adunanze da MISBROCCHI, *La verbalizzazione*, cit., 231, TONDO, *Verbalizzazioni notarili in materia di assemblee societarie*, in *Riv. not.*, 1987, 454 e DE CASTELLO, *La trascrizione del verbale sul libro delle adunanze e delle deliberazioni*, cit., 691. Secondo BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 385, la decisione, dal momento del perfezionamento sino alla trascrizione, può quindi considerarsi validamente adottata, ma priva di efficacia o perlomeno quiescente.

³²³ Non è però chiaro quale documento debba essere presentato al Registro delle Imprese per richiedere l'iscrizione: il documento sottoscritto dai soci (che in alcuni casi può incorporare tutti gli elementi necessari al perfezionamento), il documento che formalizza la decisione verificandone la regolarità e proclamando il risultato, o necessariamente la prova della trascrizione sul libro delle decisioni. Pur in considerazione della valenza autonoma della pubblicità interna rispetto alla pubblicità esterna, un'iscrizione che anticipi temporalmente la trascrizione comporterebbe una grave anomalia: la decisione sarebbe opponibile ai terzi prima ancora che i soci siano posti nelle condizioni di conoscere ed impugnare la decisione. Questa considerazione insieme con l'essenzialità della trascrizione per il completamento della procedura e per l'efficacia delle decisioni, induce a ritenere che l'iscrizione debba essere eseguita in base della trascrizione. In senso conforme BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 383. Del resto il passo della relazione riportato *supra* definisce chiaramente "abusiva" l'iscrizione avvenuta prima della trascrizione sul libro: l'obbligo di esibizione dell'estratto potrebbe così evitare alcuni comportamenti scorretti da parte degli amministratori che approfittino della natura duplice della pubblicità nella società a responsabilità limitata. Va tuttavia segnalato che oggi gli uffici del Registro delle Imprese richiedono semplicemente la presentazione di copia del verbale assembleare e potrebbero confermare questa prassi anche in queste fattispecie, ritenendo sufficiente l'esibizione del documento sottoscritto o dell'eventuale verbale non trascritti. Sugli effetti della riforma sul regime di pubblicità vedi SALANITRO, *Società di capitali e registro delle imprese*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 678; CASAMASSIMA, *L'impatto della riforma sul sistema informativo delle Camere di commercio e sul registro delle imprese*, in *Società*, 2004, 562; FORTE, *La pubblicità degli atti societari: modalità ed effetti della iscrizione nel registro delle imprese*, in BORTOLUZZI (a cura di), *La riforma delle*

subordinata all'invio di una formale comunicazione ai soci circa il risultato³²⁴, adempimento che l'autonomia statutaria può ben introdurre al fine di garantire non solo la conoscibilità, ma l'effettiva conoscenza della decisione all'intera compagine sociale³²⁵.

società. *Aspetti applicativi*, cit., 284 e MAGLIULO, *Il ruolo del registro delle imprese nella riforma societaria*, in *Notariato*, 2005, 50.

³²⁴ In questo senso MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 274; secondo BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 382, l'obbligo di comunicazione a carico degli amministratori potrebbe però evincersi dalla clausola generale di diligenza. Sul punto si veda l'orientamento del *Bundesgerichtshof*, in verità criticato dalla dottrina tedesca, che in una sentenza (*BGHZ* 15, 324) si è espresso per l'obbligo di comunicazione in funzione del preteso diritto di opposizione successiva da parte dei soci.

Nella disciplina generale dei contratti, afferma la necessità di comunicazione per il perfezionamento del negozio plurilaterale, ma solo in presenza di un interesse concreto in tal senso, MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, IV, 2, Torino, 1980, 60 ed *ivi* ulteriori richiami.

³²⁵ Auspica l'inserimento di una clausola di questo tipo come forma di "pubblicità di cortesia" che si affianchi alla pubblicità legale rappresentata dalla trascrizione sul libro sociale, TRADII, *Le decisioni dei soci*, cit., 117. La comunicazione dell'esito, pur non obbligatoria, potrebbe tuttavia avere degli effetti rilevanti su aspetti correlati all'assunzione delle decisioni, quali il decorso del termine per l'esercizio del diritto di recesso, con riferimento al quale manca una precisa indicazione nell'art. 2473. In assenza di chiarimenti nello statuto, sarebbe ipotizzabile l'applicazione analogica della disciplina in tema di società per azioni, secondo la quale il diritto di recesso è esercitato entro quindici giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della delibera, mentre se il fatto che legittima il recesso è diverso da una deliberazione, il termine di trenta giorni decorre dalla sua conoscenza da parte del socio (con l'ulteriore complicazione relativa alla collocazione delle decisioni dei soci, che pur qualificandosi come deliberazioni, non vanno iscritte nel registro delle imprese e legittimano comunque il diritto di recesso). Senza poter affrontare approfonditamente la questione, sembra essere rilevante, se non decisiva, la diversa scelta operata dal legislatore con riferimento alle società a responsabilità limitata: se il termine per l'impugnazione decorre dall'iscrizione della decisione nel relativo libro, dal medesimo adempimento dovrebbe decorrere anche il termine per esercitare il diritto di recesso. Sul punto si vedano CAGNASSO, *Commento sub artt. 2473-2473bis*, cit., 1843, LANZIO, *Il recesso del socio di s.r.l.*, in *Società*, 2004, 150, GALLETTI, *Commento sub art. 2473*, loc. cit. e BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 382, il quale evidenzia però l'esistenza nella disciplina della s.r.l. di un'altra norma, l'art. 2481bis, che fa decorrere il termine per l'esercizio di un diritto patrimoniale del socio – la sottoscrizione dell'aumento del capitale – non dall'iscrizione della decisione nel Registro delle Imprese o dalla trascrizione nel relativo libro, bensì da una comunicazione personale fatta al socio (si noti che la decisione di aumento non può però assumersi al di fuori del contesto assembleare, trattandosi di modifica dell'atto costitutivo, ma può invece risultare da una decisione consiliare in caso di aumento delegato).

La società è inoltre tenuta a conservare la documentazione concernente la consultazione o il consenso scritto³²⁶: tali documenti, tra i quali assumono particolare rilevanza le manifestazioni di voto sottoscritte dai soci e l'eventuale atto di interpello, pur non essendo tecnicamente inseriti in un libro sociale, sono soggetti senza dubbio alcuno all'ispezione dei soci non amministratori ai sensi dell'art. 2476.

Nelle successive fasi di esecuzione della decisione, di norma affidate agli amministratori cui spetta la rappresentanza generale della società ai sensi dell'art. 2475bis, l'adozione dei metodi a collegialità attenuata non determina alcuna variazione di rilievo rispetto alla disciplina applicabile alle deliberazioni assembleari. Con riferimento alla responsabilità solidale dei soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi³²⁷, l'adozione dei metodi extra-assembleari e la sottoscrizione di dichiarazioni da parte dei soci potrebbe addirittura determinare una maggiore facilità nell'identificazione dei soggetti che abbiano assentito e nella controversa valutazione di

Certamente ammissibile è l'inserimento di una clausola statutaria che, regolamentando le modalità di recesso del socio, faccia decorrere il termine dalla comunicazione della decisione (e non dalla trascrizione), nel qual caso potrebbero emergere profili di responsabilità per l'amministratore che comunichi con ritardo l'assunzione di una decisione in forma extra-assembleare.

³²⁶ L'art. 2478 non precisa quale sia la durata dell'obbligo di conservazione e la risposta varia a seconda della finalità che si attribuisce alla conservazione dei documenti, funzionale al diritto di ispezione dei soci sottoposto a prescrizione quinquennale (soluzione preferibile), preordinata all'impugnativa della decisione, nel qual caso sarebbe influenzata dal nuovo regime di invalidità delle decisioni, o latamente contabile, nel qual caso si applicherebbe il termine decennale di cui all'art. 2220. Per una panoramica degli orientamenti e delle soluzioni proposte vedi BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 385 e PORTALE E DOLMETTA, *Questioni in tema di libri sociali obbligatori: il luogo di conservazione e il diritto di ispezione dei soci*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 291. Parte della dottrina sostiene che, nel caso di deliberazioni che incidono profondamente sulla struttura e sull'organizzazione dell'ente, la conservazione della relativa documentazione risponde ad esigenze che non si esauriscono con il decorso di un periodo decennale (così IANNUZZI, *Sulla durata dell'obbligo di conservazione delle deleghe di voto*, in *Riv. soc.*, 1973, 107).

³²⁷ Sul tema si rinvia ai contributi di BARALIS, *La nuova società a responsabilità limitata: hic manebimus optime*, cit., 1108, REVIGLIONE, *La responsabilità dei soci di s.r.l.*, in *Atti del Convegno Riforma del diritto societario*, Roma 27-29 novembre 2003, reperibile su www.notartel.it e GUERRERA, *Responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Torino, 2004. Per una forma di applicazione analogica al modello azionario, vedi S. ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 1060. Secondo PATTI, *Le decisioni dei soci*, cit., 496, la stessa previsione di metodi decisionali alternativi ha giustificato la presenza nell'ordinamento di una norma come l'art. 2476 settimo comma, in tema di responsabilità deliberativa.

intenzionalità³²⁸: l'estrapolazione dal contesto collegiale delle singole dichiarazioni di voto potrebbe infatti risultare difficile, specie aderendo all'orientamento che sostiene la sufficienza nelle società a responsabilità limitata di un verbale sintetico³²⁹.

2.11 La configurabilità di una decisione non assembleare totalitaria in mancanza di previsione statutaria: la unanimous consent rule

In caso di violazione delle regole procedurali previste dall'atto costitutivo o desumibili dal laconico dato normativo, in particolare con riguardo all'atto di impulso e agli obblighi di informazione preventiva, sembra possibile applicare analogicamente l'ultimo comma dell'art. 2479bis e configurare una forma di decisione non assembleare totalitaria: la partecipazione al procedimento di tutti i soci, unita alla dichiarazione degli organi sociali di essere informati sulla decisione e di non volersi opporre alla trattazione dell'argomento, renderà quindi possibile l'adozione di decisioni non assembleari in violazione delle regole relative alla sollecitazione del consenso³³⁰.

Dalla norma in tema di assemblea totalitaria potrebbe derivare un secondo corollario: il procedimento sin qui ricostruito presuppone infatti la presenza nell'atto costitutivo di una clausola autorizzativa, in assenza della quale l'unica forma deliberativa consentita è quella assembleare ed una decisione mediante consultazione o consenso scritto risulta impugnabile dai soci non consenzienti³³¹. Se però la decisione in parola è approvata dalla

³²⁸ Sulla problematica esegesi dell'avverbio intenzionalmente si vedano, oltre alla dottrina citata nella nota che precede, BENAZZO, *Competenze di soci e amministratori nelle s.r.l.: dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, cit., 814, M. RESCIGNO, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, in *Analisi Giuridica dell'economia. Studi e discussioni sul diritto d'impresa. La nuova s.r.l. colà dove si puote?*, cit., 297, DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 306, S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2004, 293 e SILVESTRINI, *Responsabilità degli amministratori nelle s.p.a. e nelle s.r.l. dopo la riforma societaria*, *ibidem*, 698.

³²⁹ SANTONI, *Le decisioni dei soci*, cit., 235. Sui rischi connessi alla mancata verbalizzazione delle singole dichiarazioni di voto, vedi RESCIO, *Il sovrano in esilio*, cit., 388 e, pur propendendo per la sinteticità, MALTONI, *Il verbale di assemblea*, in *Notariato*, 2003, 602.

³³⁰ In questo senso CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 180 e BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 366.

³³¹ Secondo CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 791, la decisione extra-assembleare su materie inderogabilmente affidate alla competenza dell'assemblea resta *ab origine* ed indefinitamente improduttiva di effetti, mentre la decisione

totalità dei soci ed accompagnata da una dichiarazione di assenso all'adozione del metodo da parte di tutti gli amministratori e sindaci, tutti i soggetti legittimati rivelano in modo inequivoco l'intento negoziale di rinuncia all'impugnativa³³², ammettendo di fatto una deroga speciale alla contestualità assembleare: aderendo a questa lettura si potrebbe sostenere che la previsione di un metodo decisionale opzionale interamente documentale e non contestuale non solo abbia contribuito alla flessibilità organizzativa del modello a responsabilità limitata, ma abbia ampliato nel nostro ordinamento la portata del principio dello *unanimous consent*, la cui applicazione era sino ad oggi sostanzialmente circoscritta, attraverso la disciplina dell'assemblea totalitaria, nell'ambito di riunioni contestuali non ritualmente convocate³³³.

2.12 Il ruolo dell'autonomia statutaria nella strutturazione del procedimento: tecniche redazionali nella formulazione della clausola autorizzativa

Come si è più volte osservato, lo spazio riservato all'autonomia statutaria nel delineare il procedimento, a fronte della laconicità del dato normativo, è assai vasto ed impone alcune considerazioni sulle tecniche di redazione della clausola. La scelta preliminare che devono effettuare i soci in sede di stesura o di adeguamento dell'atto costitutivo è quella di autorizzare o di escludere il ricorso, per le decisioni dei soci, alle tecniche della consultazione scritta e del consenso espresso per iscritto (entrambe ovvero una sola di esse). La valutazione dovrà necessariamente tener conto delle peculiarità della società, quali la dimensione della compagine³³⁴, i rapporti reciproci, le effettive esigenze

su materie per le quali è consentita la deroga, ancorché non esista una clausola autorizzativa o ne siano stati superati i limiti, non sarà invalido per contrarietà a norma inderogabile, ma impugnabile per violazione di norme derogabili.

³³² Sulla nozione di rinuncia come atto abdicativo al diritto concreto di impugnare vedi, per tutti, ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 330 e TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, 77.

³³³ Sull'origine e sui recenti sviluppi della *unanimous consent doctrine* applicata alle decisioni non assembleari avremo modo di tornare nella seconda parte.

³³⁴ Di norma vi è una corrispondenza inversa tra il numero di soci ed l'efficienza dei procedimenti non assembleari, per il menzionato rischio che un alto numero di soci determini l'esplosione del numero di proposte circolanti e nel contempo renda particolarmente complessa la gestione della raccolta ed in generale degli adempimenti connessi alla conduzione del procedimento. Nelle compagini sociali di grandi dimensioni è consigliabile il ricorso esclusivo alla consultazione scritta, combinata con il riconoscimento del diritto di iniziativa alle sole cariche sociali, riservando ai soci il diritto di chiederne solo l'attivazione.

di funzionalità e snellezza, le competenze attribuite statutariamente ai soci, nonché la probabile frequenza con la quale la compagine sarà chiamata a pronunciarsi su materie inerenti alla gestione dell'impresa³³⁵, avendo cura, nel complesso, di introdurre regole coerenti con la connotazione prescelta per la società a responsabilità limitata³³⁶.

Una volta operata la scelta di fondo, l'autonomia statutaria dovrebbe poi delineare con sufficiente chiarezza l'iter procedimentale, colmando il silenzio del legislatore. In tale prospettiva, senza poterci addentrare nelle innumerevoli varianti e nei possibili accorgimenti, rischiando tra l'altro di ritornare su temi già affrontati in sede di analisi delle singole fasi del procedimento³³⁷, la clausola autorizzativa dovrebbe quantomeno risolvere una serie di questioni aperte: l'eventuale delimitazione dell'area di applicazione delle tecniche alternative³³⁸; l'identificazione dei soggetti legittimati a dare impulso al

³³⁵ È evidente come la sistematica sollecitazione di decisioni della collettività su materie di natura gestoria sia incompatibile con le formalità e con i tempi ordinari di un'assemblea, rendendo pressoché indispensabile la previsione di un metodo decisionale alternativo che surrogò un'assemblea permanente.

³³⁶ Così CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 182. Pur essendo astrattamente possibile, il ricorso al consenso espresso per iscritto sembrerebbe, salvo casi eccezionali, fuori luogo in una società a responsabilità limitata connotata in senso marcatamente capitalistico (quasi s.p.a.).

³³⁷ Per clausole autorizzative caratterizzate da un livello variabile di analiticità, vedi TRADII, *Le decisioni dei soci*, cit., 116, BUSANI E CANALI, *I nuovi statuti di s.r.l. e s.p.a.*, Milano, 2004, 125, GENGHINI, *Gli statuti delle nuove società di capitali*, in GALGANO E GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, vol. XXIX, tomo II, Padova, 2004, 1044 e AVANZINI, IBERATI E LOVATO (a cura di), *Formulario degli atti notarili*, Torino, 2004, 806; si rinvia anche a SALAFIA (a cura di), *Atti societari. Formulario commentato*, Milano, 2005, n. 216 ed a CACCAVALE, MAGLIULO, MALTONI, TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, cit., 579, ove i curatori includono altresì bozze della dichiarazione di consenso, del documento formalizzante e della trascrizione sul libro delle decisioni.

³³⁸ Riferendosi agli sfumati contorni dell'area di ammissibilità dei metodi non assembleari, CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 184 suggerisce, ai fini di maggior certezza, di rovesciare, in sede di redazione dell'atto costitutivo, l'impostazione del legislatore, delineando un ambito di decisioni ricorrenti adottabili mediante il ricorso alla collegialità attenuata (ad esempio, l'approvazione del bilancio e la nomina delle cariche sociali), al di fuori del quale l'unica modalità decisionale ammessa resta l'assemblea. "In tal modo – osserva l'Autore – si otterrebbe il duplice vantaggio di poter usufruire delle forme semplificate con riferimento alle decisioni più frequenti e di costruire una linea di confine, dai contorni precisi, rispetto a quelle collegiali". L'osservazione va senz'altro condivisa, specie nei casi – particolarmente frequenti nella prassi – in cui è possibile prevedere agevolmente quelle materie, oggetto di

procedimento; la precisa identificazione, in ordine alla direzione del procedimento, del presidente della votazione e la sommaria indicazione delle competenze attribuitegli; le forme e le modalità di comunicazione dell'atto di interpello; le forme e le modalità di espressione del consenso, indicando in particolare il destinatario in rappresentanza della società; la fissazione di un termine finale entro il quale deve concludersi il procedimento (ed eventualmente di un termine iniziale di riflessione); la qualificazione del silenzio del socio e la possibilità di revoca del consenso prestato; le modalità ed i tempi di esercizio del diritto di richiedere la riunione assembleare da parte degli amministratori e della minoranza qualificata; la disciplina delle successive fasi di formalizzazione del risultato e l'eventuale obbligo di comunicazione dell'esito ai soci.

La difficoltà nel distinguere le due varianti suggerisce inoltre di differenziarne chiaramente la disciplina statutaria o, in alternativa, di optare per l'adozione di una sola tecnica extra-assembleare. Un ulteriore accorgimento, ai fini di chiarezza, consiste nel richiedere, sulla scorta modello germanico, l'unanimità dei consensi per l'assunzione delle decisioni mediante consenso scritto, circoscrivendo nel contempo l'applicazione della regola maggioritaria alla sola consultazione scritta³³⁹. La previsione dell'unanimità

decisioni di *routine*, nelle quali la discussione assembleare è di norma superflua (*in primis* l'approvazione del bilancio annuale nelle realtà microsocietarie).

³³⁹ Una possibile clausola che incorpori le scelte ipotizzate nel testo, cercando nel contempo di fornire adeguata risposta ai nodi interpretativi più delicati, reciterebbe:

1. Le decisioni dei soci, fatte salve quelle aventi ad oggetto materie per le quali la legge prescrive l'adozione del metodo assembleare, possono essere adottate mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto.

2. Ove si adotti il metodo della consultazione scritta, ciascun amministratore, il collegio sindacale o tanti soci che rappresentino un terzo del capitale sociale predispongono in forma scritta la proposta di decisione ovvero il quesito che intendono sottoporre alla compagine sociale. L'atto di interpello ha la facoltà di fissare un termine iniziale per l'espressione dei voti, prima del quale ciascun socio può far pervenire alla società le sue osservazioni, che, in tal caso, dovranno essere fatte circolare senza indugio fra i soci.

La trasmissione dell'interpellanza deve essere diretta a tutti i soci, oltre che agli amministratori e, se nominati, al presidente del collegio sindacale, al revisore e al rappresentante comune dei possessori di titoli di debito; il voto deve essere espresso in documenti sottoscritti dai soci ove risultino con chiarezza la posizione assunta e l'argomento oggetto della decisione e deve essere comunicato alla società entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della proposta, ovvero il diverso termine stabilito nell'atto di interpello, comunque non inferiore ad otto giorni dal ricevimento; la mancanza di ogni comunicazione nel termine prescritto equivale al voto contrario.

eliminerebbe in radice lo spinoso problema relativo alla dimostrazione dell'effettivo coinvolgimento dei soci non consenzienti in un procedimento privo di interpellanza formale, limitandone il ricorso alle sole materie unanimemente condivise. A fronte dell'indubbia limitazione all'effettiva fruibilità del consenso scritto, si manterrebbe inalterata la possibilità di ricorrere alla consultazione scritta in merito a decisioni più controverse, laddove la presenza di un atto di interpello offre maggiori garanzie di coinvolgimento dei soci dissenzienti – *rectius* di prova del coinvolgimento degli stessi – e

La decisione si intende perfezionata quando l'ultimo socio abbia espresso il proprio voto e comunque alla scadenza del termine stabilito. La proposta si intende approvata se raccoglie l'adesione della maggioranza del capitale sociale. Salvo diversa indicazione nell'atto di interpello, il proponente può revocare la proposta ed il socio può revocare il proprio voto fino al perfezionamento della decisione.

3. Ove si adotti il metodo del consenso espresso per iscritto, ciascun socio si esprime in merito ad una determinata operazione senza che vi sia stata formale interpellanza da parte degli amministratori o dei soci. La decisione si intende perfezionata nel momento in cui pervenga alla società il consenso unanime dei soci espresso in uno o più documenti sottoscritti dai quali risultino con chiarezza l'argomento della decisione ed il consenso alla stessa.

Al fini del raggiungimento dell'unanimità si terrà conto delle dichiarazioni pervenute alla società entro il termine di trenta giorni decorrenti dalla data di ricezione della prima dichiarazione, alla scadenza del quale le manifestazioni di volontà, fatta salva l'apposizione di un diverso termine da parte del socio, perdono efficacia. Il consenso può essere liberamente revocato fino al perfezionamento della decisione.

4. Al fini del presente articolo i requisiti di forma scritta sono assolti da ogni documento cartaceo o elettronico recante sottoscrizione autografa o digitale e le prescritte comunicazioni possono avvenire con qualsiasi mezzo idoneo, ivi compresi il telefax e la posta elettronica.

Il presidente del consiglio di amministrazione ovvero l'amministratore unico, in qualità di presidente della votazione, assume la rappresentanza della società ai fini delle procedure di cui al presente articolo, curandone il generale svolgimento e, in particolare, incaricandosi della raccolta delle dichiarazioni di voto, della valutazione di concordanza, dell'eventuale redazione del documento formalizzante e dell'accertamento del risultato. Le decisioni così adottate sono trascritte senza indugio sul libro delle decisioni, indicando i soci favorevoli, contrari ed astenuti con il capitale da ciascuno rappresentato, la data di perfezionamento, le eventuali osservazioni effettuate dai partecipanti al procedimento, ed il loro esito è altresì comunicato ai soci.

La richiesta di riunione assembleare in pendenza dei procedimenti di cui al presente articolo può essere formulata da ciascun amministratore, dal collegio sindacale o da tanti soci che rappresentino un terzo del capitale sociale, fino al perfezionamento della decisione; il recapito della richiesta scritta alla società interrompe il procedimento in corso ed impone l'obbligo di convocazione immediata dell'assemblea a cura dell'organo amministrativo.

di compatibilità con il principio maggioritario (dimostrata, del resto, dalle analoghe soluzioni riscontrabili nei maggiori ordinamenti europei di riferimento).

Al fine di scongiurare le difficoltà originate dalla pluralità di documenti nella valutazione di concordanza delle dichiarazioni non coincidenti, la clausola statutaria potrebbe introdurre un elemento di rigidità, ammettendo esclusivamente la sottoscrizione di un unico documento ovvero di più documenti recanti il medesimo testo di decisione ed eventualmente attribuendo al solo organo amministrativo il compito di redigere la bozza³⁴⁰. L'opportunità di simili correttivi, nuovamente intesi ad evitare un inconveniente tipico, ma non esclusivo, del consenso espresso per iscritto, va tuttavia vagliata con estrema attenzione: il vincolo di identità testuale, così come ogni altra rigidità eccessiva nella ricostruzione statutaria del procedimento, ha infatti importanti ripercussioni sul piano dell'invalidità, potendo in questo caso originare l'impugnazione di decisioni dal contenuto sostanzialmente univoco ancorché difformi dal punto di vista lessicale³⁴¹. Più opportuna ed equilibrata è la clausola che, escludendo la cosiddetta autoconsultazione da parte della compagine, preveda nella conduzione del procedimento referendario la necessaria mediazione dell'organo amministrativo, come esecutore incaricato dalla minoranza qualificata proponente³⁴².

In una prospettiva radicalmente opposta, la clausola potrebbe limitarsi a riprodurre il lacunoso dato normativo, ammettendo le procedure non assembleari senza sottoporle a particolari vincoli, purché dai documenti sottoscritti risultino con chiarezza l'argomento

³⁴⁰ Con riferimento alla predisposizione del testo di decisione, l'attribuzione di un potere *esclusivo* all'organo amministrativo, volta ad evitare la pericolosa proliferazione di proposte divergenti ed inconciliabili, non è sempre raccomandabile, essendo forse sufficiente a tal fine l'identità testuale. La clausola in parola, pur sottraendo alle cariche sociali il potere di valutazione della concordanza, coinciderebbe con una pesante riduzione dei margini di iniziativa riconosciuti alla compagine sociale, le cui proposte sarebbero necessariamente filtrate dagli amministratori estensori. Per questa ragione la sua introduzione è maggiormente giustificata in contesti caratterizzati dalla presenza di compagini medio grandi e da una relativa infrequenza dei rapporti tra i soci, tale da rendere indispensabile l'esistenza di un tramite nella redazione dei documenti.

³⁴¹ Ancor più paradossale sarebbe l'impugnazione di una decisione extra-assembleare approvata unanimemente (o a larga maggioranza) per il semplice fatto di non essere stata redatta dall'organo amministrativo, circostanza comprovante la dubbia opportunità di una clausola già criticata nella nota precedente.

³⁴² Per soluzioni analoghe, nel modello legale, si rinvia agli ordinamenti francese ed inglese. Sulla mediazione dell'organo gestorio e sull'ammissibilità di una clausola di questo tipo vedi le efficaci osservazioni di ABRIANI E MALTONI, *La derogabilità del diritto dei soci*, loc. cit.

oggetto della decisione ed il consenso alla stessa e nel contempo siano assicurati ai soci i diritti di partecipazione e di informazione. In tal modo le parti possono beneficiare nella fase di attuazione della più ampia discrezionalità nella precisa definizione dei tempi e dei metodi decisionali. Questa impostazione, da alcuni caldeggiata – come vedremo nel prosieguo – in un'ottica di prevenzione del contenzioso³⁴³, espone la società a tutte le numerose incertezze del dato normativo e rischia pertanto di ottenere l'effetto opposto, moltiplicando le impugnazioni. Una clausola così formulata, esprimendosi in un linguaggio permissivo e flessibile, in determinate circostanze pregiudica oltremodo l'effettiva utilizzabilità dei procedimenti alternativi; se nei tempi di concordia ogni rigidità procedimentale si rivela di norma superflua e sgradita ai fruitori, alle prime avvisaglie di tempesta un procedimento incerto e nebuloso non solo sarebbe inefficiente e confuso, ma si trasformerebbe esso stesso nello strumento ideale attraverso il quale perpetrare abusi e prevaricazioni. Se una delle funzioni primarie dell'atto costitutivo è la prevenzione dei conflitti approntando un sistema decisionale chiaro ed inequivoco, nella nostra fattispecie è dunque preferibile un approccio ispirato alla misurata analiticità della clausola autorizzativa.

Indipendentemente dalla tecnica redazionale prescelta, i procedimenti qui esaminati possono sempre presentare, in fase applicativa, un elevato tasso di *complessità* – connotazione che contrasta apertamente, non solo dal punto di vista lessicale, con l'intento dichiarato di prevedere metodi decisionali *semplificati* – che, sommato all'insopprimibile rischio giuridico proprio degli istituti di nuova introduzione ed agli specifici problemi ricostruttivi, potrebbe indurre i soci a valutare, già in sede di redazione dell'atto costitutivo³⁴⁴, se non sia più conveniente optare per l'adozione di un metodo, quello assembleare, caratterizzato da regole certe consacrate da una consolidata prassi applicativa³⁴⁵. Un possibile correttivo, al fine di attribuire un certo grado di flessibilità

³⁴³ Le raccomandazioni di OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l.*, cit., 106, vanno condivise solo parzialmente: l'inserimento di formalismi superflui va infatti scoraggiato, senza però pregiudicare la chiarezza del procedimento.

³⁴⁴ Diversa è la questione relativa all'effettivo *utilizzo* dei metodi alternativi, che, nonostante l'inclusione nell'atto costitutivo della clausola autorizzativa, potrebbero comunque denunciare un impiego marginale per via delle incertezze procedimentali e, in alcune circostanze, per via dei rischi di impugnazione per violazione delle ambigue riserve di collegialità di cui al n. 5 dell'art. 2479.

³⁴⁵ Nell'ipotizzare il ritorno del "collaudato" metodo assembleare CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 185, attribuisce particolare valenza alla facoltà di ciascun amministratore o dei soci di minoranza di richiedere l'utilizzo della collegialità piena, "potere che rende più complesso l'iter ed incerto

anche al metodo collegiale perfetto, sarebbe la previsione del voto per corrispondenza che, consentendo la partecipazione e la diretta espressione del voto³⁴⁶ anche ai soci non presenti alla riunione, coniugherebbe le istanze di certezza con una maggiore facilità deliberativa.

L'ammissibilità di clausole statutarie che prevedano il voto per corrispondenza, così come l'uso di mezzi di telecomunicazione, va certamente affermata anche nelle società a responsabilità limitata, pur in assenza di una norma analoga o di un richiamo all'art. 2370 in tema di società per azioni³⁴⁷. Se nell'uso dei mezzi di comunicazione a distanza idonei

il suo sbocco". Sul possibile ritorno dall'esilio del *sovrano* assemblea, per tutti, RESCIO, *Il sovrano in esilio*, cit., 388.

³⁴⁶ Sull'esperienza del voto per corrispondenza nella disciplina delle società quotate e delle SICAV e sui profili distintivi rispetto alle deleghe di voto, si rinvia all'ampia letteratura maturata negli ultimi anni, ed in particolare a SABATELLI, *Riforma delle società di capitali. Voto per corrispondenza e modificabilità delle proposte nelle assemblee di società quotate*, in *Riv. soc.*, 2003, 539; LIACE, *Il voto per corrispondenza come strumento a tutela delle minoranze*, in *Dir. prat. soc.*, 2001, n. 19, 12; MIRONE, *Il voto per corrispondenza nelle società quotate: profili di disciplina*, in *Riv. soc.*, 1999, 751; FICO, *Voto per corrispondenza e svolgimento dell'assemblea nel regolamento emittenti*, in *Società*, 1998, 1377; S. ROSSI, *Voto per corrispondenza e informazione dei soci nelle società cooperative*, in *Giur. comm.*, 1995, 883; LEOZAPPA, *Profili della disciplina del voto per corrispondenza (legge 30 luglio 1994, n. 474)*, in *Riv. soc.*, 1995, 646 e per più ampie analisi, S. ROSSI, *Il voto extrassembleare nelle società di capitali*, cit., 310.

³⁴⁷ In questo senso CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 185, nt. 65 e FICO, *L'esercizio del diritto di voto in sede extra assembleare*, in *Società*, 2004, 533, nonché l'orientamento del Consiglio Notarile di Milano (per il quale vedi *infra* in nota); *contra* MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 304, il quale, esprimendo le proprie perplessità in merito, osserva che il voto per corrispondenza "determina delle sostanziali eccezioni al metodo assembleare, escludendo la necessità che il socio partecipi alla riunione. Ne consegue che tale sistema appare strettamente funzionale alle società per azioni, ove esso è invalso, ad opera della legislazione speciale, soprattutto per contrastare il fenomeno dell'assenteismo dei piccoli azionisti nelle società a diffusa base azionaria. Siffatto sistema pertanto non pare estensibile alla società a responsabilità limitata, ove i soci possono per certe deliberazioni avvalersi del sistema, consentito dalla legge, della decisione non collegiale. Ma, ove tale ultima forma deliberativa non si possa o non si voglia adottare dovranno trovare applicazione le regole fondamentali del sistema assembleare". I rilievi dell'Autore, pur non essendo destituiti di fondamento, non convincono appieno. In un tipo societario ispirato alla flessibilità delle forme decisionali e alla tendenziale derogabilità dell'impianto organizzativo, sembra difficile configurare il consenso scritto e la consultazione come le uniche semplificazioni ammesse dall'ordinamento e precludere l'accesso ad altre tecniche, disponibili nel modello capitalistico perfetto, proprio nel contesto applicativo più adatto. Nessun argomento decisivo può trarsi dal fatto che l'art. 2479

a garantire l'identificabilità del soggetto e la sua partecipazione in tempo reale alla discussione, ci si interroga sull'effettiva esistenza di una qualsivoglia deroga al principio di collegialità³⁴⁸, nel caso del voto per corrispondenza, la deroga alla contestualità e la preformazione del voto rispetto alla riunione non realizzano mai – ed è questa la distinzione fondamentale rispetto ai procedimenti qui esaminati – il pieno superamento del momento assembleare, che deve comunque sussistere, sia pure come “solitario” accertamento da parte del presidente di voti integralmente espressi a distanza, garantendo almeno nominalmente quel potenziale intervento alla riunione escluso in radice nel consenso scritto o nella consultazione (fatta salva la possibilità, ricorrendone i presupposti, di sollecitare la riunione). Ciò premesso, se il voto per corrispondenza è ammesso nel modello azionario, nel quale tutte le deliberazioni devono necessariamente rispettare il metodo assembleare, tale possibilità va riconosciuta a maggior ragione nella

contempli solo due varianti: le ragioni della disciplina esclusiva vanno cercate nell'eccezionale soppressione del momento assembleare – che non trova alcun riscontro nella corrispondente disciplina della s.p.a. – e sono perfettamente compatibili con semplificazioni di diversa specie, che, pur incidendo sulle forme di manifestazione del voto o di partecipazione alla riunione, non negano dal punto di vista formale la natura assembleare del procedimento. Come osserva puntualmente CAGNASSO, *op. ult. loc. cit.*, il voto per corrispondenza non si colloca in un'ottica differente rispetto ai procedimenti non assembleari: “in entrambi i casi si tratta di applicazione di modi di collegialità attenuata, che consentono a tutti i soci di esprimere la loro volontà e, in una società a base ristretta, di confrontarsi tra di loro in via informale, sia pure senza la contestualità spazio temporale. [...] In altre parole, tale tecnica pare offrire un modello di collegialità meno attenuata rispetto a quella della consultazione e del consenso scritti”.

³⁴⁸ L'uso di mezzi di telecomunicazioni, quali la videoconferenza, era già prevalentemente ammesso, senza particolari distinzioni tra tipi societari, prima della riforma in forza della loro *compatibilità* con il metodo collegiale. Come osservano gli estensori delle massime del Consiglio Notarile di Milano, il ricorso a simili tecniche è più agevole in enclavi ristretti con componenti reciprocamente ben noti – quali le piccole compagnie sociali o i consigli di amministrazione – piuttosto che in assemblee affollate “sicché non si giustificerebbe un orientamento restrittivo al riguardo anche alla luce delle aperture all'autonomia statutaria e delle semplificazioni organizzative introdotte nella s.r.l.” (AA. VV., *Le massime del Consiglio Notarile di Milano*, Milano, 2005, 63). Per una completa ricostruzione degli orientamenti in tema di ammissibilità dell'ausilio di mezzi di telecomunicazione nelle riunioni societarie, vedi DEMURO, *Collegialità societaria e nuove tecnologie*, in *Riv. not.*, 2001, 59 e CABRAS, *L'assemblea in videoconferenza nelle società di capitali*, in *Vita not.*, 2001, 1, 575; in giurisprudenza, *ex pluribus*, Trib. Sassari, 19 maggio 2000, in *Società*, 2001, 209, con nota di ZAGRA, *Convocazione di assemblea per posta elettronica e svolgimento in video conferenza*.

società a responsabilità limitata dove il principio di collegialità subisce un profondo attenuamento³⁴⁹.

In una diversa prospettiva, l'autorizzazione statutaria del voto per corrispondenza – non più sostitutiva, ma parallela alla previsione dei metodi non assembleari – sembra consentire il surrettizio aggiramento delle riserve legali di collegialità. Il ricorso alla consultazione scritta, inderogabilmente precluso in caso di modifiche statutarie, viene infatti efficacemente surrogato dalla convocazione di un'assemblea *fantasma*, nella quale tutti i soggetti esprimono il voto per corrispondenza ed il risultato viene verbalizzato in un modo difficilmente distinguibile, nella sostanza, dalla redazione del documento che formalizza la consultazione – salva la presenza del notaio verbalizzante *ex art.* 2480³⁵⁰. In altre parole, il voto per corrispondenza, utilizzabile in ogni ipotesi³⁵¹, fa venir meno la necessità di identificare le decisioni inderogabilmente collegiali ed impedisce che l'intervento degli amministratori o della minoranza qualificata possa modificare l'*iter* procedurale nel corso del suo svolgimento³⁵².

³⁴⁹ La riforma ha inoltre contribuito a superare l'idea del voto per corrispondenza come strumento per fronteggiare il problema dell'assenteismo del piccolo azionista nelle società quotate, estendendone il ricorso anche alle società per azioni chiuse al fine di agevolare la formazione delle decisioni dei soci in tutti i casi in cui vi siano ostacoli alla riunione derivanti dalla distanza geografica tra i soci o da problematiche relazioni interpersonali. Simili esigenze si riscontrano anche – e forse con maggior frequenza – nel modello a responsabilità limitata, dove il voto per corrispondenza può costituire "un' apprezzabile alternativa al voto, sempre preformato rispetto all'assemblea, in questa sede espresso da un delegato a cui il socio ha dato istruzioni vincolanti di voto" (così AA. VV., *Le massime del Consiglio Notarile di Milano*, cit., 63) ovvero una valida alternativa alla consultazione scritta ed al consenso espresso per iscritto.

³⁵⁰ La residua differenza costituita dalla verbalizzazione notarile viene meno qualora il divieto sia motivato dalla realizzazione di una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o dalla rilevante modificazione dei diritti dei soci, nel qual caso i contorni tra una consultazione scritta ed un'assemblea *per corrispondenza*, pur nitidi a livello formale, tendono a svanire negli effetti.

³⁵¹ Le riserve di collegialità non vincolano in alcun modo il voto per corrispondenza, come è chiaramente desumibile dall'assenza di limitazioni nelle società azionarie, dove tale tecnica è sempre ammissibile indipendentemente dall'oggetto della deliberazione (in senso conforme CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 186).

³⁵² In tal senso CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 186. È proprio questo, osserviamo, l'aspetto meno garantista derivante dall'uso indiscriminato di questa tecnica di partecipazione: se nei procedimenti non assembleari esiste pur sempre il diritto di sollecitare un confronto, il generalizzato voto per corrispondenza non ammette un'analoga garanzia in quanto, nonostante l'apparenza contraria, i soci si stanno già confrontando in un consesso assembleare. D'altro canto il voto per corrispondenza lascia sempre

Tralasciando la questione relativa alle riserve di collegialità ed ipotizzando il legittimo ricorso ai metodi extra-assembleari, anche la portata del diritto di sollecitare la riunione *ex art. 2479* quarto comma subisce un sensibile ridimensionamento al cospetto di una clausola che autorizzi il voto per corrispondenza: la prospettiva di una riunione caratterizzata dalla presenza fisica del solo presidente e da interlocutori silenti rappresentati da buste sigillate contenenti la prevedibile volontà della maggioranza, potrebbe scoraggiare anche un agguerrito socio di minoranza determinato ad un acceso confronto assembleare, persuadendolo della sostanziale equivalenza tra la consultazione scritta in corso e la celebrazione di una riunione immaginaria³⁵³.

Sembra quindi che, avvalendosi degli spazi concessi all'autonomia contrattuale, sia possibile strutturare un sistema nel quale la compresenza dei metodi non assembleari e del voto per corrispondenza marginalizzi fortemente il momento collegiale, da un lato consentendo di prescindere senza alcun limite da una *reale* assemblea, infine autorizzando anche la modifica dell'atto costitutivo sulla base di un procedimento quasi integralmente documentale, dall'altro disincentivando l'esercizio del diritto alla sollecitazione della riunione da parte della minoranza qualificata³⁵⁴. I rischi esposti, conseguenti ad una scelta esplicita – ed auspicabilmente consapevole – da parte dei soci, non sembrano tuttavia sufficienti per escludere l'ammissibilità nella società a responsabilità limitata di una clausola che preveda il voto per corrispondenza. Le precedenti osservazioni non sono comunque prive di risvolti applicativi e sistematici: da

la libertà al socio di partecipare, ove lo ritenga opportuno, ai lavori assembleari nel giorno e nel luogo indicati dall'avviso di convocazione, ma l'effettività della riunione è seriamente in discussione qualora larga parte della compagine si limiti a recapitare alla società il voto preformato.

³⁵³ Si noti tuttavia come i medesimi risultati potrebbero realizzarsi attraverso il semplice conferimento di una delega di voto all'amministratore da parte dei soci che vogliono evitare il confronto assembleare. Si aggiunga poi che il voto per corrispondenza, pur sempre inserito in un procedimento assembleare, è caratterizzato dalla presenza di *quorum* deliberativi calcolati sul capitale presente, di norma inferiori rispetto a quelli previsti per procedimenti alternativi: questa circostanza accompagnata da un fisiologico assenteismo può agevolare il raggiungimento della maggioranza prescritta. Passando agli svantaggi del voto per corrispondenza rispetto alle procedure extra-assembleari, annotiamo la necessità di predisporre un avviso di convocazione nel rispetto dei tempi e delle forme, quantunque semplificate, che caratterizzano l'attivazione del procedimento assembleare e la possibilità di un inatteso intervento, nel giorno e nel luogo indicati dall'avviso, da parte di alcuni soci, fattore che rende comunque necessaria una certa attività preparatoria.

³⁵⁴ Anche l'uso distorto del voto per rappresentanza, ammesso salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, può avere analoghe ripercussioni sull'effettività del momento assembleare.

un lato ribadiscono la necessità di prestare speciale attenzione alla fase di redazione dell'atto costitutivo, avendo cura di prevenire, quanto più possibile, gli abusi che discendono dalla sovrapposizione di istituti attingui e di rappresentare agli operatori le conseguenze di ogni scelta effettuata³⁵⁵; dall'altro evidenziano come lo svuotamento del principio di collegialità, sul quale ci riserviamo di tornare nella seconda parte, si possa realizzare attraverso l'abuso di istituti noti ed apparentemente compatibili con la centralità dell'adunanza – si pensi alle convenzioni di voto³⁵⁶, alle deleghe assembleari³⁵⁷ ed al voto per corrispondenza – ancor più che attraverso l'introduzione nel sistema di metodi apertamente non assembleari, ma accompagnati da adeguati correttivi – si pensi, nel nostro caso, alle riserve di collegialità, al potere di sollecitazione della riunione ed ai diritti di partecipazione e di informazione.

Tornando, in conclusione, ai legittimi interrogativi circa l'opportunità dell'inserimento nello statuto di una clausola autorizzativa, aggiungiamo una notazione

³⁵⁵ L'assenza di una disciplina suppletiva autosufficiente amplifica l'importanza di questi aspetti nella nuova società a responsabilità limitata, aumentando di conseguenza i costi di transazione legati alla meticolosa predisposizione "sartoriale" di un atto costitutivo su misura. Sul punto ZANARONE, *Quale modello legale per la nuova s.r.l.?*, cit., 75, ID., *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, cit., 107 e BENAZZO, *Competenze di soci e amministratori nelle s.r.l.: dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, cit., 815. La lievitazione dei costi di transazione per l'assenza di un adeguato apparato di norme suppletive è del resto rilevata da gran parte dei commentatori: così PRESTI, *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata: il punto di vista del giurista*, in ABRIANI E ONESTI (a cura di), *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, Milano, 2004, 121, SCALAMOGNA, *Le decisioni dei soci e l'assemblea nel nuovo diritto societario*, cit., 58; MOTTI, *La società a responsabilità limitata: introduzione alla nuova disciplina*, in ABRIANI E ONESTI (a cura di), *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, cit., 101 e M. STELLA RICHTER, *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per le società a responsabilità limitata*, in *Giust.civ.*, 2004, II, 15.

³⁵⁶ Per tutti COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, cit., *passim*.

³⁵⁷ Si vedano, in particolare, i contributi di COTTINO, *La rappresentanza in assemblea e le limitazioni convenzionali all'esercizio del voto*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1958, I, 204; ASCARELLI, *Rappresentanza assembleare dell'azionista da parte della stessa società o di una banca*, *ivi*, 1956, II, 256; JAEGER, *La nuova disciplina della rappresentanza azionaria*, in *Giur. comm.*, 1974, I, 554; GATTI, *La rappresentanza del socio nell'assemblea*, Milano, 1975 e MOSCO, *Le deleghe assembleari nella società per azioni*, Milano, 2000. Per ulteriori richiami alla dottrina, anche straniera, in materia vedi FIORIO, *Commento sub art. 2372*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., 568.

empirica. Le ripercussioni dei menzionati problemi ricostruttivi sulla diffusione e sulla fruibilità dei metodi extra-assembleari non vanno ingigantite, ben potendo questi procedimenti, anche in presenza di clausole assai sintetiche, assolvere la preziosa funzione di snellimento dei processi decisionali di *routine*, sfrondando le superflue rigidità del metodo collegiale formalizzato. Nelle realtà microsocietarie o familiari, molti dei problemi ipotizzati non emergeranno affatto nella prassi e la nuova possibilità offerta dal legislatore verrà salutata positivamente, decretandone il più che probabile successo. Un'accettazione entusiastica ma acritica, che sottovaluti il rischio, nelle fasi di conflitto interno alla compagine³⁵⁸, di un contenzioso originato dall'incertezza, sarebbe tuttavia azzardata. In attesa di chiarimenti giurisprudenziali, che presuppongono evidentemente la preventiva diffusione dei metodi in parola, gli operatori nella stesura degli atti costitutivi dovranno approfittare con cautela, ma senza timori ingiustificati, delle inedite possibilità di personalizzazione dei processi decisionali.

³⁵⁸ La verificabilità nelle compagini ristrette di accessi ed insanabili dispute è certamente maggiore che nelle società a capitale diffuso, come può testimoniare la consultazione dei repertori giurisprudenziali in tema di società a responsabilità limitata e di società personali.

CAPITOLO TERZO

L'INVALIDITÀ DELLE DECISIONI NON ASSEMBLEARI

SOMMARIO: 3.1 L'unitarietà del regime sanzionatorio delle decisioni viziate e l'incidenza dei procedimenti non assembleari sulla disciplina; 3.2 Le decisioni non assembleari annullabili; 3.3 La nullità delle decisioni non assembleari: i contorni dell'assenza assoluta di informazione ed il problematico inquadramento della violazione di riserve legali di collegialità. 3.4 Le conseguenze del mancato rispetto dei requisiti di forma: il rischio di reviviscenza della nozione di inesistenza.

3.1 L'unitarietà del regime sanzionatorio delle decisioni viziate e l'incidenza dei procedimenti non assembleari sulla disciplina

Il carattere unitario della nozione giuridica di decisione dei soci trova una congrua corrispondenza nella disciplina dell'invalidità: in assenza di un'autonoma regolamentazione del fenomeno extra-assembleare, le decisioni viziate sono quindi sottoposte ad un unico regime sanzionatorio, indipendentemente dal metodo decisionale prescelto, che interessa ogni espressione della volontà sociale e regola le conseguenze di qualunque vizio ne infici la validità³⁵⁹. Da un lato l'implementazione di una disciplina indifferenziata ha influenzato notevolmente le scelte e le tecniche redazionali del legislatore, contribuendo nondimeno al tendenziale scostamento rispetto alle corrispondenti formule rinvenibili nel modello azionario; del resto la disciplina dell'invalidità nel suo complesso, anche attraverso la rinuncia, quantomeno dal punto di vista terminologico, alla tradizionale distinzione tra nullità ed annullabilità ed attraverso il ricorso al concetto generale di invalidità delle decisioni, denota un approccio pratico, attento alle conseguenze ed ai rimedi, poco incline alle categorizzazioni³⁶⁰. D'altro canto le specificità dei procedimenti in parola, ancorché soggetti alla medesima

³⁵⁹ In modo condivisibile ALLECA, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 327, osserva che la genericità delle formule adottate – rispetto alla maggiore puntualità del modello azionario – va intesa come scelta consapevole, mirata a ricomprendere ogni possibile fattispecie di decisione invalida e non come espressione di una disciplina propria delle sole forme decisionali semplificate, a fronte di un ingiustificato ricorso alle norme dettate per la s.p.a. nel caso di deliberazioni assembleari viziate. BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 327 osservano come i vizi delle decisioni non assembleari siano, in linea di massima, gli stessi che danno luogo ad annullabilità o a nullità delle delibere assembleari

³⁶⁰ Sulla distinzione ormai nominalistica tra annullabilità e nullità, BUONOCORE, *La società a responsabilità limitata*, cit., 161 e RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, cit., par. 17.

regolamentazione, riemergono nella fase applicativa ed impongono pertanto alcune brevi considerazioni. In realtà l'inedito approccio legislativo, adottato con il palese intento di conferire maggiore nitidezza all'impianto complessivo, ed il progressivo allontanamento dalla teoria generale delle invalidità del negozio giuridico richiederebbero un maggiore approfondimento che esula però dall'ambito della presente ricerca³⁶¹. L'analisi sarà qui circoscritta ai vizi tipici del procedimento extra-assembleare ed ai punti di intersezione tra i metodi alternativi e la disciplina dell'invalidità.

Con riferimento all'incidenza sulla formulazione della disciplina unitaria, una prima osservazione riguarda l'identificazione dei soggetti che possono promuovere l'azione di annullamento, nell'ambito della quale è percepibile lo sforzo di coordinamento con i caratteri specifici dei diversi processi decisionali. Nell'attribuire la legittimazione all'impugnativa, la norma fa opportunamente ricorso alla locuzione "*soci che non vi hanno consentito*", intendendo farvi rientrare gli assenti, i dissenzienti e gli astenuti indipendentemente dal metodo decisionale adottato: la definizione in negativo, nella quale l'uso del verbo "consentire" rievoca la formula utilizzata dall'art. 2479 terzo comma, ricomprende tutti i soci che non hanno contribuito all'assunzione della decisione con un voto favorevole, superando così le perplessità espresse in sede di primo commento alle bozze di riforma circa la compatibilità del concetto di assenza con i metodi decisionali che prescindono da una riunione³⁶². Anche la decorrenza del termine di impugnazione dal giorno della trascrizione e la mancata riproduzione delle cause di

³⁶¹ Per una completa disamina dell'invalidità si rinvia, in particolare, ai contributi di ALLECA, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 327, CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci*, cit., 759, ZAMPAGLIONE, *Su alcuni aspetti dell'invalidità delle delibere assembleari*, in *Notariato*, 2005, 665 e BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 327. Per una sintetica ricostruzione dei principali temi emersi in dottrina ed in giurisprudenza in applicazione della disciplina previgente in tema di invalidità nella società a responsabilità limitata, LAURINI, *La società a responsabilità limitata tra disciplina attuale e prospettive di riforma*, cit., 129.

³⁶² Sul punto, criticando la formulazione dell'articolo in commento nelle bozze preparatorie, DOLMETTA, *Invalidità delle decisioni dei soci*, in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale, Università cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1479: l'Autore, a parere del quale il concetto di socio assente in una decisione non assembleare risulterebbe quantomeno sfuggente, proponeva in sostituzione il riferimento al «socio che non ha esercitato il proprio diritto di voto». Con riferimento all'annullabilità, le perplessità dell'Autore hanno trovato accoglimento anche con l'eliminazione, nella stesura definitiva, di un'ulteriore ipotesi di impugnabilità (le decisioni adottate a seguito di irregolare, indebito o erroneo computo della maggioranza) correttamente ritenuta superflua ed ambigua nella formulazione.

invalidità per assenza del verbale e per mancata convocazione dell'assemblea, sostituite dal difetto assoluto di informazione, vanno ascritte a vario titolo all'esistenza di tecniche decisionali che possono prescindere tanto dalla convocazione quanto dalla successiva verbalizzazione e che non consentono un'agevole individuazione del momento di perfezionamento della volontà.

3.2 Le decisioni non assembleari annullabili

Come si è correttamente osservato³⁶³, pur in assenza di espliciti richiami alle classiche categorie di invalidità, le ipotesi elencate dall'art. 2479ter possono ancora ricondursi alla bipartizione tra annullabilità e nullità. Quanto alla prima fattispecie, la disciplina è sostanzialmente modellata sulle corrispondenti disposizioni in tema di società per azioni: ai sensi del primo comma dell'art. 2479ter sono annullabili – *impugnabili*, secondo la terminologia neutra utilizzata dal codice – le decisioni che non siano state prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo³⁶⁴. Nei procedimenti extra-

³⁶³ ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, cit., 79, DI SABATO, *Diritto delle società*, cit. 433, GUERRIERI, *Delle decisioni dei soci*, cit., 2045, CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci*, cit., 763 e CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, 234; per BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 326, la generica invalidità declamata dal legislatore in qualche maniera nasconde pur sempre "due categorie di invalidità, una più grave e una meno grave, che riteniamo opportuno continuare a indicare secondo le categorie del diritto comune"; MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 309, che, individuando la categoria dell'invalidità intermedia, denuncia una certa approssimazione concettuale; eccessivamente *tranchante* la posizione assunta da TOSCANI, *La nuova s.r.l.: amministrazione e controlli, decisioni dei soci*, cit., 41, laddove ravvisa nella riforma una coincidenza tra invalidità ed impugnabilità delle decisioni, che sostanzialmente elimina dall'ordinamento societario le categorie della nullità e dell'annullabilità.

³⁶⁴ Sul concetto di non conformità alla legge o all'atto costitutivo si rinvia ai fondamentali lavori di ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 219 e FERRO LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano, 1973, 123. In base alla nuova formulazione dell'art. 2479ter sono parimenti annullabili le decisioni adottate con il voto determinante di soci in conflitto di interessi, qualora le decisioni siano potenzialmente dannose per la società: nell'ambito della disciplina generale viene quindi ricompresa l'ipotesi del socio in conflitto d'interessi, perfettamente coincidente con quella dettata, in tema di s.p.a., dall'autonomo art. 2373, con la precisazione che si dovrà fare qui riferimento non solo al voto in assemblea, ma anche al consenso manifestato in ambito extra-assembleare (sul punto ROSAPEPE, *Commento sub art. 2479ter*, in SANDULLI E SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, cit., 178). Sul conflitto di interessi nella società a responsabilità limitata si rinvia ad

assembleari, la valutazione di non conformità rispetto all'atto costitutivo è fortemente influenzata dal grado di analiticità della clausola autorizzativa redatta: ancorché l'inserimento di formule neutre che si limitino a riprodurre il dato normativo alimenti numerose incertezze interpretative, con riferimento all'impugnabilità emerge il pericolo opposto, laddove un eccesso di regolamentazione statutaria che determini in dettaglio le fasi del procedimento aumenta esponenzialmente il rischio di difformità e conseguentemente di contenzioso³⁶⁵. Le incognite di un procedimento nebuloso potrebbero tuttavia esporre la risoluzione ai medesimi – e forse più gravi – rischi di contestazione, rinunciando nel contempo ad una procedura, il cui rispetto, senza scivolare in eccessi di dettaglio, assicura maggiori certezze sulla piena validità della decisione così assunta.

Tra le difformità procedurali tipiche dei metodi alternativi, a titolo esemplificativo e senza pretese di esaustività, vanno ricomprese l'iniziativa giunta da un soggetto non legittimato; la non sussistenza dei requisiti di chiarezza dell'argomento oggetto della decisione e del consenso alla stessa; l'applicazione nella fase di accertamento di criteri di calcolo o interpretativi errati da parte della figura incaricata; il raggiungimento della maggioranza prescritta oltre il termine eventualmente fissato per il completamento della procedura; la mancata convocazione dell'assemblea, pur in presenza di una rituale richiesta in tal senso da parte degli amministratori o della minoranza qualificata; l'adozione della tecnica del consenso espresso per iscritto quando l'atto costitutivo contempli esclusivamente la consultazione (o viceversa); la mancanza della forma scritta ovvero il ricorso ai metodi alternativi in totale assenza di clausole autorizzative o con

ABRIANI, *Conflitto di interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 416 e FERRO, *Il conflitto di interessi e i suoi molteplici rilievi nella disciplina delle s.r.l.*, in *Riv. not.*, 2005, 373.

La disciplina ricalca le corrispondenti norme della società per azioni e – ad eccezione del rinvio all'art. 2377 quinto comma – non denota profili di novità rispetto alla disciplina previgente: significativi scostamenti rispetto al modello azionario si riscontrano invece in tema di legittimazione individuale all'impugnazione della decisione viziata, laddove nelle s.p.a. l'azione è riservata ai soli soci che rappresentino anche congiuntamente una determinata percentuale del capitale (l'uno per mille nelle società che fanno ricorso al capitale di rischio ed il cinque per cento nelle altre).

³⁶⁵ Vedi sul punto OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l.*, cit., 106, il quale suggerisce, in attesa di chiarimenti dottrinali e giurisprudenziali, di inserire nello statuto formulazioni neutre che riprendano il linguaggio del codice senza introdurre arbitrarie differenze tra le due ipotesi associandovi dettagliate procedure differenziate.

riferimento a materie per le quali l'atto costitutivo o la legge sanciscono una riserva di collegialità, anche se a proposito di queste ultime ipotesi, il controverso inquadramento nella categoria dell'annullabilità andrà ulteriormente analizzato.

Assume particolare rilievo l'inosservanza delle norme inderogabili relative all'informazione preventiva dei soci, presupposto imprescindibile per l'effettiva partecipazione dell'intera compagine e per l'espressione di un consenso consapevole, dovendosi però assegnare un diverso trattamento sanzionatorio in base alla misura dell'inadempimento, intesa come discriminante tra le due fattispecie di invalidità. Nel caso in cui tutti i legittimati abbiano ricevuto comunicazione del contenuto, seppur incompleto, della decisione avremo un'ipotesi di annullabilità per non conformità alla legge³⁶⁶; qualora invece si sia completamente omissivo di informare anche solo uno dei soggetti legittimati, la decisione dovrà ritenersi nulla per assenza assoluta di informazione³⁶⁷.

Di norma l'annullabilità per difetto di informazione si rifletterà nella risultanza documentale sotto forma di insufficiente chiarezza nell'identificazione dell'argomento: i due piani – l'informazione e la risultanza – pur nella loro stretta correlazione vanno mantenuti distinti, essendo ipotizzabile che in un procedimento pienamente rispettoso dei doveri di informazione una delle manifestazioni di consenso difetti del corrispondente riscontro nella descrizione dell'argomento, nel qual caso avremo una fattispecie di invalidità del singolo voto e non necessariamente della decisione³⁶⁸. Al contrario i documenti sottoscritti dai legittimati potrebbero dare atto dell'assolvimento mai concretamente realizzatosi degli obblighi informativi, nel qual caso avremo un'apparenza di regolarità procedurale accompagnata dalla volontà negoziale di rinuncia ad avvalersi del diritto di informazione o forse più correttamente di rinuncia all'impugnativa, quantomeno da parte di coloro che si siano consapevolmente dichiarati informati a fronte di un adempimento fittizio o del tutto inesistente.

Nella consultazione scritta l'esistenza di un interpello verosimilmente semplifica l'accertamento della diligenza informativa. Al contrario nel consenso espresso per iscritto i termini della proposta devono risultare dal documento sottoscritto: l'onere di provare l'adempimento dell'obbligo di informazione, gravante sulla società e sui proponenti, può

³⁶⁶ Sul livello di informazione richiesto per la validità della decisione e sull'incidenza dei pregnanti diritti di ispezione nella determinazione medesima si richiama il capitolo precedente e la dottrina *ivi* citata.

³⁶⁷ Sulla *ratio* della disciplina dell'invalidità per violazione degli obblighi di informazione e sulla tutela dei soci di minoranza contro possibili abusi, si vedano le considerazioni di ALLECA, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 336 e le ulteriori valutazioni svolte nel secondo capitolo.

³⁶⁸ Tema sul quale vedi subito *infra* nel testo.

assumere in questo contesto – specie nei confronti dei soci silenti o dei soci dissenzienti che adducono l'insufficienza dell'informazione fornita – profili di particolare criticità³⁶⁹. Le concrete modalità di assunzione potrebbero incidere sui criteri di giudizio della lacuna informativa: in sede contenziosa, la parziale inosservanza degli obblighi d'informazione nei confronti dei soci relativamente alle materie da trattare potrebbe essere valutata con minor rigore in ambito assembleare, ipotizzando che il deficit informativo possa venir più agevolmente sanato dal dibattito e dal confronto³⁷⁰.

In conformità con il nuovo impianto normativo, il mancato rispetto delle maggioranze previste all'ultimo comma dell'art. 2479 comporta la semplice impugnabilità della decisione entro il termine decadenziale di novanta giorni³⁷¹: in ambito extra-assembleare, l'impossibilità di una formale proclamazione dinanzi agli intervenuti non consente l'immediata verifica della corrispondenza tra il risultato proclamato e l'effettivo esito della votazione. L'evidente errore o la palese falsità della proclamazione in una riunione contestuale saranno verosimilmente colte dagli intervenuti che potranno opporsi sollecitando la ripetizione della votazione o del conteggio ovvero procedendo all'immediata impugnazione³⁷². L'individuazione di simili irregolarità non può avvenire in modo altrettanto agevole nei procedimenti semplificati, ove i soci, esclusa nel modello legale l'obbligatorietà di una comunicazione del risultato, possono restare del tutto all'oscuro del risultato della votazione, salva la possibilità di consultare il libro delle decisioni; è quindi astrattamente ipotizzabile che l'amministratore unico,

³⁶⁹ Secondo ALLECA, *op. ult. loc. cit.*, la società, per evitare di incorrere nell'annullabilità, dovrà cautelarsi predisponendo tecniche di comunicazione che, seppur conformi al disegno di semplificazione dei meccanismi di formazione della volontà sociale, garantiscano prova dell'assolvimento degli obblighi di informazione. Si ribadisce come i giudici di merito, a fronte di eventuali impugnazioni per difetto di informazione in sede assembleare o extra-assembleare, dovranno bilanciare attentamente il diritto di informazione con le istanze di semplificazione, sottese alla riforma dei processi decisionali, ed in particolare con i poteri individuali di ispezione riconosciuti ai soci (ben tratteggiati da ABRIANI, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale*, cit., 259).

³⁷⁰ In senso conforme ALLECA, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 338.

³⁷¹ Per le diverse ricostruzioni proposte in passato vedi ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 202. Sugli elementi che avvalorano questa lettura, riconducendo al regime dell'annullabilità ipotesi precedentemente qualificate come inesistenti, vedi SANZO, *Commento sub art. 2377*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, cit., 613.

³⁷² Sulle conseguenze degli errori nella fase di proclamazione, ALAGNA, *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 2005, 154.

promotore di una consultazione scritta, una volta chiamato ad accertare l'esito, a fronte di uno sgradito rigetto della proposta formulata, dichiara falsamente l'avvenuto raggiungimento del *quorum* e proceda all'immediata trascrizione della decisione sul libro, dandovi poi esecuzione solo quando il termine di impugnazione sia infruttuosamente decorso, confidando nella mancata consultazione del libro da parte dei legittimati. Queste manovre illecite, che nella prassi potrebbero insospettabilmente verificarsi con non trascurabile frequenza, associate alla presenza nella compagine di soggetti disinteressati e passivi, se sanzionate con la mera annullabilità, sembrano integrare un'ipotesi di *inadeguatezza per difetto della non conformità*³⁷³, suscitando la tentazione ad un rinnovato ricorso alla categoria dell'inesistenza per mancato conseguimento della maggioranza³⁷⁴. Almeno nelle ipotesi di dolo da parte del presidente della votazione o di alterazione determinante delle dichiarazioni di voto, sembra sufficiente dimostrare la falsità ideologica o materiale del documento perché nessun effetto giuridico si produca³⁷⁵. Tuttavia, al fine di neutralizzare *ab origine* simili rischi, oltre ad auspicare la regolare consultazione di quanto riportato nei libri sociali, specialmente a seguito di un procedimento extra-assembleare, l'autonomia negoziale potrebbe introdurre l'obbligo di comunicazione del risultato come condizione di efficacia

³⁷³ Secondo la terminologia autorevolmente adottata da ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 231.

³⁷⁴ Una delle fattispecie di inesistenza frequentemente sottoposte all'attenzione degli interpreti è proprio quella di delibere che pur avendo raccolto i suffragi della sola minoranza risultino sorrette da una maggioranza apparente, a causa di una svista del presidente in sede di proclamazione, sulle quali vedi BUTTARO, *In tema di inesistenza della deliberazione per difetto di maggioranza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1962, I, 249, ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 210, SENA, *Il voto nella assemblea delle società per azioni*, Milano, 1961, 465, TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, 60 e, esprimendo perplessità sulla mancata formazione della volontà collettiva, COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., 495. Per la semplice annullabilità delle decisioni non assembleari sorrette da maggioranze apparenti si esprime SCHOLZ-K. SCHMIDT, sub § 48, Rdnr. 53 e con lui la dottrina tedesca assolutamente dominante. In giurisprudenza si esprimono per l'inesistenza Cass., 13 gennaio 1987, n. 133, in *Società*, 1987, 291, Trib. Como, 2 agosto 1999, in *Giur. It.*, 1999, 2097 e Id. Pisa, 8 gennaio 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, 382, ma, in senso radicalmente opposto, App. Milano, 21 luglio 1992, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, 342 e Id. Napoli, 8 luglio 1982, in *Società*, 1984, 179.

³⁷⁵ In questo senso FERRI, *Le società*, cit., 642. La falsità della singola manifestazione di voto travolgerà la validità del procedimento, sub specie di annullabilità, solo a seguito della prova di resistenza; per contro l'inefficacia per falsità del documento di formalizzazione sembra prescindere da ogni ulteriore verifica.

della decisione, adempimento che in presenza di consolidati rapporti di reciproca fiducia rischia però di irrigidire in maniera del tutto superflua il procedimento.

In applicazione del principio di salvaguardia della volontà collettiva, in forza del richiamo all'art. 2377 quinto comma, non possono essere annullate le decisioni assunte con la partecipazione di persone non legittimate, purché tale partecipazione non sia stata determinante ai fini della regolare costituzione dell'organo decisionale; analoga esenzione riguarda le decisioni per le quali si accerti l'invalidità di singoli voti o il loro errato conteggio, purché il voto invalido o l'errore non siano stati determinanti per il raggiungimento della maggioranza, ed infine le decisioni con riferimento alle quali sia stato redatto un verbale inesatto od incompleto, salvo che tali vizi impediscano l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della decisione. Dall'elenco in negativo è possibile derivare, *a contrario*, tre cause di annullabilità³⁷⁶: la prima ipotesi, relativa alla partecipazione di un soggetto non legittimato, riferendosi alla regolare costituzione dell'organo, sembra doversi necessariamente applicare ai soli procedimenti che presentano una distinzione tra *quorum* costitutivo e *quorum* deliberativo, presente, almeno nel regime legale, solo nelle decisioni assunte con l'osservanza del metodo assembleare³⁷⁷.

Il successivo rinvio assume invece particolare valenza nei procedimenti in parola, regolando i rapporti tra invalidità della singola manifestazione di consenso e patologia della decisione, la cui distinzione concettuale, percepibile in ogni contesto collegiale, assume maggior nitore ove la formazione dell'atto complesso possa prescindere dalla contestualità e risulti frequentemente dalla raccolta di documenti separati. L'annullabilità

³⁷⁶ MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 317 non identifica le fattispecie previste dall'art. 2377 come ipotesi di annullabilità non sanzionabili, ma le riconduce all'ulteriore categoria dell'irregolarità, nella quale la difformità dal modello legale non comporta un effettivo pregiudizio per le ragioni sottese alla norma violata, giustificando tale ricostruzione sulla base delle espressioni in negativo utilizzate dal legislatore. Secondo SPAGNUOLO, *Commento sub art. 2377*, in SANDULLI E SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, cit., 347 e MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nelle s.p.a. (prima parte): cause ed effetti dell'invalidità dell'atto*, in *Società*, 2003, 537, la tecnica legislativa dell'elencazione negativa non si differenzia sostanzialmente, sotto il profilo dell'interpretazione, da quella dell'elenco positivo di cause di annullabilità.

³⁷⁷ In senso conforme MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 318, secondo cui la norma concerne la sola partecipazione di persona non legittimata, come nel caso di *falsus procurator*, idonea ad influire sul *quorum* costitutivo; ai fini del raggiungimento del *quorum* deliberativo, il voto espresso da un soggetto non legittimato dovrà ritenersi *ab origine* inefficace e riconducibile al n. 2 dell'art. 2377 quarto comma.

di una decisione extra-assembleare per invalidità dei singoli voti può verificarsi, ad esempio, quando il voto giunga da un soggetto non legittimato – come nel caso del socio moroso³⁷⁸ –, sia privo del requisito di forma, pervenga alla società oltre il termine stabilito³⁷⁹ ovvero non esprima con sufficiente chiarezza il consenso rispetto alla proposta di decisione, fattispecie quest'ultima ove affiorano le inevitabili differenze tra le varianti procedurali. Nella consultazione scritta, a fronte della sollecitazione, il socio può infatti limitarsi a rispedire il documento corredato dalla propria sottoscrizione: l'invalidità del consenso andrà qui presumibilmente ascritta all'insufficiente chiarezza ed univocità dell'informativa inviata o del quesito formulato³⁸⁰ ed alla conseguente difformità, da valutarsi sulla base di riscontri oggettivi, tra la decisione assunta e l'argomento sul quale il socio credeva di essersi pronunciato. Nel consenso espresso per iscritto l'identificazione del voto invalido per difetto di chiarezza risulta ancor più problematica, in quanto il socio manifesta la propria volontà in modo tendenzialmente autonomo: l'assenza di una sollecitazione formale e la possibile qualificazione dei dissensi come controproposte aumentano il rischio di ripetute contestazioni circa la reale coincidenza tra

³⁷⁸ Sulla distinzione tra difetto di legittimazione primaria e difetto di legittimazione secondaria e sulle diverse conseguenze sul piano della validità del voto e della deliberazione assunta si rinvia a ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 205, BUTTARO, *In tema di inesistenza della deliberazione per difetto di maggioranza*, cit., 245 e in senso parzialmente difforme GRIPPO, *L'assemblea nelle società per azioni*, cit., 411.

³⁷⁹ Il voto pervenuto in ritardo rispetto al termine espresso o rispetto al congruo termine desumibile dalle circostanze, andrebbe più propriamente qualificato come inefficace, ma le conseguenze sulla validità della decisione paiono le medesime: l'annullamento sarà pronunciato solo se il consenso tardivo – ed illegittimamente computato – sia decisivo ai fini del raggiungimento del prescritto *quorum* deliberativo. Per diverse considerazioni sull'incidenza dei termini sulla validità dell'atto, BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 327.

³⁸⁰ Come osserva ALLECA, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 344, potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui il contenuto degli atti di interpello trasmessi ai soci non sia perfettamente coincidente, determinando discrepanze ed irregolarità nella fase di riconduzione ad un significato unitario; l'entità della difformità rileverebbe come misura dell'inadempimento, specie ove questa fosse particolarmente sensibile ed i consensi variamente articolati venissero computati in un'unica maggioranza. Il rischio denunciato dall'Autore sembrerebbe ancor maggiore nel consenso espresso per iscritto, dovendosi però ribadire che condotte di questo tipo, volte alla manipolazione del processo di formazione della volontà sociale, incontrano l'ulteriore limite della buona fede e della correttezza nell'esecuzione del contratto ed in particolare nella conduzione dei processi decisionali (temi sui quali si rinvia nuovamente allo studio di GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., passim).

il chiesto e il pronunciato e, nel caso di voti determinanti, di reciproche azioni di annullamento. All'invalidità della singola manifestazione, la norma equipara l'errore nel conteggio³⁸¹, ipotesi che presuppone l'espressione di un voto legittimo erroneamente computato ai fini del calcolo della maggioranza. Entrambi i vizi menzionati possono cagionare l'annullamento della decisione solo in presenza di una lesione sostanziale dell'interesse alla corretta formazione della volontà sociale, verificabile attraverso una prova di resistenza sull'incidenza del voto invalido o dell'errore sull'esito complessivo della decisione³⁸².

La terza causa di annullabilità desumibile dall'art. 2377 inerisce all'incompletezza o all'inesattezza del verbale, documento che in base a quanto osservato nel capitolo precedente non sembrerebbe essenziale nei procedimenti semplificati, almeno nell'ipotesi in cui il documento sottoscritto dai soci risulti sufficientemente definito ai fini della diretta trascrizione sul libro sociale. Sarebbe tuttavia inesatto trascurare la portata della disposizione richiamata ai nostri fini: se si attribuisce al documento formalizzante una funzione analoga a quella tradizionalmente riconosciuta al verbale assembleare, anche la decisione semplificata potrà essere annullata qualora l'incompletezza o l'inesattezza del documento medesimo impediscano l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità, determinando una pericolosa incertezza sugli elementi essenziali della decisione – distinta però dalla più grave assenza assoluta di informazione successiva che comporta la nullità della decisione³⁸³. In caso contrario, qualora il documento, quantunque viziato,

³⁸¹ Sul quale si rinvia alle considerazioni sopra effettuate in tema di maggioranza apparente.

³⁸² In caso contrario il rimedio dell'annullamento eccederebbe l'intento della norma, in quanto gli interessi perseguiti, solitamente soddisfatti dalla piena legittimità della decisione, sono in concreto realizzati attesa l'influenza del vizio sull'esito deliberativo. Sul punto e con analoghe considerazioni applicabili ai metodi collegiali perfetti, SPAGNUOLO, *Commento sub art. 2377*, cit., 347, ALLECA, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 346 e MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni*, cit., 538.

³⁸³ L'incompletezza del documento formalizzante va tenuta distinta dalla totale mancanza, che sembra doversi ricondurre al difetto assoluto di forma scritta, potendo integrare un'ipotesi di nullità per assenza assoluta di informazione successiva o forse denunciando profili di inesistenza dell'atto, temi sui quali torneremo *infra* nel testo. Sul discrimine tra incompletezza e mancanza del verbale in ambito assembleare e sugli indici traibili dall'art. 2379, vedi ALLECA, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 341 e MARCIANO, *I processi decisionali dei soci*, cit., 88. Sulla sicura sanabilità del verbale incompleto o inesatto, che va qui pienamente confermata con riferimento al documento formalizzante, vedi anche OLIVERO, *L'autonomia statutaria nella nuova disciplina dell'assemblea della società per azioni*, in *Riv. not.*, 2003, I, 882, SPENA, *Commento sub art. 2379bis*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, cit., 381, ABRIANI, *Sul verbale assembleare non contestuale*, loc. cit. e ANGELICI, *Note in tema di procedimento*

risulti idoneo a svolgere quelle funzioni ritenute giuridicamente essenziali, l'annullamento non potrà essere pronunciato in ossequio al principio di salvaguardia dell'esito della manifestazione di volontà³⁸⁴. Si rinviene qui un elemento di notevole importanza sistematica ai fini della definizione del procedimento extra-assembleare: il richiamo al quinto comma dell'art. 2377 fornisce infatti un contributo decisivo alla definizione dei già menzionati contenuti minimi della formalizzazione e permette nel contempo di verificare se il documento sottoscritto dai soci, integrando i suddetti requisiti, possa essere direttamente trascritto senza la necessità di un atto ricognitivo intermedio.

Dal punto di vista procedimentale, l'impugnazione di una decisione non assembleare annullabile non presenta profili distinti rispetto al regime ordinario ed esula pertanto dall'intendimento del presente capitolo; basti menzionare che i soggetti legittimati dovranno proporre l'impugnativa entro il termine decadenziale di novanta giorni decorrenti dalla trascrizione della decisione nel relativo libro sociale, anche qualora la stessa sia soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese³⁸⁵.

assembleare, in *Riv. not.*, 2005, I, 719. Nel domandarsi se le imprecisioni astrattamente suscettibili di causare incertezza su elementi essenziali della fattispecie, ma concretamente colmabili attraverso il ricorso ad elementi probatori estranei, diano luogo all'invalidità della decisione, MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, cit., 319, propende per la soluzione negativa sulla base del tenore del richiamato art. 2377, nella parte in cui, riferendosi alle imprecisioni che impediscono l'accertamento, lascia intendere che l'accertamento possa provenire *aliunde* e solo in caso di insuccesso si verifichi un'ipotesi di annullabilità: l'osservazione, nel contesto dei procedimenti alternativi, va condivisa nella misura in cui consente l'integrazione delle eventuali incertezze presenti nel documento formalizzante attraverso l'esegesi della documentazione connessa conservata dalla società, in particolare delle dichiarazioni sottoscritte dai soci.

³⁸⁴ Sul quale, nell'imminenza della riforma, si sofferma LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario. Atti del convegno di Courmayeur 27-28 settembre 2002*, Milano, 2003, *passim*.

³⁸⁵ Come si è osservato nel capitolo precedente, la relazione al decreto, motivando tale difformità rispetto al modello azionario, attribuisce rilevanza centrale alla presenza di forme decisionali semplificate: non essendo più indispensabile una riunione e non essendo possibile individuare con esattezza il momento di perfezionamento, evidenti ragioni di certezza richiedono che si faccia riferimento al momento in cui la decisione viene formalizzata. La relazione aggiunge che in un tipo societario caratterizzato dalla presenza attiva dei soci, la pubblicità interna rappresentata dai libri sociali deve assumere una maggiore rilevanza rispetto ad altre forme di pubblicità esterna. La scelta di un termine di decorrenza unico, volta ad impedire incertezze e possibili comportamenti fraudolenti – consistenti nell'inversione della sequenza trascrizione-iscrizione – pur condivisibile nelle sue finalità, non convince appieno nei risultati: in tema di libri sociali,

3.3 La nullità delle decisioni non assembleari: i contorni dell'assenza assoluta di informazione ed il problematico inquadramento della violazione di riserve legali di collegialità

Quanto alle ipotesi riconducibili, in base alle tradizionali categorie concettuali, alla nullità, le decisioni aventi oggetto illecito o impossibile – ipotesi caratterizzate dalla tendenziale neutralità rispetto al metodo decisionale prescelto³⁸⁶ – e quelle prese in assenza assoluta di informazione possono essere impugnate da chiunque vi abbia interesse³⁸⁷ entro il termine triennale decorrente dalla trascrizione³⁸⁸. Anche sotto questo

l'art. 2478 si limita infatti a prescrivere che i verbali delle assemblee e le decisioni extra-assembleari debbano essere trascritti senza indugio a cura degli amministratori, lasciando un indiscutibile margine di incertezza in relazione all'effettiva data della trascrizione. In questo senso TOSCANI, *La nuova s.r.l.: amministrazione e controlli, decisioni dei soci*, cit., 41 e ROSAPEPE, *Commento sub art. 2479ter*, cit., 177. Secondo MARCIANO, *I processi decisionali dei soci*, cit., 89, in caso di mancata trascrizione, ad eccezione delle ipotesi previste dagli artt. 2379ter e 2434bis e delle deliberazioni verbalizzate per atto pubblico, le decisioni viziate devono ritenersi impugnabili senza alcun termine (tema sul quale vedi *infra* nel testo).

Nelle ipotesi di nullità, la decorrenza del termine triennale dalla trascrizione nel libro comporta un'ulteriore aggravante per la possibilità che, tra gli interessati – e dunque legittimati – all'azione, vi siano soggetti estranei alla compagine sociale, per i quali non è garantito il diritto di accesso e di consultazione del libro delle decisioni, *in primis* i creditori sociali (così ABRIANI, *Le decisioni dei soci*, cit., 201). Allo scopo di ovviare a questa importante incongruenza, MARCIANO, *I processi decisionali dei soci*, cit., 89, ritiene che la trascrizione debba poter essere controllata da tutti i soggetti che potrebbero impugnare un'eventuale delibera, per i quali si configura un diritto di accesso al libro delle decisioni analogo a quello riconosciuto per ogni registro che assolva compiti di pubblicità. Sembra tuttavia che l'indiscriminato accesso ai libri sociali da parte di tutti i portatori di un potenziale interesse nelle decisioni sociali travalichi grandemente la *ratio* della norma e provochi effetti collaterali maggiori rispetto ai benefici in termini di effettività del diritto all'impugnazione. La soluzione prospettata avrebbe infatti conseguenze allarmanti per gli operatori e determinerebbe l'automatica divulgazione di decisioni, anche di carattere gestorio, e di notizie riservate, trasformando la trascrizione, intesa come adempimento endosocietario, in una forma di pubblicità esterna.

³⁸⁶ Salvo quanto osserveremo *infra* sulla violazione delle riserve legali di collegialità.

³⁸⁷ Si noti come il mancato richiamo dell'art. 2379 faccia sì che, nella società a responsabilità limitata, non si affermi, almeno espressamente, il principio di rilevanza d'ufficio delle cause di nullità da parte del giudice (così ABRIANI, *op. ult. loc. cit.*). Oltre a sollevare la questione della rilevanza d'ufficio, il riferimento all'impugnabilità entro il termine triennale delle decisioni nulle suscita, secondo CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci*, cit., 774, incertezze sull'efficacia

profilo, le ragioni sottese all'introduzione di un'ipotesi di nullità come l'assenza assoluta di informazione³⁸⁹, che sostituisce due fattispecie contemplate nella corrispondente

precaria della decisione viziata, in virtù dell'evidente contiguità rispetto alla figura dell'annullabilità (dibattito sul quale, nell'ordinamento tedesco, pur riferendosi precipuamente al § 242 dell'*AktG*, K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Berlino, 2002, § 15 ed *ivi* ulteriori richiami).

³⁸⁸ Tale regola subisce un'eccezione, invero marginale come osserva correttamente SARALE, *Il nuovo volto dell'assemblea sociale*, cit., 60, con riferimento alle deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività impossibili od illecite, per le quali si ripristina il principio generale, sancito dall'art. 1422, di imprescrittibilità delle azioni dirette alla declaratoria di nullità. Il rinvio, come termine di decorrenza, alla "trascrizione indicata nel primo periodo del precedente secondo comma" – come formulato nella prima versione pubblicata del decreto delegato – era tuttavia palesemente errato, volendosi in realtà riferire al primo periodo del primo comma; l'incongruenza era presumibilmente dovuta alle modifiche apportate alle bozze preparatorie nella versione definitiva, che comportarono, tra l'altro, la riduzione del numero di commi da sei a quattro. La prima correzione effettuata nel luglio 2003, limitandosi ad elidere l'aggettivo precedente e mantenendo il richiamo al secondo comma, ha reso necessario un ulteriore intervento di rettifica per effetto del d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310 il quale, riferendosi correttamente al primo comma dell'articolo in parola, ha definitivamente posto rimedio all'incongruenza. Vedi SARALE, *Le integrazioni e correzioni alla disciplina delle società per azioni e a responsabilità limitata*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario. Appendice di aggiornamento*, Bologna, 2005, 33.

Si noti inoltre che il riferimento nel terzo comma dell'art. 2479ter alle "deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili" denoti un uso proprio del termine *deliberazione* giustificabile in considerazione del fatto che le modifiche dell'oggetto sociale rientrano sempre tra le materie inderogabilmente assunte in sede assembleare (vedi sul punto GUERRIERI, *Delle decisioni dei soci*, cit., 2053, nt. 176).

³⁸⁹ Si tratta di una formula potenzialmente idonea, come già evidenziava DOLMETTA, *Invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 1479 in commento alle bozze preparatorie, ad ingenerare incertezze applicative e dubbi interpretativi, cominciando dai rapporti con le più precise ipotesi di nullità presenti nella disciplina delle società per azioni: se nella formula legislativa rientra senza dubbio la mancata convocazione dell'assemblea, intesa come assoluta assenza di informazione preventiva ai soci, maggiori sforzi interpretativi impone l'estensione della fattispecie astratta alla mancanza del verbale assembleare, la cui funzione di garanzia attiene ad una diversa fase del processo decisionale. A sostegno del fatto che, pur in assenza di una espressa previsione normativa, la mancanza di verbale rientri tra le ipotesi di nullità viene la circostanza che l'art. 2479ter faccia esplicito rinvio all'art. 2379bis, che disciplina la sanatoria della nullità delle deliberazioni invalide proprio nei casi di mancata convocazione e di mancanza di verbale. L'ambiguità della disciplina potrebbe legittimare una lettura che scorga nell'assenza del verbale un'ipotesi

disciplina della società per azioni, ossia la mancata convocazione e la mancanza del verbale – approntando, secondo alcuni interpreti³⁹⁰, una disciplina analoga ancorché più confusa – vanno ricercate nella volontà di coordinare la normativa con il possibile ricorso ai metodi extra-assembleari, delincando un sistema in cui la centralità del diritto all'informazione costituisce un contrappeso ai rischi connaturati alla deformalizzazione dei processi decisionali³⁹¹. Nell'inedita locuzione normativa rientrano sia l'assoluta assenza di informazione preventiva sulle decisioni che si intendono adottare, sia l'assenza di informazione in epoca successiva all'assunzione della decisione³⁹²: le due funzioni, tradizionalmente ottemperate in ambito assembleare rispettivamente dalle formalità di convocazione e dall'obbligo di verbalizzazione, e le particolarità del loro adattamento ai procedimenti semplificati impongono una breve trattazione.

Riguardo alla fase preventiva, nel corso della ricostruzione del procedimento si è diffusamente analizzato l'obbligo di coinvolgimento dell'intera compagine sociale, come requisito fondamentale in entrambe le varianti, soffermandosi sugli argomenti desumibili dalla disciplina dell'invalidità. Omettendo superflue ripetizioni delle considerazioni sopra effettuate, è necessario identificare quali violazioni determinino in concreto la nullità della decisione, analizzando la questione dapprima sotto il profilo quantitativo e successivamente qualitativo. Nel paragrafo precedente si menzionava la misura dell'inadempimento degli obblighi di informazione come criterio distintivo tra annullabilità e nullità: l'equivocità della formula legislativa non può infatti condurre a riconoscere a carico degli amministratori l'obbligo di fornire ai soci, sotto pena di nullità dell'atto, approfonditi chiarimenti in merito all'argomento trattato. L'assenza assoluta di informazione si riferisce esclusivamente alla completa omissione di qualsiasi notizia circa l'attivazione dell'*iter* decisionale, risultante nel mancato coinvolgimento di uno o più soci

di mera annullabilità, non rientrando nel concetto di assoluta assenza di informazione: si giungerebbe alla conclusione, in verità inaccettabile, di sottoporre al medesimo regime sanzionatorio le decisioni del tutto prive di verbale e quelle caratterizzate dalla semplice incompletezza o inesattezza, qualora tali irregolarità impediscano di fatto l'accertamento del contenuto, degli effetti o della validità.

³⁹⁰ Vedi le considerazioni di DOLMETTA, *op. ult. loc. cit.* nella nota precedente e CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci*, cit., 761.

³⁹¹ M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, cit., 46.

³⁹² In questo senso *ex multis* BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 357 e GUERRIERI, *Delle decisioni dei soci*, cit., 2053.

legittimati a partecipare alla formazione della volontà sociale³⁹³. In applicazione di tale principio, una decisione assunta mediante il ricorso al metodo della raccolta interna all'insaputa della minoranza sarà pertanto impugnabile da chiunque vi abbia interesse entro il consueto termine triennale, mentre le violazioni di minor gravità saranno sanzionate alla stregua della semplice annullabilità³⁹⁴.

L'individuazione del *minimum* informativo necessario per scongiurare la nullità, va distinta rispetto alla più complessa valutazione dell'aspetto qualitativo: in altri termini la risposta all'interrogativo sul *quantum* informativo, lascia però irrisolta la delicata questione circa il *quomodo*. La mancanza di riferimenti sicuri sulle modalità di ottemperamento del dovere di informazione induce ad interrogarsi se informazione nella terminologia del codice significhi mera notizia del fatto che l'argomento è sul tavolo di discussione e se basti una qualunque notizia irrituale, magari proveniente da un soggetto estraneo alla compagine, per escludere la sanzione³⁹⁵. Nella consultazione scritta, coerentemente con la natura del procedimento, sembra imprescindibile un coinvolgimento formale, non ritenendosi pienamente adempiuto l'onere informativo attraverso una notizia dequalificata, magari pervenuta *de relato* al socio. Nel consenso espresso per iscritto la valutazione è oltremodo problematica, in quanto il coinvolgimento informale e progressivo, sotto forma di colloqui privati o di contatti telefonici, specie nelle compagini particolarmente ristrette, assurge a regola. Fatta salva l'incontestabile sussistenza anche in questa procedura di un identico obbligo informativo, occorre, nell'interesse della società, impedire che l'eventuale obiezione da parte di un soggetto che asserisca infondatamente di non essere stato minimamente informato, travolga la validità della decisione *sub specie* di nullità. Emerge con tutta evidenza il fatale

³⁹³ Questo aspetto induce MASSA FELSANI, *Le decisioni dei soci*, cit., 313, a ritenere che il carattere assoluto della carenza possa verosimilmente manifestarsi più sul piano soggettivo che su quello oggettivo. Vedi sul punto le considerazioni di CIAN, *Invalidità e insistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci*, cit., 761, ALLECA, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 353 e ROSAPEPE, *Commento sub art. 2479ter*, cit., 179.

³⁹⁴ Si pensi alla mancanza di chiarezza nella descrizione dell'argomento, al pari della mancata indicazione nell'avviso di convocazione dell'ordine del giorno.

³⁹⁵ Così DOLMETTA, *op. cit.*, 1479. Per GUERRIERI, *Delle decisioni dei soci*, cit., 2056, non svolgendosi alcuna adunanza, risulta inappropriato il riferimento, desumibile dall'applicazione analogica dell'art. 2379, ad un avviso di convocazione in grado di far conoscere preventivamente il luogo e la data della riunione; conseguentemente l'Autore ritiene che l'informazione debba ritenersi assolutamente assente quando anche solo uno dei legittimati non riceva lo strumento cartaceo o informatico che gli dia notizia della procedura in corso, senza operare apparentemente alcuna distinzione tra consultazione e consenso scritto.

spostamento del problema interpretativo sul piano probatorio, nel mutuo interesse dei soci coinvolti e del soggetto onerato; al fine di scongiurare il rischio di impugnazione la società, nella persona dell'amministratore o del diverso incaricato, non dovrà necessariamente conformarsi ad una precisa modalità di informazione, ma piuttosto dovrà poter dimostrare il coinvolgimento, comunque avvenuto, dell'intera compagine.

Per quanto attiene all'assenza di informazione successiva, è manifesta l'intima correlazione con il contenuto minimo del documento formalizzante: pur non potendosi, come si ricorderà, prospettare l'incondizionata necessità di una verbalizzazione – adempimento approfonditamente investigato nella letteratura giuscommerciale³⁹⁶ – per comprendere quali siano le formalità necessarie per escludere l'assenza assoluta di informazione³⁹⁷, occorre riferirsi, in parziale trasposizione dei principi dettati dall'art. 2379, alla presenza, nei documenti conservati o nella prescritta trascrizione, di una descrizione sia pur embrionale del contenuto decisivo, tale da permettere ai soci di conoscere ed eventualmente impugnare l'atto. Sotto questo profilo, come vedremo nel paragrafo successivo, anche il mancato rispetto dei requisiti di forma può, in presenza di alcune circostanze concorrenti, integrare un difetto assoluto di informazione sanzionabile.

La duplice valenza dell'assenza di informazione trova conferma nel richiamo in tema di sanatoria di nullità alle corrispondenti disposizioni del modello azionario³⁹⁸. In forza del rinvio all'art. 2379bis – norma che riferendosi necessariamente a contesti assembleari richiede alcuni adeguamenti interpretativi, in particolare attraverso l'identificazione degli adempimenti corrispondenti alla convocazione ed alla verbalizzazione³⁹⁹ –

³⁹⁶ Per tutti MISEROCCHI, *La verbalizzazione*, cit., passim.

³⁹⁷ La presenza del requisito minimo non impedisce tuttavia che il mancato rispetto della procedura legale o statutaria nella fase documentale e post-deliberativa determini l'annullabilità ai sensi dell'art. 2479ter primo comma.

³⁹⁸ Sebbene l'art. 2479ter non richiami l'art. 2379 in tema di nullità della delibera per assenza del verbale e della convocazione, dal richiamo effettuato alla disciplina azionaria in tema di sanatoria gli interpreti traggono la conclusione che anche nelle società a responsabilità limitata tali mancanze diano luogo a nullità (così *ex multis* ROSAPEPE, *Commento sub art. 2479ter*, cit., 179, GUERRIERI, *Delle decisioni dei soci*, cit., 2056 e BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 327; *contra* per la semplice annullabilità della decisione priva del verbale assembleare SANTOSUOSSO, *Le riforme del diritto societario*, Milano, 2003, 229).

³⁹⁹ Va osservato come entrambe le ipotesi di sanatoria richiamate dall'ultimo comma dell'art. 2479ter si riferiscano proprio alle ipotesi di invalidità che, come visto, non vengono menzionate, ma sostituite dalla nozione duplice di assenza assoluta di informazione.

l'impugnazione delle decisioni extra-assembleari invalide per assenza assoluta di informazione preventiva non può essere proposta da chi abbia dichiarato, anche successivamente, il suo assenso allo svolgimento del procedimento. Ne consegue che la mancata informazione della minoranza – e *a fortiori* la mera irregolarità della sollecitazione – non possa determinare la nullità della decisione – e nemmeno l'annullabilità – qualora tutti i soci abbiano comunque partecipato al procedimento prestando così implicito assenso allo svolgimento nelle forme di rito⁴⁰⁰. Specularmente la sanatoria, prevista anche per la mancanza del verbale, va qui intesa nel senso di consentire la redazione del documento formalizzante – qualora sia necessario ai fini della validità della decisione – in via differita⁴⁰¹ e comunque prima della successiva assemblea (o della successiva decisione non assembleare), sì da eliminare in radice la causa di nullità.

La sottoposizione dell'impugnazione delle decisioni nulle al termine di tre anni dalla trascrizione fa sì che le decisioni viziate, a fronte del mancato assolvimento delle formalità di pubblicità interna, siano impugnabili senza limiti di tempo, non essendosi verificato l'adempimento che segna il decorso del predetto termine⁴⁰². Ai nostri fini, questa circostanza assume speciale rilievo nei casi di nullità per assenza assoluta di informazione preventiva: il decorso del termine triennale determina infatti l'accesso agli effetti propri dell'atto valido anche per le decisioni extra-assembleari assunte su autonoma iniziativa di alcuni soci, attraverso il sistema della raccolta interna, senza il prescritto coinvolgimento dell'intera compagine⁴⁰³, a condizione però che il documento sottoscritto, quantunque viziato, sia trasmesso agli amministratori e questi provvedano

⁴⁰⁰ In senso conforme GUERRIERI, *Delle decisioni dei soci*, cit., 2056, nt. 192.

⁴⁰¹ In realtà, la formalizzazione di un procedimento non contestuale è per definizione caratterizzata da un intrinseco differimento. Sui profili assembleari del differimento vedi ADRIANI, *Sul verbale assembleare non contestuale*, loc. cit.

⁴⁰² In senso conforme CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci*, cit., 791 e MARCIANO, *I processi decisionali dei soci*, cit., 89, il quale pone correttamente in luce come l'impugnabilità senza limiti di tempo riguardi, per le medesime ragioni, anche le decisioni annullabili non trascritte nel relativo libro. Vedi però le importanti eccezioni – in tema di bilancio, di operazioni sul capitale e di emissione di titoli di debito – di cui agli artt. 2379ter e 2434bis, espressamente richiamati dall'ultimo comma dell'art. 2479ter.

⁴⁰³ Equiparabile nella sostanza alla situazione descritta nel testo è la decisione presa dal socio amministratore all'insaputa degli altri soci e trascritta dallo stesso nel libro delle decisioni a norma dell'art. 2478, ipotizzata da CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci*, cit., 794.

alla trascrizione nel libro⁴⁰⁴, in mancanza della quale la risoluzione è, come visto, impugnabile in ogni tempo. La scelta del legislatore, che, sia pur marginalmente, ridimensiona in sede sanzionatoria la proclamata intangibilità del diritto di partecipazione, sembra, sotto questo profilo, equilibrata e condivisibile, da una parte attribuendo ai soci estromessi dal procedimento un periodo sufficientemente lungo per conoscere e contestare la validità della risoluzione sulla base delle risultanze del libro sociale, dall'altra circoscrivendo l'impugnabilità senza limiti di tempo alle decisioni che, non essendo trascritte, ignorino la prescritta pubblicità interna e siano di conseguenza estranee all'organizzazione⁴⁰⁵.

Tratteggiati sommariamente i contorni delle diverse categorie di invalidità disciplinate dall'art. 2479ter, merita un'analisi autonoma il regime sanzionatorio delle decisioni extra-assembleari assunte in violazione delle riserve assolute di collegialità, tema estremamente delicato sul quale gli interpreti, pur senza affrontare diffusamente la questione, hanno avanzato soluzioni alquanto discordanti⁴⁰⁶. La non conformità del momento enunciativo agli schemi procedurali va preliminarmente distinta dal difetto assoluto di competenza: tradizionalmente l'atto negoziale affetto dal vizio di incompetenza viene considerato inefficace, in applicazione analogica dei principi generali che regolano gli atti di disposizione sull'altrui sfera giuridica *invito domino* ed in particolare la rappresentanza senza potere⁴⁰⁷. Se nella disciplina vigente una simile

⁴⁰⁴ Con probabili profili di responsabilità nei confronti dell'ente qualora l'amministratore incaricato, di là dai casi di aperta malafede, proceda alla trascrizione di una decisione palesemente viziata da assenza assoluta di informazione.

⁴⁰⁵ Si conferma quindi come la nuova disciplina attribuisca, nel complesso, straordinaria importanza alla trascrizione delle decisioni non assembleari, imponendo nel contempo sui consociati l'onere di procedere a verifiche periodiche dei libri e penalizzando oltremodo quei soggetti che, omettendone la consultazione e disinteressandosi alla vita sociale, si collochino ai margini dell'attività d'impresa.

⁴⁰⁶ Vedi in particolari le diverse ricostruzioni di CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci*, cit., 790, ALLECA, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 350 e CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 182, rispettivamente ispirate all'inefficacia, alla nullità ed all'annullabilità.

⁴⁰⁷ Vedi sul punto ZACCARIA, *Rappresentanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 491, DE NOVA, *La rappresentanza*, in RESCIGNO (a cura di), *Trattato del diritto privato*, X, II, Torino, 1982, 405 ed *ivi* ulteriori richiami alla dottrina classica. Questa lettura, così come l'assimilazione della delibera al compimento in proprio di un atto gestorio ex art. 2032, non esclude, sulla scorta della disciplina civilistica, la possibilità di ratifica da parte dell'organo competente, attraverso la quale l'interessato, appropriandosi

situazione è ravvisabile nel compimento da parte dell'organo amministrativo di operazioni inderogabilmente attribuite alla competenza dei soci⁴⁰⁸, la questione assume connotazioni piuttosto differenti qualora l'organo deliberante, inteso come collettività dei soci, non difetti di competenza originaria, attribuitagli anzi in via esclusiva, ma eserciti concretamente quei poteri primari in dispregio delle prescritte modalità di formazione della volontà: il ricorso alle tecniche extra-assembleari in violazione delle riserve legali di collegialità non attinge quindi alla fase di riconoscimento dei poteri ad un determinato organo, ma piuttosto alla fase enunciativa dei poteri stessi e, non qualificandosi come

degli effetti riconducibili all'attività negoziale svolta, realizza il definitivo superamento dell'inefficacia (sul punto vedi in particolare CASELLA, *Gestione di affari*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 8). Nella teoria generale del negozio giuridico, sul concetto e sui corollari dell'inefficacia SCALISI, *Il negozio giuridico fra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 351 ed *ivi* rinvii all'ampia letteratura in materia.

⁴⁰⁸ Il sistema delle invalidità presuppone la competenza, quanto meno residuale o "su sollecitazione", dell'organo deliberante, in assenza della quale si è fuori dall'ambito dell'invalidità. La soluzione dell'inefficacia per i casi di incompetenza assoluta, sia pur caratterizzata dall'imprescrittibilità dell'azione – vale a dire l'elemento che il legislatore ha inteso bandire o quanto meno relegare ad ipotesi marginali – sembra potersi prospettare anche all'indomani della riforma. Le situazioni di incompetenza sanzionabili con l'inefficacia si potranno verificare con maggior probabilità nelle società per azioni, caratterizzate da una più profonda rigidità nella struttura corporativa e da una ripartizione di competenze inderogabili di chiara matrice gierkiana. Per BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 284, un'eventuale diversa opinione che ritenesse annullabile o nulla la decisione dell'organo incompetente "sarebbe intimamente contraddittoria con i profili funzionali ed organizzativi che caratterizzano la struttura societaria".

Sull'inefficacia delle deliberazioni che eccedono i poteri dell'assemblea di s.p.a., sconfinando in ambito gestorio, non riproponibile nei medesimi termini nella società a responsabilità limitata (se non per le poche competenze inderogabili dell'organo amministrativo), vedi GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., 200 c, in senso critico, SANZO, *Commento sub art. 2377*, cit., 628. Sul punto prima della riforma si rinvia, per tutti, a CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, 118 c, per una diversa soluzione fondata sul riconoscimento all'assemblea di un potere di istruzione tale da escludere l'inefficacia della delibera, ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975, 70. Nella società a responsabilità limitata – osservano BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 284 – un'analogia decisione gestoria assunta dai soci, in assenza di clausole statutarie attributive o della prescritta richiesta da parte della minoranza qualificata, per via della commistione fra potere decisorio e potere gestorio (sulla quale ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, cit., 76), non sarebbe inefficace per carenza assoluta di potere, quanto annullabile per difformità dalle norme procedurali occorrenti per radicare la competenza nei soci.

vizio proprio di incompetenza, non può conseguentemente essere sanzionato con l'inefficacia⁴⁰⁹. Non deve altresì condividersi una soluzione che riproponga gli schemi dell'inesistenza – sui quali torneremo nel paragrafo successivo – si da negare l'esistenza, *come deliberazione assembleare*, di una decisione formata attraverso la raccolta separata dei consensi: se nelle società per azioni la mancanza di un sistema extra-assembleare opzionale giustifica parzialmente questa lettura in quanto la totale assenza di una riunione, ancorché risultante da verbale e regolarmente trascritta sul libro delle adunanze,

⁴⁰⁹ *Contra* CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci*, cit., 790, secondo cui le decisioni così adottate non esistono come deliberazioni *assembleari* (corsivo dell'Autore) e, nelle materie inderogabilmente affidate al collegio, restano *ab origine* ed indefinitamente improduttive di effetti, assumendo rilievo sostanziale la circostanza che la decisione non è riferibile all'assemblea, per quanto sia riconducibile ai soci. L'Autore, muovendo dalla distinzione tra determinazione dell'organo assembleare e mera riferibilità ai soci, applica coerentemente i principi in tema di vizi di incompetenza: questa conclusione, adeguatamente sviluppata ed argomentata, denuncia però un'impostazione non più condivisibile nel modello a responsabilità limitata, ancorandosi implicitamente all'idea di assemblea come *organo formalizzato* distinto rispetto ai soci, che nel nostro tipo societario sembra quantomeno attenuata nei contorni concettuali, al cospetto di una nuova qualificazione di assemblea come *metodo decisionale formalizzato* attraverso il quale la collettività si esprime (vizio logico riscontrabile anche nella pur attenta analisi di ALLECA, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 353, nella parte in cui richiama le "regole sulla partizione delle competenze tra assemblea e soci"). Non a caso l'opinione qui criticata accomuna nel trattamento sanzionatorio la violazione delle riserve legali di collegialità nella s.r.l. all'utilizzo della consultazione scritta nelle s.p.a.: in questo contesto l'assoluta inderogabilità del metodo assembleare potrebbe invece deporre, senza però costituire argomento decisivo, a favore dell'inefficacia delle decisioni non formalmente riferibili all'organo collegiale perfetto.

Nel senso del testo, oltre al già citato contributo di CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 182, anche BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 327 che, introducendo il concetto di *incompetenza relativa*, distinto rispetto alla tradizionale nozione elaborata nel diritto amministrativo, osservano che, qualora si adottino forme procedurali non consentite muovendosi però nell'ambito delle competenze attribuite alla collettività, "si ha una ipotesi di non grave difformità rispetto all'organizzazione [...] e la sanzione coerente ci sembra l'annullabilità".

Pur in un diverso contesto applicativo, una risalente pronuncia risolveva il difetto assoluto di competenza in termini di inesistenza della decisione – secondo un'interpretazione che va parimenti esclusa nella nostra fattispecie – sul presupposto che il riparto di poteri fra i diversi organi salvaguardi un interesse di ordine pubblico e caratterizzi l'ente in senso tipologico, si da escludere *in toto* la riferibilità alla società di una deliberazione assunta dall'organo incompetente (App. Firenze, 5 giugno 1956, in *Giur. tosc.*, 1956, 425, criticato da IRRERA, *Le deliberazioni del consiglio di amministrazione*, Milano, 2000, 70).

potrebbe intaccare il *Minimaltatbestand* del fenomeno decisionale⁴¹⁰, la stessa conclusione non può sostenersi – se non a costo di allargare pericolosamente le maglie dell'inesistenza – in un modello, come la società a responsabilità limitata, che ammette espressamente la deroga, seppur circoscritta, del metodo assembleare⁴¹¹.

Le precedenti considerazioni, valorizzando l'aspetto procedimentale, dovrebbero logicamente condurre ad affermare la semplice annullabilità della decisione per non conformità alla legge⁴¹². Per affermare con sufficiente sicurezza questa tesi, occorre prima escludere la possibile riconduzione della fattispecie concreta nell'alveo della nullità⁴¹³. In particolare affermando l'incidenza, o quantomeno l'influsso indiretto, dell'art. 1343 in tema di causa contrattuale illecita sulla nozione di illiceità dell'oggetto⁴¹⁴, intesa come contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume e definendo ai nostri fini come imperativa ogni disposizione cogente o inderogabile, da osservarsi cioè nonostante qualsiasi patto contrario, si dovrebbe concludere per la nullità di una decisione presa in contrasto con riserve assembleari, che non ammettono appunto deroga pattizia. Tuttavia, secondo una tesi dapprima sostenuta in

⁴¹⁰ Come osserva correttamente CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci*, cit., 790, la legittimità del voto per corrispondenza non può deporre in senso contrario: un'eventuale disposizione statutaria, in base all'art. 2370, attribuisce infatti la facoltà di partecipare ai lavori assembleari mediante questa forma di partecipazione a distanza, ma non può sostituire il procedimento collegiale contestuale. In questi casi, così come per l'intervento in videoconferenza, una riunione deve essere comunque convocata, pur in presenza di una integrale partecipazione remota (virtuale o per corrispondenza). Sulla possibilità di introdurre questi meccanismi di partecipazione nella società a responsabilità limitata vedi AA. VV., *Le massime del Consiglio Notarile di Milano*, Milano, 2005, 63 e per una panoramica dei vari orientamenti sull'ammissibilità dell'ausilio di mezzi di telecomunicazione nelle riunioni societarie, DEMURO, *Collegialità societaria e nuove tecnologie*, cit., 59.

⁴¹¹ Aderendo alla tesi dell'inefficacia o dell'inesistenza, ci si deve inoltre domandare se la decisione extra-assembleare possa qualificarsi, ricorrendone i presupposti, in modo diverso (eventualmente come sindacato di voto tra i soci firmatari) o se resti *ab origine* ed indefinitamente improduttiva di effetti; sembrerebbe in verità contraddittorio prescrivere la riunione assembleare e nel contempo consentire che la sottoscrizione di un documento viziato possa contribuire alla preformazione della volontà sociale.

⁴¹² Così CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 182.

⁴¹³ ALLECA, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 350, annoverando l'ipotesi in parola tra le decisioni nulle, sembrerebbe ricostruire la fattispecie come illiceità dell'oggetto.

⁴¹⁴ MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in VASSALLI E VISENTINI (a cura di), *Legislazione economica. Studi*, Milano, 1981, 318.

giurisprudenza⁴¹⁵ e successivamente elaborata da un poderoso contributo dottrinale⁴¹⁶, la nullità delle decisioni discende non dalla violazione di qualsiasi norma cogente, ma solo dal contrasto con norme dettate a tutela di un interesse generale che trascenda l'interesse dei singoli soci o dirette ad impedire una deviazione dallo scopo economico-pratico del contratto di società. La nullità sarebbe inoltre configurabile ogniqualvolta la decisione, ponendosi in contrasto con la normativa contrattuale generale e con i requisiti di validità del contratto, leda un interesse generale, anche violando norme procedurali imperative a rilevanza esterna o incidendo su diritti indisponibili. Va confutata la distinzione aprioristica tra oggetto e metodo, secondo cui la collettività ed i terzi non sarebbero mai interessati alle modalità di formazione della decisione, ma unicamente al contenuto sostanziale – il solo elemento capace di incidere all'esterno – e secondo cui l'esclusiva lesione di interessi interni troverebbe sempre adeguata salvaguardia nell'azione di annullamento⁴¹⁷. In realtà, nel sistema previgente, varie fasi del procedimento sono state ritenute ispirate alla tutela, esclusiva o concorrente, di interessi generali, come le formalità di convocazione⁴¹⁸, l'intervento dei sindaci in assemblea⁴¹⁹ e la stessa prescrizione del metodo collegiale per l'adozione delle deliberazioni nelle società per azioni⁴²⁰.

⁴¹⁵ Secondo un consolidato orientamento di legittimità espresso, in particolare, da Cass., 20 aprile 1961, n. 883, in *Dir. fall.*, 1961, II, 783, Id., 23 marzo 1993, n. 3458, in *Giur. comm.*, 1994, II, 382 con nota di L. PICARDI, *Riduzione del capitale per perdite e "soppressione" del diritto di opzione dei soci: effetti sulla validità delle deliberazioni assembleari* e Id., 9 aprile 1999, n. 3457, in *Foro it.*, 1999, 2248. Secondo ALLECA, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 352, i presupposti di questo orientamento sono destinati a subire un ridimensionamento in virtù della nuova conformazione della disciplina della nullità. La previsione di un termine triennale "inficia l'efficacia di una teoria sviluppata sul presupposto dell'imprescrittibilità della relativa azione nel sistema precedente alla riforma".

⁴¹⁶ ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 420, alla cui ricostruzione di rinvia per ulteriori riferimenti.

⁴¹⁷ Così nella giurisprudenza di legittimità Cass., 9 febbraio 1979, n. 906, in *Giur. comm.*, 1979, II, 354 e in dottrina COLOMBO, *L'impugnativa del bilancio certificato*, in *Riv. soc.*, 1982, 860.

⁴¹⁸ ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale. Società e associazioni commerciali*, Bologna, 1936, 282.

⁴¹⁹ CAPANI, *Effetti della mancata partecipazione del collegio sindacale all'assemblea*, in *Società*, 1985, 697.

⁴²⁰ Sul punto GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nelle società per azioni*, cit., 43, che pur ravvisando un interesse generale al rispetto del metodo collegiale, propende per l'annullabilità ritenendo che la legittimazione all'impugnativa da parte degli organi sociali sia sufficiente a tutelare gli interessi generali eventualmente lesi (convinzione criticata invece da ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni*

Sgombrato così il campo da una questione pregiudiziale che, limitando l'operatività della nullità all'oggetto sostanziale della decisione, avrebbe reso superflua ogni successiva valutazione, va analizzata la *ratio* della disposizione violata. In primo luogo il carattere inderogabile delle riserve di collegialità non costituisce di per sé argomento concludente, dovendosi ulteriormente indagare l'eventuale natura pubblicistica dell'interesse tutelato. In altre parole, una volta superata, sulla scorta della distinzione tra tutela mediata ed immediata⁴²¹, l'obiezione fondata sull'asserita inesistenza di norme cogenti esclusivamente preordinate alla salvaguardia di interessi individuali⁴²², occorre chiedersi se l'inderogabilità del metodo assembleare trascenda la sfera endosocietaria, ponendosi a presidio immediato e diretto di un interesse generale come norma imperativa di ordine pubblico⁴²³.

Ad una lettura superficiale la soluzione parrebbe agevole: come si è appena

assembleari, cit., 475, nt. 50). La tesi richiamata non può tuttavia riprodursi, senza adattamenti, in risposta al problema esaminato nel testo, in considerazione da un lato delle profonde differenze tra i processi decisionali nel modello azionario previgente e nella nuova società a responsabilità limitata (prima fra tutte l'ammissibilità di tecniche semplificate), dall'altro della distinzione fra il mancato rispetto del metodo collegiale ed il ricorso, sia pur illegittimo, a metodi nei quali la collegialità, lungi come vedremo da un completo abbandono, è in realtà sottoposta ad una mera attenuazione.

⁴²¹ Sulla distinzione e sulla compresenza di entrambe le funzioni quale fenomeno caratteristico delle norme inderogabili vedi ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 423: se la condizione sufficiente per qualificare l'inderogabilità di una norma è la sua destinazione alla tutela mediata (o indiretta) di un interesse generale, questo comporta la configurabilità di una norma inderogabile che tuteli in via immediata (o diretta) un interesse esclusivo dei soci.

⁴²² Vedi GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nelle società per azioni*, cit., 62 e ID., *Bilancio non chiaro e nullità di deliberazione assembleare*, in *Riv. soc.*, 1972, 565.

⁴²³ Per interesse generale deve intendersi in questo contesto, non già l'interesse di tutti i soci contrapposto a quello dei singoli, bensì l'interesse pubblico riferito alla "collettività massima" ovvero l'interesse di categorie di terzi attualmente o potenzialmente in rapporti con la società, primi fra tutti i creditori, i fornitori ed i dipendenti (sul punto si rinvia per tutti a PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, 696). In applicazione dei medesimi criteri in una diversa fattispecie, CANDIAN, *Emissione di azioni privilegiate nel voto: deliberazione impugnabile non nulla*, in *Temi*, 1960, 350, opera una distinzione tra norme imperative di ordine pubblico a salvaguardia di un interesse che trascende la sfera individuale e norme imperative di ordine privato che presidiano un interesse esclusivo del socio, negandone la libera disponibilità. Vedi anche la disamina della posizione dei terzi a fronte di vizi procedurali interni in RAGUSA, *Vizi del processo decisionale nelle formazioni organizzate e diritti dei terzi*, Milano, 1992.

osservato, la violazione di una norma riguardante la fase di formazione della volontà collettiva è tradizionalmente paradigmatica della lesione di un interesse interno alla regolarità del procedimento⁴²⁴, sia pur finalizzata alla tutela mediata di un interesse più ampio, ossia quella generale aspirazione all'indefettibilità dei contenuti precettivi⁴²⁵; d'altro canto la particolare portata della prescrizione del metodo collegiale perfetto solleva una questione sino ad ora sconosciuta⁴²⁶ – stante, nella disciplina previgente, la sostanziale corrispondenza biunivoca tra formazione della volontà collettiva e metodo assembleare – la cui soluzione non può equipararsi semplicisticamente all'ordinaria violazione di una qualsiasi norma procedimentale. Pur considerando con le dovute cautele le inedite specificità del problema, osserviamo come le materie per le quali la legge sancisce l'obbligatorietà della riunione attengano sempre a variazioni dell'assetto corporativo interno, potenzialmente idonee ad incidere sugli interessi dei terzi solo in via mediata (ad esempio attraverso la modificazione formale o di fatto dell'ambito di attività d'impresa), ovvero a rilevanti modificazioni dei diritti dei soci, per le quali sembra indiscutibile la valenza interna: l'analisi delle ipotesi testuali di cui all'art. 2479 depone quindi a favore dell'annullabilità. A diversa conclusione condurrebbe la qualificazione delle riserve legali di collegialità come norme prescrittive di ordine pubblico, ma la precisa identificazione dell'interesse generale sotteso, fondata sull'asserita funzione di garanzia del metodo assembleare⁴²⁷, non appare pienamente convincente nei risultati e

⁴²⁴ Sulla nozione interna di *public good* nelle diverse organizzazioni collettive OLSON, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Londra, 1971, 9.

⁴²⁵ Così ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 425.

⁴²⁶ Si vedano però la sempre attuale analisi operata da GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, cit., 56.

⁴²⁷ Posizione assunta da ALLECA, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 352 secondo cui la decisione violerebbe una norma inderogabile posta a tutela di un interesse generale, senza però soffermarsi sui precisi termini dell'interesse protetto (sui quali si rinvia a GRIPPO, *op. ult. loc. cit.*, che tuttavia propende infine per l'annullabilità). L'Autore esemplifica una decisione su operazioni gestorie – l'assunzione di partecipazioni in altre imprese – dalla quale derivi una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale come negozio avente contenuto astrattamente lecito, ma concretamente illecito per contrarietà a norma imperativa. L'esempio addotto consente di valutare un ulteriore aspetto di criticità delle decisioni invalide per violazione delle riserve di collegialità: nei casi previsti dal n. 5 dell'art. 2479 secondo comma, il vizio emerge solo a seguito di una valutazione concreta e necessariamente *ex post* degli effetti della decisione, in particolar modo del grado di incidenza sui diritti dei soci e sull'oggetto sociale. Questo aspetto accomuna entrambe le tesi, ma comporta maggiori rischi qualora si opti per la nullità: ogni decisione potenzialmente incidente sui diritti dei soci o sull'oggetto sociale sarebbe sottoposta, per un triennio, all'includibile rischio

fondata su premesse contraddittorie rispetto alla consolidata, ma non per questo indiscussa, distinzione tra interessi interni ed esterni⁴²⁸. Per contro se, nel contesto di una

di impugnazione da parte di chiunque vi abbia interesse. L'esito dell'azione, comportando una valutazione di merito, per di più ancorata a criteri interpretativi nebulosi, determinerebbe una grave incertezza sulle sorti e sulla validità delle decisioni extra-assembleari, in particolare quelle di natura gestoria. Senza attribuire peso eccessivo ad istanze efficientistiche che non possono prescindere dall'analisi del dato normativo, osserviamo come la tesi dell'annullabilità ridurrebbe la decorrenza del suddetto rischio a soli novanta giorni dalla trascrizione, denunciando tuttavia la probabile inadeguatezza del termine breve rispetto al rischio di successiva inattuabilità di importanti decisioni attuate senza il passaggio assembleare.

Le fattispecie qui tratteggiate saranno quelle che potranno emergere nella prassi applicativa e nella casistica giurisprudenziale con maggiore – quantunque relativa – frequenza; per contro nei casi previsti dal n. 4 dell'art. 2479 secondo comma, l'obbligo di verbalizzazione notarile delle modifiche statutarie riduce sensibilmente le probabilità di violazione della riserva, in quanto l'adozione del prescritto metodo decisionale sarà all'uopo vagliata dal notaio verbalizzante (sulla rilevanza dell'errore del notaio ai fini dell'applicabilità della sanzione disciplinare vedi TORRE, *Verbale assembleare: violazione di legge relative alla forma dell'atto e al contenuto della delibera. Profili sanzionatori*, in *Vita not.*, 2003, II, 527 e CASU, *Verbale notarile d'assemblea e art. 28 legge notarile*, in *Riv. not.*, 1999, 867, sul presupposto, decisivo ma incerto nel nostro caso, che la sanzione per la violazione sia la nullità dell'atto).

⁴²⁸ Sui quali autorevolmente ASQUINI, *Se una deliberazione sociale di aumento di capitale con emissione di azioni a voto plurimo sia nulla ai sensi dell'art. 2379 o solo impugnabile ai sensi dell'art. 2377*, in *Temi*, 1960, 364, CANDIAN, *Emissione di azioni privilegiate nel voto: deliberazione impugnabile non nulla*, cit., 350 e SIMONETTO, *Azione di nullità delle delibere assembleari e interessi tutelati dal complesso delle norme sulle società di capitali*, in *Dir. fall.*, 1973, II, 120. Diffusamente sulla negazione del carattere di ordine pubblico al divieto di compimento di atti estranei all'oggetto sociale, tema con profili analoghi e forse più spinosi rispetto al nostro, GLIOZZI, *Gli atti estranei all'oggetto sociale nelle società per azioni*, cit., 250. Si osservi inoltre come la nuova normativa, che sottopone l'azione di nullità al termine decadenziale triennale, vada parzialmente a contrastare, sotto questo profilo, con un principio cardine elaborato dalla migliore dottrina classica, secondo cui l'ordinamento giuridico non può lasciare ai singoli soci "la facoltà di rendere valida mediante acquiescenza una deliberazione che per la causa o il contenuto violi i suoi precetti fondamentali posti nell'interesse generale" (così DONATI, *L'invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, Milano, 1937, 108 e per analoghe considerazioni ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale. Società e associazioni commerciali*, cit., 281, GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., 265 e MOSSA, *L'inefficacia della deliberazione dell'assemblea nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 447), laddove però nella nuova disciplina l'acquiescenza dovrà coinvolgere tutti i legittimati all'azione di nullità, quindi non solo i soci ma anche i terzi interessati.

modifica statutaria, il mancato rispetto del metodo assembleare è accompagnato dall'assenza della forma notarile, prescritta ai sensi dell'art. 2480, si riconoscono nel requisito dell'atto pubblico indubbi profili di tutela di interessi collettivi che, trascendendo la sfera procedimentale interna, potrebbero deporre a favore della nullità della risoluzione⁴²⁹.

Procedendo con l'applicazione dei principi espressi dal summenzionato orientamento giurisprudenziale, nemmeno la valutazione dell'eventuale deviazione dallo scopo economico pratico del contratto di società fornisce argomenti determinati a favore della nullità: in base al significato comunemente attribuito alla locuzione dalla dottrina⁴³⁰, la nullità della decisione può discendere solo dal contrasto dell'oggetto sostanziale con requisiti primari della fattispecie, come la responsabilità limitata o lo scopo di lucro, determinando quindi l'incompatibilità con l'essenza stessa della società, *mit dem Wesen der Gesellschaft unvereinbar*. Orbene la condivisibile qualificazione della riserva di collegialità come presidio della struttura corporativa residuale non può tuttavia spingere l'interprete sino a ravvisare al suo interno un tratto essenziale del fenomeno societario, per di più quando la violazione riguardi la procedura e non il contenuto sostanziale della risoluzione.

La concezione tendenzialmente restrittiva dell'illiceità e l'assenza dei presupposti necessari per l'inquadramento nell'impossibilità giuridica⁴³¹ non permettono quindi

⁴²⁹ Si noti però che la nullità discende in questo caso non tanto dalla violazione delle riserve di cui all'art. 2479 quanto dal mancato rispetto delle formalità notarili di cui all'art. 2480, dovendosi quindi addivene a diversa soluzione, nuovamente l'annullabilità, qualora l'eventuale modifica statutaria assunta mediante consultazione scritta sia verbalizzata – *rectius* incorporata nel documento formalizzante – nel rispetto del requisito di forma pubblica in piena rispondenza alle istanze di tutela degli interessi generali di pubblicità dell'atto (dovendosi tuttavia ipotizzare in questo caso il palese errore da parte del notaio ricevente nell'applicazione della disciplina qui esaminata).

⁴³⁰ Vedi ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952, 171 e per ulteriori richiami ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 434.

⁴³¹ Secondo MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 129 e ASCARELLI, *L'interesse sociale*, cit., 534, perché una delibera possa considerarsi giuridicamente impossibile occorre che il contrasto con la norma inderogabile si traduca in una vera e propria disciplina sostitutiva: alla luce di questa considerazione non già la violazione occasionale delle riserve di cui all'art. 2479, ma solo l'introduzione di un clausola che autorizzi in via permanente il ricorso alla consultazione scritta per la modifica dell'atto costitutivo potrebbe essere ricondotta all'impossibilità giuridica dell'oggetto della decisione. Proprio il

l'estensione della nullità alla violazione delle riserve legali: l'illegittima compressione – non già, si badi, la totale negazione – del principio di collegialità, come ogni altra deviazione rispetto a disposizioni, pur inderogabili, finalizzate all'esclusiva salvaguardia di interessi dei soci, sembra sanzionabile con la semplice annullabilità della decisione. La soluzione proposta, non del tutto tranquillante e lontana da un ipotetico *optimum* giuridico, in particolare per la sottoposizione della relativa azione ad un breve termine d'impugnazione forse inadeguato alla gravità della violazione⁴³², denota però una sostanziale coerenza con le premesse concettuali elaborate in passato e con i principi

definitivo consolidamento della disciplina sostitutiva attraverso il mancato esperimento da parte dei soggetti legittimati dell'azione di annullamento determinò originariamente la necessità di elaborare l'impossibilità giuridica dell'oggetto, come ipotesi autonoma rispetto all'illiceità: la tesi opera una distinzione fra negozi che non si possono compiere, in quanto valutati dall'ordinamento come intrinsecamente inidonei a produrre effetti (impossibilità), e negozi che non si devono compiere (illiceità). Sul punto si rinvia a ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 438, ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 cod. civ. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. soc.*, 1956, 92 e in ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Milano, 1959, 534 ed ancora sotto la vigenza del codice di commercio DONATI, *L'invalidità della deliberazione*, cit., 211 ed ancora ASCARELLI, *L'art. 163 cod. comm. e la pratica statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 356; *contra* per la sola rilevanza ai fini della nullità dell'impossibilità materiale, FERRO LUZZI, *La conformità delle deliberazioni alla legge e all'atto costitutivo*, cit., 169.

Il rischio di una surrettizia deroga a norme imperative, anche sotto il profilo dell'accesso ai metodi decisionali semplificati, non sarebbe oggi neutralizzato nemmeno riconducendo la fattispecie nell'ambito della nullità, stante la sottoposizione al termine decadenziale di tre anni, ricostruzione che comporterebbe la mera posposizione del termine per il consolidamento di una clausola ancorché illecita o impossibile: si tratta di una delle gravi conseguenze, forse non interamente percepite in sede di revisione della disciplina, che discendono direttamente dal nuovo testo dell'art. 2479ter terzo comma e dalla scelta di limitare l'imprescrittibilità dell'azione ad un'ipotesi – l'introduzione di un oggetto sociale illecito o impossibile – del tutto trascurabile. In sede di futura applicazione della normativa gli interpreti dovranno fronteggiare l'arduo interrogativo di carattere generale su quali siano le sorti delle operazioni compiute in base a clausole organizzative nulle consolidate con il decorso del triennio (nel nostro caso le eventuali procedure di consultazione o di consenso espresso per iscritto aventi ad oggetto la modifica dell'atto costitutivo autorizzate da una clausola sì nulla, ma apparentemente inoppugnabile).

⁴³² La percezione di questo rischio e del disequilibrio tra violazione e sanzione corrobora secondo ALLECA, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 353 la tesi della nullità, la cui adesione presuppone, lo ripetiamo, la precisa individuazione dell'interesse generale protetto.

ispiratori del nuovo impianto normativo⁴³³.

Dal punto di vista sanzionatorio, minori problemi suscita l'adozione dei metodi non assembleari in assenza di clausole autorizzative – ovvero quando ne siano stati superati i limiti – nell'ambito però di materie rispetto alle quali è astrattamente consentita la deroga alla collegialità perfetta: il difetto di conformità, da intendersi qui come violazione di una regola endosocietaria derogabile, si configura come vizio procedimentale sanzionato con l'annullabilità, senza sollevare interrogativi sulla riferibilità all'organo competente o sull'eventuale contrasto con norme organizzative cogenti⁴³⁴. L'esclusione dal novero dei legittimati dei terzi, la cui interferenza su forme decisionali disponibili non sarebbe invero desiderabile, costituisce anzi la necessaria premessa logica per affermare l'operatività della regola del consenso unanime, brevemente tratteggiata nel capitolo precedente, e per ammettere in tal guisa il ricorso ai metodi semplificati allorquando, pur in assenza di una clausola, tutti i soci e le cariche sociali, acconsentendo alla decisione, rinuncino preventivamente all'azione di annullamento⁴³⁵.

3.4 Le conseguenze del mancato rispetto dei requisiti di forma: il rischio di reviviscenza della nozione di inesistenza

Nell'analisi del procedimento extra-assembleare si è più volte affermata la prescrizione di forma scritta che, nella prosa della relazione accompagnatoria⁴³⁶, viene limpidamente definita "esigenza insopprimibile per ragioni di certezza", rinviando l'analisi delle conseguenze dell'inottemperanza al presente capitolo, tema sul quale si

⁴³³ Previo il riconoscimento di una natura pubblicistica all'interesse sottostante all'art. 2479 – non agevolmente dimostrabile – sarebbe forse possibile, in base allo schema elaborato da ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 475, l'applicazione dell'art. 1418 e la conseguente nullità della decisione viziata per contrasto del procedimento formativo con norme inderogabili poste a tutela dell'interesse medesimo.

⁴³⁴ Va segnalata sotto questo profilo l'opinione concorde di CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci*, cit., 791 che, pur sostenendo l'inefficacia delle decisioni prese in violazione delle riserve legali di collegialità, differenzia la soluzione in base all'astratta derogabilità del metodo assembleare, propendendo nell'ipotesi qui richiamata per l'annullabilità della decisione.

⁴³⁵ L'eventualità di una impugnazione da parte di chiunque vi abbia interesse (ai sensi dell'art. 2479ter terzo comma) sarebbe invece un'insuperabile circostanza impeditiva, non potendosi nemmeno astrattamente ipotizzare una rinuncia preventiva all'azione da parte di tutti i soggetti legittimati.

⁴³⁶ Vedi il paragrafo 11 della relazione al decreto di riforma.

riscontrano interpretazioni alquanto difformi. L'inciso "documenti sottoscritti dai soci" induce infatti alcuni autori ad affermare che la forma scritta sia richiesta a pena di nullità della decisione⁴³⁷, impostazione autorevolmente criticata da chi, denunciando i pericoli di una visione eccessivamente negoziale della materia, sostiene che la mancanza della forma scritta abbia conseguenze soltanto sul piano dell'annullabilità⁴³⁸.

Dichiarando sin d'ora la generale preferenza per la tesi dell'annullabilità, le summenzionate interpretazioni, apparentemente inconciliabili, colgono aspetti diversi del problema e sono, a nostro avviso, parzialmente riconducibili ad unità. All'interno di un procedimento eminentemente documentale, il requisito in parola è infatti riscontrabile in diverse fasi dell'*iter* decisionale e le rispettive violazioni presentano differenze non marginali quanto a trattamento sanzionatorio. Muovendo con ordine dall'atto introduttivo, anche la mancata redazione dell'atto di interpello in forma scritta, unicamente nella consultazione, potrà eventualmente condurre all'annullamento della decisione, sanzione alla quale la società resistente potrà agevolmente sottrarsi invocando – allorquando l'atto costitutivo ammetta entrambe le varianti – la riconversione della fattispecie nel consenso espresso per iscritto, ove la fase introduttiva prescinde da ogni requisito di forma, vanificando in tal modo l'impugnativa.

Quando la carenza formale afferrisce alle singole manifestazioni di consenso, riemerge la menzionata distinzione tra patologia diretta della dichiarazione e patologia riflessa dell'atto complesso. Sulla base dei tradizionali schemi civilistici, la forma scritta per una manifestazione di volontà deve intendersi di norma come requisito *ad substantiam* ai sensi dell'art. 1325, in assenza del quale la dichiarazione di consenso è

⁴³⁷ L'interpretazione estensiva, che equipara la mancanza di documentazione scritta extra-assembleare all'assenza del verbale, è supportata – ad avviso di BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 327 – da poderose ragioni connesse all'organizzazione e alla tutela dei terzi. Partendo dal presupposto che il rispetto dei principi fondamentali in tema di procedimento assembleare debba valere anche per le decisioni assunte con metodo diverso e che il senso dell'art. 2479 sia quello di imporre regole *serie* per tali casi, gli autori concludono che "la mancanza di una dichiarazione scritta del socio – ove determinante per il raggiungimento del *quorum* – non rileva soltanto sul piano della invalidità del consenso espresso da quel socio, ma come assoluta carenza documentale della decisione". In senso conforme FICO, *Le decisioni dei soci nelle s.r.l.*, cit., 50.

⁴³⁸ ANGELICI, *La formazione della volontà societaria nell'assemblea e le decisioni dei soci*, in AA. VV., *Le società: autonomia privata e suoi limiti nella riforma*, Milano, 2003, 40. In senso conforme RESCIO, *Il sovrano in esilio: riflessioni e problemi in tema di assemblea e decisioni dei soci*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (a cura di), *Studi e materiali (suppl. al fasc. 1)*, cit., 397.

invalida *sub specie* di nullità e sul piano degli effetti si considera come non prestata⁴³⁹. Sotto questo profilo la forma scritta del consenso è richiesta a pena di nullità della dichiarazione individuale, non già della decisione collettiva⁴⁴⁰.

Nella diversa prospettiva rivolta agli effetti sull'atto deliberativo, il mancato rispetto della forma assume i contorni di vizio procedimentale. Di conseguenza l'invalidità del voto reso oralmente, ovvero privo di sottoscrizione⁴⁴¹, determina la mera annullabilità della risoluzione per non conformità alla legge e, in applicazione della richiamata disciplina di salvezza di cui all'art. 2377, può concretizzarsi nell'annullamento solo se i consensi viziati siano decisivi ai fini del raggiungimento della maggioranza⁴⁴².

Infine, con riferimento ai vizi dell'atto formalizzante, vanno operate alcune importanti distinzioni, risultanti in almeno tre differenti quadri applicativi. In caso di piena autosufficienza costitutiva e probatoria dei documenti sottoscritti in origine dai soci, la mancata formalizzazione scritta non rileva in alcun modo, potendosi procedere

⁴³⁹ ANGELICI, *La formazione della volontà societaria nell'assemblea e le decisioni dei soci*, cit., 2003, 40; si esprimono per l'annullabilità anche BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 364 e CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 182.

⁴⁴⁰ Sul punto si rinvia alle già menzionate considerazioni di GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., 259.

⁴⁴¹ Secondo ALLECA, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, cit., 340, il requisito della sottoscrizione va qualificato come elemento di raccordo che consente l'imputazione della decisione a coloro che siano titolari del diritto a concorrere alla sua formazione: da questa corretta premessa l'Autore fa discendere un parallelismo tra la mancanza delle richieste sottoscrizioni e la deliberazione assembleare assunta in assenza di riunione dei legittimati, affermando l'inesistenza di entrambe le fattispecie deliberative. Alla stregua di quanto sostenuto nel testo, sembra preferibile qualificare la mancata sottoscrizione come semplice vizio della singola manifestazione di volontà che, in conformità con il disposto dell'art. 2377, comporta l'annullabilità della decisione solo qualora risulti determinante per il raggiungimento della maggioranza prescritta; sotto questo profilo, solo dalla totale assenza di sottoscrizioni nell'intero *iter* decisionale potrebbe discendere, in via dubitativa, l'eventuale inesistenza dell'atto deliberativo (ma vedi in questo caso la possibile valenza decisiva, ai fini dell'esistenza del fenomeno decisionale, del documento formalizzante).

⁴⁴² Per BUSI, *Le decisioni non assembleari*, cit., 364, il rinvio al quarto comma dell'art. 2377, ove si considera "l'invalidità di singoli voti e il loro errato conteggio", esaltando l'esigenza di certezza e stabilità dell'azione societaria rispetto all'esigenza di tutela del singolo socio, sembra avallare la ricostruzione secondo cui "le patologie del consenso espresso dal singolo socio possono rilevare sul piano della decisione ai soli fini di una sua eventuale annullabilità" (così ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003, 113; *contra* BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 327).

senza indugio alla diretta trascrizione sul libro delle decisioni: si pensi alla superfluità di un atto ricognitivo a fronte della sottoscrizione di un documento unitario nel quale tutti i soci si dichiarino informati ed approvino un'operazione adeguatamente descritta.

Diversamente, se l'inottemperanza formale è accompagnata da manifestazioni scritte di consenso che non potrebbero tuttavia prescindere da un atto unificatore, la parziale violazione del requisito di forma provoca l'annullabilità della decisione per non conformità del procedimento alla legge; rientra in questa fattispecie l'ipotetica consultazione, nella quale, all'invio delle dichiarazioni di voto da parte dei soci interpellati, sia seguito un semplice accertamento informale del risultato, senza la stesura del documento ritenuto indispensabile in base alle circostanze di fatto o alla natura disorganica delle dichiarazioni rese, e si sia provveduto all'immediata trascrizione sulla base delle dichiarazioni di voto. La situazione testé descritta non può a nostro avviso equipararsi alla mancata verbalizzazione o all'assenza assoluta di informazione successiva, in quanto le dichiarazioni scritte di voto rappresentano con ogni probabilità quel minimo, quantunque insufficiente, supporto documentale idoneo ad escludere il requisito dell'assolutezza: per queste ragioni la risposta sanzionatoria non va cercata nell'ambito della nullità, quanto nella mera annullabilità⁴⁴³.

Resta da valutare la terza e più grave ipotesi. Se la carenza formale riguarda tutte le dichiarazioni di voto nonché il documento formalizzante⁴⁴⁴, la patologia trascende la manifestazione di volontà del singolo socio e riguarda il fenomeno decisorio nella sua interezza: tale violazione comporta di conseguenza la nullità della decisione per totale assenza di informazione⁴⁴⁵. In un contesto generalmente ispirato alla semplice

⁴⁴³ Non può tuttavia escludersi che l'assenza di un documento formalizzante, nonostante la presenza di dichiarazioni scritte di consenso (magari dal contenuto gravemente incompleto e frammentario), possa determinare l'assenza assoluta di informazione successiva, da valutarsi sulla base dei criteri individuati sopra nel testo, e conseguentemente la nullità della decisione.

⁴⁴⁴ Si tratta evidentemente di un'ipotesi estrema la cui verificabilità in concreto è quanto mai dubbia; relativamente meno improbabile è la redazione di un documento scritto che formalizzi puntualmente la raccolta di consensi tutti resi oralmente, ipotesi sensibilmente diversa da quella esaminata nel testo non potendo la carenza dirsi qui assoluta. La sanzione, di là dai casi di falsa attestazione di consensi orali mai effettivamente prestati, sembrerebbe nuovamente l'annullabilità della risoluzione, ma solleva spinose questioni circa la riferibilità ai soci ed alla società di una decisione sprovvista di sottoscrizioni da parte dei legittimati.

⁴⁴⁵ Dalla totale mancanza di documentazione scritta extra-assembleare è quindi possibile far discendere le conseguenze sanzionatorie volute da BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 327. Anche volendo qualificare la suddetta carenza *sub specie* di nullità, il decorso del termine triennale sarà

annullabilità della decisione formalmente viziata, la nullità per mancanza *assoluta* di forma scritta costituisce un'importante – per quanto improbabile – eccezione, giustificata non tanto dalla violazione diretta di una prescrizione formale, quanto dagli effetti mediati della violazione stessa, ossia l'assoluta carenza informativa⁴⁴⁶.

Del resto l'ossimoro di una consultazione scritta in forma integralmente orale induce a dubitare della stessa qualificazione giuridica della fattispecie. Se le figure alternative alla deliberazione assembleare sono la decisione adottata mediante consultazione *scritta* o sulla base del consenso espresso *per iscritto* e nel procedimento in questione non esiste alcuno scritto, si potrebbe sostenere che la conseguenza non è un vizio della decisione, ma la radicale mancanza della fattispecie decisione, così come concepita dall'ordinamento⁴⁴⁷. I paventati rischi di reviviscenza della nozione di inesistenza non vanno né sottaciuti né eccessivamente amplificati. L'intento perseguito dal legislatore non è tanto l'espunzione dall'ordinamento della categoria concettuale di inesistenza⁴⁴⁸,

presumibilmente ininfluenza, essendo difficilmente immaginabile una *trascrizione* – adempimento indispensabile per la decorrenza del termine – sulla base di semplici dichiarazioni orali in assenza di qualsivoglia supporto documentale.

⁴⁴⁶ Del resto il fatto che l'ordinamento commini la nullità solo quando la mancanza di forma scritta si riflette nell'assenza assoluta di informazione denota una complessiva coerenza con i principi cardine della nuova disciplina dell'invalidità, poco incline ad astratte categorizzazioni, ma attenta agli effetti dei vizi. Anche in una prospettiva di tutela degli interessi dei terzi – la cui centralità si è osservata nell'identificazione delle ipotesi di nullità – la totale mancanza di documentazione scritta pregiudica gravemente l'interesse alla trasparenza del procedimento ed alla conoscibilità della decisione, che, senza potersi tradurre nell'accesso diretto al libro da parte dei terzi interessati (diritto riservato ai soci ed alle cariche sociali), rileva frequentemente in sede contenziosa nonché concorsuale come verifica *ex post* delle decisioni assunte e delle operazioni intraprese.

⁴⁴⁷ Circostanza chiaramente percepita da BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 327 ed addotta a supporto della tesi della nullità, la cui negazione "potrebbe indurre a ricorrere nuovamente al vituperato concetto di inesistenza". Il rischio di rientro dalla finestra di tale categoria sussiste a prescindere dal trattamento sanzionatorio riservato ai vizi di forma, ma – concordiamo con gli Autori – è certamente maggiore qualora l'impugnativa sia sottoposta al termine breve di novanta giorni: a fronte di un'impugnazione fondata ma tardiva, l'esigenza – altrimenti frustrata – di tutela dei soci di minoranza, potrebbe indurre le Corti ad individuare nuovi spazi per la categoria dell'inesistenza.

⁴⁴⁸ Le operazioni di totale radicazione sono del resto impossibili quando abbiano ad oggetto categorie concettuali in negativo, volte a segnare quelli che, nel monumentale saggio di Gilles Deleuze sulla *Logica del senso*, potrebbero dirsi i confini del non esistente.

che specie nell'accezione materiale attiene alla fenomenologia della realtà prima ancora che alla dogmatica giuridica, quanto combattere gli innegabili abusi posti in essere in passato dalla giurisprudenza⁴⁴⁹ che, attraverso la moltiplicazione delle ipotesi di inesistenza, realizzava un surrettizio superamento delle nullità codicistiche⁴⁵⁰. Il fatto che

⁴⁴⁹ *Ex pluribus* Cass., 11 giugno 2003, n. 9364, in *Società*, 2003, 1354; Id., 22 agosto 2001, n. 11186, in *Foro It.*, 2002, I, 1483; Id., 14 gennaio 1993, n. 403, in *Riv. dir. comm.*, 1993, II, 207; Id., 4 dicembre 1990, n. 11601, in *Giur. It.*, 1991, I, 1, 1408; Id., 13 gennaio 1987, n. 133, in *Società*, 1987, 291; Id., 15 marzo 1986, n. 1768, in *Società*, 1986, 850; per ulteriori riferimenti, anche alla giurisprudenza più risalente, FARENZA, *La deliberazione di società come atto a sistema procedimentale e la teoria giuridica dell'inesistenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 179 e MIGNOLI, *Delibere di società per azioni invalide per mancanza del verbale e delibere inesistenti*, *ivi*, 1958, II, 4.

⁴⁵⁰ Come osservano correttamente BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni*, cit., 282, il sistema introdotto dal legislatore, improntato alla tassatività delle ipotesi di invalidità ed al ridimensionamento delle conseguenze della nullità, denuncia l'intento di assicurare una maggior stabilità all'assetto societario, chiaramente pregiudicata dall'orientamento giurisprudenziale maturato in tema di inesistenza. La riforma ha così cercato di disciplinare le ipotesi tradizionalmente ricondotte nell'ambito dell'inesistenza, attraverso la qualificazione come ipotesi di nullità della mancata convocazione e dell'assenza del verbale – risultato che nel nostro tipo societario passa attraverso l'interpretazione del concetto di assenza assoluta di informazione – e come ipotesi di annullabilità il mancato raggiungimento dei *quorum* costitutivo o deliberativo, nonché l'assunzione della decisione con il voto determinante di persone non legittimate o di soci il cui voto venga successivamente invalidato.

L'*intrigante* tema dell'inesistenza – sul quale non possiamo in questa sede soffermarci ulteriormente – ha dato vita ad una produzione letteraria amplissima, della quale è pressoché impossibile dare adeguato riscontro; si vedano in particolare i contributi di COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., 491 (al quale si deve la precedente aggettivazione); ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 187; FERRI, *Sulle deliberazioni cosiddette inesistenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 391; JAEGER E DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2000, 309; BUTTARO, *In tema di inesistenza della deliberazione per difetto di maggioranza*, cit., 245; QUINTARELLI, *Le deliberazioni assembleari inesistenti di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 1163; GIANNATTASIO, *Appunti in tema di inesistenza giuridica di deliberazioni assembleari*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1305; Id., *Ancora sull'inesistenza giuridica delle deliberazioni assembleari*, *ivi*, 1966, I, 490; all'indomani della riforma, CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci*, cit., 791 e MARCHIGIANI, *Alcune riflessioni sulla inesistenza delle deliberazioni assembleari tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2767. Sull'inesistenza nella teoria del negozio giuridico vedi, *ex multis*, CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 208, FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, 27, BELVEDERE,

le decisioni extra-assembleari caratterizzate dalla carenza *assoluta* di forma scritta – così come le riunioni assembleari mai tenutesi, ma risultanti in verbali falsi – possano essere astrattamente ricondotte nell'alveo dell'inesistenza non deve per queste ragioni preoccupare eccessivamente l'interprete, dovendosi anzi ritenere accettabile una simile ricostruzione quando non sussistano i dati fisionomici minimi⁴⁵¹. Più importante è prevenire l'incontrollata estensione del fenomeno alle carenze documentali parziali, laddove in ipotesi si ritenga inesistente una decisione in cui la mancanza di forma scritta o di sottoscrizione riguarda singole dichiarazioni di consenso ovvero il solo documento formalizzante: ci sembra tuttavia che la disciplina dell'invalidità sin qui esaminata fornisca strumenti idonei a scongiurare, o quanto meno circoscrivere, in questa prospettiva abusi indesiderati.

Sarebbe tuttavia inesatto affermare che l'inesistenza delle decisioni extra-assembleari possa emergere sotto il profilo esclusivamente materiale⁴⁵². Allontanandoci per un istante dallo specifico problema della carenza documentale, la redazione di un atto sottoscritto dai soci, nel quale vi siano però risultanze oggettive idonee ad escludere in maniera univoca l'intento di porre in essere un procedimento extra-assembleare e di addivenire ad una risoluzione definitiva *ex art. 2479* terzo comma – vuoi per la riconduzione delle dichiarazioni alla sfera parasociale, vuoi per l'esplicita qualificazione

L'inesistenza negoziale fra dogmatica e semantica, in *Diritto privato*, 1999-2000, 5 e FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 66.

⁴⁵¹ Gli accadimenti radicalmente estranei ai procedimenti in parola, privi cioè di ogni elemento in comune con l'archetipo normativo, non necessitano di significative valutazioni in termini di qualificabilità della fattispecie come decisione extra-assembleare. Si aggiunga poi che, dal punto di vista applicativo, a prescindere dall'inquadramento in termini di inesistenza, annullabilità o nullità, la contestazione di un atto non trascritto, totalmente estraneo alla vita societaria, non è sottoposta ad alcun termine. Perché si ponga un problema di termine di impugnazione e di eventuale consolidamento della decisione viziata, la decisione ovvero il vuoto simulacro dovranno quantomeno fare il loro *ingresso* nei libri della società attraverso la trascrizione.

⁴⁵² Tale affermazione è riscontrabile in ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Bologna, 2003, 132, secondo cui alla luce della nuova disciplina dell'invalidità non sembrano esserci i margini per ipotizzare ulteriori forme di inesistenza, oltre alle ipotesi di inesistenza di fatto (conforme RESCIO, in AA. VV., *Diritto delle società di capitali-Manuale breve*, cit., 198; *contra* CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci*, cit., 782). Il problema può invece porsi, ancora oggi, nei termini di qualificazione giuridica e di riferibilità alla società di una decisione extra-assembleare che, pur concretizzandosi nella realtà materiale in un documento, manchi palesemente delle condizioni minime di esistenza.

del documento come convenzione di voto, vuoi per il riferimento allo svolgimento di una successiva riunione assembleare – solleva interrogativi più che fondati sull'esistenza della decisione e sulla qualificazione giuridica della fattispecie⁴⁵³. La soluzione, confermando la particolare valenza dell'interpretazione testuale nei procedimenti in parola, va evidentemente cercata sul piano dell'esegesi del documento, volta *in primis* ad accertare l'esistenza giuridica della decisione ed eventualmente finalizzata alla riqualificazione della dichiarazione scritta come promessa di voto, delega o patto parasociale⁴⁵⁴. Se la decisione, come si è osservato, può venir meno per la totale assenza di supporti documentali, non è necessariamente vero il contrario: la presenza di eventi puramente esteriori e meccanici, nella fattispecie di un atto sottoscritto dai soci, non vale di per se stessa a surrogare l'esistenza della decisione, dovendosi a tal fine prestare attenzione alla sostanza del fenomeno ed al contenuto delle dichiarazioni rese⁴⁵⁵.

⁴⁵³ Alcune delle ipotesi menzionate nel testo potrebbero ricondursi alla tradizionale ipotesi di scuola che nega la qualificazione di assemblea all'incontro casuale dei soci che, chiacchierando informalmente, assumono determinate decisioni.

⁴⁵⁴ L'assenza degli elementi minimi di esistenza nel documento sottoscritto dai soci non esclude la positiva qualificazione della fattispecie come diverso *atto o fatto giuridico* (sul punto FEDELE, *La invalidità*, cit., 36, FERRARI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 523 e IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli, 1973, 104), sulla scorta del principio di tendenziale attribuzione del carattere di atto negoziale *esistente* ad ogni accadimento consistente in una manifestazione di volontà sensibilmente percepibile (sul quale mirabilmente RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 83 e ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 63, ma vedi le osservazioni critiche di PUGLIATTI, *Abuso di rappresentanze e conflitto di interessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 17 che denuncia le possibili aporie di una ricostruzione del negozio sul piano empirico e pregiuridico).

⁴⁵⁵ Si vedano le penetranti osservazioni, sia pur riferite al fenomeno assembleare, di COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., 494. L'opinione dell'Autore secondo cui la riferibilità giuridica della decisione alla società, condizione essenziale di esistenza, si realizza per il *trait d'union* dell'osservanza del metodo collegiale nei suoi elementi minimi (*in primis* l'effettivo svolgimento di una riunione), va in questa sede accolta con l'opportuno adattamento dovuto all'introduzione di procedure di formazione della volontà a collegialità attenuata, nelle quali gli elementi minimi vanno cercati nell'esistenza di un documento, quantunque embrionale, che incorpori un contenuto decisivo riferibile alla società. Sull'esigenza di ricavare dal dato normativo – nella fattispecie dalla terminologia stessa – gli elementi qualificativi minimi della fattispecie, sottraendo l'individuazione dei confini del *Minimaltatbestand* alla sensibilità del singolo interprete vedi ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 194 c, da ultimo, CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci*, cit., 764. Sui rapporti tra inesistenza e

Pur limitando intenzionalmente l'indagine ai punti di intersezione tra invalidità e procedimenti non assembleari, emergono con limpida evidenza le intrinseche difficoltà di un tema, la patologia degli atti, da sempre ritenuto uno dei più ostici nella teoria del negozio giuridico, ancor prima che nel diritto commerciale⁴⁵⁶. La ricostruzione di una disciplina oggetto di radicali sconvolgimenti, incidenti sui fondamenti concettuali della materia, richiederà una sedimentazione giurisprudenziale ed uno sforzo dottrinale – ben più profondo rispetto alla necessaria frammentarietà del presente contributo – che tengano adeguato conto delle innegabili specificità di procedimenti decisionali inediti e fatalmente inesplorati.

metodo collegiale vedi ancora GRIPPO, *Deliberazioni inesistenti e metodo assembleare*, in *Riv. soc.*, 1971, 910.

⁴⁵⁶ Si vedano le osservazioni conclusive di ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 493 ed *ivi* le parole di CANDIAN, *Emissione di azioni privilegiate nel voto: deliberazione impugnabile non nulla*, cit., 341.

PARTE SECONDA

LA DISCIPLINA ITALIANA NEL PANORAMA INTERNAZIONALE: LA SOSTANZIALE TENUTA DEL PRINCIPIO DI COLLEGIALITÀ

CAPITOLO QUARTO

LE PROCEDURE NON ASSEMBLEARI NEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI STRANIERI

SOMMARIO: 4.1 I modelli ispiratori della riforma e le finalità dell'analisi comparativa dei processi decisionali extra-assembleari; 4.2 Le decisioni non assembleari nella *GmbH* tedesca: le varianti procedurali ammesse dal paragrafo 48 del *GmbHGesetz*; 4.3 La configurabilità di deliberazioni non assembleari di tipo diverso e lo spazio riservato dall'ordinamento tedesco all'autonomia statutaria; 4.4 Il metodo non assembleare nella *société à responsabilité limitée* francese e nei principali ordinamenti continentali; 4.5 Gli *acuerdos por escrito* nella *sociedad de responsabilidad limitada* spagnola: tra esperienze passate, ripensamenti e prospettive di riforma; 4.6 La *unanimous consent doctrine* e l'evoluzione dei procedimenti non assembleari nel Regno Unito; 4.7 L'*action without a meeting* nelle *limited liability companies* e nelle *close corporations* statunitensi; 4.8 Risultati dell'indagine comparativa.

4.1 I modelli ispiratori della riforma e le finalità dell'analisi comparativa dei processi decisionali extra-assembleari

Il proposito del presente capitolo è quello di contestualizzare i risultati ottenuti nella prima parte nel quadro del panorama europeo ed internazionale, caratterizzato, come subito vedremo, da una capillare ed uniforme diffusione di tecniche decisionali semplificate nei tipi societari corrispondenti o assimilabili alla nostra società a responsabilità limitata. Il progressivo ampliamento degli spazi riservati all'autonomia negoziale in tema di determinazioni dei soci è infatti un dato comune a molte legislazioni¹. L'osservazione delle discipline induce anzi ad affermare che l'assenza nella

¹ Per ulteriori riferimenti comparatistici sul punto si rimanda a CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 151; S. ROSSI, *Il voto extrassembleare nelle società di capitali*, cit., 3; ZANARONE, *La società a responsabilità limitata nella riforma. Modelli legali e statutari*, cit., 45; MIRONE, *Il procedimento deliberativo*, loc. cit.; PERRINO, *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. Soc.*, 2002,

sistema previgente di simili strumenti, proprio nel tipo capitalistico privilegiato dalle società a base ristretta e dalla piccola e media impresa, rappresentasse una vera e propria anomalia. Del resto nell'ambito di una disciplina dei processi decisionali che si riallaccia al modello continentale di riferimento – la *GmbH* tedesca – con oltre un secolo di ritardo, un'adeguata analisi comparativa che dia atto degli sviluppi e delle problematiche emerse non solo in Germania, ma nei principali ordinamenti stranieri, diviene imprescindibile.

4.2 Le decisioni non assembleari nella GmbH tedesca: le varianti procedurali ammesse dal paragrafo 48 del GmbHGesetz

Il primo antecedente storico nei sistemi giuridici europei delle disposizioni contenute nell'art. 2479 è sicuramente la legge tedesca sulla *GmbH* che sin dalla sua emanazione avvenuta nel 1892 – e con poche modificazioni da allora – prevede due varianti per le decisioni non assembleari: da un lato il consenso espresso per iscritto da tutti i soci, vale a dire l'approvazione unanime di una proposta, dall'altro la consultazione scritta, ove l'unanimità è richiesta solo per l'approvazione del metodo di voto, mentre con riguardo al merito la decisione è assunta a maggioranza².

1130 c LENER, *L'assemblea nella riforma*, cit., 175; per completi rinvii alla manualistica straniera, ove la disciplina delle società a responsabilità limitata e la nostra specifica materia sono di norma affrontate, sia pur sinteticamente, si rinvia a WEIGMANN, *Società per azioni*, in *Digesto, Discipline privatistiche, Sezione commerciale*, Torino, 1997, 383.

² In generale, sui metodi non assembleari nell'esperienza tedesca vedi BALTZER, *Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht*, Grote, 1965; SUDHOFF, *Vollversammlung und schriftliche Abstimmung*, in *GmbHR*, 1964, 75; RENKL, *Der Gesellschafterbeschluss*, 1982; VOGEL, *Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung*, Colonia, 1986, 161; HÖFFER, *Die Gesellschafterversammlung. Organ der GmbH oder bloßes Beschlussverfahren?*, in LUTTER, SCHMIDT (a cura di), *Festschrift 100 Jahre GmbHG*, Colonia, 1992, 921 c, in Italia, COTTINO, *Le convenzioni di voto*, cit., 33 (ove un raffronto con la struttura interna democratica della *Genossenschaft*). Sulla società a garanzia limitata svizzera ma con ampi riferimenti all'ordinamento tedesco vedi anche WEBER DÖRLER, *Gesellschafterversammlung, Urabstimmung und Delegiertenversammlung als Beschlussfassungsform des Schweizerischen Gesellschaftsrechts*, Berna, 1973, 101. Tra i testi istituzionali si segnala K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Berlino, 2002, 1095 c, fra i testi in lingua straniera, per brevi cenni sugli istituti in parola WIRTH E ARNOLD, *Corporate Law in Germany*, Monaco di Baviera, 2004, 29 (ove in appendice un'accurata traduzione del *GmbHGesetz* in lingua inglese) e, seppur non aggiornati, LANG E RIST, *La GmbH*, Parigi, 1974, 40 e WEIL, *La société à responsabilité limitée du droit allemand*, Francoforte, 1975, 31. Per una sintetica ricostruzione, con ampi richiami, della disciplina dei processi decisionali nelle società

Il paragrafo 48 del *GmbHG* non fissa limiti espliciti all'applicazione dei due metodi, che pertanto – al di là di poche eccezioni che subito si vedranno – possono essere adottati per tutte le deliberazioni, potendo i soci decidere di volta in volta se ricorrere all'assemblea o ad uno dei procedimenti alternativi, salva la facoltà di escludere statutariamente il ricorso ad uno o ad entrambi i metodi, secondo lo schema dell'*opt-out*. Una prima riserva inderogabile di collegialità è riscontrabile nell'*Umwandlungsgesetz*, laddove si prevede che le delibere di fusione, scissione e trasformazione possano essere assunte esclusivamente nell'ambito di una formale assemblea³. Più controversa è l'applicabilità dei metodi alternativi alle modifiche statutarie ordinarie ed alle altre materie che richiedono l'atto notarile, osteggiata in passato per l'asserita incompatibilità pratica tra verbalizzazione notarile e procedimenti extra-assembleari⁴. L'opinione oggi prevalente ritiene invece che i procedimenti in parola siano suscettibili di verbalizzazione, potendo i soci comparire in un secondo tempo dinanzi al notaio, il quale accerta le dichiarazioni di consenso raccolte o l'esito della consultazione scritta⁵.

di persone in Germania (sulla quale non ci soffermeremo nel testo) si rinvia a GUMMERT-PLÜCKELMANN, *Personengesellschaftrecht*, Monaco di Baviera, 2005, 313 e la dottrina citata da MIRONE, *Il procedimento deliberativo*, cit., 202; specularmente sulla semplificazione dei processi decisionali nella *kleine AG* vedi SEIBERT, *Die kleine AG*, Colonia, 1996, WOOLDRIDGE, *A simplified legal regime for small and medium-sized German public companies*, in *The Company Lawyer*, 2000, 27 e, in lingua italiana, MATYSCHOK, *La "piccola società per azioni" e la deregolamentazione del diritto azionario tedesco*, in *Contr. e Impr./Europa*, 1997, 239 e SANTOSUOSSO, *Le società non quotate in Germania*, in AA. VV., *La riforma delle società per azioni non quotate*, Milano, 2000, 262. Quanto alle motivazioni che inducono a ricorrere ai procedimenti extra-assembleari, valgano le medesime considerazioni effettuate con riferimento alla realtà italiana: anche nelle piccole *GmbH* con una compagine sociale limitata, dove i pareri dei soci sono noti e non è quindi necessario lo scambio di opinioni sulle materie oggetto della decisione, la consultazione scritta ed il consenso espresso per iscritto risultano particolarmente utili nei casi d'urgenza, al fine di escludere i ritardi che un'assemblea necessariamente comporta.

³ Il metodo assembleare è prescritto rispettivamente per la fusione dal § 13 comma 1 *UmwG*, per la scissione dal § 125 *UmwG* (che richiama la norma in tema di fusione) e per il cambiamento del tipo dal § 193 comma 1 *UmwG*.

⁴ In giurisprudenza BGHZ 15; KG NJW 1974, 1057 (più recentemente le corti tedesche non hanno più preso posizione in merito alla questione); in dottrina vedi MEYER LANDRUT-MILLER-NIEHUS, § 48, 21; VOGEL, *Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung*, cit., 161; HACHENBURG-SCHILLING, § 48, 18.

⁵ Vedi SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 61; HACHENBURG-HÜFFER, § 48, Rdnr. 54; ROWEDDER-KOPPENSTEINER, § 48, Rdnr. 18; LUTTER-HOMMELHOFF, § 48, Rdnr. 2; BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, §

Differentemente dal sistema italiano sono quindi ammissibili in Germania operazioni sul capitale e, in generale, modifiche statutarie che prescindono da una riunione assembleare.

Una seconda riserva di collegialità è tuttavia desumibile da una disposizione del *GmbHGesetz*: nei casi di convocazione obbligatoria dell'assemblea – per perdite pari alla metà del capitale o su richiesta dei soci⁶ – la legge sembra infatti riflettere l'assoluta necessità di una riunione⁷. Va tuttavia segnalata l'opinione contraria che denuncia una sovrapposizione di piani: le disposizioni in questione si riferirebbero all'obbligo di attivazione del procedimento, da tenere distinto rispetto alla facoltà concessa ai soci di definire liberamente le modalità deliberative⁸. Al di là delle eccezioni qui menzionate⁹,

48, Rdnr. 16; PLEYER, *GmbHRecht*, 1959, 238; ZÖLLNER, *FS R. Fischer*, 1979, 905 e BARTL-FICHTELMANN-SCHLARB-SHULZE, § 48, Rdnr. 18. La questione viene oggi affrontata non già in base al diritto societario, ma in base al diritto sugli atti pubblici. Se è vero che nel *GmbHG* nulla impedisce la verbalizzazione di una decisione presa al di fuori dell'assemblea, la normativa sugli atti pubblici, secondo la dottrina citata, contempla, sia pure non espressamente, la trasposizione nella dovuta forma notarile di una decisione non assembleare.

⁶ Ai sensi del § 49 comma 3 del *GmbHG* gli amministratori sono tenuti a convocare l'assemblea se le perdite hanno intaccato la metà del capitale sociale; inoltre il § 50 impone la convocazione dell'assemblea quando ne faccia richiesta almeno il decimo del capitale sociale.

⁷ Così HACHENBURG-HOFFER, § 48, Rdnr. 53.

⁸ Secondo questa interpretazione i soci possono sempre scegliere se dare luogo all'assemblea convocata oppure sostituirla con una votazione per consultazione scritta. Nel caso di convocazione su richiesta della minoranza la procedura non assembleare può tuttavia essere applicata solo se tutti i soci si dichiarano incondizionatamente d'accordo. Tale circostanza sembra rendere, in pratica, oziosa la questione relativa alla riserva di collegialità ex § 50: anche volendone negare l'esistenza, la minoranza qualificata che richieda la convocazione potrà contestualmente porre il veto all'adozione del metodo semplificato ottenendo il medesimo risultato finale, ossia la riunione assembleare. Quanto alla convocazione obbligatoria per perdite, di cui al § 49, secondo MICHALSKI-RÖMERMANN, § 48, 214, la norma si prefigge di trasmettere ai soci un segnale di avvertimento, un'avvisaglia della crisi in atto: spetta ai soci decidere liberamente se reagire alla crisi con una deliberazione per consultazione scritta o con una riunione assembleare.

Profili particolari emergono con esclusivo riferimento alle *GmbH* cogestite, in cui il consiglio di sorveglianza vanta un diritto di partecipazione alle riunioni assembleari, ai sensi del § 25, comma 1 della legge tedesca sulla cogestione (*MitbestG*) ed ai sensi del § 118 comma 2 *AktG*; questo diritto perde efficacia se i soci rinunciano alla riunione e determina una tensione tra il diritto societario sostanziale e l'istituto della cogestione. La posizione estrema che vieta la consultazione scritta nelle società cogestite non è sostenuta in dottrina. L'opinione dominante ritiene applicabile senza restrizione alcuna il § 48 comma 2

ogni decisione può essere assunta in sede extra-assembleare: come anticipato nella prima parte, nonostante la terminologia sia pressoché coincidente con quella utilizzata dal legislatore italiano (il consenso espresso per iscritto come prima variante, opposto alla consultazione scritta come seconda variante), i criteri distintivi propri dell'ordinamento tedesco – e come vedremo presto dell'ordinamento francese – non possono essere applicati per interpretare la criptica formulazione dell'art. 2479, se non esercitando un'inammissibile forzatura del dato normativo, nella parte in cui sancisce l'applicazione del principio maggioritario ad entrambe le modalità di decisione extra-assembleare.

Nella prima variante, l'assemblea non è necessaria se tutti i soci esprimono in forma scritta il loro *unanime* consenso alla decisione¹⁰. Anche se alcuni autori non ritengono necessario il consenso dei soci privi del diritto di voto¹¹, l'interpretazione dominante,

anche alle *GmbH* cogestite (così BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 17; ZÖLLNER, *op. cit.*, 917; ROTTI-ALTMIPPEN, § 48, Rdnr. 2; MEYER LANDRUT-MILLER-NIEHUS, § 48, Rdnr. 22; SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 61). A questa tesi si contrappone un'opinione minoritaria – caratterizzata dalla maggior coerenza con i principi sottesi all'istituto della cogestione – che ammette la consultazione scritta, ma impone all'amministratore o al socio che presiede la votazione di informare il consiglio di sorveglianza, nella persona del presidente, in merito alla proposta offrendo l'opportunità di esprimere il proprio parere in merito (LUTTER-KRIEGER, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, Colonia, 1992, 267; HOMMELHOFF, *ZGR*, 1978, 119; HACHENBURG-HÖFFER, § 48, Rdnr. 56). Il riconoscimento in capo al consiglio di sorveglianza del diritto di esprimere un parere comporta necessariamente un lasso di tempo tra la presentazione della mozione e la votazione e conseguentemente un ritardo, che contrasta con l'intento acceleratorio delle procedure extra-assembleari. Secondo MICHALSKI-RÖMERMANN, § 48, 214 l'opinione minoritaria è affetta da incertezze giuridiche non essendovi chiarezza su quale termine debba essere concesso per esprimere il parere, un'incertezza vieppiù rilevante se si considera la sanzione di nullità che colpisce le deliberazioni prese in violazione di regole procedurali. Questo argomento, insieme con il principio generale secondo cui le leggi sulla cogestione modificano l'organizzazione interna delle società solo per quanto sia inequivocabilmente desumibile dalla norma, induce l'Autore a ritenere preferibile la tesi dominante.

⁹ Scarso seguito ha invece l'opinione secondo cui il § 48 comma 2 non sarebbe applicabile alle delibere di approvazione del bilancio di esercizio in applicazione dei principi dettati dall'*AktG* (in tal senso HANAU-ULMER, *MitbestG*, § 25, Rdnr. 91).

¹⁰ La formulazione è stata modificata dal § 28 della legge del 13 luglio 2001, in vigore dal 1 agosto 2001.

¹¹ In questo senso MEYER LANDRUT-MILLER-NIEHUS, § 48, Rdnr. 24. L'esclusione dal voto può sussistere in diritto tedesco per effetto degli specifici divieti di cui al § 47, comma 4 – in caso di ratifica e di decisione sulla responsabilità del socio – oppure generalmente in presenza di quote prive del diritto di voto.

argomentando sulla base del tenore letterale della norma, richiede l'assenso dell'intera compagine, indipendentemente dalla legittimazione al voto, in analogia col generalizzato riconoscimento del diritto di partecipazione alla riunione¹². Sarebbe però contraddittorio far loro approvare la mozione nel merito: il consenso in questi casi deve pertanto riferirsi non già all'oggetto della decisione in quanto tale, ma genericamente alla modalità di votazione¹³. Qualora non vi siano questioni di mancata legittimazione al voto da parte di alcuni partecipanti, tutti i soci devono acconsentire non solo al tipo di votazione, ma anche al merito della decisione da assumere, che deve essere preceduta da una mozione, anche informale, sottoposta al vaglio della compagine sociale¹⁴.

Sulla legittimazione a presentare la mozione non sorgono particolari problemi nell'ordinamento tedesco: la domanda può essere infatti formulata da ciascun socio

¹² In giurisprudenza, OLG Düsseldorf, *ZIP*, 1989, 1556; in dottrina HACHENBURG-HÖFFER, § 48, Rdnr. 43, ROWEDDER-KOPPENSTEINER, § 48, Rdnr. 19, ROTH-ALTMEPPEL, § 48, Rdnr. 20 e BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 18. All'interno di questo orientamento vi è disaccordo sulla natura giuridica della dichiarazione rilasciata dai soci privi del diritto di voto. Coloro che affermano la doppia natura del consenso (adesione al metodo e approvazione della proposta) ritengono che la dichiarazione proveniente dai soci privi del diritto di voto si limiti ad esprimere il consenso all'adozione del metodo extra-assembleare. Secondo altri autori la presenza di soci privi del diritto di voto comporta invece l'automatica applicazione della seconda variante (consultazione scritta), non potendo mai trovare applicazione la procedura del consenso (unanime) espresso per iscritto. Dal punto di vista pratico le due impostazioni dogmatiche non differiscono nel risultato: se nella prima variante si raggiunge l'unanimità computando i soci privi di legittimazione al voto, in base alla seconda variante la deliberazione si riterrà in ogni caso approvata dalla maggioranza dei soci.

¹³ In modo analogo al meccanismo della consultazione scritta prevista dal § 48 comma 2. Il fatto che la votazione si riferisca all'oggetto della regolamentazione piuttosto che alla modalità di votazione contribuisce, come vedremo nel testo, a distinguere le due varianti procedurali.

¹⁴ Sulla base di questa considerazione si è autorevolmente sostenuta la doppia natura della dichiarazione (da un lato il voto, dall'altro il consenso alla procedura), secondo uno schema che rischia però di confondere le due alternative (così HACHENBURG-HÖFFER, § 48, Rdnr. 41 e SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 63). La tesi opposta offre l'indubbio vantaggio di differenziare nettamente – anche dal punto di vista dogmatico – le due modalità di voto: il consenso unanime all'oggetto della decisione connota la prima variante, mentre il consenso alla modalità di voto è proprio della seconda variante (in questo senso MICHALSKI-RÖMERMANN, § 48, Rdnr. 222; BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 18). Sembra quindi possibile sostenere che se tutti i soci esprimono il loro voto favorevole ad una determinata mozione, la decisione sarà assunta ai sensi della prima variante: non occorrendo infatti il consenso al metodo di deliberazione, è sufficiente un voto unanime sul merito.

ovvero da un non-socio, volendosi in tal modo riferire all'eventuale amministratore esterno¹⁵. Nella prima variante, la mozione non è sottoposta a particolari requisiti formali: analogamente a quanto si è osservato nella disciplina italiana del consenso espresso per iscritto, l'obbligo di forma scritta si riferisce espressamente solo alle dichiarazioni di consenso, non già alla formulazione della domanda¹⁶.

Quanto al contenuto della dichiarazione, se è vero che in alcune circostanze la formula "voto a favore" potrebbe risultare sufficiente, è sempre preferibile riferirsi esplicitamente ad una determinata mozione, riportando per intero la domanda in risposta alla quale ci si esprime, sia pur in assenza di una norma che imponga, come in Italia, la chiara indicazione dell'argomento. Il testo della dichiarazione deve inoltre indicare con assoluta chiarezza se si tratti solo dell'espressione di un parere temporaneo o già di una votazione vincolante e definitiva¹⁷. Infatti la votazione, come dichiarazione unilaterale recettizia,

¹⁵ Più complessa è la questione relativa al potere di convocazione dell'assemblea, che il § 49, nel silenzio del contratto sociale, attribuisce agli amministratori. Tuttavia il successivo paragrafo autorizza, in presenza di un motivo importante, la convocazione diretta da parte di una minoranza qualificata dei soci che raccolga almeno il decimo del capitale. Per ulteriori richiami alla dottrina tedesca sul punto, con particolare riguardo all'applicabilità analogica dei principi dettati dal *GmbHG* alle società di persone, si rinvia all'attenta ricostruzione di MIRONE, *Il procedimento deliberativo*, cit., 200, nt. 93. In giurisprudenza conferma l'esistenza di un diritto di convocazione in presenza di giusta causa OLG Colonia, 13 febbraio 1987.

¹⁶ Questa tesi è però criticata da BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 18, secondo cui una mozione scritta sarebbe comunque necessaria, qualora i voti espressi non contengano una dichiarazione specifica sul contenuto della decisione, ma facciano solo riferimento alla domanda diversamente posta (di norma verbalmente). Il legislatore italiano è parso consapevole di questi rischi prescrivendo che da tutti i documenti sottoscritti risulti con chiarezza l'argomento oggetto della decisione, indipendentemente dalla forma della mozione, che nel consenso espresso per iscritto è solitamente informale.

Come osserva MICHALSKI-RÖMERMANN, § 48, Rdnr. 225, il requisito della forma scritta in assenza di un espresso obbligo di legge determinerebbe una serie di problemi applicativi: nella prassi accade frequentemente che almeno una delle dichiarazioni dei soci faccia riferimento ad una mozione presentata solo verbalmente. In simili circostanze l'invalidità (o l'inefficacia) della decisione sarebbe una sanzione inappropriata, in quanto la mozione è presumibilmente conosciuta da tutti i soci ed una votazione "per la mozione del socio Tizio" dovrebbe considerarsi sufficiente.

¹⁷ *BGHZ*, 15, 329; SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 63. Vedi anche HACHENBURG-HÖFFER, § 48, Rdnr. 40 secondo cui lo scopo del requisito di forma è proprio quello di tracciare una linea di demarcazione tra la votazione definitiva e l'espressione di un'opinione non vincolante. Tuttavia la forma scritta è necessaria ma non sufficiente per qualificare un documento come manifestazione di voto: anche un'opinione non

acquisisce piena efficacia con la ricezione e può essere revocata, secondo l'interpretazione prevalente, solo fino a quel momento¹⁸; va però dato riscontro dell'esistenza di un orientamento minoritario – ed in verità molto risalente¹⁹ – che riconosce a ciascun socio il diritto di revocare la propria manifestazione di voto fino al momento in cui la società abbia regolarmente ricevuto tutte le altre dichiarazioni: come si è già sostenuto nell'analisi della disciplina italiana, questa interpretazione sembra tuttavia preferibile per la maggior flessibilità nell'adattare il principio di recettività alle peculiari caratteristiche dell'atto complesso ed alle esigenze di confronto proprie dei processi decisionali collettivi.

Il problema relativo all'identificazione del presidente della votazione si profila in Germania negli stessi termini visti per l'ordinamento italiano: il destinatario giuridico

vincolante può essere formulata per iscritto. Il criterio distintivo non è quindi rinvenibile nella forma, ma principalmente nel tenore e nel contenuto della dichiarazione.

In presenza di dubbi, affinché la deliberazione acquisti piena efficacia, l'esito deve essere comunicato senza indugio ai soci: ci si domanda se la mancata contestazione della comunicazione comporti un'accettazione tacita sufficiente a rendere efficace l'atto in questione. Questa lettura è criticata fortemente da chi, come MICHALSKI-RÖMERMANN, § 48, Rdnr. 228, nega qualsivoglia effetto ad una votazione poco chiara, tanto più che un'accettazione tacita non potrebbe soddisfare il requisito di forma previsto dalla legge. Secondo questo orientamento, il voto non chiaro acquista efficacia solo a seguito di una precisazione scritta da parte del socio, sia questa spontanea o sollecitata dalla società.

¹⁸ La possibilità di revoca sino alla ricezione è affermata dalla dottrina tedesca in diretta applicazione del principio generale sancito dall'§ 130 del BGB per tutti gli atti recettivi. Si veda sul punto il dibattito sulla natura giuridica del voto e sulla possibilità di applicare le norme generali sulla revoca delle dichiarazioni unilaterali ricostruito dettagliatamente da MESSER, *Der Widerruf der Stimmabgabe*, in *Festschrift für Fleck zum 70. Geb.*, ZGR, Sonderheft 7, Berlino, 1988, 221, secondo cui il voto acquista efficacia nel momento della comunicazione agli amministratori e nel caso di consultazione "a rotazione" (*Umlaufverfahren*) nel momento della comunicazione al socio successivo. L'Autore giustifica l'irrevocabilità della dichiarazione con l'esigenza di evitare che un voto precedente possa influenzare il voto successivo ed essere poi revocato dal dichiarante, ma non considera l'eventualità del fenomeno inverso ed il diritto del socio consultato successivamente a vedersi garantito un effettivo confronto. In risposta a questa tesi MIRONE, *Il procedimento deliberativo*, cit., 205 nt. 105, prospetta un semplice correttivo costituito dall'obbligo di comunicare l'avvenuta revoca a tutti i soci.

¹⁹ Si esprimono in tal senso FEINE, *Die GmbH*, in *Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts*, III, 1929, 532 e BRODMANN, *GmbHG*, 1930, § 48, 2.

della votazione è certamente la società²⁰, ma è controversa l'identificazione del soggetto che la rappresenta in questa circostanza. Secondo alcuni²¹ si tratterebbe sempre del promotore – sia esso l'amministratore o un socio – secondo altri²² vi sarebbe una competenza concorrente dell'amministratore e del promotore, mentre una terza interpretazione²³ riconosce la legittimazione a ricevere le dichiarazioni sempre e solo all'amministratore. Al fine di dirimere l'incertezza, anche la dottrina tedesca è unanime nel raccomandare l'inserimento nello statuto di una specifica regolamentazione che identifichi al di là di ogni dubbio il *Versammlungsleiter* che assume la rappresentanza della società nel procedimento.

La forma scritta – al di là delle ragioni di certezza giuridica e di prova del consenso particolarmente sentite nei procedimenti in parola – assolve anche qui ad una funzione di avvertenza: il socio, al quale viene richiesta l'espressione di un'opinione, deve essere pienamente consapevole del carattere giuridicamente vincolante della propria dichiarazione e delle conseguenze connesse alla manifestazione di voto, volendosi in tal modo evitare dichiarazioni di consenso avventate ed affrettate. Il requisito di forma scritta – *rectius*, nella terminologia tedesca, il requisito della forma di testo – è soddisfatto da ogni dichiarazione leggibile del socio che permetta di identificare con sufficiente certezza il dichiarante: la norma non richiede la sottoscrizione olografa del documento ed è quindi possibile avvalersi, come spesso accade nella recente esperienza applicativa tedesca, della trasmissione via fax – che nella disciplina italiana presenta

²⁰ La posizione della dottrina sul punto non è tuttavia unanime; nel senso del testo VOGEL, *Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung*, cit., 163; MICHALSKI-RÖMERMANN, § 48, Rdnr. 234; HACHENBURG-HÖFFER, § 48, Rdnr. 50; SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 65 e BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 18; *contra* ROWEDDER-KOPPENSTEINER, § 48, Rdnr. 71; MEYER LANDRUT-MILLER-NIEHUS, § 48, Rdnr. 27 e HACHENBURG-SCHILLING, § 48, Rdnr. 21.

²¹ In questo senso MICHALSKI-RÖMERMANN, § 48, Rdnr. 234 e HACHENBURG-HÖFFER, § 48, Rdnr. 50. Questa interpretazione evidenzia l'analogia con la disciplina dell'assemblea, dove i voti vengono presentati al presidente. Siccome la figura che riveste un ruolo analogo al presidente nelle procedure extra-assembleari è il promotore – che formula e mette ai voti la mozione – va a lui riconosciuta anche la competenza alla ricezione.

²² Così SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 65.

²³ Così VOGEL, *Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung*, cit., 163 e BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 18.

alcuni rischi – o della posta elettronica²⁴, metodi che non soddisferebbero i requisiti della più rigorosa forma scritta di cui al paragrafo 126 del *BGB*²⁵.

Con riferimento alla prima variante resta ancora da valutare la questione relativa al momento in cui la decisione acquista efficacia ed in particolare se a tal fine sia necessaria una comunicazione ai soci o addirittura un accertamento formale. Secondo l'orientamento del *Bundesgerichtshof*²⁶ la deliberazione, nei casi di scarsa chiarezza, assume efficacia solo dopo che il presidente – nella persona del promotore o dell'amministratore – ne abbia dato comunicazione a tutti i soci e questi non si siano

²⁴ Si ritiene osservata la forma richiesta dalla prima variante se tutti i soci sottoscrivono una registrazione nel registro imprese (così *RGZ*, 101, 78 e *BGHZ*, 15, 329) o un modello di deliberazione da far girare a mo' di circolare, se appongono un visto sul documento o se rilasciano il loro unanime benestare attraverso un telegramma, un fax o un messaggio di posta elettronica (vedi MICHALSKI-RÖMERMANN, § 48, Rdnr. 241; SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 62 e LUTTER-HOMMELHOFF, § 48, Rdnr. 11). Se invece la dichiarazione di voto viene rilasciata a voce, ad esempio per telefono, e poi verbalizzata per iscritto dal destinatario, tale documento non è sufficiente ai fini delle procedure disciplinate dal § 48, comma 2 (sia per il consenso espresso per iscritto, sia per la consultazione scritta), restando aperta la possibile rilevanza di tale manifestazione di voto nelle procedure atipiche prive dei requisiti di forma.

²⁵ Vedi PALANDT-HEINRICH, *BGB*, § 126, leit. b, 2. Sotto questo profilo il § 48 comma 2 del *GmbHG* è stata oggetto nel luglio del 2001 di una piccola ma significativa modifica legislativa, accolta positivamente dalla dottrina tedesca: la sostituzione della formula *schriftlich* con l'attuale *in textform*, che ha definitivamente sgombrato il campo dai dubbi emersi in sede di applicazione del testo previgente. In dottrina ci si domandava se dovesse rigorosamente interpretarsi ai sensi del citato § 126 *BGB* o se il *GmbH-Recht* consentisse una lettura meno restrittiva pur in presenza di una formula pressoché coincidente (*schriftlich* e *schriftform*), propendendo infine per la sostanziale diversità fra le due disposizioni. Per motivi sistematici non era però agevole interpretare la forma scritta di cui al § 48 comma 2 in aperto contrasto con il testo del § 126 *BGB*: ciò nonostante l'opinione assolutamente dominante ammetteva già nel diritto previgente ogni dichiarazione scritta che pur in assenza di sottoscrizione olografa consentisse l'identificazione del dichiarante (telegramma, telefax, posta elettronica). Vedi HACHENBURG-HÜFFER, § 48, Rdnr. 42; SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 62; ROWEDDER-KOPPENSTEINER, § 48, Rdnr. 19; LUTTER-HOMMELHOFF, § 48, Rdnr. 11; BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 19; VOGEL, *Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung*, cit., 162; MEYER LANDRUT-MILLER-NIEHUS, § 48, Rdnr. 26.

²⁶ *BGHZ* 15, 324, 329. Sulla stessa linea alcuni autori subordinano l'efficacia della risoluzione al fatto che tutti i soci siano a conoscenza dell'esito, indipendentemente da una formale comunicazione (così MEYER LANDRUT-MILLER-NIEHUS, § 48, Rdnr. 27 e HACHENBURG-SCHILLING, § 48, Rdnr. 23).

opposti. L'orientamento dominante²⁷ – salvo diversa disposizione statutaria – nega invece che la comunicazione dell'esito costituisca una condizione d'efficacia, ritenendo piuttosto che la deliberazione si perfezioni ed acquisti immediata efficacia nel momento della ricezione di tutti i voti favorevoli alla mozione. In dottrina nessun autore sostiene l'obbligatorietà di un accertamento formale dell'esito²⁸: dal momento che anche nelle normali riunioni assembleari non è necessario un formale accertamento successivo alla votazione, non vi sono ragioni per introdurre requisiti più rigorosi nel consenso espresso per iscritto.

Passando alla seconda variante, è possibile prescindere dalla riunione anche quando tutti i soci autorizzino la deroga al metodo assembleare, acconsentendo unanimemente alla votazione per consultazione scritta²⁹, e successivamente adottino la decisione secondo le maggioranze prescritte. Non essendo qui possibile attribuire una doppia natura alle dichiarazioni dei soci, occorre pertanto tenere distinte le due manifestazioni di volontà, da un lato il consenso unanime al metodo, dall'altro la votazione in senso proprio. Il consenso al metodo è caratterizzato dalla totale assenza di requisiti formali³⁰ e può di conseguenza essere espresso a voce (anche telefonicamente) oppure desunto da un

²⁷ HACHENBURG-HÖFFER, § 48, Rdnr. 51; SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 67; ROWEDDER-KOPPENSTEINER, § 48, Rdnr. 21; LUTTER-HOMMELHOFF, § 48, Rdnr. 12; BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 19. Tra coloro che aderiscono a tale orientamento, alcuni sostengono che la società sia comunque tenuta, quantomeno per ragioni di opportunità, ad informare i soci della decisione adottata dal momento che nei procedimenti in parola i partecipanti – diversamente dall'assemblea – non possono vedere direttamente come votano gli altri soci. In mancanza di una dichiarazione inequivocabile ed in generale nei casi di incertezza, la società – nella persona del presidente della votazione – è tenuta a sollecitare un'esplicita precisazione, non risultando sufficiente il tacito assenso all'eventuale comunicazione inviata al dichiarante. Così MICHALSKI-RÖMERMANN, § 48, Rdnr. 246.

²⁸ *Contra* la già citata pronuncia del *Bundesgerichtshof* BGHZ 15, 324, 329.

²⁹ A differenza di quanto avviene nella prima variante, con riferimento alla consultazione scritta è pacifica l'interpretazione della locuzione "*sämtliche Gesellschafter*" per indicare la totalità dei soci comprensiva di coloro che sono esclusi dal diritto di voto. Vedi MEYER LANDRUT-MILLER-NIEHUS, § 48, Rdnr. 28; BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 20; ROWEDDER-KOPPENSTEINER, § 48, Rdnr. 19; in giurisprudenza OLG Düsseldorf, ZIP 1989, 1556.

³⁰ In questo senso HACHENBURG-HÖFFER, § 48, Rdnr. 45; SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 64; BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 21. Conformemente BGHZ 28, 355.

comportamento concludente³¹. Nell'affrontare la questione emerge nuovamente la profonda distinzione tra le due procedure, ben chiara nella dogmatica tedesca: nella prima variante per raggiungere un esito positivo è sufficiente la sola votazione unanime dalla quale si evince la superfluità di una discussione personale. Nella seconda variante, ove sono ammesse decisioni maggioritarie, questa certezza viene meno e ciascun socio deve essere pienamente consapevole della rinuncia all'espressione del proprio parere in sede assembleare. Per questa ragione la legge tedesca non ritiene sufficiente la votazione, ma richiede una speciale manifestazione di consenso da parte di ciascun socio³². Di norma, in assenza di apposite previsioni nello statuto, il consenso all'adozione del metodo extra-assembleare deve necessariamente riferirsi ad una specifica consultazione; ciò nondimeno secondo la giurisprudenza è configurabile il rilascio di un generico assenso alle future votazioni per consultazione scritta, fatta salva la facoltà di revoca in qualunque momento³³. Per contro la votazione in senso proprio deve necessariamente soddisfare il requisito della forma scritta a pena di nullità della dichiarazione³⁴ e deve chiaramente

³¹ Il requisito della forma scritta è infatti circoscritto alla manifestazione del voto. Non è tuttavia possibile dedurre l'approvazione di un socio dal mero silenzio dell'interessato a fronte di una sollecitazione ma è necessaria una specifica manifestazione di consenso. Vedi HACHENBURG-HÖFFER, § 48, Rdnr. 45; BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 21. La giurisprudenza si è domandata se la semplice partecipazione al voto per consultazione scritta implichi un consenso concludente a questa modalità di votazione ed è giunta ad una conclusione negativa sulla base del principio secondo cui il consenso al metodo deve necessariamente esprimersi prima della votazione essendo un presupposto essenziale (BGHZ 28, 358). SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 64 denuncia inoltre il rischio di insufficiente chiarezza del consenso qualora si ritenesse sufficiente la partecipazione alla procedura.

³² Secondo MICHALSKI-RÖMERMANN, § 48, Rdnr. 256, se in questa situazione si attribuisse automaticamente alla votazione il carattere di un tacito consenso, ciò comporterebbe un'inammissibile sovrapposizione delle due varianti, vanificando in tal modo il presupposto dell'unanimità nella prima variante. Secondo l'interpretazione dominante si può prescindere dal consenso speciale solo quando il presidente della votazione, come spesso accade, segnala chiaramente nell'atto di interpello che è necessario il consenso unanime alla modalità di voto per poter addivenire ad una decisione maggioritaria e che il voto medesimo assume valore di benestare (in questo senso HACHENBURG-HÖFFER, § 48, Rdnr. 47; SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 64; BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 21).

³³ OLG Düsseldorf, MDR, 1977, 346.

³⁴ Sui rapporti tra il requisito formale in parola e la rigorosa disciplina di cui al § 126 BGB valgono le medesime considerazioni fatte *supra* per il metodo del consenso espresso per iscritto. Vedi però l'opinione minoritaria di ROTH-ALTMEPPEL, § 48, Rdnr. 21.

esprimere la posizione del socio in merito alla consultazione sollecitata dal promotore – almeno un socio o amministratore – che mette ai voti la mozione³⁵.

Per acquisire piena efficacia, entrambe le dichiarazioni con il consenso alla procedura e con la votazione devono pervenire – in qualsiasi sequenza secondo l'opinione dominante³⁶ – al *Versammlungsleiter*, dopodiché non possono più essere revocate dal socio votante. Quanto alla deliberazione, essa si perfeziona nel momento in cui sono stati validamente presentati tutti i voti: in mancanza di uno o più voti può essere fissato un termine (se non vi si è già provveduto nell'atto originario di interpello) trascorso il quale la mancata manifestazione del voto assume valore di astensione³⁷. La mozione si intenderà approvata con il raggiungimento delle maggioranze fissate dal paragrafo 47 del *GmbHG* per le normali delibere assembleari (maggioranza dei voti espressi o maggioranza qualificata a seconda dell'oggetto della decisione)³⁸. Anche nella consultazione scritta non sono richiesti né una specifica comunicazione, né un accertamento formale del risultato, pertanto influenti ai fini della validità della decisione.

La seconda variante, escludendo logiche differenze di dettaglio, presenta nel complesso notevoli analogie con il sistema delineato per la nostra società a responsabilità limitata, accompagnando l'obbligo di coinvolgimento di tutti i soci con l'approvazione a

³⁵ E' tuttavia ipotizzabile che in prima battuta venga chiesto solo un parere sull'adozione del metodo della consultazione scritta senza formulare la specifica domanda, ma anche in tal caso si deve esprimere con sufficiente chiarezza quale è l'oggetto della delibera; così MICHALSKI-RÖMERMANN, § 48, Rdnr. 264.

³⁶ La questione se le dichiarazioni possano essere rilasciate in una qualsivoglia sequenza oppure se la votazione debba essere obbligatoriamente successiva al consenso relativo alla procedura è in verità controversa. Il *Bundesgerichtshof* ha affermato che i presupposti della votazione debbono essere già presenti e chiariti prima della loro attuazione; tuttavia la dottrina dominante non solo ammette una coincidenza delle due dichiarazioni, ma anche la sequenza inversa, argomentando che una posteriore autorizzazione al metodo possa in ogni caso sanare il vizio procedurale (SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 64) e, in modo ancor più convincente, che l'efficacia della deliberazione in assenza dei presupposti sia sospesa sino alla successiva autorizzazione (BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 22).

³⁷ Secondo BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 23, in caso di mancata fissazione del termine, il voto va comunque espresso entro un termine equo dalla data della richiesta; *contra* MICHALSKI-RÖMERMANN, § 48, Rdnr. 264, secondo cui una simile interpretazione condurrebbe a gravi incertezze sull'esito della votazione derivanti dall'ambigua nozione di termine equo.

³⁸ Una maggioranza qualificata dei tre quarti dei voti espressi (esclusi quindi gli assenti e gli astenuti) è richiesta tra l'altro per le modifiche dell'atto costitutivo (§ 53 comma 2), per lo scioglimento (§ 60 comma 1) e per l'approvazione delle operazioni disciplinate dall'*Umwandlungsgesetz*.

maggioranza³⁹. Per converso, manca nel nostro ordinamento l'obbligo di assenso unanime al metodo, sostituito dalla necessaria presenza, nell'atto costitutivo, della clausola autorizzativa in funzione di assenso preventivo. Salva diversa regolamentazione statutaria, entrambe le varianti presuppongono quindi una forma di consenso unanime, vuoi al merito della proposta, vuoi al *modus decidendi*. Ne deriva un'ulteriore, importante, differenza rispetto alla corrispondente normativa italiana: anche se il potere di sollecitare *dal nulla* l'avvio del procedimento decisionale è riservato ai detentori del decimo del capitale sociale ai sensi del paragrafo 50, il diverso potere di veto all'adozione dei metodi extra-assembleari nei procedimenti in corso è attribuito a ciascun socio, che negando il proprio assenso può di fatto imporre lo svolgimento della riunione⁴⁰. Tale regola, che tra l'altro garantisce efficacemente il pieno coinvolgimento dell'intera compagine, permette anche di comprendere la quasi totale assenza nel sistema germanico di riserve di collegialità, le quali, a fronte dell'efficace autotutela resa possibile dal veto, si rivelerebbero sostanzialmente superflue, quantomeno in un'ottica di protezione degli interessi individuali del socio. I diritti di *voice* sono diversamente modulati nel codice civile italiano: nel regime legale la presenza di un unico elevato quoziente per avviare il procedimento e per chiedere il ritorno al metodo assembleare ha reso necessaria l'introduzione di forme di eterotutela degli interessi individuali, in particolare della controversa riserva di collegialità per le operazioni che comportano una rilevante modificazione dei diritti dei soci. In una situazione analoga, applicando il paragrafo 48 del *GmbHG*, il socio che veda un suo diritto a repentaglio potrà efficacemente esercitare il veto, realizzando la più pregnante forma di controllo sull'*iter* decisionale. Evidentemente il sistema tedesco si espone a pesanti rischi di ostruzionismo, attraverso il veto sistematico da parte di un socio di minoranza, che potrebbero precludere il ricorso tanto al consenso scritto quanto alla consultazione scritta: al fine di scongiurare detti pericoli, le parti possono ricorrere, come subito si vedrà, agli ampi spazi riservati all'autonomia negoziale.

³⁹ L'introduzione – per certi versi raccomandabile – di una procedura di consenso scritto analoga a quella tedesca impone invece, come si è osservato nel secondo capitolo, la deroga ai quorum legali, prevedendo l'unanimità dei consensi.

⁴⁰ In applicazione delle norme del *GmbHG* in tema di consultazione scritta, il socio ostruzionista o dissenziente è incentivato non già a votare contro nel merito, quanto a negare l'assenso al metodo decisionale, imponendo in tal modo il ricorso all'assemblea.

4.3 La configurabilità di decisioni non assembleari di tipo diverso e lo spazio riservato dall'ordinamento tedesco all'autonomia statutaria

Partendo da un dato normativo estremamente conciso, l'elaborazione dottrina e giurisprudenziale nei lunghi decenni di applicazione ha restituito un sistema sufficientemente definito e coerente, al cui positivo sviluppo hanno certamente contribuito l'inclusione dei metodi non assembleari nel regime legale, che ha suscitato l'attenzione degli interpreti e moltiplicato le occasioni di chiarimento giurisprudenziale, e l'esistenza di una netta distinzione concettuale ed applicativa tra le due varianti. Il successo dei metodi in parola non ha impedito naturalmente di interrogarsi sull'ammissibilità di decisioni non assembleari assunte al di fuori delle forme previste dal secondo comma del paragrafo 48 *GmbHG*. Non sorgono particolari problemi con riferimento alle decisioni assunte nell'ambito di riunioni informali, ritenute valide ed efficaci a condizione che sia presente l'intera compagine sociale e tutti i soci acconsentano alla votazione dichiarandosi sufficientemente informati, in applicazione dei principi generali in tema di assemblea totalitaria (paragrafo 51 comma 3 del *GmbHG*). Maggiori perplessità sorgono da un lato in relazione alla cosiddetta *kombinierte Beschlussfassung*, ossia la deliberazione combinata o mista, e dall'altro in relazione alle decisioni non assembleari prive dei prescritti requisiti di forma. Nella prima ipotesi, caratterizzata da una commistione delle varie tecniche deliberative, una parte dei soci si riunisce in assemblea, un'altra parte è chiamata a votare telefonicamente ed i soci assenti votano per consultazione scritta. La seconda ipotesi, che pure può presentarsi in numerose varianti, è invece caratterizzata dal mancato rispetto del requisito di forma scritta e di norma si realizza attraverso un giro di telefonate, nel corso delle quali vengono raccolti in successione i voti comunicati a voce, al di fuori di una formale riunione collegiale (distinguendosi pertanto dall'intervento telefonico o in videoconferenza in una regolare assemblea).

Secondo l'opinione maggioritaria⁴¹ la legge con le due varianti di cui al paragrafo 48 esaurisce le possibilità di dare luogo a una deliberazione extra-assembleare e, in assenza

⁴¹ In questo senso OLG Monaco di Baviera, BB 1978, 471; conformemente HACHENBURG-HÖFFER, § 48, Rdnr. 57; MEYER LANDRUT-MILLER-NIEHUS, § 48, Rdnr. 30; BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 26; LUTTER-HOMMELHOFF, § 48, Rdnr. 14 e ROWEDDER-KOPPENSTEINER, § 48, Rdnr. 3. In senso contrario SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 71, secondo cui la deliberazione senza requisiti di forma o combinata deve essere ammessa, se la totalità dei soci è d'accordo con questo procedimento ed è consapevole del fatto che si tratta di una deliberazione vincolante, senza ulteriore dibattito. Secondo ROTH-ALTMENN, § 48, Rdnr. 28, è invece necessario differenziare in base all'oggetto della delibera ed alle dimensioni della

di una specifica clausola statutaria, è preclusa una terza via. La soluzione opposta contrasterebbe con il fondamentale requisito di forma, nella sua funzione di avvertimento in forza del quale ogni socio deve essere pienamente consapevole di rinunciare alla discussione e di concorrere ad una determinazione giuridicamente vincolante. Non vi sono però preclusioni all'adozione di queste tecniche deliberative mediante un'apposita clausola statutaria, in base al principio di piena libertà organizzativa sancito dal paragrafo 45 *GmbHG*, secondo cui le norme relative ai diritti dei soci sono generalmente dispositive, trovando applicazione solo in assenza di diverse pattuizioni nei *Gesellschaftsvertrages*; è quindi ammesso il ricorso alle deliberazioni combinate ed anche alla mera consultazione telefonica⁴². Il limite di inammissibilità viene superato solo nel momento in cui si pregiudichino eccessivamente i diritti individuali di informazione e di partecipazione alla formazione della volontà ovvero quando si realizzi una ingiustificata disparità di trattamento tale da discriminare uno o più soci⁴³.

compagine sociale: secondo l'Autore un'interpretazione meno restrittiva sarebbe prospettabile per le questioni amministrative ordinarie in società costituite da soli due soci. Nell'opinione dominante esiste però disaccordo sulle conseguenze giuridiche per le deliberazioni prive dei requisiti di forma. Un primo orientamento (HACHENBURG-HÖFFER, § 48, Rdnr. 60) le ritiene inevitabilmente nulle, per analogia con il § 121 dell'*Aktengesetz*: se i vizi della convocazione comportano la nullità, l'esito non può essere diverso in questi casi. Una seconda tesi pur affermando l'invalidità delle deliberazioni in parola, ritiene possibile una sanatoria tramite ratifica da parte degli interessati (HACHENBURG-SCHILLING, § 48, Rdnr. 25 e in giurisprudenza OLG Francoforte, *BB* 1983, 2139); si esprime infine per l'annullabilità ROWEDDER-KOPPENSTEINER, § 48, Rdnr. 3. Secondo MICHALSKI-RÖMERMANN, § 48, Rdnr. 280 si deve operare una distinzione: se i soci, in un primo tempo, non vengono resi partecipi della votazione e la loro autorizzazione viene richiesta solo in una fase successiva, ciò è paragonabile alla mancata convocazione con la conseguenza della nullità insanabile. Diverso è il caso in cui tutti i soci da principio esprimano il loro consenso alla modalità di votazione senza requisiti di forma: questo vizio non dà luogo alla nullità della deliberazione, ma ne determina l'annullabilità secondo le regole generali delle delibere assembleari.

⁴² Così MICHALSKI-RÖMERMANN, § 48, Rdnr. 280; HACHENBURG-HÖFFER, § 48, Rdnr. 62; SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 70 e BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 27; in giurisprudenza OLG Monaco di Baviera, *BB* 1978, 471.

⁴³ SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 68 e BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 27. Si pensi alla sicura illegittimità di una clausola che precluda istituzionalmente la partecipazione all'assemblea di un socio, limitandone le facoltà di intervento al solo voto per corrispondenza. Per contro, la messa a disposizione di tutte le varianti all'intera compagine, superando ogni discussione su pretesi profili di discriminazione, determinerebbe la validità della clausola.

Sulla base dei medesimi principi di autonomia contrattuale, lo statuto può escludere in linea generale le procedure della consultazione scritta e del consenso espresso per iscritto o limitarne il ricorso a determinate materie, individuando per converso le decisioni che non possono prescindere da una discussione collettiva⁴⁴; con pattuizioni di segno opposto, è possibile semplificare i presupposti necessari per le procedure in parola alterando la disciplina legale sotto vari profili. Lo statuto può quindi prevedere una forma di consenso preventivo alla procedura della consultazione scritta a maggioranza – salvo l'obbligo di formulare la clausola in modo inequivocabile – superando così la necessità di richiedere di volta in volta l'autorizzazione dei soci⁴⁵. Parimenti è possibile intervenire sui *quorum*, sulla legittimazione a promuovere la procedura, sul diritto a sollecitare una discussione assembleare o sul significato da attribuire al silenzio dei soci interpellati⁴⁶. Come emerge chiaramente dall'elenco delle possibili opzioni, gli spazi riservati all'autonomia statutaria sono addirittura maggiori rispetto a quanto accade nella società a responsabilità limitata italiana, dovendosi ammettere anche una decisione extra-assembleare assunta in occasione di conferenze telefoniche non contestuali: sembra tuttavia che il principio di correttezza e di buone fede nell'esercizio in comune dell'attività d'impresa costituisca, anche nell'ordinamento germanico, un limite invalicabile, non potendosi accogliere, nemmeno attraverso l'introduzione di un'apposita clausola, la validità di una procedura che escluda in tutto o in parte dal procedimento deliberativo i soci dotati del diritto di voto⁴⁷.

⁴⁴ La giurisprudenza ha affermato che una simile esclusione deve essere formulata con sufficiente chiarezza: la mera indicazione che le deliberazioni vengono prese in sede assembleare non è ritenuta sufficiente (BGHZ 15, 324).

⁴⁵ In questo senso si esprime il *Reichsgericht* in RGZ 101, 79; conformemente BAUMBACH-HUECK-ZÖLLNER, § 48, Rdnr. 27.

⁴⁶ Con riferimento alla seconda variante occorre nuovamente distinguere il consenso alla procedura dalla vera e propria votazione: mentre è certamente possibile l'inscrizione di una clausola in base alla quale la mancata opposizione ad una richiesta di votazione per consultazione scritta entro un determinato termine assume valore di consenso a questo metodo di votazione (HACHENBURG-HÖFFER, § 48, Rdnr. 61), è invece controversa la configurabilità di un silenzio assenso nella successiva votazione, affermata da VOGEL, *Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung*, cit., 164, ma negata da SCHOLZ-K. SCHMIDT, § 48, Rdnr. 68.

⁴⁷ L'assolutezza del principio di partecipazione al procedimento decisionale va infatti coniugata con la possibile esistenza di soci di *GmbH* sprovvisti del diritto di voto.

4.4 Il metodo non assembleare nella *société à responsabilité limitée* francese e nei principali ordinamenti continentali

Nella stesura materiale della norma, il principale modello di riferimento per il legislatore della riforma è probabilmente stato quello francese, anch'esso strutturato su due varianti di indiretta derivazione germanica, ma distinguibile in primo luogo per la necessità di una clausola autorizzativa, che rende opzionale quello che nella *GmbH* costituisce il modello legale. In linea di principio tutte le decisioni dei soci nella *société à responsabilité limitée* devono rispettare il metodo collegiale perfetto⁴⁸, ammettendosi tuttavia la previsione statutaria di tecniche che prescindono dalla riunione, consistenti appunto nella consultazione scritta o in un atto sottoscritto da tutti i soci⁴⁹.

⁴⁸ GUYON, *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, in GHESTIN, *Traité des contrats*, Parigi, 1999, 203 evidenzia la centralità della funzione ponderatoria della riunione: «la tenue physique d'une assemblée est le mode d'expression le plus souhaitable de la collectivité des associés, car elle permet les échanges de vues». Sotto la vigenza della legge 7 marzo 1925 l'assemblea, in base all'art. 29, era obbligatoria solo quando il numero di soci era superiore a venti, secondo un criterio da molti ritenuto poco razionale in quanto "l'intérêt d'un débat, donc de la réunion des associés, ne dépend pas de la dimension de la société" (HAMEL E LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Parigi, 1980, I, 809). Superati certi limiti, le dimensioni della compagine sociale possono anzi esercitare l'effetto opposto, riducendo notevolmente l'efficienza del processo decisionale, stante la concreta impossibilità di dar luogo ad una discussione.

⁴⁹ La norma di riferimento, l'art. L223-27 del *Code de commerce*, rappresenta un punto di divergenza rispetto alla *société anonyme* e di convergenza con le società di persone. La prerogativa di una tecnica extra-assembleare non è infatti esclusiva della società a responsabilità limitata, ma accomuna le *sociétés civiles*, le *sociétés en nom collectif* ed anche le *sociétés par actions simplifiée*, pur se le specifiche modalità di assunzione delle decisioni differiscono, in misura limitata, nei vari tipi (circostanza non giustificabile razionalmente secondo JEANTIN, *Droit des sociétés*, Parigi, 1997, 206 e GUYON, *Les sociétés*, cit., 204; sulla convergenza con i tipi personalistici vedi anche COZIAN, VIANDIER E DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Parigi, 2004, 420). Il maggior grado di libertà si riscontra certamente nelle *sociétés civiles*: ai sensi dell'art. 1853 del *Code civil*, tutte le decisioni, indipendentemente dal loro oggetto possono essere adottate al di fuori di una formale riunione assembleare a meno che lo statuto non preveda un'esplicita riserva o escluda del tutto il ricorso a tale procedura. La scelta del metodo deliberativo è anzi frequentemente attribuita agli amministratori e questi, nei casi di decisione unanime, possono avvalersi della procedura semplificata ai sensi dell'art. 1854 del *Code civil*. A ciascun socio è attribuito il diritto di promuovere la consultazione, ma, salvo apposita pattuizione, non gli è riconosciuta la possibilità di imporre l'adozione del metodo collegiale,

Senza l'intenzione di riproporre le considerazioni svolte analizzando il modello germanico – l'archetipo normativo dal quale hanno attinto gran parte dei legislatori europei per disciplinare i procedimenti non assembleari nei tipi corrispondenti alla *GmbH* – ci limiteremo ad evidenziare i profili di specificità della normativa transalpina. La

essendogli preclusa la sollecitazione di una riunione assembleare (limitazione criticata dalla dottrina prevalente tra cui BÉZARD, *Sociétés civiles*, Parigi, 1979, 1031 e GUYON, *Les sociétés*, cit., 204).

Anche nella società in nome collettivo tutte le decisioni possono essere assunte mediante consultazione scritta e, secondo la dottrina prevalente, anche attraverso il consenso unanime manifestato in un atto, ma è sempre necessaria un'apposita previsione statutaria e ciascun socio può richiedere ed ottenere la discussione collegiale (art. L221-6 del *Code de commerce*, che riproduce l'art. 15 della legge 24 luglio 1966; sul carattere imperativo della norma LE CANNU, *Droit des sociétés*, Parigi, 2002, 766). Questa disciplina, rispetto a quella dettata per le *sociétés civiles*, è reputata più equilibrata in quanto "il concilie l'absence de formalisme, inutile en cas de bonne entente entre associés, et la protection des minoritaires" (GUYON, *Les sociétés*, cit., 205). Secondo DERRIDA, voce *Sociétés en nom collectif*, in *Encyclopédie Dalloz des sociétés*, 196 e COZIAN, VIANDIER E DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., 466 anche nelle società in nome collettivo, pur in assenza di un esplicito riferimento normativo, l'assemblea è obbligatoria per l'approvazione del bilancio annuale. Per le *sociétés en commandite simple*, l'art. 222-5 si limita a stabilire che le modalità di assunzione delle decisioni sono fissate dallo statuto, da intendersi secondo la dottrina francese nell'ampio senso visto per le *sociétés en nom collectif*.

Con riferimento alla *société par actions simplifiée*, modello capitalistico intermedio introdotto in Francia da oltre un decennio, si vedano JEANTIN, *Les associés de la société par actions simplifiée*, in *Rev. sociétés*, 1994, 223; GUYON, *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, in *Revue des sociétés*, 1994, 207; STOUFFLET, *Aménagements statutaires et actionariat de la société par actions simplifiée*, in *Revue des sociétés*, 2000, 241; PAILLUSSEAU, *Enfin un statut juridique moderne et adapté pour les PME-PMI*, in *La modernisation du droit des sociétés. Premières réflexions sur le Rapport Marini*, Parigi, 1997, 7. La forma delle decisioni collettive nella *SAS* non è affatto regolamentata, contrariamente alle decisioni del socio unico disciplinate dall'art. L227-9, e non può essere desunta dalla disciplina dell'assemblea degli azionisti nella *société anonyme*. Malgrado l'assenza di regolamentazione, i soci sono interessati a procurarsi prova scritta delle decisioni assunte: in questo contesto, sia la consultazione scritta, sia il consenso unanime espresso per iscritto (ma, nell'alveo assembleare, anche il voto per corrispondenza o la videoconferenza) costituiscono opzioni disponibili in sede di redazione dell'atto costitutivo, senza alcuna apparente limitazione *ratione materiae*. Per la *SAS* valgono quindi le medesime osservazioni critiche – in relazione alla pericolosa assenza di una disciplina suppletiva ed all'incremento dei costi di transazione – indirizzate dai commentatori alla nuova società a responsabilità limitata italiana, delle quali si è dato riscontro nella prima parte. Infine l'art. L252-4 del *Code de commerce* consente anche a *GEIE* di ricorrere opzionalmente alla consultazione scritta, in sostituzione totale o parziale dell'assemblea.

prima variante, la *consultation écrite des associés*, pur in un'ottica di semplificazione, è caratterizzata da una residua rigidità procedimentale, rinvenibile non tanto nella sintetica norma del *Code de commerce*, quanto nell'analitico decreto di attuazione⁵⁰; gli amministratori⁵¹, unici legittimati a dare impulso alla consultazione con l'invio di una lettera raccomandata ai soci⁵², sono tenuti a raccogliere le manifestazioni di voto pervenute entro il termine suppletivo di quindici giorni dalla ricezione⁵³ ed a redigere un

⁵⁰ La consultazione scritta era già autorizzata, sotto l'impero della legislazione anteriore, dall'art. 26 della legge 7 marzo 1925 per le *SARL* composte da non più di venti soci. La novella del 1966, nell'estenderne l'ammissibilità a prescindere dalle dimensioni della compagine – ma previa introduzione di una clausola autorizzativa nello statuto – ha precisato nel decreto di attuazione del 1967 numerosi aspetti procedurali, come le modalità di invio, il termine ultimo di espressione del voto, la verbalizzazione, stabilendo inoltre le sanzioni per la violazione delle nuove regole introdotte. Vedi *infra* in nota per i dettagli.

⁵¹ Secondo l'orientamento prevalente, la facoltà di sollecitare una consultazione o di promuovere la raccolta del consenso scritto non è riconosciuta né al *commissaire aux comptes*, né all'amministratore giudiziario, i quali possono esclusivamente provvedere alla convocazione dell'assemblea (*contra* HÉMARD, TERRÉ E MABILLAT, *Sociétés commerciales*, Parigi, 1972, I, 515). La sollecitazione di una consultazione è similmente preclusa ai soci, ai quali la legge riserva solamente la facoltà di chiedere all'organo amministrativo o all'autorità giudiziaria la convocazione assembleare. Si tratta di un'importante differenza rispetto alla disciplina italiana, che, sotto questo profilo, attribuisce consapevolmente maggiori poteri di autodeterminazione alla compagine sociale.

⁵² Oltre che ai soci, l'avvio della consultazione deve essere contestualmente notificato al *commissaire aux comptes*. Qualora lo statuto preveda la consultazione come modalità esclusiva di formazione della volontà collettiva – clausola della cui validità si dovrebbe invece dubitare – una risalente pronuncia di legittimità, resa sotto l'impero della legge del 1925 (Cass. com., 17 gennaio 1955, in *Recueil de jurisprudence Dalloz*, 1957, 70 con nota di COPPER-ROYER), ha escluso la possibilità di voto in assemblea, dichiarando la nullità delle decisioni così assunte (vedi però le considerazioni parzialmente confliggenti di Cass. com., 20 novembre 1956, *ibidem*, 79). Le critiche espresse nella nota pubblicata, fondate sull'esistenza di un insopprimibile diritto di riunione, vanno certamente condivise, in particolare alla luce della nuova disciplina che riconosce alla minoranza qualificata il diritto di sollecitare la riunione. Rileva l'eccessivo formalismo della citata pronuncia anche GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., 254, nt. 249, richiamando la nota, giustamente critica, di RAULT, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1955, 350.

⁵³ Non emerge in Francia il problema dell'identificazione del destinatario delle dichiarazioni di voto, cui fornisce adeguata risposta l'art. 42 del decreto 67-236 del 23 marzo 1967 e successive modifiche.

verbale dal quale risultino il perfezionamento della procedura⁵⁴ ed il raggiungimento della maggioranza prescritta⁵⁵. Al mancato rispetto della procedura di consultazione, la legge francese fa corrispondere l'irrogazione di una lieve ma significativa pena pecuniaria nei confronti dei componenti l'organo amministrativo. Lo schema della *consultation écrite* è grossomodo riprodotto nella nostra consultazione scritta, sebbene con inferiore analiticità di disciplina, con un minor grado di tassatività e con importanti discordanze nell'identificazione dei soggetti legittimati alla sollecitazione. Qualora sia possibile addivenire ad una decisione unanime⁵⁶, la risoluzione può assumere una forma ben più semplice, essendo sufficiente il *consentement de tous les associés exprimé dans un acte*, libero da vincoli procedurali. La seconda variante, introdotta dalla *loi Madelin*⁵⁷,

⁵⁴ L'art. 40 del sopracitato decreto disciplina le fasi essenziali della consultazione scritta: il testo della proposta nonché i documenti necessari per l'adeguata informazione devono essere inviati a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno a tutti i soci, ai quali è attribuito un termine di almeno quindici giorni decorrenti dalla data di ricezione – che lo statuto o l'atto di interpello possono esclusivamente innalzare – per far pervenire agli amministratori il voto espresso per iscritto. Alla luce di queste disposizioni, la cui importanza nel sancire il diritto di adeguata informazione non va trascurata, i margini di autonomia nella strutturazione del procedimento sono sensibilmente ridotti rispetto alla disciplina italiana. In base al successivo art. 53, il mancato rispetto della procedura comporta per gli amministratori l'ammenda prevista per le contravvenzioni di quinta classe, attualmente sino a 1500 euro (il doppio in caso di recidiva).

⁵⁵ Sui quozienti prescritti per le decisioni dei soci si rinvia a MERCADAL E JANIN, *Majorité absolue et majorité relative dans les SARL*, in *Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires*, 1994, 119. Si noti tuttavia come il regime unitario di approvazione delle decisioni, senza distinzioni in base al metodo decisionale, sia qui ancorato alla maggioranza assoluta del capitale sociale, salva naturalmente l'ammissibilità di deroghe statutarie, più semplice ed intelligibile rispetto al meccanismo introdotto dall'ultimo comma dell'art. 2479.

⁵⁶ Circostanza che non può verificarsi, secondo l'interpretazione maggioritaria, laddove uno dei soci veda interdetto il suo diritto di voto, ad esempio in presenza un conflitto di interessi. Si potrebbe in realtà obiettare che la concorde volontà dei soci non in conflitto sia sufficiente per l'assunzione della decisione anche al di fuori di una riunione.

⁵⁷ Sulle modifiche introdotte dalla cosiddetta legge Madelin vedi BOUÈRE E LE CANNU, *La loi Madelin du 11 février 1994 et le droit des sociétés*, in *Bull. Joly*, 1994, § 61, 237. Come osservano COZIAN, VIANDIER E DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., 420, la semplificazione va salutata positivamente, poiché facilita la gestione degli affari, accelerando sensibilmente i tempi della procedura, nelle piccole SARL allorché tutti i soci sono d'accordo su una decisione. L'ulteriore semplificazione è quindi percepita in Francia come regime premiale, che rende superflue le menzionate formalità di consultazione: l'estensione del regime alle decisioni a maggioranza è invece esclusa per le possibili incertezze procedurali e per i rischi di

pur denunciando una palese somiglianza linguistica con la disciplina della riforma, si distingue nuovamente per la previsione dell'unanimità dei consensi, confermando se necessario l'impressione che il legislatore italiano, nell'operazione di *trapianto normativo*, si sia limitato all'incompleta riproduzione delle norme di riferimento, tralasciando ingiustificatamente un sia pur piccolo, ma fondamentale, dettaglio che rischia di comprometterne il significato complessivo o quanto meno di pregiudicarne la chiarezza⁵⁸.

La decisione si intenderà perfezionata, in caso del consenso scritto, quando l'ultimo socio abbia provveduto alla sottoscrizione del documento⁵⁹, e, in caso di consultazione scritta, allo spirare del termine legale o negoziale per l'espressione del voto⁶⁰, entro il quale i soci hanno la facoltà di revocare la propria dichiarazione nelle forme di rito⁶¹. Il ricorso ai metodi non assembleari non dispensa dal rispetto delle regole relative

sovraposizione tra le due varianti, fattori evidentemente sottovalutati dal legislatore italiano. Si noti però come anche anteriormente alla novella del 1994, la dottrina e, implicitamente, la giurisprudenza già ammettessero la validità del consenso unanime espresso per iscritto (in tal senso J. RICHARD, *De la consultation dans un acte des décisions des associés d'une société à responsabilité limitée*, in *Juris-Classeur Périodique Edition Notariale et immobilière*, 1977, 6577 e Cass. com., 7 gennaio 1953, in *Juris-Classeur Périodique Edition Générale*, II, 7728), in applicazione della norma, l'art. 26 della legge 7 marzo 1925, oggi abrogato, che non richiedeva lo svolgimento di un'assemblea nelle SARL composte da meno di venti soci. Sugli aspetti applicativi della disciplina del 1925 si veda, pur tutti, ROUSSEAU, *Traité des sociétés à responsabilité limitée*, Parigi, 1952-1958.

⁵⁸ Sulla nozione di *legal transplant* e sui rischi connessi, si veda il fondamentale contributo di BERKOVITZ, PISTOR e RICHARD, *Economic Development, Legality, and the Transplant Effect*, in *European Economic Review*, 2003, 47, 1, oltre ai lavori, di più ampio respiro, di SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, WATSON, *Legal Transplant: An Approach to Comparative Law*, Edimburgo, 1974 e MERRYMAN, *On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law, New Perspectives for a Common Law of Europe*, in *Stanford Journal of International Law*, 1981, 357; per recenti elaborazioni di questi principi in tema di responsabilità degli amministratori ed in materia di azioni correlate, vedi rispettivamente FLEISCHER, *Legal Transplants in European Company Law. The Case of Fiduciary Duties*, in *European Company and Financial Law Review*, 2005, II, 378 e CAMPOLONGHI, *Il 'trapianto di norme giuridiche' nell'ambito della riforma del diritto societario italiano: il caso delle azioni correlate e l'esperienza statunitense delle tracking stocks*, inedito.

⁵⁹ La risoluzione sarà tuttavia opponibile alla società nel momento in cui gli amministratori ne vengano a conoscenza.

⁶⁰ In tal senso BOULOC, *Nota a CA Metz 20 febbraio 1974*, in *Rev. sociétés*, 1975, 79.

⁶¹ Così VIANDIER, in *Juris-Classeur Civile art. 1845 à 1870-1*, 30, 48.

all'informazione preventiva e successiva⁶², né sottrae la risoluzione alla disciplina unitaria in tema di invalidità. Anche oltralpe l'assemblea – che mantiene il propria connotazione di *modus* suppletivo – la consultazione scritta ed il consenso unanime sono quindi tre modalità di espressione della volontà collettiva, assoggettate sotto diversi profili ad un regime unificato.

Piuttosto originale è invece la scelta francese nell'identificazione delle riserve di collegialità. Il ricorso alle tecniche extra-assembleari è infatti precluso, a pena di nullità, con riferimento alla sola approvazione del bilancio annuale, una restrizione giustificata secondo gli interpreti dal fatto che in quella sede sarebbe necessario poter formulare domande agli amministratori e dar vita ad un effettivo dibattito fra i soci. Per contro il ricorso alla consultazione o al consenso scritto sarà perfettamente legittimo in caso di

⁶² Come notano HÉMARD, TERRÉ E MABILLAT, *Sociétés commerciales*, cit., 421, la consultazione, surrogando lo svolgimento della riunione, è sottoposta ai medesimi obblighi di informazione; pertanto, pur in assenza di un'elencazione nella legge o nel decreto di attuazione, i documenti da allegare all'atto di interpello sono i medesimi per i quali è imposta la comunicazione preventiva in vista di una riunione assembleare. In giurisprudenza vedi CA Orléans, 26 ottobre 1989, in *Rev. sociétés*, 1990, 644, secondo cui "le principe de l'égalité entre les associés implique que tous les associés soient ou bien consultés par écrit ou bien réunis en assemblée. Le gérant ne saurait faire entre eux une discrimination, qui lui permettrait d'écarter des débats les contestataires". Malgrado queste considerazioni in diritto, la Corte d'Appello afferma nello specifico la validità di una decisione assunta mediante la cosiddetta tecnica combinata; nella fattispecie, un socio gravemente malato, non potendo intervenire alla riunione, aveva consentito, su sollecitazione dell'amministratore – personalmente interessato al buon esito dell'operazione – all'aumento del capitale, successivamente sottoposto all'attenzione dell'assemblea; il voto decisivo del socio, successivamente deceduto, aveva determinato l'impugnazione, qui rigettata, da parte dei soci dissenzienti, incidentalmente moglie e figli del *de cuius*. Si noti tuttavia come questa posizione non trovi riscontro nella dottrina maggioritaria, che, in forza della pretesa disparità di trattamento fatalmente originata, nega la possibilità di utilizzo cumulativo di più tecniche decisionali (CHAMPAUD E DANET, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1992, 193). In effetti la motivazione della pronuncia sembra escludere l'intento di affermare un principio di carattere generale, ma piuttosto quello di addivenire ad una soluzione di compromesso in virtù delle circostanze davvero eccezionali della vicenda esaminata. La soluzione francese è tuttavia influenzata dalla marcata procedimentalizzazione della consultazione scritta, spesso concepita come autonomo ed organico canale di formazione della volontà collettiva. In un tipo caratterizzato dalla tendenziale derogabilità dell'impianto organizzativo e considerando la minor strutturazione che contraddistingue la disciplina dei procedimenti extra-assembleari, sembra quindi difficile confermare una simile lettura riferendosi alla nostra società a responsabilità limitata.

modifica dello statuto, di trasformazione, di fusione o di scissione della società⁶³, ipotesi nelle quali è forse maggiore, a nostro avviso, l'esigenza di confronto con l'organo gestorio. L'assemblea, anche nelle *SARL* familiari, dovrà quindi svolgersi almeno una volta l'anno, proprio in occasione di un adempimento, l'approvazione del bilancio, frequentemente percepito dai soci come vuoto e superfluo rituale. La peculiarità della disciplina emerge non solo dalla comparazione con gli ordinamenti stranieri, ma anche da un elementare raffronto interno con gli altri tipi ove è ammessa la deroga assembleare: se nelle società di persone non è comprensibilmente presente alcuna riserva di collegialità testuale⁶⁴, più inatteso è il fatto che anche la *société par actions simplifiée* non riproponga analoghe restrizioni, ponendosi al limite una questione, agevolmente superabile, di mera compatibilità dei metodi decisionali opzionali con l'iscrizione della risoluzione nel *Registre du Commerce et des Sociétés*⁶⁵. Oltre a determinare una ingiustificata asimmetria tra i tipi societari, la soluzione francese suscita dubbi anche alla luce della prassi. Cercando di evitare accuratamente l'erronea e sterile ricerca della disciplina migliore, riteniamo che l'individuazione delle riserve di collegialità – la cui impellenza è certamente confutata dall'equilibrio raggiunto da un ordinamento, quello tedesco, sostanzialmente privo di analoghe riserve – debba bilanciare la tutela degli interessi sottostanti alla correttezza del procedimento con l'osservazione della realtà, quella che, mutuando le parole di una celebre raccomandazione di Vivante, definiremmo "l'osservazione sistematica dei fatti". In questo senso una limitazione che imponga la riunione assembleare per l'approvazione del bilancio di esercizio, pur legittima e condivisibile nei presupposti, fornisce una risposta inadeguata ed alquanto inefficiente, precludendo l'accesso alla semplificazione laddove ne è maggiormente avvertita l'esigenza. La disciplina italiana delle riserve di collegialità – pur diversamente criticabile, specie per la presenza di nozioni oltremodo sfuggenti – denota sotto questo

⁶³ L'art. 258 del decreto di attuazione, così come modificato nel febbraio 2005, contempla espressamente l'approvazione del progetto di fusione o di scissione per consultazione scritta, imponendo l'allegazione all'atto di interpello del rapporto predisposto dagli amministratori (per gli analoghi adempimenti in caso di trasformazione vedi l'art. 56-1 del decreto).

⁶⁴ Vedi *supra* in nota il contrasto dottrinario sull'estendibilità alle società in nome collettivo della riserva assembleare per l'approvazione del bilancio di esercizio.

⁶⁵ Vedi COZIAN, VIANDIER E DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., 466, con l'avvertenza che la tesi degli autori, richiamata nel testo, risponde ad un problema aperto, l'esistenza di riserve di collegialità nella *SAS*, sul quale non mancano soluzioni divergenti, in particolare in riferimento alle modifiche statutarie, all'approvazione del bilancio annuale ed alla nomina del *commissaire aux comptes*, principalmente in base alla pretesa analogia con le disposizioni previste per altri tipi societari.

profilo una buona coerenza sistematica ed una maggiore rispondenza alle istanze provenienti dagli operatori, osservazione che non equivale tuttavia ad affermare la generale opportunità, quantomeno dubbia, di un impianto normativo fondato sulla presenza di riserve inderogabili di collegialità.

Il diritto di sollecitare la riunione da parte della minoranza in pendenza della consultazione si presenta in termini alquanto simili all'ordinamento italiano, mancando il riconoscimento del diritto individuale di veto proprio dei soci di *GmbH*⁶⁶. La riunione può essere richiesta da uno o più soci che rappresentino la metà del capitale sociale ovvero – circostanza ben più frequente⁶⁷ – da tanti soci che rappresentino un quarto della compagine e, nel contempo, un quarto del capitale sociale⁶⁸. L'inderogabilità della norma è espressamente affermata dal legislatore, confermando il convincimento che la riesplorazione del momento assembleare su richiesta della minoranza qualificata tuteli un diritto indisponibile di natura ordinamentale, tesi già avanzata interpretando la maggiore ambiguità del nostro dato normativo.

Con riferimento al diritto del socio di partecipare alla consultazione – ed ovviamente alla formazione del consenso unanime – trova applicazione il principio di ordine pubblico enunciato dall'art. 1844 del *Code civil*, in base al quale *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives*. La regola, concordemente ritenuta uno dei cardini del cosiddetto *droit commun des sociétés*⁶⁹, nella sua semplicità declina in modo esemplare il principio di buona fede e di correttezza nell'esercizio collettivo

⁶⁶ Naturalmente nella variante del consenso unanime espresso per iscritto basterà il rifiuto di un solo membro per impedire il valido perfezionamento della decisione. Riguardo alla consultazione scritta a maggioranza, si conferma la funzione sostitutiva della preventiva autorizzazione statutaria rispetto alla necessità del consenso unanime al metodo decisionale, già osservata comparando l'ordinamento germanico con quello italiano.

⁶⁷ Il socio che detenga la metà del capitale non ha particolari incentivi a sollecitare un dibattito, potendo di norma determinare l'esito della decisione anche al di fuori del consesso assembleare.

⁶⁸ Pertanto un socio di *SARL* detentore del quarto del capitale non si trova necessariamente in una situazione di forza analoga a quella di un socio di s.r.l. italiana detentore del terzo del capitale, dovendosi nel sistema d'oltralpe valutare anche il numero di componenti della compagine.

⁶⁹ Come osserva LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., 570 la collocazione della norma nel *Code civil* implica la sua applicabilità a tutti i tipi sociali, indipendentemente dalla speciale regolamentazione dei rispettivi processi decisionali.

dell'impresa⁷⁰. Per comprendere la centralità del diritto in parola nel complesso del quadro normativo, basti menzionare che l'ordinamento francese prevede nella *SAS* una specifica sanzione penale a carico degli amministratori per il mancato coinvolgimento dei soci nei procedimenti decisionali, anche non assembleari, efficacemente definito *débit de non-consultation*⁷¹.

La regolamentazione francese dei procedimenti non assembleari, pur denunciando l'originaria matrice tedesca, evidenzia quindi numerose specificità, alcune delle quali – in particolar modo la necessità di una clausola autorizzativa, la revocabilità delle dichiarazioni di voto o il riconoscimento alla minoranza qualificata del diritto di richiedere la riunione – hanno trovato riscontro nella disciplina italiana, mentre altre – in *primis* la dettagliata regolamentazione del procedimento di consultazione, ma anche il riconoscimento del potere di sollecitazione esclusivamente all'organo gestorio – sono state essenzialmente ignorate. Malgrado la convergenza solo apparente, il modello franco-tedesco ha notevolmente influito su molte delle legislazioni continentali⁷². Senza

⁷⁰ Vedi ancora GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, cit., passim e con specifico riferimento alla partecipazione ai processi decisionali COTTINO E WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 154.

⁷¹ Vedi LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., 574. Si tratta dell'art. L244-2 del *Code de commerce*, introdotto dalla legge *NRE*, che sanziona con l'ammenda di 7500 euro e con sei mesi di reclusione la mancata consultazione dei soci sulle materie ritenute più importanti, tra le quali l'approvazione del bilancio, le operazioni sul capitale e le operazioni straordinarie. Secondo LE CANNU, *op. ult. loc. cit.*, il ritorno di una sanzione penale in questa fattispecie, originariamente esclusa in sede di prima introduzione della *SAS* nel 1994, illustra la tendenza regressiva della legge *NRE*, "qui emploie la sanction pénale dans la forme de société la plus marquée par la liberté. Mais peut-être la menace pénale est-elle utile pour inciter les plus hardis à ne pas franchir les rares limites qui leur sont imposées". L'irrogazione di una sanzione penale, tratto che caratterizza trasversalmente il diritto societario francese, è naturalmente prevista anche per la violazione delle formalità di convocazione nelle *sociétés anonymes*, nelle quali non è tuttavia ammesso il ricorso alla consultazione. Vedi *supra* in nota la più lieve sanzione per il mancato rispetto della procedura di consultazione scritta nella *SARL*.

⁷² Tra i sistemi fortemente ispirati al modello tedesco vanno annoverati quello ungherese (sul quale SANDER, *Die Ungarische Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Potsdam, 2002, 84) e soprattutto quello austriaco, ove in materia, disciplinata dal paragrafo 34 del *GmbHGesetz* del 1906, è stata oggetto di approfondite analisi, tra le quali FANTUR, *Schriftlicher Gesellschafterbeschluss gemäß § 34 GmbHG*, in *Recht der Wirtschaft*, 1998, 529, WÜNSCH, *Die Abstimmung im schriftlichen Wege nach § 34 GmbHG*, in *GesRZ*, 1996, 61 e GAETA, *Die notarielle Mitwirkung bei schriftlichen Gesellschafterbeschlüssen gemäß § 34 GmbH-Gesetz*, in *GesRZ*, 1991, 170, oltre al più generale studio di BEHRENS, *Österreich GmbH*, in

poterci dilungare sulle singole declinazioni normative riscontrabili in Europa, annotiamo però l'approccio oltremodo sintetico del legislatore svizzero: con riferimento alle società a garanzia limitata, l'art. 808 del codice delle obbligazioni prevede infatti che lo statuto possa *sostituire* l'assemblea con il voto per corrispondenza, in via generale o su determinate materie, senza addentrarsi nell'analisi delle concrete modalità di attuazione⁷³. Si ritiene tuttavia che ogni sistema idoneo a salvaguardare i diritti di informazione e di partecipazione dei soci possa essere inserito nello statuto, sia esso modellato sulla consultazione scritta a maggioranza o sul consenso unanime espresso per iscritto⁷⁴.

Un'importante, ma non del tutto isolata, eccezione è costituita dal Belgio, dove la riforma del 1999, nel ridisegnare l'intera disciplina, si è limitata a ammettere il voto per

BERHENS, *Die GmbH im internationalen und europäischen Recht*, Berlino, 1997, 100. Per una ricostruzione dei processi decisionali nelle altre società a responsabilità limitata europee, in larga misura ispirate ai modelli francese e tedesco, si rinvia ancora al volume collettaneo curato da BERHENS, *Die GmbH im internationalen und europäischen Recht*, cit. c, in particolare, per la Danimarca CARSTEN, *Dänemark Anpartsselskab*, ivi, 770, per il Portogallo RAU, *Portugal sociedade por quotas*, ivi, 1202, per la Grecia DIGENOPOULOS, *Etaireia periorismenis eflhymis*, ivi, 1508 e per la Turchia ANSAY, *Türkei limitet şirket*, ivi, 1608. Una più sintetica analisi dei restanti ordinamenti si trova in HERBERSTEIN, *Die GmbH in Europa*, Vienna, 1999.

⁷³ L'uso della locuzione *voto per corrispondenza* in questo contesto denota una significato parzialmente diverso da quello comunemente attribuito dal legislatore italiano, laddove il voto per corrispondenza non è inteso come forma sostitutiva del metodo assembleare, ma come modalità di preformazione del voto rispetto alla riunione.

⁷⁴ Salvo diversa disposizione statutaria, le deliberazioni assembleari si prendono a maggioranza assoluta dei voti espressi, mentre nel caso del voto per corrispondenza, la maggioranza si computa sull'intero capitale sociale (medesimo meccanismo si rinvia nel sopracitato § 34 del *GmbHGesetz* austriaco). Manca nell'ordinamento svizzero, almeno a livello legislativo, una distinzione concettuale tra le due forme di decisione viste nella *GmbH* tedesca. Per i principali orientamenti nell'interpretazione dell'art. 808 si vedano KÜNG E HAUSER, *GmbH. Gründung und Führung der GmbH*, Basilea, 2005, 108 e TRUFFER, DUBS, *Kommentierung von art. 698-706b OR (Die Generalversammlung) und art. 808-810 OR (Die Gesellschafterversammlung)*, Basilea, 2002, 16. Sulla necessità di una clausola autorizzativa per il ricorso ai metodi non assembleari (circostanza che differenzia ulteriormente il sistema svizzero da quello tedesco) si rinvia a VON STEIGER, *Zürcher Kommentar*, Zurigo, 1965, art. 777, Rdnr. 40 e JANGGEN, BECKER, *Berner Kommentar*, Berna, 1939, art. 777, Rdnr. 18. In generale sui processi decisionali nella società a garanzia limitata vedi anche l'approfondito studio di WEBER DÖRLER, *Gesellschafterversammlung, Urabstimmung und Delegiertenversammlung als Beschlussfassungsform des Schweizerischen Gesellschaftsrechts*, Berna, 1973.

corrispondenza nella *société privée à responsabilité limitée* nel contesto di una normale riunione assembleare, senza predisporre un'organica tecnica decisionale alternativa⁷⁵; all'indomani della riforma italiana, il Belgio rappresenta quindi una delle rare giurisdizioni nelle quali anche il modello capitalistico intermedio tiene fede al principio di sostanziale inderogabilità del metodo assembleare⁷⁶. Proprio uno degli ordinamenti

⁷⁵ Vedi l'art. 280 del *Code des sociétés* belga ove il legislatore ammette il voto per corrispondenza salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo. Anche se questa possibilità è parimenti ammessa nel modello azionario, è interessante notare l'inversione del regime legale nelle *société anonyme*, laddove, ai sensi dell'art. 550, il voto per corrispondenza "au moyen d'un formulaire dont les mentions sont fixées dans les statuts" può essere utilizzato solo in presenza di un'apposita clausola statutaria. In entrambi i casi il voto dovrà risultare da un documento scritto, non essendo sufficiente una affermazione orale o una comunicazione telefonica, che consenta di identificare il dichiarante ed indichi univocamente la posizione assunta su un determinato argomento riproducendo le formule indicate nell'ordine del giorno. Lo spoglio dei voti pervenuti avverrà in sede assembleare, contestualmente agli altri voti, e la relativa documentazione verrà allegata al verbale assembleare. Ai sensi dell'art. 279, un documento scritto può sostituire l'assemblea solo nell'ipotesi di socio unico. Vedi COIFEL (a cura di), *Droit des sociétés commerciales*, Bruxelles, 2002, I, 426 e J. MALHERBE, LAMBRECHT E P. MALHERBE, *Droit des sociétés précises: droit communautaire, droit belge*, Parigi, 2004; per la disciplina anteriore alla riforma, sostanzialmente coincidente sul punto, vedi LUTTER, *Die GmbH in Belgien*, Colonia, 1966, 32 e CARMELO DE MOTTA MONREAL, *Los acuerdos sociales en las sociedades de responsabilidad limitada*, cit.

Restando nel Benelux, importanti differenze sono riscontrabili nell'ordinamento lussemburghese, ove l'art. 193 della legge 10 agosto 1915 – nella versione introdotta nel 1933 – permette invece di derogare al metodo assembleare, ricorrendo al voto per iscritto, ma solo quando il numero di soci non sia superiore a venticinque. Per un raffronto tra le discipline vedi PRUM E CORBISIER, *Droit des sociétés – Tableau comparatif des droit luxembourgeois, belge et français et textes légaux luxembourgeois*, Bruxelles, 2000, oltre alla sintetica ricostruzione di BERHENS, *Luxemburg s.r.l.*, in BERHENS, *Die GmbH im internationalen und europäischen Recht*, Berlino, 1997, 580. Nei Paesi Bassi l'art. 238 del codice civile ammette che l'assemblea dei soci in una *Besloten Vennootschap* sia sostituita, previa autorizzazione statutaria, dalla sottoscrizione di un documento unanime, essendo invece preclusa l'assunzione di decisioni extra-assembleari a maggioranza. Sulle decisioni dei soci nella *BV* olandese vedi GOTZEN, *Niederlande BV*, in BERHENS, *Die GmbH im internationalen und europäischen Recht*, cit., 654 e SCHUIT, *Corporate law and practice of the Netherlands*, L'Aja, 2002.

⁷⁶ Per una tabella, aggiornata al 1999, che sintetizza le soluzioni adottate da cinquanta legislazioni europee in tema di processi decisionali nelle società a responsabilità limitata (e tipi corrispondenti) vedi il prezioso contributo di HERBERSTEIN, *Die GmbH in Europa*, cit., 438, ove emerge la relativa infrequenza, tra gli ordinamenti giuridici maggiori, di un sistema ancorato all'assoluta inderogabilità del metodo assembleare.

europei che condividono questa impostazione, quello spagnolo, merita un'analisi autonoma per le particolari vicende che ne hanno caratterizzato l'evoluzione normativa in passato e che ne caratterizzano oggi i propositi di riforma.

4.5 *Gli acuerdos por escrito nella sociedad de responsabilidad limitada spagnola: tra esperienze passate, ripensamenti e prospettive di riforma*

Nell'attuale disciplina spagnola della *sociedad de responsabilidad limitada*, la *Junta General* costituisce l'unica sede di formazione delle decisioni sociali. Questa osservazione, forse bastante ai fini di una superficiale classificazione, non coglie l'aspetto più interessante della comparazione con il sistema iberico, per il quale è opportuno volgere lo sguardo al passato. Le vicende che hanno contraddistinto i metodi extra-assembleari in quell'ordinamento, sino alla soppressione nel 1995, possono infatti assolvere ad una funzione tipica dell'analisi comparata di istituti di nuova introduzione, la prevenzione delle probabili patologie congenite. Gli ammonimenti circa le debolezze dei sistemi decisionali alternativi sono qui particolarmente significativi in quanto, come meglio vedremo, la tecnica legislativa spagnola presentava un'impostazione non dissimile da quella osservata in Italia⁷⁷. Prima dell'entrata in vigore della legge sulle

In alcuni sistemi giuridici, l'assenza di un'esplicita previsione legale non ha impedito agli interpreti di affermare la superfluità di una riunione quando la proposta raccolga il consenso unanime espresso per iscritto, secondo un principio di libera disponibilità da parte dei soci di un interesse procedimentale, posto ad esclusiva tutela di interessi interni, rientrante nella loro sfera giuridica. In questo senso, da ultimo, la riforma del diritto societario svedese, in vigore dal 1° gennaio 2006, che anche nella *privat aktiebolag* apparentemente mantiene l'obbligo di riunione assembleare, parzialmente temperato dall'esplicita ammissibilità dell'ausilio di tecniche di comunicazione a distanza; ciò nonostante, già sulla base della disciplina previgente del 1975, la dottrina maggioritaria riteneva legittima, in via interpretativa, la deroga attraverso la sottoscrizione di un documento unanime, secondo una prassi, molto frequente tra le piccole *privat aktiebolags*, la cui ammissibilità va certamente confermata sulla base del testo novellato (sul punto KNUT RODHE, *Aktiebolagsrätt*, Stoccolma, 2002, 180; vedi anche NIAL E JOHANSSON, *Svensk associationsrätt i huvuddrag*, Stoccolma, 2000 e HERBERSTEIN, *op. ult. cit.*, 327).

⁷⁷ Nella letteratura giuridica spagnola, i due studi più approfonditi sul tema, piuttosto risalenti essendo stati fatalmente licenziati sotto la vigenza della legge del 1953, sono BARBA DE VEGA, *La adopción de acuerdos por escrito en las sociedades de responsabilidad limitada*, in *Revista de Derecho Mercantil*, 1978, 51 e CARMELO DE MOTTA MONREAL, *Los acuerdos sociales en las sociedades de responsabilidad limitada*, cit., ove l'Autore dimostra una profonda conoscenza delle elaborazioni della dottrina italiana classica in tema di personalità giuridica e principio di collegialità, citando frequentemente passi degli illuminanti contributi di

società a responsabilità limitata del 1953, le modalità di formazione della volontà collettiva nella cosiddetta *sociedad con razón social y responsabilidad limitada*, così come ogni altro aspetto organizzativo di quel tipo ibrido di creazione notarile, erano relegate in un limbo normativo governato dalla sola fantasia degli operatori, nel quale l'assemblea assumeva chiaramente carattere facoltativo⁷⁸. Riprendendo sotto questo profilo le proposte avanzate nei progetti di riforma succedutisi a cavallo degli anni dieci e venti, il legislatore del 1953, nel plasmare la *sociedad limitada* come tipo legale⁷⁹, autorizzava espressamente l'adozione di *acuerdos sociales* a maggioranza, senza la celebrazione delle formalità assembleari, solo nelle compagini composte da un massimo di quindici soci⁸⁰. Questa possibilità, suscettibile di esclusione statutaria, contemplava espressamente il ricorso alla corrispondenza postale o telegrafica, nonché ad ogni altro mezzo idoneo a garantire "la autenticidad de la voluntad declarada", senza prescrivere, quantomeno non esplicitamente, il requisito di forma scritta.

FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923 e VENDITTI, *Collegialità e maggioranza*, cit. Per una esaustiva analisi della previgente disciplina spagnola, della quale non potremo che dare parziale riscontro in questa sede, si rinvia pertanto ai due articoli menzionati, oltre che alla letteratura manualistica di cui *infra* in nota.

⁷⁸ Nel negare l'obbligo di riunione per l'adozione delle decisioni, la dottrina maggioritaria sosteneva che la libertà nella determinazione del regime convenzionale non avesse altro limite se non quello derivante dalla necessità che "las convenciones sean lícitas y honestas y non contrarias a la naturaleza del contrato de sociedad" (così DE SOLA CAÑIZARES, *Tratado de sociedades de responsabilidad limitada en el derecho español*, Barcellona, 1951, 216, confortato nell'interpretazione avanzata da una pronuncia del Tribunal Supremo del 5 luglio 1941, citata dallo stesso Autore). Nella pratica l'assoluta libertà originò l'articolazione delle più disparate forme deliberative, ma molto più frequentemente un assoluto silenzio, tanto più preoccupante quanto la procedura sprofondava nella totale incertezza.

⁷⁹ Per i profili generali di quella riforma si veda, per tutti, GAY DE MONTELLÀ, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada en la Ley de 17 de julio de 1953*, Barcellona, 1954 e, più recentemente, CARLON, *Comentario a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1984.

⁸⁰ Non si rinveniva nella legge del 1953 alcuna riserva assembleare testuale. In senso opposto la sentenza del Tribunal Supremo del 13 febbraio 1952, ove la Corte, con un inequivocabile *obiter*, affermava l'obbligatorietà di una riunione assembleare per l'assunzione delle decisioni straordinarie previste dall'art. 17 della legge, argomentando sulla base del riferimento ivi presente alla *segunda convocatoria*, tale da implicare, sempre secondo il Tribunale, lo svolgimento di una riunione. La pronuncia, evidentemente carica di formalismo, restò isolata e venne aspramente criticata sotto numerosi profili dalla dottrina maggioritaria ed in particolare da CARMELO DE MOTTA MONREAL, *Los acuerdos sociales*, loc. cit.

Malgrado lo schema dell'*opt-out*, le similitudini con l'attuale disciplina italiana sono manifeste. La norma spagnola, pur palesando la tendenziale ispirazione francese, non approntava infatti alcuna regola procedimentale, demandando integralmente allo statuto la fissazione dei modi e delle forme di manifestazione del consenso. Le unanimi raccomandazioni ad una disciplina statutaria dettagliata trovarono esiguo riscontro tra i pratici e questa circostanza, aggravata dall'inclusione dei metodi in parola nel regime legale, determinò spesso l'inconsapevole inclusione nell'apparato societario di un sistema decisionale indefinito. Nel silenzio dello statuto, la dottrina prevalente⁸¹, in analogia con le formalità di convocazione, desunse quantomeno la legittimazione esclusiva degli amministratori alla sollecitazione dei consensi, attraverso l'invio individuale del testo della risoluzione proposta, pervenendo così a quel *minimum* di certezza, che malauguratamente non possiamo ricavare dalla faticosa interpretazione dell'art. 2479.

L'esperienza dei metodi extra-assembleari era però destinata a concludersi dopo un quarantennio costellato da numerose critiche⁸², da alcune lucide difese⁸³ e, sorprendentemente, da scarsissime occasioni di contenzioso. Il radicale cambio di posizione, apparentemente giustificato dall'eccessiva complessità del voto per corrispondenza e dallo scarso utilizzo pratico, elideva dall'ordinamento uno strumento decisionale sino ad allora inserito nel regime legale delle piccole società, suscitando tra gli osservatori più attenti l'amara osservazione "*que ante la dificultad de lo mejor se suprimió lo bueno*"⁸⁴. Come sostiene una nostra autorevole dottrina⁸⁵, chiamata a

⁸¹ In tal senso BARBA DE VEGA, *La adopción de acuerdos por escrito*, loc. cit. e URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1993, 484, il quale, denunciando una comprensibile diffidenza, raccomanda che "las escrituras sociales pongan especial cuidado en la ordenación del sistema, cuando no lo excluyan, para evitar las dificultades que pudieran surgir al ponerlo en práctica".

⁸² In ordine cronologico P. E. H. SALVADOR BULLÓN, *Comentarios a la ley de sociedades limitadas*, Madrid, 1953, 311; DE SOLA CAÑIZARES, *Las sociedades de responsabilidad limitada en el nuevo derecho español*, Madrid, 1954, 122; PELLETIER, *Interpretación práctica de la ley de sociedades limitada*, Madrid, 1971, 66 e URÍA, *Derecho mercantil*, cit., 484.

⁸³ Per tutti CARMELO DE MOTTA MONREAL, *Los acuerdos sociales*, loc. cit., al quale si rimanda per la ricostruzione dei principali problemi emersi, in gran parte riconducibili alla confusione del procedimento, sotto la vigenza dell'art. 14 della vecchia *Ley de sociedades de responsabilidad limitada*.

⁸⁴ Così si esprime ROJO, *La sociedad de responsabilidad limitada. Problemas de política*, in CONSEJO GENERAL DE LOS COLEGIOS OFICIALES DE CORREDORES DE COMERCIO (a cura di), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1994, 77, auspicando la reintroduzione della vecchia norma in sede di lavori parlamentari (circostanza che non si è poi verificata) e proponendo di elevare al rango di legge la disciplina esplicita contenuta nell'art. 100 del *Reglamento del Registro Mercantil*, per la quale si

commentare i progetti di riforma spagnoli, la pretesa elasticità della nuova *sociedad limitada* avrebbe consigliato di lasciare quantomeno la porta aperta a tale soluzione, permettendo allo statuto di derogare consapevolmente all'assemblea introducendo il voto per iscritto. In realtà, malgrado gli intenti di semplificazione, proclamati ma largamente disattesi, che ispirarono l'impianto complessivo della riforma del 1995, la nuova *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, non solo nella nostra materia, si mosse in direzione diametralmente opposta, irrigidendo le arce di inderogabilità nella struttura corporativa⁸⁶. All'indomani della novella – e per la prima volta nella storia della *sociedad*

rinvia a SOTO VÁZQUEZ, *Nuevo régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada*, Granada, 1990, 285.

⁸⁵ COTTINO, *La sociedad de responsabilidad limitada entre norma y realidad: reflexiones sobre un proyecto de reforma*, in *Revista de derecho de sociedades*, 1994, II, 133 c, nella versione italiana, *La società a responsabilità limitata tra norma e realtà: riflessioni su un progetto di riforma*, in *Impresa e mercato. Scritti in onore di Gustavo Minervini*, Napoli, 1996, 216. Tra gli autori spagnoli, critiche alla completa eliminazione dei metodi extra-assembleari vengono da BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Una visión crítica del proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada*, in *La Reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, in *Revista de derecho de sociedades*, 1993, 51 c dallo stesso ROJO, *La sociedad de responsabilidad limitada*, loc. cit.

⁸⁶ Sulla struttura organizzativa e sull'assetto complessivo della *sociedad de responsabilidad limitada* risultanti dalla riforma del 1995, si vedano in particolare i pregevoli studi di ESTEBAN VELASCO, *Estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada*, in *Revista de derecho de sociedades*, 1994, II, 385; ID., *Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general de los socios en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995*, in AA. VV., *Estudios de Derecho mercantil. Homenaje al Prof. Justino Duque*, I, Valladolid, 1998, 233 c ID., *Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley*, in RODRÍGUEZ ARTIGAS (a cura di), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, I, Madrid, 1996, 549. La letteratura iberica in tema di assemblea di s.r.l. è quanto mai vasta ed approfondita; ricordiamo ARANGUREN, *Órganos sociales. Junta General*, in ARROYO E EMBID (a cura di), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1997, 515; BISBAL, *La Junta General de socios de la sociedad de responsabilidad limitada*, in PAZ-ARES (a cura di), *Tratado de la sociedad limitada*, Madrid, 1997, 663; GALÁN CORONA, *La Junta General*, in NIETO CAROL (a cura di), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1998, 599; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *La Junta General de socios*, in *Revista de derecho de sociedades*, 1994, II, 431; ID., *La Junta General de socios*, in RODRÍGUEZ ARTIGAS (a cura di), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, cit., 587; CABANAS, *Órganos sociales. Junta General*, in COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA (a cura di), *La sociedad de responsabilidad limitada*, I, Madrid, 1995, 243; CUÑAT EDO, *Reflexiones sobre la Junta general en el*

limitada spagnola⁸⁷ – l'assemblea assumeva quindi il carattere di organo decisionale necessario ed ineliminabile a prescindere dalle dimensioni della compagine.

La rigida impostazione, tuttora perdurante, già oggetto di critiche in dottrina, ha resistito anche alle poderose spinte controriformistiche manifestatesi in occasione del recente progetto di riforma organica del diritto societario⁸⁸. Uno dei capitoli della proposta di *Código de sociedades mercantiles*, licenziata dalla commissione di riforma nel maggio del 2002, era infatti dedicato alla *adopción de acuerdos sociales por escrito*. Il progetto spagnolo si discostava dalle contemporanee bozze di riforma circolanti in Italia, nonché dalla lacunosa disciplina del 1953, in quanto limitava espressamente il ricorso ai metodi extra-assembleari alle sole questioni suscettibili di voto affermativo o negativo, per le quali vi fosse stata una sollecitazione da parte dell'organo amministrativo. Venivano poi disciplinati con estrema analiticità il sistema di votazione, con la previsione di un termine derogabile di dieci giorni per la valida comunicazione del voto (art. 92), i diritti di informazione riconosciuti al socio (art. 93), le maggioranze e la

proyecto de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, in AA. VV., *Estudios en homenaje al Prof. Menéndez*, Madrid, 1996, II, 1629. In tema di impugnazione delle decisioni dei soci vedi MARTÍNEZ-CALCERRADA, *La Junta general y la impugnación de sus acuerdos en la sociedad de responsabilidad limitada*, in AA. VV., *Estudios en homenaje al Prof. Menéndez*, Madrid, 1996, II, 2097. Sull'informazione preventiva e successiva dei soci si rinvia a PULIDO BEGINES, *El derecho de información del socio en la sociedad de responsabilidad limitada (arts. 51 y 86 LSRL)*, Madrid, 1997; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, *La información ante la Junta General (notas en torno al art. 51 LSRL)*, in *Revista de derecho de sociedades*, 1997, 119 e ID., *El derecho de información en la sociedad de responsabilidad limitada*, in AA. VV., *Estudios de Derecho mercantil. Homenaje al Prof. Justino Duque*, cit., 629. In tema di documentazione vedi NAVARRO VIÑUALES, *La documentación de los acuerdos sociales en la sociedad limitada*, in *Revista Jurídica del Notariado*, 1995, 9.

⁸⁷ Alla "impertinente pregunta", posta da COTTINO, *op. ult. loc. cit.*, se la riforma del 1995 abbia determinato una nuova elasticità o una vecchia rigidità, potremmo qui rispondere nel senso di una rigidità *inedita*, senza precedenti nel diritto spagnolo. Improvvidi elementi di rigidità, sia pur inseriti in una struttura largamente derogabile, sono percepibili in varie parti della disciplina novellata (colti da BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Una visión crítica*, loc. cit. c, nella manualistica, da BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1998 e ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 2004), specie se raffrontata con il diritto previgente (per il quale si rimanda, oltre che ai summenzionati contributi, anche a VELASCO ALONSO, *La ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1981).

⁸⁸ Per il testo della proposta si veda la pubblicazione, a cura del Ministero della Giustizia, AA. VV., *Propuesta de Código de sociedades mercantiles*, Madrid, 2002.

redazione dei documenti comprovanti l'adozione dell'*acuerdo por escrito* (art. 98). La pregevole proposta, cui il legislatore non ha dato seguito nei successivi interventi di riforma⁸⁹, facendo tesoro dell'esperienza passata, raggiungeva un invidiabile equilibrio – discendente dalla piena consapevolezza dei limiti e delle virtù dei metodi in parola – in raffronto al quale la disciplina italiana, nella sua grave lacunosità e nell'eccessiva fiducia riposta nella regolamentazione statutaria, assume gli inquietanti contorni di un sostanziale salto nel buio.

Prima di procedere con l'analisi dei sistemi di *common law*, meritano un breve cenno le soluzioni adottate in alcuni dei principali ordinamenti extracomunitari. Un lodevole esempio di disciplina analitica dei procedimenti non assembleari viene dalla legge russa sulle società a responsabilità limitata che, bilanciando il sintetico approccio continentale con la tendenza alla maggiore procedimentalizzazione propria dei sistemi giuridici anglosassoni, tiene adeguato conto delle forme di consenso, del diritto di partecipazione informata e della possibilità di formulare osservazioni e proposte alternative nel corso della consultazione⁹⁰. Il secondo spunto viene invece dal Giappone, ove l'integrale riforma del diritto societario, sacrificando il vecchio tipo a responsabilità limitata, ha saputo sostituirlo, o meglio scomporlo, in tre modelli caratterizzati da una crescente complessità nella struttura corporativa, i cui effetti si riflettono anche e soprattutto sui

⁸⁹ Anche nel regime parzialmente derogatorio della *sociedad limitada nueva empresa (SLNE)*, introdotta nell'aprile 2003 principalmente con l'intento di semplificare le formalità di costituzione e le regole operative a favore delle piccole imprese in fase di *start-up* – un contesto astrattamente favorevole alla sperimentazione dei metodi non assembleari – non si rinviene alcuna possibilità di deroga, salvo che, come già accade nel regime ordinario, nelle compagini unipersonali. Sulla novella del 2003 si rinvia a VALPUESTA, *La sociedad nueva empresa. Ley 7/2003 de la sociedad limitada nueva empresa*, Madrid, 2003 e BOQUERA MATARREDONA (a cura di), *La sociedad limitada nueva empresa*, Madrid, 2003; per alcuni spunti critici, vedi TORRE DA SILVA Y LOPEZ DE LETONA, *La sociedad nueva empresa: una reflexión crítica*, in *Revista de derecho de sociedades*, 2004, 157.

⁹⁰ L'art. 38 della legge federale sulle società a responsabilità limitata emanata l'8 febbraio 1998 disciplina dettagliatamente la consultazione scritta (опросным путем) come forma decisionale alternativa all'assemblea; il successivo articolo è dedicato al processo decisionale – anch'esso interamente documentale – nelle compagini unipersonali. Sul punto si rinvia ai contributi di BURGER, DANILOV E PALIASHVILI, *Russia's New Law on Limited Liability Companies: a Practical Guide*, in *BNA's Eastern Europe Reporter*, 1998 (suppl.), 5, ove una completa traduzione del testo di legge in lingua inglese, e BUTLER, *Russian Company and Commercial Legislation*, Oxford, 2003, 199.

metodi decisionali ammessi⁹¹: questa approccio, rispetto alle soluzioni riscontrate nell'Europa continentale, ha l'evidente pregio di ridurre enormemente l'onere di regolamentazione statutaria gravante sui soci.

Nei due maggiori ordinamenti giuridici sudamericani, la questione dei metodi decisionali che prescindono da una riunione contestuale è particolarmente sentita, a causa delle distanze che frequentemente separano i componenti delle compagini anche medio piccole. In Brasile la deroga al metodo assembleare, esclusivamente ammessa nella *sociedade limitada*, è di norma subordinata al raggiungimento del consenso unanime⁹². Tuttavia, nelle compagini sociali particolarmente ristrette, l'art. 1072 del *Novo Código*

⁹¹ La recente riforma, completa nel giugno del 2005, ha comportato l'eliminazione del tipo *Yugen Gaisha* (*YK*, comunemente riconosciuta come equivalente alla *GmbH* o alla *SARL*) e l'introduzione di due modelli intermedi di matrice anglosassone, riconducibili rispettivamente alla *limited liability partnership* (*Yugen Sekinin Jigyo Kumiai*, *YSJK*) ed alla *limited liability company* (*Godō Gaisha*, *GDK*), prevedendo poi una variante semplificata del modello azionario (*Hikoukaī Kabushiki Kaisha*), riferibile alla *close corporation* statunitense. Oltre a riscontrare nel diritto nipponico uno degli ordinamenti giuridici che offrono il maggior numero di alternative di incorporazione alla piccola e media impresa – superando la necessità di un'articolata regolamentazione statutaria e riducendo di conseguenza i costi di transazione – ciò che rileva ai nostri fini è la presenza di un crescente grado di formalità nei processi decisionali, modulati dal consenso scritto sino all'assemblea obbligatoria. Si tratta di una scelta innovativa e, a nostro avviso, degna di menzione. Pur non affrontando il tema specifico delle tecniche decisionali vedi per i profili generali della riforma TATSUTA, *Ongoing Modernization of Japanese Company Law*, in HOPT, WYMEERSCH, KANDA E BAUM (a cura di), *Corporate Governance in Context. Corporations, States, and Markets in Europe, Japan, and the US*, Oxford, 2005 e HALEY, *Japanese Perspectives, Autonomous Firms and the Aesthetic Function of Law*, ibidem.

⁹² Sulla riforma del codice civile brasiliano, con particolare riferimento agli effetti sul diritto delle società, vedi ARNOLDI, *O novo código civil de 10 de janeiro de 2002 e o Livro II do direito de empresa*, in *Revista dos Tribunais*, 2002, 24 e MARTINS COSTA E CARLOS BRANCO, *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*, San Paolo, 2002, 118. In particolare sui metodi decisionali nella *sociedade limitada*, DE SOUZA LEO ANDRADE JR., *Comentários ao Novo Código Civil: Direito das Sociedades*, IV, San Paolo, 2002, sub art. 1072. Per una completa ricostruzione della disciplina prima e dopo la riforma si rinvia a LUCENA, *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, Rio de Janeiro, 2001, 599, RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, San Paolo, 2003 e al classico WALDEMAR FERREIRA, *Tratado de Direito Comercial*, San Paolo, 1973. Menzionando l'ordinamento brasiliano non può essere dimenticato, sia pur non affrontando il nostro problema specifico, la versione in lingua portoghese del magistrale e tuttora estremamente influente contributo di ASCARELLI, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, San Paolo, 1969.

Civil, in vigore dal gennaio 2003, semplifica ulteriormente il procedimento, determinando un radicale scostamento dalla corrispondente disciplina della *sociedade anónima*: il metodo assembleare non è infatti obbligatorio, potendo essere liberamente sostituito anche dalla consultazione a maggioranza, quando il numero di soci sia inferiore a dieci, circostanza molto frequente in Brasile sia nel caso delle piccole imprese, sia nel caso delle *joint ventures* a parziale capitale straniero costituite sotto forma di *sociedade limitada*. Una disciplina ancor più flessibile è riscontrabile nella *sociedad de responsabilidad limitada* argentina, per la quale l'art. 159 della *Ley de Sociedades Comerciales* in linea generale demanda la regolamentazione delle decisioni dei soci al contratto, nel silenzio del quale il regime legale prevede che il voto possa essere comunicato agli amministratori, senza alcun obbligo di riunione, entro dieci giorni dalla ricezione dell'avviso di consultazione, con qualsiasi mezzo idoneo a garantirne l'autenticità⁹³: l'ordinamento argentino prevede quindi il metodo extra-assembleare non solo come opzione a disposizione dei soci, ma come regime decisionale suppletivo, prescrivendo l'adozione del metodo assembleare non già al raggiungimento di una data soglia numerica di componenti, ma al superamento di un limite quantitativo da parte del capitale sociale⁹⁴.

Senza sottacere la valenza del ripensamento spagnolo, la globale ed uniforme distribuzione di soluzioni alternative all'assemblea nei tipi corrispondenti alla nostra società a responsabilità limitata, variamente ispirate all'archetipo del consenso scritto, sia nei sistemi tradizionalmente definiti di *civil law*, sia – come subito vedremo – nei sistemi

⁹³ La risoluzione si intende comunque adottata, al di là delle formalità di sollecitazione e di raccolta, qualora risulti da un documento sottoscritto da tutti i soci.

⁹⁴ Il metodo assembleare è invece prescritto qualora il capitale sociale della società a responsabilità limitata superi i limiti previsti dall'art. 299 della legge, nel qual caso trovano applicazione le formalità di convocazione e di riunione previsti per la *sociedad anónima*. Sulla s.r.l. argentina si vedano MARTORELL, *Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Buenos Aires, 1989, HALPERIN, *Sociedades de responsabilidad limitada*, Buenos Aires, 1980 e, per una risalente ma completa analisi comparata, con ampi riferimenti alle similitudini e divergenze con il vecchio modello spagnolo, DE SOLA CAÑIZARES E AZTIRIA, *Tratado de sociedades de responsabilidad limitada en derecho argentino y comparado*, Buenos Aires, 1950-1954. Per una ricostruzione istituzionale della disciplina argentina si rinvia a ETCHEVERRY, *Derecho comercial y económico*, Buenos Aires, 1994 e LEIVA FERNÁNDEZ, *Sociedades Comerciales*, II, Buenos Aires, 2001 ed *ivi* ampi riferimenti alla dottrina ed alla giurisprudenza. Per la disciplina previgente e per ulteriori considerazioni, sia pure non aggiornate, sulle soluzioni adottate nell'America centro-meridionale vedi CARMELO DE MOTTA MONREAL, *Los acuerdos sociales en las sociedades de responsabilidad limitada*, cit.

di *common law*⁹⁵, ed il prolungato periodo di applicazione in alcune delle giurisdizioni menzionate dimostrano al di là di ogni ragionevole dubbio come queste tecniche, in presenza di contesti favorevoli e di adeguate regolamentazioni legali o statutarie, possano diffondersi e funzionare in modo efficiente, rispondendo ad esigenze di speditezza che nella moderna impresa globalizzata, a prescindere dalle dimensioni o dal numero di soci, sono sempre più pressanti.

4.6 *La unanimous consent doctrine e l'evoluzione dei procedimenti non assembleari nel Regno Unito*

Se nel panorama continentale il modello di riferimento nella disciplina dei procedimenti non assembleari va identificato nel *GmbHGesetz* del 1892, il corrispondente archetipo nei sistemi di *common law* si rinviene nell'elaborazione giurisprudenziale da parte delle corti britanniche della cosiddetta *unanimous consent doctrine*, principio di origine settecentesca la cui prima applicazione alle *companies* va fatta risalire alla fine del diciannovesimo secolo. Prima di addentrarci nell'analisi urge una premessa. Se nella moderna giuscommerciale europea e statunitense è ormai trasversalmente riconosciuto il progressivo avvicinamento tra i sistemi di *common law* e di *civil law*, nell'analisi del nostro istituto ogni distinzione sembra ormai pretestuosa, per via delle similitudini e delle difformità generalmente indipendenti dall'originaria tradizione di appartenenza, piuttosto influenzate dal tessuto economico, da scelte politiche e, sia pur in misura minore rispetto alle società diffuse, anche dalle diverse strutture proprietarie della piccola e media impresa⁹⁶. Nella disciplina dei procedimenti

⁹⁵ Tra i numerosi ordinamenti nei quali le società a responsabilità limitata presentano organizzazioni interne a struttura variabile ricordiamo Israele (KAPLAN, *Israeli Business Law: An Essential Guide*, Boston, 1999, 188) e soprattutto la Repubblica Popolare Cinese, ove l'attuale formulazione dell'art. 39 della legge sulle società approvata nel dicembre 1993, pur approntando un sistema assembleare suppletivo, delega interamente all'atto costitutivo la disciplina dei processi decisionali nelle società a responsabilità limitata, senza però menzionare espressamente la consultazione scritta o il consenso espresso per iscritto, comunque ammessi in via interpretativa. Sulla riforma cinese e sui successivi sviluppi vedi GUIGUO WANG (a cura di), *China's Company Law: the New Legislation*, Londra, 1994, LING FENG E RAVN TOLKEY, *Company and Securities Law in China*, Hong Kong, 1996 e GU MINKANG, *Chinese Company Law: A Comparative Introduction*, Hong Kong, 2006.

⁹⁶ In questo senso la rigidità dei procedimenti di formazione della volontà collettiva, che ha caratterizzato la disciplina italiana sino alla riforma del 2003, rappresentava una palese anomalia in un tessuto economico dominato dalla piccola e media impresa familiare. Il legislatore si è forse adeguato, con colpevole ritardo,

non assembleari, così come in vari aspetti di *governance*, il diritto anglo-americano, inteso come tendenziale coincidenza non solo di principi ispiratori ma anche di scelte normative, cessò di esistere nel secondo dopoguerra. La ragione che persuade a mantenere, almeno nell'esposizione della materia, la consueta bipartizione è quindi legata alla diversa nomogenesi storica degli istituti coinvolti, evolutisi nel corso degli anni in modo sì indipendente, ma con inattese e reciproche convergenze.

Le radici comuni dei procedimenti extra-assembleari nei Paesi di *common law* vanno ricercate nel principio del consenso unanime, spesso citato come *Duomatic doctrine*, in base al quale se i soci prestano unanime assenso ad un'operazione *intra vires* – inclusa, ma con alcuni tentennamenti, la modificazione dello statuto⁹⁷ – la decisione è validamente assunta e vincolante senza la necessità di una riunione contestuale nel *general meeting*⁹⁸. La presenza di un consolidato orientamento non dissipava tutte le

alla progressiva traslazione *di massa* dell'impresa italiana dai tipi personalistici (che pur mantengono un considerevole tasso di crescita) alla società a responsabilità limitata, verificabile sulla base dei dati dei censimenti ISTAT succedutisi negli anni (vedi Tabella).

Tab. 1 – Distribuzione per forma giuridica delle società risultanti dai Censimenti generali ISTAT *

Forma giuridica	Imprese 1971	Imprese 1981	Imprese 1991	Imprese 2001
Società per azioni	23.056	36.961	30.645	38.604
Società a responsabilità limitata	26.710	91.998	214.314	466.491
Società in accomandita per azioni	520	0	0	129
Totale società di capitali	50.286	128.959	244.959	505.224
Società in nome collettivo	32.836	135.264	360.020	469.890
Società in accomandita semplice	18.675	42.812	127.356	276.779
Altre forme di società di persone	129.342	181.322	108.834	22.131
Totale società di persone	180.853	359.398	596.210	768.800
Società cooperative	10.744	18.813	31.993	42.070

* I dati ed i confronti con gli anni passati sono tratti dall'ottavo Censimento generale dell'industria e dei servizi, condotto dall'ISTAT il 22 ottobre 2001 (disponibile su <http://hwcis.istat.it> ultima visita gennaio 2006). Dati pubblicati dall'ISTAT in uno studio dell'8 luglio 2005 a cura dell'Archivio statistico delle imprese attive (ASIA) sulla struttura e dimensione delle imprese e riferiti all'anno 2003 riportano 40.007 s.p.a., 554.718 s.r.l. e 815.581 società di persone. Nella relazione si evidenzia come le società di capitali debbano la loro crescita sia in termini di imprese (+5,6 %) sia di occupazione (+6,5 %) all'aumento delle società a responsabilità limitata.

⁹⁷ Sul punto vedi, in particolare, DAVIES, *Informal Shareholder consent to changes in the articles*, in *Journal of Business Law*, 1981, 204 ed *ivi* ampi richiami al *caselaw*.

⁹⁸ Il principio, già applicato in *Baroness Wenlock vs. River Dec Co*, in *Chan. Div. Law Report*, 1883, 675, *Salomon vs. A. Salomon and Co.*, in *Appeal Cases*, 1897, 22, *Express Engineering Works Ltd. Re*, in *Chan. Div. Law Report*, 1920, 466 e in *Parker and Cooper Ltd. vs. Reading*, in *Chan. Div. Law Report*, 1926, 975, ove i soci autorizzarono informalmente in momenti successivi un'operazione compiuta dagli amministratori senza poteri, trovò compiuta e definitiva affermazione in *Duomatic Ltd. Re*, in *Chan. Div.*

incertezze: la giurisprudenza dubitava infatti dell'applicabilità del principio allorché la legge richiedesse il rispetto di una specifica procedura di formazione della volontà per la valida adozione di una determinata decisione (*in primis* le modificazioni statutarie)⁹⁹. In risposta a tali perplessità, il *Companies Act* del 1989 introdusse la nuova *Section 381(A)*, consentendo alle *private companies* di sostituire lo svolgimento di un'assemblea con la sottoscrizione di una *written resolution* da parte di tutti i soci, surrogando integralmente gli effetti di una *ordinary, special, extraordinary* o *elective resolution* adottata in assemblea¹⁰⁰. Il palese intento del legislatore era quello di rendere pienamente disponibile la procedura semplificata a tutte le società che non si appellassero al pubblico risparmio, anche nei casi in cui la legge imponeva il rispetto di particolari procedure,

Law Report, 1969, 365, per essere oggi comunemente identificato come il *Duomatic principle*. Tra le innumerevoli pronunce che hanno applicato il precedente – comunque inapplicabile laddove i soci, unanimemente consenzienti, non avrebbero potuto assumere validamente quella stessa decisione in una regolare assemblea – ricordiamo *Cane vs. Jones*, in *All England Law Reports*, 1981, 533, *Demite vs. Protec Health Ltd.*, in *British Company Cases*, 1998, 637 e, da ultimo, ove un'ampia formulazione del principio, *EIC Services Ltd. vs. Phipps*, in *British Company Cases*, 2003, 931. Per l'esauritiva elencazione del *caselaw* si rinvia a PALMER, *Palmer's Company Law*, Londra, 2005 (agg.), 7.417 e a MAYSON, FRENCH E RYAN, *Company Law*, Londra, 2004, 440, mentre una più sintetica ricostruzione dell'evoluzione della *unanimous consent doctrine* si trova in MORSE, *Charlesworth & Morse Company Law*, Londra, 1999, 231 e nella manualistica citata *infra* in nota. Come osserva GRANTHAM, *The Unanimous Consent Rule in Company Law*, in *Company Law Journal*, 1993, 245, nell'interessante contributo dedicato al tema in parola, la regola riflette "the assumption that there is between the company and its shareholders such a unity of interest and ownership that the company can be identify with its shareholders. Once this premise is recognized it follows quite naturally that the law should give effect to the plainly expressed will of the shareholders however that will is expressed". Le osservazioni dell'Autore – denunciando una diversa, forse attenuata, concezione di organo collegiale e di personalità giuridica – spiegano il motivo per il quale il medesimo principio non trovi mai applicazione per le decisioni del consiglio di amministrazione, laddove non esiste quella comunanza di interessi e di titolarità tra i soggetti assenzienti e la società amministrata.

⁹⁹ In particolare *Barry Artist Ltd. Re*, in *Butterworths Company Law Cases*, 1985, 283, ma, anche dopo l'intervento legislativo del 1989, *R.W. Peak (Kings Lynn) Ltd.*, in *Butterworths Company Law Cases*, 1998, 193 e *Demite vs. Protec Health Ltd.*, cit.

¹⁰⁰ L'intervento legislativo del 1989, per quanto ci riguarda, aggiunse ben quattro sezioni al *Companies Act* del 1985 – *381(A)*, *381(B)*, *381(C)* e *382(A)* – oltre ad una tabella conclusiva. Ai sensi della *Section 381(A)*, la decisione poteva dirsi assunta quando il testo completo della proposta di decisione fosse stato approvato da tutti gli aventi diritto al voto (o dai loro rappresentanti), ossia alla data dell'ultima sottoscrizione. Per l'attuale regola vedi *infra* nel testo.

subordinando però la validità della risoluzione extra-assembleare al raggiungimento dell'unanimità dei consensi¹⁰¹. La norma sta oggi attraversando un'ulteriore fase di mutamento: la significativa porzione del *Company Law Reform Bill* dedicata alle *written resolutions* – risultato del monumentale progetto di riforma del diritto societario inglese ormai entrato nella sua fase conclusiva con la presentazione alle Camere nel novembre del 2005 – approntando la più completa regolamentazione dei procedimenti non assembleari riscontrabile in Europa, segna una tappa fondamentale nell'evoluzione degli istituti in parola¹⁰². L'elemento chiave, preordinato a favorire l'ulteriore diffusione delle

¹⁰¹ In dottrina si rinvia, per un'analisi dettagliata della procedura, ad HIGGINSON, *Written Resolutions of Private Companies*, in *The Law Quarterly Review*, 109, 1993, 16 c, nella manualistica, a DAVIES, *Gower's principles of modern company law*, Londra, 1997, 93, FARRAR E HANNIGAN, *Farrar's company law*, Londra, 1998, 324, KEENAN, *Smith and Keenan's Company Law*, Londra, 2002, 406 e PENNINGTON, *Company Law*, Londra, 2001, 934. Vedi anche i lavori specialistici in tema di assemblea, di SHEARMAN, *Shackleton on The Law and Practice of Meetings*, Londra, 1997 e BURTON E PATFIELD, *The Conduct of Meetings*, Londra, 1994. L'originaria stesura, ritenuta insoddisfacente sotto vari profili, venne emendata dal *Deregulation Order* nel 1996, semplificando ulteriormente gli adempimenti informativi a carico degli amministratori. In particolare, nella versione novellata della *Section 381(B)*, gli *auditors* persero il diritto di essere informati della proposta in anticipo rispetto al resto della compagine sociale ed il potere di imporre l'abbandono della procedura extra-assembleare a favore della convocazione di un *general meeting* (o di un *class meeting*). Per una descrizione della procedura prevista sino al 1996 vedi BOWEN, *Fox and Bowen on the Law of Private Companies*, Londra, 1995, 82 e soprattutto HIGGINSON, *Written Resolutions*, cit., 20.

¹⁰² Nel *White Paper* preparatorio, licenziato nel marzo del 2005 dopo lunghe consultazioni – reperibile su www.dti.gov.uk/cld/review.htm (ultima visita gennaio 2006) – la commissione di riforma sintetizza i principi sottesi alla nuova disciplina dei processi decisionali: "the Bill will include measures to streamline company decision making processes and to bring them more into line with the realities of modern business life. Provisions relating to decisiontaking will be restated in a form that should make it easier for the small, private company to understand the basic definitions and requirements for passing a resolution, with additional requirements for public and then quoted companies holding general meetings following on". Secondo la proposta di riforma, il cosiddetto *elective regime*, una serie di semplificazioni opzionali per le piccole compagini sociali, diviene il regime di *default* per tutte le società di nuova formazione, salva la possibilità di escluderne l'applicazione, pur ricorrendone i requisiti, in sede di costituzione. Questa scelta è paradigmatica del nuovo approccio del legislatore inglese, efficacemente sintetizzate nella formula *think small first*, secondo cui nella stesura della disciplina occorre riferirsi in primo luogo alle piccole società predisponendo una serie di aggiunte opzionali pensate per le forme organizzative più complesse e per le esigenze della grande impresa. La *policy* – che, pur recependo le elaborazioni dottrinarie della scuola *law and economics*, volte al contenimento dei costi di transazione, sembra allinearsi con molte delle scelte

forme decisionali semplificate, è il definitivo abbandono del principio unanimistico, cambiamento straordinario, quantomeno in raffronto con la consolidata tradizione anglosassone¹⁰³. Ai sensi degli artt. 259 e 260 del *Reform Bill*, le risoluzioni non assembleari si intendono validamente adottate con l'approvazione da parte di una maggioranza semplice del capitale nel caso delle *ordinary resolutions*, e con una maggioranza qualificata dei tre quarti, sempre computata sul totale dei *voting rights*, nel caso delle *special resolutions*. L'estensione degli spazi riservati ai metodi extra-assembleari, da oggi compatibili con operazioni osteggiate dalla minoranza, non determina però una completa marginalizzazione del momento collegiale: malgrado la soppressione per le *private companies* dell'obbligo di tenuta dell'*annual general meeting*, anch'essa inserita nella proposta di riforma¹⁰⁴, la normativa è fondata sull'assunto che l'assemblea costituisca ancora il *natural forum* – seppur eventuale – per l'adozione delle

operate dalla più antica e lungimirante delle legislazioni vigenti, il *GmbHGesetz* del 1892 – è correttamente preferita alla predisposizione di una normativa indirizzata alle grande industria, che impone fatalmente l'onere di adattamento sulle piccole società, incrementando i costi di transazione laddove l'incidenza delle spese di personalizzazione dello statuto, per le ridotte dimensioni dell'impresa, sono percentualmente maggiori. Le precedenti considerazioni, particolarmente opportune in un sistema dove un solo tipo societario, la *company*, copre un ampio spettro del mondo dell'impresa – dalle piccole *private companies* alle grandi *public companies* quotate – conservano inalterata la loro validità ad ogni latitudine, in special modo in tessuti economici, come quello italiano, fondati sulla PMI.

¹⁰³ Per comprendere la portata di questo cambiamento basti riportare l'apodittica frase di Blackstone, "da noi ogni pluralità suppone l'unanimità". Per una illuminante ricostruzione storica dell'abbandono dell'unanimità nelle istituzioni politiche anglosassoni (e non solo) si rinvia al magistrale saggio di E. RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Milano, 1976, 60.

¹⁰⁴ Sotto questo profilo, secondo le intenzioni del *Company Law Review Steering Group*, "this reform should enable most small private companies to take decisions more quickly and efficiently and, together with the proposal to remove the requirement for private companies to hold annual general meetings, should relieve many small private companies from the burden of having to hold formal general meetings". La commissione aveva inoltre valutato la possibilità di consentire anche alle *public companies* di derogare allo svolgimento dell'*annual general meeting* (AGM), proposta successivamente scartata a favore del mantenimento di una regola pressoché inalterata: "in practice, further consultation suggests that there are unlikely to be many, if any, public companies in a position where not one single member wished to hold an AGM. There is thus likely to be very little to be gained by creating necessarily complex rules as to how a company might opt out of the requirement". Per una critica alle forme di esercizio dei diritti di *voice* nel *general meeting* nella prassi inglese, vedi FERRAN, *Company Law and Corporate Finance*, Londra, 1999, 258.

decisioni dei soci. L'art. 279, in applicazione di quel principio, riconosce alla minoranza qualificata, titolare del decimo del capitale, il potere di sollecitare la riunione assembleare sin dall'origine del procedimento ovvero nel corso della consultazione già avviata, a fronte della rinuncia al ben più incisivo potere individuale di veto che discendeva dal requisito dell'unanimità.

In un'ottica comparatistica l'elemento che catalizza l'attenzione dell'interprete non risiede nel fatto che il principio di maggioranza valichi per la prima volta i confini del metodo collegiale perfetto per trovare cittadinanza nelle province non assembleari, tratto comune a molte legislazioni continentali, quanto nel grado di dettaglio con il quale il legislatore inglese delinea il procedimento di assunzione delle *written resolutions*. La meticolosa descrizione, non dissimile da quella riscontrabile nella disciplina del procedimento assembleare, è priva di analoghi riscontri negli ordinamenti europei, anche in raffronto all'analitica disciplina della *consultation écrite* nel decreto attuativo francese¹⁰⁵. Pur se la ricostruzione particolareggiata esula dagli intenti della presente indagine, non possiamo astenerci dall'annotare alcuni dei tratti essenziali del procedimento e del complessivo impianto normativo all'indomani della riforma¹⁰⁶. La

¹⁰⁵ Alle *written resolutions* è dedicato un intero *chapter* della riforma, composto da ben dodici articoli (dal 265 al 276), al quale vanno aggiunti la disciplina generale introduttiva, le regole in tema di impugnazione, nonché innumerevoli riferimenti distribuiti nell'intera disciplina. Il legislatore integra perfettamente i metodi extra-assembleari nel complesso dell'ordinamento, non già come corpi estranei, ma conferendo loro pari dignità rispetto al *general meeting*. La disciplina dei processi decisionali nelle *limited liability partnerships*, tipo introdotto nel 2000 caratterizzato da un'impronta marcatamente personalistica, è invece pressoché inesistente sicché l'illimitata flessibilità negoziale può legittimamente determinare la completa eliminazione del metodo assembleare dall'esile impianto organizzativo (analogamente a quanto avviene nelle *partnerships*). Sul punto vedi, *ex multis*, WHITTAKER, MACHELL E COLIN, *The Law of Limited Liability Partnerships*, Londra, 2004, 111 e FREEDMAN, *Limited Liability Partnerships in the United Kingdom: Do They Have a Role for Small Firms?*, in MCCAHERY, RAAIJMAKERS E VERMEULEN (a cura di), *The Governance of Close Corporations and Partnerships. US and European Perspectives*, New York, 2004, 296, ove alcune interessanti osservazioni critiche in controtendenza rispetto alla generale plauso accordato dalla dottrina anglosassone alla nuova forma societaria.

¹⁰⁶ Sotto vari profili la regolamentazione inglese non si differenzia dalle conclusioni raggiunte, per via interpretativa, nella prima parte del presente studio: le sottoscrizioni dei soci o dei rappresentanti possono essere apposte su un singolo documento contenente la risoluzione o su una pluralità di documenti circolanti tra i soci dai quali deve risultare l'argomento della decisione, nel qual caso le dichiarazioni non devono necessariamente coincidere testualmente, a condizione che le difformità non interessino il contenuto sostanziale. La decisione si perfeziona nel momento in cui viene apposta l'ultima sottoscrizione necessaria

consultazione, la cui iniziativa spetta agli amministratori ed ai soci che rappresentino almeno un ventesimo del capitale¹⁰⁷, deve necessariamente coinvolgere l'intera compagine¹⁰⁸, attraverso il contemporaneo invio – o la progressiva circolazione, laddove questo non comporti eccessivo ritardo – di una proposta accompagnata da una

– circostanza resa possibile dall'irrevocabilità delle dichiarazioni dei soci – e la società è tenuta a conservare la relativa documentazione in un libro che assolve una funzione analoga ai verbali che documentano la riunione assembleare. Per la descrizione particolareggiata del procedimento, in attesa dei primi contributi sulla disciplina della riforma, si rinvia al testo completo del *Reform Bill* disponibile su www.publications.parliament.uk (ultima visita gennaio 2006), alle relazioni licenziate dal COMPANY LAW REVIEW STEERING GROUP (a cura di), *Modern Company Law for a Competitive Economy: Final Report*, Londra, 2001, § 4.3 c, per le parti compatibili, ai contributi recentemente pubblicati o aggiornati, tra i quali in particolare PALMER, *Palmer's Company Law*, cit., 7.715 e MAYSON, FRENCH E RYAN, *Company Law*, cit., 445. Sull'immediata efficacia delle decisioni non assembleari vedi le considerazioni, tuttora valide, di PENNINGTON, *Company Law*, cit., 934, "because the resolution takes effect as though it had been passed by a general or class meeting, it will be effective even though under the Companies Act 1985 it requires the confirmation of the court (e.g. a resolution for the reduction of capital), or even though it might be cancelled by the court on an application made by a certain fraction or number of members within a limited period after it is passed (e.g. a resolution altering the company's objects, a class resolution consenting to an alteration of the rights of the class, a resolution that the company shall give financial assistance for the acquisition of shares in it or its holding company out of the company's profits or without reducing its net assets, or a resolution that the company may redeem or purchase shares in itself out of assets representing capital".

¹⁰⁷ Percentuale derogabile solo *in melius* così come il quoziente necessario per sollecitare lo svolgimento di un'assemblea. In ogni caso la sollecitazione da parte dei *members*, eventualmente accompagnata da una dichiarazione esplicativa non più lunga di mille parole, è necessariamente sottoposta alla mediazione degli amministratori che *devono* curare lo svolgimento della procedura, previo pagamento da parte dei proponenti di una somma a copertura delle probabili spese di *circulation*. Gli amministratori sono dispensati dal procedere qualora la risoluzione sia inevitabilmente destinata all'inefficacia, sia diffamatoria ovvero, secondo una clausola generale tipica del diritto anglosassone, sia *frivolous* or *vexatious*.

¹⁰⁸ La precisa identificazione dei soggetti legittimati al voto va effettuata il giorno dell'invio della proposta, il *circulation day*, essendo irrilevanti gli eventuali trasferimenti della partecipazione in pendenza del procedimento. Il mancato rispetto dell'obbligo di coinvolgimento integra una *criminal offence* per gli amministratori responsabili – che possono opporre le difese basate sulla *impracticability* e sul *reasonable belief* – ma non travolge la validità della decisione eventualmente assunta. Come già riportavano MAYSON, FRENCH E RYAN, *Company Law*, cit., 446, l'obbligo di contestuale notifica agli *auditors*, ritenuto inutilmente dilatorio, è stato abolito.

dichiarazione che precisi le modalità di manifestazione del voto ed il termine entro il quale lo stesso deve pervenire agli amministratori¹⁰⁹. Le dichiarazioni di consenso devono identificare con precisione la proposta cui si riferiscono e, una volta recapitate in forma documentale o elettronica alla società nella persona degli amministratori, non possono essere revocate; conseguentemente la risoluzione si intende approvata nel preciso momento in cui la maggioranza prescritta manifesta il proprio valido assenso, non dovendosi attendere il parere della minoranza¹¹⁰.

La riforma, come già accadeva in passato, impedisce ogni forma di *opt-out* negoziale, mantenendo una caratteristica peculiare della disciplina anglosassone: i soci di *private company* possono sempre adottare risoluzioni scritte nonostante l'eventuale presenza di clausole statutarie che ne escludano il ricorso (radicalmente inefficaci), fatta salva la possibilità, ora concessa dal *Company Law Reform Bill*, di elevare i quozienti previsti sino alla reintroduzione del principio unanimistico. L'unica riserva di collegialità, confermata in tutte le versioni succedutesi negli anni, riguarda la revoca degli

¹⁰⁹ In assenza di indicazioni, l'art. 273 prevede un termine suppletivo di ventotto giorni decorrenti dal primo giorno di *circulation*, decorso il quale le dichiarazioni tardive sono prive di efficacia. I successivi articoli disciplinano l'invio della proposta e dei documenti in forma elettronica e l'obbligo di pubblicazione della risoluzione approvata sulla pagina internet della società, qualora la procedura sia stata condotta avvalendosi della stessa (ad esempio mettendo a disposizione la proposta sotto forma di documento elettronico scaricabile).

¹¹⁰ Si tratta dell'unico punto nel quale la disciplina del *Reform Bill*, altrimenti idonea a risolvere la quasi totalità delle incertezze procedurali viste nella prima parte, incorpora una soluzione criticabile o quantomeno sub-ottimale. L'irrevocabilità del voto ed il conseguente perfezionamento della decisione al raggiungimento della maggioranza prescritta pregiudica, a nostro avviso, l'effettività della partecipazione al voto della minoranza, che, pur essendo astrattamente nelle condizioni di concorrere alla formazione della volontà collettiva, è di fatto impotente di fronte ad una maggioranza compatta. Si pensi al caso in cui la maggioranza, sufficiente per l'approvazione della *resolution*, proponga una consultazione ed esprima contestualmente il proprio assenso: la decisione si perfezionerà senza che il resto della compagine abbia potuto avanzare le proprie osservazioni o controproposte. Il legislatore inglese ha evidentemente ritenuto di poter sacrificare il diritto al confronto nelle ipotesi in cui la minoranza, anche in una riunione assembleare, non nutre speranze di influenzare l'esito della votazione (notazione empirica che non intendiamo certamente confutare). Si noti però come anche il diritto di richiedere la convocazione dell'assemblea sia difficilmente esercitabile laddove il procedimento si concluda al raggiungimento della maggioranza prescritta.

amministratori e dei revisori contabili prima della scadenza del mandato¹¹¹. La scelta del legislatore inglese, difficilmente comprensibile sulla base dei criteri comuni alle legislazioni continentali, va ricondotta alla volontà di tutelare non tanto il diritto del socio al dibattito o alla ponderazione, quanto la possibilità per le cariche sociali coinvolte di confrontarsi con l'*accusatore*, interagendo con la compagine intenzionata alla revoca e sollecitando la *disclosure* in un consesso pubblico delle ragioni sottese, secondo uno schema che, non casualmente, rievoca i vitali principi garantistici del *due process of law*, talvolta quiescenti ma mai obliati dal diritto anglosassone.

Nonostante le iniziali tentazioni codificatorie¹¹² – a testimonianza del reciproco avvicinamento delle diverse tradizioni occasionato dai numerosi e contemporanei processi di riforma che hanno interessato la nostra materia – la *unanimous consent doctrine*, principio essenziale per gli equilibri complessivi del sistema, non è stata cristallizzata in una disposizione del *Reform Bill*. Ogni alterazione sostanziale, magari involontaria, e la semplice enunciazione statica ed astratta della regola ne avrebbero pregiudicata la duttilità, irrigidendo la flessibilità che le compete.

Come già specificava la *Section 381(C)* del *Companies Act* introdotta nel 1989, nessuna norma contenuta nella disciplina delle *written resolutions* poteva invalidare le diverse *informal resolutions* adottate all'unanimità in base alla *Duomatic doctrine*. La natura alternativa e non sostitutiva della procedura legale esce, se possibile, rafforzata dai processi di riforma in atto, in virtù dell'inedita contrapposizione tra consultazione a maggioranza e consenso unanime. In presenza di un procedimento extra-assembleare sempre più complesso e dettagliato, il principio giurisprudenziale dello *unanimous consent* assume le rassicuranti sembianze di un *passepartout*, in grado di sanare l'eventuale inosservanza delle regole imposte da una disciplina fortemente procedimentalizzata, a condizione di un'assoluta sintonia in merito alla decisione¹¹³. Vi è

¹¹¹ I soci possono ricorrere alle *written resolutions* in ogni altra occasione, ad esempio per le modificazioni degli *articles*, per l'esclusione del diritto di opzione, per l'esenzione dall'applicazione delle norme in tema di assistenza finanziaria, per l'autorizzazione alle *off-market transactions* o per l'acquisto di azioni proprie.

¹¹² Vedi MAYSON, FRENCH E RYAN, *Company Law*, cit., 446, il quale riferisce delle posizioni espresse dal *Company Law Review Steering Group* nel 2001, successivamente accantonate nel *White Paper* del marzo 2004.

¹¹³ L'utilità del principio in parola come rimedio contro gli eccessi di formalismo è confermata dalle decine di applicazioni, già sotto la vigenza della *Section 381(A)*, a seguito del mancato rispetto di *procedural requirements*. Così *Wright vs. Atlas Wright (Europe) Ltd.*, in *Butterworths Company Law Cases*, 1999, 301, *BDG Roof-Bond Ltd. vs. Douglas*, in *Butterworths Company Law Cases*, 2000, 401 ed i numerosi precedenti richiamati da MAYSON, FRENCH E RYAN, *Company Law*, cit., 441.

di più: se un'osservazione superficiale del sistema inglese potrebbe cogliere l'esistenza di un unico modello extra-assembleare, uno sguardo appena più approfondito, che combini la regolamentazione degli *statutes* con i principi di *common law* elaborati dalle corti, potrebbe rivelare sorprendenti punti di convergenza con il modello franco-tedesco. Anche nel Regno Unito, all'indomani della riforma, le decisioni extra-assembleari possono scaturire da un procedimento referendario formalizzato – le *written resolutions* a maggioranza – ovvero risultare dalla raccolta del consenso unanime comunque manifestato – sulla scorta della *unanimous consent doctrine* – riproponendo quella familiare duplicità di soluzioni che accomuna gran parte degli ordinamenti europei, fuorché quello italiano.

4.7 *L'action without a meeting nelle limited liability companies e nelle close corporations statunitensi*

Il recente abbandono del principio unanimistico nel Regno Unito si muove nella stessa direzione intrapresa dall'ordinamento statunitense, pur con maggiori controversie, a partire dal secondo dopoguerra, vale a dire il costante incremento del grado di flessibilità dei metodi decisionali nelle società chiuse. L'attenzione degli interpreti, storicamente concentrata sulle grandi *corporations* diffuse, ha fatalmente trascurato da un lato il tipo a responsabilità limitata, la cui capillare diffusione nelle varie *jurisdictions* è relativamente recente¹¹⁴, dall'altra i metodi decisionali non assembleari, spesso relegati al rango di questione tecnica, priva di implicazioni sistematiche in termini di *governance* o di protezione della minoranza. Entrambe le proposizioni vanno rivedute. Nell'ultima decade è avvenuta una *rivoluzione silenziosa*¹¹⁵ nella struttura delle *business entities* statunitensi: nella maggioranza degli stati la *limited liability company* è divenuta la forma dominante per le piccole-medie imprese di nuova formazione e nelle altre giurisdizioni rivalleggia con le *corporation* per questo primato. Attualmente, su scala nazionale, oltre il quarantacinque per cento delle nuove entità è rappresentato da *limited liability companies*, un dato estremamente significativo se raffrontato con i dati emersi in un precedente studio secondo il quale nel periodo di osservazione 1995-1998 le *corporations*

¹¹⁴ Sull'origine e sui modelli di riferimento – in gran parte europei – della legislazione americana delle *LLCs* vedi MILLER E JACOBSON, *State Limited Liability Company and Partnership Laws*, Aspen, 2005 e HUMPHREIS, *Limited Liability Companies*, New York, 1998, particolarmente il § 2.02 in tema di formazione della volontà collettiva.

¹¹⁵ FRIEDMAN, *The Silent LLC Revolution. The Social Cost of Academic Neglect*, in *Creighton Law Review*, 2004, 38.

di nuova formazione arrivavano a superare di tre volte le *LLCs*¹¹⁶. Questa rapidissima diffusione si deve principalmente alla popolarità di questo tipo presso i pratici ed ai minori costi di mantenimento, a fronte di un perdurante scarso interesse negli studi accademici¹¹⁷.

In realtà, con riferimento al nostro tema, la disciplina delle *limited liability companies* offre scarsi spunti di analisi autonoma, appiattendosi sulle soluzioni adottate per le *corporations*¹¹⁸ ovvero, nella maggioranza dei casi, demandando al contratto sociale ogni scelta relativa all'organizzazione interna ed ai processi decisionali, senza fissare limiti di sorta¹¹⁹. Occorre pertanto analizzare la disciplina e l'elaborazione

¹¹⁶ J. W. LEE, *A Populist Political Perspective of the Business Tax Entities Universe: Hey the Stars Might Lie But the Numbers Never Do*, in *Texas Law Rev.*, 2000, 887. Per ulteriori studi empirici sulla diffusione delle *limited liability companies* negli Stati Uniti vedi CICCOTELLO E GRANT, *LLCs and LLPs: Organizing to Deliver Professional Services*, in *Business Horizons*, 1999, 85; RIBSTEIN E KOBAYASHI, *Choice of Form and Network Externalities*, in *Wm & Mary L. Rev.*, 2001, 79; S. MILLER, *A New Direction For LLC Research In a Contractarian Legal Environment*, in *S. Cal. L. Rev.*, 2003, 351; P. OH, *A Jurisdictional Approach to Collapsing Corporate Distinctions*, in *Rutgers L. Rev.*, 2003, 389.

¹¹⁷ Sul punto vedi FRIEDMAN, *op. ult. loc. cit.* Si tratta di un aspetto considerato, sia pur con maggior equilibrio, anche dalla dottrina europea: le gradi società azionarie, osserva COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., 449, sono pur sempre "le formazioni societarie che incidono in misura preponderante sul funzionamento del mercato e del sistema produttivo nel suo complesso e che canalizzano ed assorbono la più larga fetta del risparmio investito in azioni", ma, prosegue l'Autore, "occorre naturalmente non fermare l'attenzione alle grandi e grandissime società per azioni".

¹¹⁸ Questo approccio è riscontrabile nel Delaware, dove la *Section 18-301* del *Limited Liability Company Act* riprende una formulazione pressoché coincidente con la corrispondente norma del *Delaware General Corporation Law*. Nemmeno la disciplina parzialmente derogatoria delle *close corporations* appronta una disciplina autonoma in tema di procedimenti extra-assembleari. Ancor più sorprendente è la similitudine della disciplina delle *limited partnerships*. L'approccio *one-size-fits-all* va presumibilmente ascritto alla già elevata flessibilità della norma in tema di *corporations*, come meglio vedremo *infra* nel testo. Per il testo completo delle singole leggi in tema di *LLCs* vedi MILLER E JACOBSON, *State Limited Liability Company and Partnership Laws*, cit.

¹¹⁹ Nello stesso senso gran parte delle società personali, con la sola importante eccezione del *California Revised Limited Partnership Act* che disciplina dettagliatamente la procedura di assunzione delle *actions without a meeting*. Vedi però il totale silenzio del *Revised Uniform Limited Partnership Act*, largamente utilizzato come modello di riferimento, e le osservazioni di CALLISON E SULLIVAN, *Partnership Law and Practice: General and Limited Partnerships*, West, 2004, § 22.4. L'ammissibilità dei metodi non

interpretativa dei procedimenti non assembleari nelle *corporations*, avendo cura di adattare i risultati ottenuti alle specificità del modello a responsabilità limitata¹²⁰. Nel disciplinare la cosiddetta *action without a meeting*, si confrontano due approcci profondamente differenti nei presupposti concettuali e nei risvolti applicativi¹²¹. Il più importante ed influente modello di legislazione societaria, il *Model Business Corporation Act*, coerentemente con la *unanimous consent doctrine*, ammette la deroga assembleare solo in presenza del consenso unanime dei soci, dimostrando un evidente scetticismo verso il generalizzato abbandono del metodo collegiale perfetto¹²². All'opposto il

assembleari nelle *partnerships*, espressamente riconosciuta solo in alcune legislazioni (tra cui Florida, Kansas, Mississippi e la menzionata California), è comunque pacifica.

¹²⁰ Largamente riconducibili al numero ristretto di componenti ed agli stretti rapporti interpersonali, che disincentivano ulteriormente il rispetto di procedure formalizzate. Vedi le brevi considerazioni HANSMANN E KRAAKMAN, *The basic governance structure*, in AA. VV., *The anatomy of corporate law. A comparative and functional approach*, New York, 2004, 46 e l'estesa disamina di O'NEAL E THOMPSONS, *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, III ed., 2004, § 8.2, ove l'Autore evidenzia, in applicazione della *piercing the veil theory*, le possibili conseguenze della sistematica violazione degli adempimenti formali nelle piccole società chiuse. Nell'abbondante giurisprudenza sul punto citiamo *Bielinski vs. Miller*, 118 N.H. 26, 382 A.2d 357 (1978); *Pickett vs. Paine*, 230 Ga. 786, 199 S.E.2d 223, 228 (1973); *Mickshaw vs. Coca Cola Bottling Co. of Shuron, Pa.*, 166 Pa. Super. 148, 70 A.2d 467, 471 (1950); *Roles vs. Roles Shingle Co.*, 147 Or. 365, 31 P.2d 180, 182 (1934); *First Nat. Bank of Burns vs. Frazier*, 143 Or. 662, 22 P.2d 325, 329 (1933). In linea generale, sulla diversa struttura organizzativa della piccola impresa, vedi l'illuminante contributo di M. A. EISENBERG, *The Structure Of Corporation Law*, in *Columbia Law Review*, 1989, 1461, che contrappone la teoria contrattuale basata sul *bargain* e sulle *voluntary relationships* nelle società chiuse alla regolamentazione non contrattuale e all'eterotutela delle società diffuse.

¹²¹ Per un'analisi istituzionale del problema, nel contesto della struttura organizzativa della *corporation*, vedi la chiara esposizione di MACEY, *Macey on Corporation Laws*, Aspen, 2005 (agg.), § 13.04(C) ed *ivi* ampi riferimenti giurisprudenziali.

¹²² Ventidue stati seguono il principio dettato dalla *Section 7.04* del *Model Business Corporation Act* – Alabama (Ala. Code § 10-2B-7.04), Alaska (Alaska Stat. § 10.06.423a), Arizona (Ariz. Rev. Stat. Ann. § 10-704), Colorado (Colo. Rev. Stat. § 7-107-104), District of Columbia (D.C. Code Ann. § 29-101.136), Hawaii (HRS § 414-124), Idaho (Idaho Code § 30-1-704), Indiana (Ind. Code Ann. § 23-1-29-4a), Iowa (Iowa Code Ann. § 490-704), Kansas (Kan. Stat. Ann. § 17-6518), Maine (13-C M.R.S. § 704), Maryland (Md. Corps. & Assns. Code Ann. § 2-505), Mississippi (Miss. Code Ann. § 79-4-7.04), Missouri (Mo. Ann. Stat. § 351.273), Montana (Mont. Code Ann. § 35-1-519), Nebraska (Neb.Rev.St. § 21-2054), New Mexico (N.M. Stat. Ann. § 53-18-8), Ohio (Ohio Rev. Code Ann. § 1701.54), South Carolina (S.C. Code § 33-7-104), South Dakota (S.D. Comp. Laws Ann. § 47-4-4), West Virginia (W. Va. Code, § 31D-7-704) e

principale Stato di incorporazione, il Delaware, nella *Section 228* del *General Corporation Law*, include la possibilità di ricorrere al consenso scritto a maggioranza nel regime di *default*, applicabile a tutte le società – dalle *close corporations* sino alle società quotate – in assenza di diversa pattuizione¹²³. L'affermazione del principio maggioritario,

Wyoming (Wyo. Stat. § 17-16-704) – ma al momento della stesura del presente lavoro, molte legislazioni stanno intraprendendo un processo di riforma che potrebbe condurre all'abbandono della regola unanimitica. Lo stesso *Corporate Law Committee*, che cura la periodica revisione del *MBCA*, sta valutando l'opportunità di un radicale mutamento, che riconosca la validità del *written consent* a maggioranza. Un simile *revirement* innescerebbe con ogni probabilità una "reazione a catena" in molte delle legislazioni che seguono più o meno fedelmente il *MBCA*. L'idea di una collegialità preordinata alla tutela dei soci giustifica, secondo l'attuale impostazione del *MBCA*, la sfiducia nei confronti di metodi che, pur prescindendo dalla riunione, mantengono il principio maggioritario. Ciò nonostante questo approccio limita enormemente le possibilità di utilizzo pratico dei procedimenti semplificati, mantenendo un tasso di rigidità in viso agli operatori, che denunciano la frequente superfluità di un dibattito contestuale. Vedi LOEWENSTEIN, *A New Direction for State Corporate Codes*, in *University of Colorado Law Review*, 1997, 453 secondo cui "the rationale for requiring unanimous, as opposed to majority, consent is an apparent distrust of actions taken by shareholders without a meeting; legislators fear that the minority shareholders might somehow be taken advantage of if they cannot voice their concerns at a meeting of shareholders. It is possible, however, that if investors and organizers contracted with regard to such a provision, they would conclude that it is more efficient to permit shareholders owning a majority of outstanding shares to act without a meeting by written consent. Again, those deciding which state to choose for the jurisdiction of incorporation might prefer the state that allows informal shareholder action by less than unanimous written consent, all other things being equal. Of course, it is possible that the contracting parties would voluntarily choose a provision that matched the state-mandated one. But the possibility that they would not choose a matching provision raises the question of why the state mandated the provision in the first instance. If the parties affected by the provision do not want it, why does the state insist upon it? And if the parties, freely contracting, would prefer the state-mandated provision, then why should the state bother to mandate it?"

¹²³ Il *written consent* a maggioranza è inserito come regola di *default* in undici stati – Arkansas (Ark. Stat. Ann. § 4-27-704), California (Cal. Corp. Code § 603), Delaware (Del. Code Ann. tit. 8, § 228), Florida (Fla. Stat. Ann. § 607.0704), Illinois (Ill. Ann. Stat. ch. 32, § 7.10), Nevada (Nev. Rev. Stat. § 78.320), New Jersey (N.J. Stat. § 14A:5-6), Oklahoma (Okla. Stat. Ann. tit. 18, § 1073), Puerto Rico (14 L.P.R.A. § 2917), Tennessee (Tenn. Code Ann. § 48-17-104) e Utah (Utah Code Ann. § 16-10a-704). Una soluzione intermedia, che pur mantenendo l'unanimità come principio suppletivo ammette l'inserimento di una clausola negli *articles of incorporation* ispirata al principio maggioritario, è riscontrabile nelle rimanenti diciannove legislazioni – Connecticut (Conn. Gen. Stat. Ann. § 33-698), Georgia (Ga. Code Ann., § 14-2-704), Kentucky (KRS § 271B.7-040), Louisiana (La. Rev. Stat. Ann. § 12:76), Massachusetts (M.G.L.A.

la cui prima introduzione va fatta risalire alla pionieristica legge del Nevada del 1949, seguita dal Delaware nel 1967¹²⁴ e successivamente da un considerevole numero di legislazioni¹²⁵, è frequentemente accompagnata da discipline dettagliate, che affrontano,

156D § 7.04), Michigan (Mich. Comp. Laws Ann. § 450.1407), Minnesota (Minn. Stat. Ann. § 302A.441), New Hampshire (N.H. Rev. Stat. Ann. § 293-A:7.04), New York (N.Y. Bus Corp Law § 615), North Carolina (N.C. Gen. Stat. §55-7-04), North Dakota (N.D. Cent. Code § 10-19.1-75), Oregon (Or. Rev. Stat. § 60.211), Pennsylvania (15 Pa.C.S.A. § 1766), Rhode Island (R.I. Gen Laws § 7-1.2-701), Texas (Tex. Bus. Corp. Act art. 9.10), Vermont (Vt. Stat. Ann. Tit. 11A, § 7.04), Virginia (Va. Code § 13.1-657), Washington (Wash. Rev. Code Ann. § 23B.07.040) e Wisconsin (Wis. Stat. Ann. § 180.0704). Con riguardo alle riforme nel North Carolina e nel Massachusetts, che hanno comportato l'abbandono dell'approccio unanimistico, vedi, rispettivamente e con opposte reazioni, le critiche di HAZEN, *Silencing the Shareholder's Voice*, in *North Carolina Law Review*, 2002, 1897, ed il plauso di BOHNEN, *The Best and Worst of the New Massachusetts Business Corporation Act*, reperibile su www.bostonbar.org (ultima visita gennaio 2006). Dall'analisi dei processi di riforma in corso, sembra evidente che l'inerzia sia a favore del consenso scritto a maggioranza; la diffusione di tale regola, frequentemente inserita come semplice opzione, sta infatti subendo una sensibile accelerazione, accolta con entusiasmo dagli operatori, nella speranza che le imprese operative o le *venture capital firms* siano incentivate a restare nei rispettivi Stati, abbandonando i propositi di *re-incorporation* nel Delaware.

¹²⁴ Per la prima versione della norma, nella quale il consenso scritto a maggioranza presupponeva l'inserimento di una clausola autorizzativa, vedi FOLK, *The Delaware General Corporation Law*, West, 1972, 277. L'*opt-out mechanism* venne introdotto nel 1969, con l'intenzione di facilitare il ricorso a quelle tecniche decisionali. Il costante aumento di flessibilità contrattuale è, generalmente, percepito negli Stati Uniti come un'auspicabile forma di evoluzione della disciplina. Come osserva CREAN, *Recent Development in New York Law*, in *St. John's Law Review*, 1998, 695, "the imposition of unreasonable voting standards conflicts with the principles of contractual freedom. Shareholder action by written consent provides an example of Delaware's more contractual approach to the regulation of shareholder voting. [...] Furthermore, Delaware, in its effort to promote freedom of contracts, provides even greater flexibility to its corporations by permitting even lower consent requirements pursuant to a bargained-for charter provision. Market forces respond favorably to contractual freedom since it enables contracting parties to design corporate arrangements best suited for their needs". Le recenti evoluzioni del diritto federale in materia di Securities, in primo luogo "*the infamous Sarbanes Oxley*", potrebbero aver contribuito (o contribuire) al parziale mutamento nell'equazione flessibilità-evoluzione.

¹²⁵ Una recente indagine empirica (R. ROMANO, *The States as a Laboratory: Legal Innovation and State Competition for Corporate Charters*, inedito) ha tracciato la diffusione di alcuni istituti societari, al fine di dimostrare la validità del modello che vede gli Stati come laboratori inseriti in un sistema di reciproca competizione virtuosa tesa all'efficiente diffusione di soluzioni migliorative. Analizzando il caso del

con soluzioni parzialmente difformi, l'identificazione del rappresentante, la forma di manifestazione del consenso¹²⁶, l'intervallo massimo tra le dichiarazioni sottoscritte dai soci, la revocabilità delle stesse ed il perfezionamento della decisione¹²⁷. Se i rischi di approssimazione sono pressoché sconosciuti a prescindere dall'appartenenza al filone unanimitario o maggioritario¹²⁸, il vero punto debole della disciplina del Delaware – e di

consenso scritto a maggioranza la ricerca evidenzia una diffusione inaspettatamente lenta. Questo interessante dato può essere spiegato non solo dall'influenza esercitata dall'approccio conservativo del *MBCA* – anch'esso previsto dal modello come forma di bilanciamento rispetto ad innovazioni troppo rapide o estreme – ma anche dalle residue perplessità circa l'opportunità dell'inserimento di un sistema non assembleare nel regime legale. Esprimiamo la nostra particolare gratitudine alla Professoressa Romano per aver autorizzato la citazione dell'articolo nella versione provvisoria distribuita in occasione delle giornate di studio alla Columbia Law School nella primavera del 2005.

¹²⁶ Nel Delaware alla sottoscrizione del documento è equiparato ogni altro mezzo che garantisca la provenienza della dichiarazione e consenta di conservarne la prova, circostanza evidenziata da SCALAMOGNA, *Le decisioni dei soci e l'assemblea nel nuovo diritto societario*, cit., 65, nel tentativo di proporre un'analogia interpretazione – in senso ampio – del requisito della sottoscrizione nella disciplina italiana.

¹²⁷ Il consenso espresso per iscritto, al pari di una delega di voto, è liberamente revocabile sino al perfezionamento della decisione. Per altro, nelle società quotate una sollecitazione che affermasse l'assoluta irrevocabilità del consenso violerebbe la legislazione federale in tema di *securities*. Vedi *Calumet Industries vs MacClure*, 464 F. Supp. 19, 27 (N.D. Ill. 1978).

¹²⁸ La giurisprudenza ha comunque avuto occasione di puntualizzare alcuni aspetti dei procedimenti non assembleari. *Keogh Corp. v. Howard, Weil, Labouisse, Friedrichs Inc.*, 827 F. Supp. 269, 272 (S.D. N.Y. 1993) ha affermato l'intrinseca limitazione dei metodi non assembleari alle materie attribuite dalla legge o dallo statuto alla competenza dei soci, non potendo i soci sconfinare in materie gestorie. La pregevole motivazione di *Hoschett v. TSI International Software*, 683 A.2d 43, 46 (Del. Ch., 1996) – nella quale il giudice estensore tratteggia i motivi che supportano la perdurante centralità dell'assemblea, rievocando l'ormai quiescente principio di *corporate democracy* – sostiene che l'obbligo di svolgimento dell'assemblea annuale non è soddisfatto dalla sollecitazione del consenso scritto. Due delle sentenze rese in occasione di scalate – *Datapoint Corp. vs. Plaza Sec. Co.*, 496 A.2d 1031 (Del. 1985) e *Allen vs. Prime Computer, Inc.*, 540 A.2d 417, 419 (Del. 1988) sulle quali torneremo – riconoscono nel consenso scritto un fondamentale diritto dei soci che non può essere unilateralmente negato o proditoriamente soppresso dagli amministratori. Sui profili della *corporate democracy*, colpevolmente trascurati dalla moderna giuscommerciantistica americana, vedi GARRET, *Attitudes on corporate democracy*, in *Northwestern University Law Review*, 1956, 310, EMERSON E LATCHAM, *Shareholder democracy*, Cleveland, 1954 e, in Italia, per tutti, COTTINO, *Le convenzioni di voto*, cit. 55. Per una risposta alla paradigmatica domanda "why

molte regolamentazioni affini – risiede nei possibili pregiudizi per il diritto di partecipazione al procedimento. Nella fase di sollecitazione del consenso gli amministratori, o i diversi promotori, non sono infatti tenuti ad informare l'intera compagine e possono procedere alla raccolta interna delle dichiarazioni sino al raggiungimento della maggioranza prescritta¹²⁹. Solo quando la decisione è ormai perfezionata, è fatto obbligo di comunicare prontamente l'esito ai soci non consenzienti, i quali, paradossalmente, potrebbero avere conoscenza della procedura solo al momento della sua conclusione¹³⁰. Nella prospettiva efficientistica, particolarmente consona all'approccio normativo americano, le esigenze di speditezza e flessibilità assumono valenza centrale nell'architettura di un procedimento decisionale semplificato, anche a scapito della salvaguardia della minoranza e dell'effettività del voto¹³¹. Venendo alle

not shareholder democracy?" si veda oggi BAINBRIDGE, *Corporation Law and Economics*, New York, 2002, 512.

¹²⁹ La legge del Delaware richiede il consenso scritto dei soci "having not less than the minimum number of votes that would be necessary to authorize or take such action at a meeting at which all shares entitled to vote thereon were present and voted", il che si traduce, generalmente, nella maggioranza del capitale sociale, *rectius* del totale delle azioni circolanti provviste del diritto di voto – le *supermajorities* sono piuttosto infrequenti nella legislazione del Delaware.

¹³⁰ Radicalmente opposto è il meccanismo previsto nel *MBCA* che, oltre a richiedere l'unanimità dei consensi, prescrive l'invio di una comunicazione della proposta, sottoposta ai medesimi oneri informativi dell'avviso di convocazione, anche ai soci privi del diritto di voto, almeno dieci giorni prima del perfezionamento della delibera. Tra le legislazioni affini al Delaware, alcune, tra le quali New Jersey e California, prescrivono che la notifica ai soci non consenzienti avvenga alcuni giorni prima che la decisione acquisti efficacia. Tuttavia anche il Nevada, che ambisce a contendere il primato del Delaware, quantomeno per le società basate nella costa occidentale, non ha un simile correttivo, limitandosi quindi all'obbligo di comunicazione successiva.

¹³¹ Va tuttavia considerato che le società quotate, nella sollecitazione di *written consents*, sono soggette alla normativa federale del *Security Exchange Act* del 1934, in particolare la *Section 14(c)* e le *Rules 14c-2* e *14a-3*, in base alle quali gli amministratori (o i diversi promotori) debbono sempre garantire la piena *disclosure* della proposta formulata e delle relative motivazioni con un preavviso minimo di venti giorni. I rischi di pregiudizio per la minoranza non riguardano gli azionisti di grandi società diffuse, laddove un ampio ricorso ai metodi in parola, prendendo atto del fisiologico indebolimento del momento assembleare, potrebbe addirittura essere desiderabile (ma osteggiato, come subito vedremo nel testo, per ragioni diametralmente opposte). Vedi anche le considerazioni di HAZEN, *Silencing the Shareholder's Voice*, cit., 1924 e, pur riferendosi principalmente all'esperienza australiana, di SIMMONDS, *Why Must We Meet?*

forme societarie che più interessano la nostra indagine, le *close corporations* e le *limited liability companies*, la possibilità di assumere decisioni da parte della maggioranza in totale segretezza – *rectius* in totale clandestinità – determina una forma di sistematica oppressione della minoranza pretermessa, ridotta all'impotenza di fronte al *fait accompli*. Nelle compagini ristrette la raccolta parziale e selettiva dei consensi, in luogo della consultazione paritaria di tutti i soggetti legittimati, si presta ad una serie pressoché infinita di abusi, ai quali l'ordinamento americano oppone rimedi successivi di natura prevalentemente risarcitoria. Tuttavia la nostra impressione, a prescindere dai diversi equilibri ipotizzabili, è che il mancato coinvolgimento dell'intera compagine nel processo di formazione della volontà confligga con la nozione stessa di esercizio collettivo dell'impresa, in aperta contraddizione con il modello, tuttora valido e troppo spesso dimenticato, che ravvisa nell'organismo societario la virtuosa compresenza di diritti di *exit*, di *voice*, ma anche – qui diremmo soprattutto – di *loyalty*¹³². L'osservazione dell'esperienza americana e delle sue profonde contraddizioni interne è particolarmente utile nell'economia della nostra indagine per individuare le gravi conseguenze che deriverebbero da un'interpretazione dell'art. 2479 che vedesse nella variante del consenso espresso per iscritto una declinazione del metodo negoziale puro, nella forma estrema della raccolta interna alla maggioranza¹³³. La tesi va definitivamente scartata non solo sul piano normativo, per la presenza di una inequivoca ed inderogabile proposizione normativa – “ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni” – che esclude anche l'inserimento convenzionale del metodo in parola, ma anche sul piano funzionale-applicativo, per gli inaccettabili corollari in termini di compressione dei diritti di voto e di informazione, piuttosto evidenti nell'ordinamento americano.

Un'ultima notazione. Negli Stati Uniti il tema dei procedimenti non assembleari ha attirato l'attenzione degli interpreti in riferimento ad un uso quantomeno eccentrico

Thinking About Why Shareholders Meetings Are Required, in *Company and Securities Law Journal*, 2001, 506.

¹³² Il riferimento è naturalmente ad uno degli studi più influenti dell'ultimo cinquantennio, HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge, 1970, geniale sintesi a cavallo tra filosofia, diritto delle organizzazioni collettive e teoria politica, dedicato, ci preme ricordarlo, all'indimenticato Eugenio Colomi, docente, filosofo e cognato dell'Autore.

¹³³ La *written consent solicitation* non può quindi equipararsi alla consultazione scritta a maggioranza, come è comunemente intesa nei maggiori ordinamenti europei, proprio per l'assenza di un effettivo diritto di partecipazione al procedimento. La variante nordamericana è piuttosto fondata sulla progressiva raccolta dei consensi tra i componenti del gruppo di comando, caratterizzata da un coinvolgimento marginale, eventuale e successivo della minoranza.

rispetto agli originari intendimenti del legislatore, che, approntando un'alternativa informale e rapida alle assemblee nelle piccole società, non immaginava certo di aver involontariamente forgiato un potente strumento di attacco nelle battaglie per il controllo delle grandi società quotate¹³⁴. Durante la *takeover frenzy* che imperversò negli anni ottanta, i metodi non assembleari vennero prevalentemente utilizzati per sferrare attacchi a sorpresa al *management* in carica, proponendo la revoca degli amministratori o la rimozione delle eventuali *poison pills* presenti nello statuto¹³⁵. L'accesso ai meccanismi di voto senza la necessità di attendere la successiva assemblea annuale, resa possibile dalla generalizzata legittimazione all'iniziativa, riduceva enormemente i costi di avvio della scalata, evitando la necessità del preventivo rastrellamento della minoranza qualificata occorrente per la convocazione¹³⁶. Rapidamente superata la fase "romantica", che induceva gli interpreti ad accogliere acriticamente ogni tecnica volta al ricambio del *management*, le fisiologiche inadeguatezze di un metodo progettato per le società chiuse, ma applicato in contesti radicalmente differenti, cominciarono ad emergere, da un lato persuadendo gli interpreti alla rimeditazione¹³⁷, dall'altro obbligando gli operatori - in

¹³⁴ Per una puntuale analisi del tema, con posizioni contrastanti e spesso interconnesse, si rinvia ai contributi di HERZEL, DAVIS E HARRIS, *Consents to Trouble*, in *The Business Lawyer*, 1986, 135; DE FRANCHESCHI, *Written Consents. A Powerful Tool in Hostile Battles for Corporate Control*, in *Delaware Journal of Corporate Law*, 1989, 967; FINKELSTEIN E VARALLO, *Action by Written Consent: a Reply to Messrs. Herzel, Davis, and Harris*, in *The Business Lawyer*, 1987, 1075; ID., *Action by written consent in Control Contests: Strategic and Legal Considerations*, in *Securities Regulation Law Journal*, 1986, 3; ID., *Action by Written Consent in Control Contests: New Legislation and Recurring Questions*, in *Securities Regulation Law Journal*, 1987, 253.

¹³⁵ Nel *caselaw*, *ex pluribus*, *Empire of Carolina, Inc. vs. Deltona Corp.*, 501 A.2d 1252, 1256 (Del. Ch., 1985); *Empire of Carolina, Inc., vs. Deltona Corp.*, 514 A.2d 1091 (Del. 1986); *Datapoint Corp. vs. Plaza Sec. Co.*, 496 A.2d 1031 (Del. 1985); *Allen vs. Prime Computer, Inc.*, 540 A.2d 417, 419 (Del. 1988). Lo schema tipico prevedeva la sollecitazione della rimozione del *management* (cio della *poison pill*) combinata con il lancio di un'offerta ostile, la cui efficacia era però subordinata al raggiungimento del numero di consensi scritti necessario per approvare la rimozione.

¹³⁶ Per contro richiedeva il raggiungimento di una maggioranza, calcolata sul totale dei voting rights, decisamente maggiore rispetto a quella che sarebbe stata sufficiente in un regolare consesso assembleare.

¹³⁷ In primo luogo HERZEL, DAVIS E HARRIS, *Consents to Trouble*, cit., ma anche OESTERLE E PALMINTER, *Judicial Schizophrenia in Shareholder Voting Cases*, 79 Iowa L. Rev. 485 (1994); FAY, *State Takeover Laws: Shareholder Protection, the Constitution, and the Delaware Approach*, 24 Gonz. L. Rev. 249; DEMOTT, *Down the Rabbit-hole and into the Nineties: Issues of Accountability in the Wake of Eighties-Style Transactions in Control*, 61 Geo. Wash L. Rev. 1130. Nella motivazione di *Empire of Carolina, Inc.*

primis gli amministratori – ad approntare forme di difesa dalla costante minaccia di “consultazioni scritte ostili”¹³⁸. Le conseguenze furono immediate quanto prevedibili: da un lato, approfittando degli ampi spazi di autonomia contrattuale, la rimozione del meccanismo del *written consent*¹³⁹ divenne nel giro di pochi anni una delle più diffuse tecniche di difesa dalle scalate ostili¹⁴⁰, dall’altro, in un clima di generale insoddisfazione, alcune legislazioni reagirono escludendo espressamente l’applicabilità delle tecniche in parola alle società quotate. I metodi extra-assembleari hanno dimostrato

v. *Deltona Corp.*, 501 A.2d 1252, 1256 (Del. Ch., 1985) leggiamo: “the taking of action by written consent instead of at a stockholders meeting has great potential for mischief where competing boards jockeyed back and forth for control leaving it unclear who was in charge of the corporation and eventually resulting in some violence. The summary removal of directors by the execution of written consents, sometimes without prior notice to a board, can interfere with orderly corporate governance and cause great injury to an operating corporation and its stockholders”.

¹³⁸ In via del tutto eccezionale – e per ragioni profondamente differenti – i soci di minoranza nelle società chiuse ed i componenti dei consigli di amministrazione nelle società diffuse si trovano ad osteggiare il medesimo istituto. I soggetti che possono derivare i maggiori benefici dall’uso degli strumenti extra-assembleari (nella prosa americana diremmo una *win-win situation*) sono i soci di controllo, per i quali anche le eventuali patologiche del fenomeno si traducono spesso in esternalità positive.

¹³⁹ I medesimi risultati si ottenevano introducendo pesanti limitazioni al potere di iniziativa ovvero ritornando al principio unanimitario. Ovviamente questi problemi non sono mai emersi in quegli stati che seguono il *Model Business Corporation Act*.

¹⁴⁰ Sul punto, oltre alla dottrina citata *supra* in nota, vedi ROBINSON, *Defensive Tactics in Consent Solicitations*, in *The Business Lawyer*, 1996, 677; ANDRE, *A Preliminary Inquiry into the Utility of Vote Buying in the Market for Corporate Control*, 63 S. Cal. L. Rev. 533 e NEUWIRTH, *Shareholder Franchise. No Compromise: Why Delaware Courts Must Proscribe All Managerial Interface With Corporate Voting*, 145 U. Pa. L. Rev. 423. Nel 1988 ben centotrenta delle cinquecento società che componevano il Fortune 500 avevano limitato o escluso statutariamente il ricorso ai metodi non assembleari; su scala nazionale, negli studi condotti dall’Investor Responsibility Research Center di Washington emerge il costante incremento di popolarità di questo accorgimento, dal 20% del 1990 al 31% del 1995 sino al 39% del 2004 (dati tratti da INVESTOR RESPONSIBILITY RESEARCH CENTER (a cura di), *Corporate Takeover Defenses*, Washington, 1995 e ID., *Shareholder Rights to Call Special Meetings and Act by Written Consent*, Washington, 2004, *non vidit*). Anche tra le società chiuse la rimozione statutaria della possibilità di ricorrere ai metodi non assembleari, nonostante la presenza di una regolamentazione dettagliata, è talvolta effettuata per il timore del caos che potrebbe derivare dalla contemporanea circolazione di numerose proposte di decisione confliggenti (così BARONDES, *Dynamic economic analysis of selected provisions of corporate law*, cit., 117).

scarsa capacità di adattamento alle società diffuse, non solo per intrinseche inadeguatezze legate all'incremento dei soggetti coinvolti, quanto per i diversi presupposti che ne segnarono la genesi. Il sistema americano, unico a sperimentare i procedimenti in parola nelle società aperte, sembra aver trasposto *sic et simpliciter* soluzioni pensate per le piccole *corporations* o per le società di *venture capital* – ed ancor prima per le *GmbH* e per le *private companies* europee – presumendo l'avvio di un processo di integrazione mai verificatosi. Il rigetto dal sistema, indotto sì dall'incoerenza con le origini storiche dell'istituto, ma soprattutto dall'insofferenza manifestata dagli *executive officers*, ceto dominante nella *Corporate America*, non equivale ad un inappellabile giudizio negativo sull'opportunità di tale soluzione. In una prospettiva di massimizzazione della contendibilità del controllo e di maggiore coinvolgimento dell'azionariato diffuso, i metodi extra-assembleari potrebbero anzi apportare sostanziali benefici, previo adattamento della disciplina alla peculiarità dei moderni mercati finanziari. Anche disponendo di una regolamentazione specifica adeguatamente bilanciata, il ricorso alla consultazione scritta nelle società quotate, come dimostra la vicenda americana, si collocherebbe comunque sulla sottile linea che separa il lodevole coraggio dalla patente avventatezza.

4.8 Conclusioni dell'indagine comparativa

Sembra opportuna una sintesi dei principali dati ricavabili dall'indagine comparativa sin qui condotta. Nelle compagini sociali ristrette i sistemi extra-assembleari sono uniformemente diffusi e largamente utilizzati nella prassi. Come dimostra *a contrario* il caso spagnolo, dove tuttavia il contenzioso, a fronte di un dato normativo alquanto lacunoso, era sorprendentemente contenuto, questi istituti possono funzionare in modo efficiente in presenza di una regolamentazione analitica (Francia e soprattutto Regno Unito) ovvero di una stratificazione interpretativa, sull'indispensabile presupposto di un dato normativo, come quello tedesco, dai contenuti definitivi inequivoci. Negli ordinamenti che affermano incondizionatamente il diritto di partecipazione al procedimento ed il generale obbligo di informazione preventiva, il principale pericolo non risiede negli eventuali abusi a danno della minoranza estromessa – piuttosto frequenti laddove il sistema ammetta la raccolta interna con informazione successiva – ma nella confusione di un procedimento semplificato solo in apparenza, esacerbata da eventuali conflittualità interne. Se riconosciamo la validità della proposizione secondo cui l'incertezza costituisce il perfetto incubatore per gli abusi, la risposta a tale rischio va nuovamente cercata nella chiarezza legislativa o, in sua vece, statutaria.

Pur dubitando dell'utilità di rigide classificazioni degli istituti, fatalmente affette da un certo grado di approssimazione per l'impossibilità di rendere le innumerevoli varianti

ed i diversi principi ispiratori negli ordinamenti presi in considerazione, una classificazione sembra qui opportuna per cogliere le peculiarità della legislazione italiana, non interamente percepibili *prima facie*. In base ad un primo criterio, i metodi non assembleari possono ispirarsi all'unanimità (Svezia, Paesi Bassi e *Model Business Corporation Act*), alla maggioranza (Delaware) o alla contemporanea presenza di due varianti procedurali con distinti regimi di approvazione (Francia, Germania e, come abbiamo osservato, Regno Unito). In secondo luogo, anche se alcune legislazioni, mutuando le soluzioni presenti nella vecchia legge spagnola e francese, mantengono limiti dimensionali rapportati al capitale (Argentina) o al numero di soci (Brasile e Lussemburgo), molto frequentemente la norma trova applicazione, limitatamente al tipo capitalistico intermedio o alle società chiuse, a prescindere da qualsiasi fattore dimensionale¹⁴¹. Infine la rinuncia al metodo assembleare, a seguito di una precisa scelta di politica legislativa, può essere inserita nel regime legale (derogabile in Austria, Germania e Delaware, inderogabile nel Regno Unito) ovvero come semplice opzione a disposizione dell'autonomia contrattuale (Svizzera, Francia, Lussemburgo e Paesi Bassi). L'esistenza di troppe varianti, raramente sovrapponibili, rende inutile ogni tentativo di proporre una credibile classificazione in funzione delle riserve di collegialità: l'unico dato significativo è che tutte le soluzioni riscontrate sembrano accomunate dalla volontà di operare una precisa identificazione di singole ipotesi, dalle operazioni straordinarie in Germania, sino all'approvazione del bilancio in Francia, passando per la revoca delle cariche sociali nel Regno Unito.

Rinoscendo l'esistenza di un numero vastissimo di altri criteri, che potrebbero considerare il soggetto legittimato all'attivazione del procedimento, le modalità di espressione del voto o la revocabilità delle dichiarazioni, le distinzioni proposte sembrano sufficienti per effettuare una serie di osservazioni sui profili di isolamento della disciplina italiana. L'art. 2479 costituisce un *micum* nel panorama europeo ed internazionale innanzi tutto per la presenza di una riserva di collegialità vaga, valutata sugli effetti e non sul contenuto, un fattore di grave incertezza che potrebbe seriamente pregiudicare la diffusione e l'utilizzo dei sistemi extra-assembleari¹⁴². Non solo: la relativa infrequenza delle riserve di collegialità, totalmente difformi nei vari ordinamenti e spesso relative a

¹⁴¹ Una limitazione in tal senso avrebbe scarso significato in un sistema, come quello italiano, in cui la grande maggioranza delle società – società di persone ma anche società a responsabilità limitata – è composta da un numero estremamente ridotto di soci (anche un'ipotetica limitazione a dieci soci non escluderebbe che poche società).

¹⁴² Il riferimento va, naturalmente, alle operazioni che comportano una modifica sostanziale dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci.

materie che in Italia rientrerebbero pacificamente nell'ambito di ammissibilità – vedi l'approvazione del bilancio francese e la revoca degli amministratori inglese – solleva la domanda se simili disposizioni siano davvero indispensabili. La risposta potrebbe essere negativa, a condizione che l'ordinamento ne bilanci l'assenza con un diritto inderogabile di sollecitare la riunione a favore della minoranza qualificata, auspicabilmente inferiore all'attuale terzo del capitale, ovvero, accettando i rischi di ostruzionismo, con l'attribuzione di un diritto individuale di veto di stampo germanico, forme di autotutela più efficaci e flessibili rispetto all'elencazione di ipotesi tassative.

Un'ulteriore anomalia è la presenza di due varianti "in crisi di identità", difficilmente distinguibili perché entrambe basate sul principio maggioritario, circostanza che ha originato un dibattito senza precedenti nel panorama internazionale. A distanza di dieci anni dal *ripensamento* spagnolo, l'Italia si profila come uno dei pochi ordinamenti che alla presenza di un regime maggioritario non faccia corrispondere una disciplina, sia pur embrionale, del procedimento, demandandola integralmente al contratto sociale¹⁴³. La malintesa flessibilità originata da una norma sintetica, che anche in Germania ha richiesto un vigoroso sforzo interpretativo per definire alcuni aspetti procedurali della consultazione scritta, richiama alla mente l'abrogata legge spagnola. Se infatti la prosa del legislatore tradisce una matrice franco-germanica evidente nei propositi ma imperfetta nell'esecuzione – vuoi per l'assenza di norme di supporto analoghe al decreto francese, vuoi per la mancanza di una netta distinzione tra le due fattispecie – la norma all'atto pratico potrebbe denotare maggiori similitudini con il vecchio modello spagnolo, unico ad essere abbandonato, non senza resistenze, per l'asserita inadeguatezza.

¹⁴³ Anche la seconda variante del § 48 del *GmbHGesetz* risulta carente sotto questo profilo, soccorsa però dall'attività interpretativa protrattasi negli anni. L'atteggiamento del Codice delle obbligazioni svizzero è in verità ancor più estremo nel delegare integralmente la regolamentazione dei procedimenti decisionali all'autonomia negoziale, astenendosi però dal ricorrere a fuorvianti richiami lessicali alla tradizionale bipartizione tra consultazione scritta e consenso.

CAPITOLO QUINTO

IL TRAMONTO APPARENTE DELLA COLLEGIALITÀ

SOMMARIO: 5.1 Lo sgretolamento del dogma della collegialità: dalla certezza apparente alla formulazione di un duplice interrogativo; 5.2 L'attenuazione della collegialità nella società a responsabilità limitata; 5.3 I benefici ed i rischi effettivi dei metodi non assembleari: conclusioni.

5.1 Lo sgretolamento del dogma della collegialità: dalla certezza apparente alla formulazione di un duplice interrogativo

I risultati ottenuti nell'analisi del procedimento ed il raffronto con le esperienze straniere maturate nei tipi corrispondenti alla nostra società a responsabilità limitata consentono di valutare in conclusione gli effetti dell'innovazione, dirompenti secondo alcuni commentatori¹⁴⁴, nel complesso dell'impianto normativo, considerando le eventuali ricadute sistematiche e tentando di fornire una risposta all'interrogativo circa la compatibilità dei metodi non assembleari con il principio di collegialità.

Secondo un orientamento maturato all'indomani della riforma, la scelta del legislatore di introdurre tecniche decisionali diverse dall'assemblea porta a termine il processo di sgretolamento del dogma della collegialità nelle società di capitali¹⁴⁵, smentendo definitivamente la tesi che ravvisava nel rispetto del metodo assembleare un principio di ordine pubblico volto a garantire l'equa ponderazione degli interessi coinvolti, nonché un presidio a tutela delle minoranze, la cui eliminazione o alterazione era sottratta alla libera disponibilità delle parti¹⁴⁶. Cadrebbe, secondo questa lettura, la convinzione che il metodo collegiale, posto a tutela dell'interesse generale al corretto svolgimento dell'attività sociale, rappresenti un necessario contrappeso al regime di autonomia patrimoniale perfetta, travolgendo nel contempo, in un tipo sociale caratterizzato dalla presenza di soci consapevoli in grado di autotutelarsi, l'idea di assemblea come forma di garanzia per i soggetti coinvolti nel procedimento.

¹⁴⁴ LENER E TUCCI, *Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori*, cit., 283.

¹⁴⁵ LENER E TUCCI, *ibidem* e LENER, *L'assemblea nella riforma del diritto societario*, cit., 173. Enfaticamente VILLA, *Le decisioni dei soci come si possono assumere*, in AA.VV., *La riforma delle s.r.l. e delle cooperative. Guida giuridico normativa*, Milano, 2003, 16, evidenziava la possibilità di "mandare in soffitta" il metodo collegiale.

¹⁴⁶ Tema sul quale si rinvia a GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, cit., 232 e GRIPPO, *Deliberazione e collegialità*, cit., 23.

I segnali di sfiducia nei confronti di tale assunto, lungi dall'essere confinati alle sole realtà microsocietarie, sono emersi, misti ad un sentimento di insoddisfazione per l'eccessiva rigidità della disciplina, anche nelle società diffuse. Il legislatore, nel tentativo di revitalizzare l'assemblea con l'introduzione di strumenti di flessibilità dai riscontri applicativi inferiori alle attese – come il voto per corrispondenza o la sollecitazione delle deleghe di voto – non ha mai messo in discussione lo svolgimento della liturgia assembleare e la natura collegiale della deliberazione¹⁴⁷. Affermare che il principio di collegialità, già vacillante nella società diffuse, sia sacrificabile, a maggior ragione, nelle piccole compagini sociali, sarebbe tuttavia semplicistico, in quanto gli schemi geometrici, inapplicabili allo studio degli organismi collettivi, trascurano le distinte funzioni della collegialità nei diversi tipi normativi.

Le precedenti considerazioni presuppongono tuttavia la negazione della natura collegiale dei procedimenti in parola, assunto che deve essere verificato alla luce dell'indagine svolta. Senza l'intenzione di ripercorrere sentieri battuti da articolati studi sul voto extra-assembleare¹⁴⁸ e tralasciando intenzionalmente la questione relativa alla funzione della collegialità nelle società diffuse¹⁴⁹, ci limiteremo a rispondere

¹⁴⁷ ABBADESSA, *Le società per azioni fra passato e futuro: l'assemblea*, in PORZIO, RISPOLI FARINA E ROTONDO (a cura di), *La riforma delle società per azioni non quotate*, Milano, 2000, 66.

¹⁴⁸ Il pensiero corre naturalmente all'ampia analisi di S. ROSSI, *Il voto extrassembleare nelle società di capitali*, cit., alla quale si rinvia per la trattazione dei volti molteplici del fenomeno extra-assembleare.

¹⁴⁹ Sul nuovo ruolo dell'assemblea vedi, tra i contributi più recenti, MARCHETTI, *In tema di funzionamento dell'assemblea: problemi e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2001, 128; NOTARI, *L'assemblea e i processi decisionali dei soci nelle proposte di riforma delle società non quotate*, in *Riv. soc.*, 2001, 130; MOSCO, *Dove si forma la volontà sociale? Il ruolo dell'assemblea nella società per azioni: considerazioni introduttive*, in ASSOCIAZIONE PREITE (a cura di), *Verso un nuovo diritto societario*, cit., 143; D'ALESSANDRO, *Un nuovo ruolo per l'assemblea nella società per azioni*, ivi, 153; ABBADESSA, *Il nuovo ruolo dell'assemblea nella società per azioni*, ivi, 163; SACCHI, *La partecipazione dei soci ai processi decisionali delle società di capitali*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002, 187. Osserva COSTI, *La Cassazione e i sindacati di voto: tra dogmi e "natura delle cose"*, in *Giur. comm.*, 2002, II, 673 che le nuove norme sul procedimento assembleare nelle società per azioni, lungi dall'imporre che le decisioni siano frutto di un libero e spontaneo dibattito fra i partecipanti a un'adunanza rituale, si propongono essenzialmente di assicurare ai soci la possibilità di conoscere quali siano gli argomenti su cui sono chiamati a deliberare. Da ultimo, affrontando il tema dall'angolo visuale delle società quotate, MONTALENTI, *La società quotata*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, IV, 2, Padova, 2004 e BLANDINI, *Società quotate e società diffuse*, Napoli, 2005, 391. Ravvisa nel voto per corrispondenza l'espressione più vistosa della progressiva perdita di

all'interrogativo se la consultazione scritta ed il consenso espresso per iscritto possano essere qualificati come metodi non collegiali e, mantenendo distinti i piani, se il sistema decisionale nella società a responsabilità limitata, assumendo la presenza di una scelta convenzionale a favore dei metodi opzionali, possa definirsi non collegiale nel suo complesso.

La prima questione, malgrado l'inedita soluzione legislativa, è ben conosciuta alla dottrina classica, che analizzando le discipline straniere, i numerosi progetti di riforma ed i procedimenti deliberativi nelle società di persone, ha valutato approfonditamente la compatibilità, quantomeno del metodo referendario, con la nozione di collegio¹⁵⁰. Un illustre maestro, prospettando i diversi modi di formazione della volontà sociale, contrapponeva l'assemblea, procedimento caratterizzato dall'unità di tempo e di luogo nel quale la deliberazione è la risultante di una discussione e di un contraddittorio utili alla reciproca informazione, al *referendum* consistente nelle interpellanze su determinati oggetti rivolte, di regola dagli amministratori, collettivamente o singolarmente alla compagine e nelle risposte date dai soci *isolatamente l'uno dall'altro*, anticipando sotto diversi profili la variante della consultazione scritta nell'attuale disciplina della società a responsabilità limitata¹⁵¹. Facendo esplicito riferimento al voto per corrispondenza nelle cooperative, allora unica eccezione all'inderogabilità del metodo assembleare nelle società personificate, l'Autore identificava un terzo metodo, quello *misto*, nel quale, pur ammettendosi una riunione fra i soci che intendono intervenire, la partecipazione non è essenziale per l'espressione del voto potendo quest'ultimo essere manifestato anche al di fuori dell'adunanza. L'evidente collocazione della consultazione scritta, ma anche *mutatis mutandis* del consenso espresso per iscritto, nel secondo gruppo non risolve però l'interrogativo sulla natura collegiale del procedimento.

In base alle conclusioni raggiunte in un influente ed autorevole studio, le deliberazioni sociali vincolate alla contestualità ed unità di discussione e di votazione costituiscono solo una specie nel *genus* degli atti collegiali, essendo possibile operare una

significato dell'informazione assembleare BELVISO, *L'informazione dei soci nelle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2000, II, 857.

¹⁵⁰ *Ex multis* GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., 252; VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, cit., 60; COTTINO, *Le convenzioni di voto*, cit., 97 e ABBADESSA, *Deliberazioni senza assemblea*, cit., 300.

¹⁵¹ GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., 252, ravvisa il tratto caratterizzante del *referendum* "nell'assenza di discussione contestuale preliminare alla deliberazione, di guisa che questa non possa risultare immediatamente influenzata da quella; potrà esserlo invece mediatamente da scambi particolari di idee fra i vari soci o gruppi di soci, dovunque avvenuti".

distinzione interna tra forme perfette ed imperfette di collegialità¹⁵². Nessuno può infatti disconoscere le rilevanti differenze tra i procedimenti assembleari e referendari¹⁵³, onde per cui, come acutamente osservato¹⁵⁴, si potrebbe trattare di una questione di mera preferenza terminologica, risolvibile con qualsiasi espressione purchè idonea alla discriminazione. All'indomani della riforma il tema rischia però di spostarsi dal piano puramente nominalistico a quello sostanziale se da parte di alcuni si percepisce l'introduzione dei metodi opzionali, asseritamente non collegiali, come un generale svuotamento del principio di collegialità nelle società di capitali, secondo un *iter* logico che potrebbe condurre ad importanti – e qui certamente dirimenti – ripercussioni sulla concezione stessa di deliberazione, *iter* che va a nostro avviso rimeditato.

Il secondo quesito, si affermi o si neghi il carattere collegiale delle tecniche opzionali, prende in considerazione l'intero sistema decisionale nella società a responsabilità limitata per valutarne la complessiva rispondenza ai principi di formazione collegiale della volontà collettiva. Le due autonome questioni, sia pur interconnesse, non paiono secondarie e meritano alcune brevi considerazioni.

¹⁵² VENDITTI, *ibidem*, 60, nt. 66; diversamente BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 309. Vedi anche OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, 138, il quale si spinge sino a non considerare come *deliberazione* la decisione adottata mediante *referendum*.

¹⁵³ GRIPPO, *Deliberazione e collegialità*, cit., 38 esprime argomentate perplessità circa l'asserita equivalenza fra modelli organizzativi che si richiamano rispettivamente al procedimento assembleare e al sistema del *referendum*, giudizio la cui formulazione deve tener conto della diversa esperienza giuridica delle società di persone ove il referendum trova le sue origini (sul diverso retroterra storico si veda, in particolare, GALGANO, *Il principio di maggioranza*, cit., 232). Il punto di maggiore differenza, osserva BRANCA, *In tema di associazioni non riconosciute, di assemblee, di modificazioni statutarie*, in *Giur. it.*, 1968, I, 2, 464, è costituito dall'assenza di un dibattito attraverso il quale la volontà viene a formarsi, ma si stempera nelle piccole compagini – il riferimento dell'Autore va alle pratiche associative – allorché “il confronto delle opinioni sottostanti alla volontà trova migliore esplicazione attraverso parziali discussioni ed informazioni preordinate all'espressione del voto piuttosto che in un'unica grande, sovente impossibile riunione dei partecipanti”.

¹⁵⁴ GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., 258, nt. 259, il quale, su queste premesse, adotta una terminologia ispirata alla negazione della collegialità, da intendersi però in senso prevalentemente descrittivo.

5.2 L'attenuazione della collegialità nella società a responsabilità limitata

La circostanza che la volontà si crei e che il partecipante formi la propria opinione all'interno del collegio sembra connaturata alla nozione giuridica di collegialità¹⁵⁵. Se si affermasse, a nostro avviso erroneamente, la corrispondenza biunivoca tra assemblea e collegio, la risposta negativa al primo quesito sarebbe perentoria ed immediata. In realtà la nozione di assemblea non costituisce un equivalente al concetto generale di collegio e certamente non ne esaurisce la vasta gamma di applicazioni: l'assemblea si colloca piuttosto come una sottospecie qualificata – riservata a determinati rapporti ovvero a determinate materie – caratterizzata da una disciplina più complessa del modo di svolgimento dell'attività deliberativa e del modo di formazione dell'atto, entrambi ispirati al maggior formalismo e, di norma, alla contestualità spazio temporale¹⁵⁶. Il metodo assembleare non può e non deve intendersi come unica declinazione del principio di collegialità, ben potendo altri sistemi garantirne in maniera fatalmente diversa – forse necessariamente attenuata – il sostanziale rispetto.

La collettività dei soci, chiamata a pronunciarsi attraverso una consultazione scritta ovvero ad esprimere il proprio consenso per iscritto, può qualificarsi come collegio deliberante, sia pur imperfetto, a condizione che il procedimento prescelto soddisfi il requisito minimo del fenomeno collegiale, individuato dalla dottrina sopra richiamata nel pieno coinvolgimento della compagine¹⁵⁷. Se infatti discussione e deliberazione contestuali sono elementi rientranti nella normalità della fattispecie, non costituiscono però esigenza inderogabile delle deliberazioni collegiali di un gruppo organizzato,

¹⁵⁵ Secondo COTTINO, *Le convenzioni di voto*, cit., 98, se l'assemblea fosse solo il luogo ove si raccolgono le opinioni preformate dei soci, non vi sarebbe alcuna ragione di consentirne il rinvio ovvero l'opposizione alla discussione di argomenti sui quali il socio non si ritenga sufficientemente informato. Analoghe considerazioni in GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, cit., 253, la deliberazione, lungi dall'essere mera somma algebrica di voti positivi e negativi, rappresenta "la risultante di un contraddittorio e di una discussione utili alla reciproca informazione e chiarificazione tra i soci".

¹⁵⁶ La deroga alla contestualità è infatti ravvisabile in tutti quei procedimenti che GRECO, *op. ult. loc. cit.*, definirebbe *misti*, per l'ammissione di tecniche di voto anticipato o a distanza. Sui problemi relativi alla preformazione convenzionale del voto e sulle conseguenze sull'effettività della partecipazione assembleare vedi, per tutti, COTTINO, *Le convenzioni di voto*, cit., passim.

¹⁵⁷ Così VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, cit., 60; *contra* BOLAFFI, *La società semplice. Contributo alla teoria delle società di persone*, Milano, 1947, 304, secondo cui nell'affermazione del principio maggioritario "vi è riconoscimento della necessità di riunire un'assemblea, in cui le varie opinioni possano manifestarsi e una maggioranza formarsi".

apparendo essenziale piuttosto che tutti i componenti siano messi in condizione di parteciparvi¹⁵⁸. Il riconoscimento del diritto di partecipazione in capo a ciascun socio ai sensi dell'art. 2479 quinto comma sembrerebbe quindi idoneo a collocare i metodi in parola nell'ampio *genus* delle decisioni collegiali, dovendosi tuttavia valutare il grado di rispondenza con gli altri elementi fisionomici e con le funzioni tipiche della collegialità¹⁵⁹, in merito alle quali non può negarsi una rilevante attenuazione. Se la contestualità di tempo e di luogo delle espressioni di voto è sostanzialmente neutra ai fini della realizzazione dell'*istanza partecipativa* (intesa come partecipazione alla deliberazione e non ovviamente al dibattito), lo stesso non può affermarsi riguardo alla *funzione compositoria*, come idoneità alla ridefinizione del contenuto delle proposte, alla *funzione informativo-istruttoria*, come occasione di acquisizione di informazioni da parte dei soci, e soprattutto alla *funzione ponderatoria*, relativa agli effetti della discussione sul contenuto della decisione assunta¹⁶⁰.

Sotto questi profili l'assenza di una riunione contestuale si riverbera certamente sulle dinamiche decisionali, senza però giungere alla radicale negazione delle varie istanze considerate. Quanto alla possibilità di ridefinizione dei contenuti, il consenso espresso per iscritto, per l'assenza di un atto formale di interpello e per il carattere negoziale e sinallagmatico del procedimento, garantisce anzi, come abbiamo osservato, un elevato grado di flessibilità, sin forse eccessivo considerando i possibili abusi e la conseguente confusione nella gestione della raccolta e nella valutazione di concordanza. Ai fini informativi ed istruttori, per equilibrare l'assenza di un confronto *de visu*, l'ordinamento da un lato prescrive l'adeguata informazione preventiva come presupposto della rinuncia al metodo assembleare, dall'altro riconosce ampi poteri ispettivi ai soci *uti singuli*. In

¹⁵⁸ Sotto questo profilo il metodo della raccolta interna, laddove escludesse la minoranza dal procedimento ovvero imponesse un obbligo di informazione successiva (sul modello del Delaware), solleverebbe perplessità ben maggiori circa la compatibilità con la nozione di collegio.

¹⁵⁹ Temi sui quali magistralmente e con un approccio interdisciplinare VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Milano, 1968 e VITTA, *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, Roma, 1920, oltre alla dottrina prettamente giuscommercialistica menzionata *supra*.

¹⁶⁰ Per ulteriori considerazioni sulla compatibilità dei metodi extra-assembleari con le funzioni della collegialità si rinvia a S. ROSSI, *Il voto extrassembleare nelle società di capitali*, cit., 132. In particolare la funzione ponderatoria non va fatta coincidere con fenomeni esclusivamente propositivi, ma soprattutto come filtro che consente di discernere, sulla base delle osservazioni dei partecipanti, le proposte chiaramente inadeguate e inefficienti, in perfetta sintonia con le parole di Francis Scott Fitzgerald: "no grand idea was ever born in a conference, but a lot of foolish ideas have died there".

generale la surrogazione delle funzioni comunemente associate allo svolgimento di una riunione – dalla ponderazione all'informazione – giunge principalmente da un dato pregiuridico di carattere empirico, vale a dire la caratteristica ristrettezza della compagine sociale nel modello a responsabilità limitata¹⁶¹. I metodi extra-assembleari devono qui ritenersi idonei a garantire una soddisfacente tutela dell'interesse al confronto in quanto la mancanza di un contraddittorio simultaneo viene adeguatamente compensata dalla possibilità di contattare gli altri soci in modo separato, circostanza resa concretamente possibile dal rapporto fiduciario intercorrente fra i singoli¹⁶². Si potrebbe sostenere che lo svolgimento di una formale adunanza sia reso di fatto superfluo dal confronto quotidiano: l'assemblea "perde" la sua funzione perché sostituita da un'assemblea in seduta permanente tra le mura domestiche o negli uffici amministrativi dell'impresa, in cui il diritto alla discussione è ampiamente garantito e, nelle situazioni di conflittualità, frequentemente abusato.

Da un diverso angolo visuale, applicando gli schemi concettuali che ravvisano l'elemento materiale della deliberazione non già nelle dichiarazioni di voto unificate nell'atto collegiale, ma nel rispetto di regole procedimentali e organizzative¹⁶³, la

¹⁶¹ A tal proposito va considerato il prezioso ammonimento di GRIPPO, *Deliberazione e collegialità*, cit., 39 – del quale si è cercato di dar conto nella struttura della presente analisi – il quale, proprio affrontando questi profili, denuncia il rischio di confusione dei piani "di cui l'interprete si fa carico utilizzando elementi tratti dalla realtà fenomenica senza essersi accertato della possibilità di ricondurre la problematica alla realtà del dato normativo".

¹⁶² Elemento colto già prima dell'introduzione del tipo, in sede di commento ai progetti di riforma, da ASCARELLI, *Le società a responsabilità limitata e la loro introduzione in Italia*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, 462 e poi da ABBADESSA, *Deliberazioni*, cit., 305, nt. 11; nella manualistica, sulla diversa concezione di sovranità assembleare nelle medie e piccole società di capitali, vedi COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., 449; con riferimento alle società di persone vedi soprattutto MIRONE, *Il procedimento*, cit., 201. Nella disciplina della società a responsabilità limitata, l'assenza di un contraddittorio simultaneo, potenzialmente idonea a pregiudicare la posizione dei soci di minoranza, è compensata non solo dall'attribuzione di maggiori poteri individuali (dall'ispezione, all'impugnazione delle decisioni, sino all'azione di responsabilità), ma anche dalle caratteristiche che contraddistinguono il tipo sociale: una compagine sociale ristretta, caratterizzata da contatti frequenti se non quotidiani, da rapporti di fiducia, da strette relazioni interpersonali, anche di carattere familiare, formata in gran parte da soci-imprenditori attenti e consapevoli, che rivestono spesso la carica di amministratore e detengono una quota di partecipazione significativa (fattori che non escludono la conflittualità, anzi esacerbata dagli stretti rapporti personali).

¹⁶³ La ricostruzione della deliberazione sulla base dell'elemento volontaristico, inteso come volontà collegiale, come volontà della maggioranza o come combinazione delle singole volontà è stata oggetto di

collocazione dei metodi non assembleari si fa apparentemente problematica. L'assenza di una disciplina analitica del procedimento, demandata alla regolamentazione convenzionale, può infatti disorientare sottraendo ogni riferimento qualificatorio. In realtà nel metodo referendario formalizzato – ma anche nel consenso scritto – il procedimento deliberativo non è totalmente cancellato, sussistendo alcuni connotati minimali¹⁶⁴, ma si presenta in veste differente: il sintetico dato normativo cela infatti una pluralità di proccetti (requisiti di forma, di contenuto, limiti di materia e adempimenti di formalizzazione), che determinano un procedimento a complessità variabile – dalla semplicità di un documento sottoscritto dal socio unico sino all'estremo di un complesso *referendum* condotto tra soci numerosi, lontani ed in disaccordo – ma pur sempre un *procedimento*. Sotto questo profilo la decisione extra-assembleare si qualifica indubbiamente come *deliberazione*, supportando a nostro avviso la ricostruzione in termini volontaristici dell'atto collegiale e paradossalmente – vista la natura eminentemente documentale – contribuendo al recupero della visione antropomorfica del fenomeno decisionale¹⁶⁵, nella misura in cui svincola la dichiarazione del socio da una rigida liturgia corporativa.

L'analisi decontestualizzata dei procedimenti referendari sarebbe evidentemente incompleta. La risposta al secondo interrogativo assume quindi una valenza sistematica ancor più profonda, in quanto ci permette di considerare le dinamiche decisionali nel loro

critica nel progevole studio di FERRO LUZZI, *La conformità delle deliberazioni alla legge e all'atto costitutivo*, cit., 51, secondo cui "i comportamenti elementari (i voti) rilevano esclusivamente in ordine al perfezionarsi del procedimento, degradando ad un ruolo e funzione quindi strumentale". Per una ricostruzione in termini volontaristici del fenomeno deliberativo collegiale vedi, nella letteratura classica, CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni d'assemblea delle anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, 180; ASCARELLI, *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni*, *Ivi*, 1930, I, 737; FERRI, *La tutela della minoranza nelle società per azioni*, in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, III, 54; SCIALOJA, *L'opposizione del socio alle deliberazioni delle assemblee nelle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, 202 e FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali: assemblea, amministratori, sindaci*, Napoli, 1950, 55.

¹⁶⁴ Così COTTINO, *Le convenzioni di voto*, cit., 184 e VENDITTI, *Collegialità*, cit., 69; *contra* OPPO, *Negozi parasociali*, cit., 138.

¹⁶⁵ Per il cui superamento si esprime LA MARCA, *L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, Milano, 2004, 40 ed *ivi* ulteriori riferimenti dottrinali. Sulla moderna visione degli organismi collettivi e sull'enfaticizzazione del profilo organizzativo, con specifici riferimenti al tipo a responsabilità limitata, vedi anche MASSA FELSANI, *op. cit.*, 311.

complesso e di collocare i metodi opzionali in un quadro d'insieme. Innanzi tutto il sistema respinge con vigore ogni residua istanza di equiparazione tra le diverse forme di collegialità. La regola per cui alcune sfere di competenza sono necessariamente sottratte al metodo non assembleare, quella per cui determinati soggetti possono sempre richiedere la non applicazione del medesimo e ancora la norma suppletiva nel silenzio dell'atto costitutivo (che fa riferimento alla collegialità piena) dimostrano inequivocabilmente come il legislatore non ritenga i metodi in parola equivalenti e fungibili rispetto all'assemblea, ma solo utilizzabili entro determinati limiti e per scelta consapevole dei soci¹⁶⁶.

I metodi a collegialità attenuata si innestano quindi in un sistema fortemente ispirato alla collegialità assembleare. Siffatto principio trova compiuta affermazione, non solo nelle riserve per materia, ma soprattutto nell'inderogabilità del quoziente necessario per imporre la riunione. Alla luce di quanto osservato in precedenza, risulta impossibile scindere l'adozione dei metodi non assembleari dal diritto alla conversione del procedimento, in quanto la facoltà di sollecitare una discussione da parte delle cariche sociali e della minoranza qualificata sembra essere connaturata al procedimento, costituendone un imprescindibile elemento fisiologico di bilanciamento interno. Il dibattito, che, come si è osservato, non costituisce un elemento essenziale nemmeno nella riunione assembleare¹⁶⁷, è presente, sotto diverse spoglie, anche nei procedimenti alternativi come momento quiescente ed eventuale, la cui piena realizzazione è condizionata all'esercizio del diritto potestativo in parola¹⁶⁸.

In altre parole non va condivisa la tesi che ravvisa nelle tecniche introdotte dall'art. 2479 una piena negazione della fase dibattimentale e ponderatoria ovvero una sostanziale relegazione della stessa nell'ambito dei contatti informali fra soci. Le differenze tra il modello legale e opzionale, per quanto innegabili, sono forse inferiori alle attese. In ambito assembleare il *Debattecht* costituisce un diritto *individuale e disponibile* del

¹⁶⁶ Così CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori*, cit., 179, nt. 57. Secondo LENER E TUCCI, *Decisioni dei soci*, cit., 283 dall'affermazione, sia pure con disposizione suppletiva, del procedimento assembleare quale metodo naturale di assunzione delle decisioni dei soci, emerge l'intento di non negare la rilevanza del metodo assembleare, ritenuto più idoneo a garantire la ponderazione collettiva delle decisioni; "soprattutto nelle società contraddistinte da una compagine sociale ristretta, la discussione in assemblea può adempiere effettivamente a quelle funzioni di ponderazione collettiva delle decisioni e di informazione dei soci".

¹⁶⁷ COTTINO, *Le convenzioni di voto*, cit., 100 e VENDITTI, *Collegialità*, cit., 69.

¹⁶⁸ Il formale dibattito assembleare, cui facciamo riferimento nel testo, si somma naturalmente alla discussione informale al di fuori delle sedi prescritte.

socio¹⁶⁹, che, a differenza del voto, prescinde dall'entità della partecipazione, contribuendo così alla visione dell'assemblea come *demokratische beschlussfassungsform*¹⁷⁰. In ambito extra-assembleare, quantomeno nella fase propulsiva, il diritto al dibattito perde sì la propria connotazione di diritto individuale, nella misura in cui presuppone la detenzione di una partecipazione qualificata, ma la riassume integralmente a seguito della riespansione del momento collegiale perfetto¹⁷¹.

Alla luce delle precedenti considerazioni ci sembra di poter rispondere agli interrogativi ricusando l'evocativa visione, per certi versi suggestiva, di un presunto sgretolamento del principio di collegialità, sia con specifico riferimento ai metodi decisionali extra-assembleari, caratterizzati da una collegialità imperfetta, sia con riferimento al sistema decisionale nel complesso, saldamente radicato nell'affermazione della collegialità come principio cardine e dell'assemblea come luogo naturale di formazione della volontà collettiva¹⁷². Dal punto di vista terminologico sembra quindi calzante la nozione di collegialità *attenuata*, appositamente coniata da un'attenta dottrina

¹⁶⁹ Sul punto, in particolare, COTTINO, *Le convenzioni di voto*, cit., 100, il quale si sofferma sulla possibilità di rinuncia alla discussione, elemento normale ma non essenziale del procedimento di formazione della volontà collegiale, attraverso la discrezione della riunione assembleare da parte dei soci. Sul *Debattrecht* vedi *ex multis* MOSER, *Die Ausübung des Aktienstimmrechts nach schweizerischem sowie nach deutschem und italienischem Recht*, Zurigo, 1944, 34, SCHLUEP, *Die wohlverworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht*, San Gallo, 1955, 151, oltre alla dottrina, italiana e straniera, citata da S. ROSSI, *Il voto extrassembleare*, loc. cit.

¹⁷⁰ Affronta approfonditamente la questione nel diritto svizzero WENER DÖRLER, *Gesellschafterversammlung, Urabstimmung und Delegiertenversammlung als Beschlussfassungsform des Schweizerischen Gesellschaftsrechts*, Berna, 1973, 43. Sulla nozione di democrazia assembleare nell'ordinamento germanico, vedi però le precisazioni ed i caveat di COTTINO, *Le convenzioni di voto*, cit., 23.

¹⁷¹ Assistiamo però ad un'importante inversione del rapporto regola-eccezione: la discussione da elemento normale rinunciabile diviene momento eventuale solleciabile.

¹⁷² Anche volendo ravvisare uno sgretolamento della collegialità nella società a responsabilità limitata, non potrebbero trarsi conclusioni valide per ogni tipo capitalistico, vista la natura eccezionale della norma contenuta nell'art. 2479. La derogabilità del metodo assembleare va qui giustificata non solo per la maggiore flessibilità del tipo normativo, ma soprattutto per l'assenza della tutela di interessi generali dai profili funzionali della collegialità nelle società chiuse, a fronte della centralità, nelle società aperte, della funzione di controllo esterno e di informazione al mercato.

per identificare i metodi opzionali¹⁷³; la stessa concezione di *riserva di collegialità*, qui frequentemente impiegata per riferirsi alle materie inderogabilmente attribuite all'assemblea, va forse precisata nel senso di *riserva di collegialità perfetta*, in altre parole di riserva assembleare.

Mutuando la felice metafora dell'assemblea come sovrano in esilio¹⁷⁴, potremmo pensare ai metodi extra-assembleari come a diligenti satrapi, ai quali è affidata la reggenza. Costoro, adusi all'ordinaria amministrazione del regno in tempi di pace e prosperità, mancano dell'esperienza necessaria per governare nei tempi di crisi. L'esilio può proseguire per mesi, anni o persino decenni, ma è destinato fatalmente ad interrompersi nel preciso momento in cui un evento straordinario disturba la quiete del regno ovvero quando un gruppo di sudditi – la minoranza qualificata – o influenti dignitari – gli amministratori – invocano il legittimo ritorno del monarca.

Potremmo spingerci sino ad affermare, in senso volutamente provocatorio, che nella nuova società a responsabilità limitata la funzione dell'assemblea esca rafforzata, in quanto il legislatore, introducendo riserve di collegialità inderogabili e obblighi di riunione su richiesta dei soggetti legittimati, riconosce implicitamente l'effettività del momento assembleare nelle compagini ristrette¹⁷⁵ e la maggiore idoneità – rispetto ai formalismi rituali delle società diffuse – ad incidere sull'efficienza della decisione e sulla determinazione del contenuto¹⁷⁶. Nelle ipotesi di sollecitazione, la riunione non sarà più

¹⁷³ CAGNASSO, I "volti" della "nuova" società a responsabilità limitata, loc. cit. e ID., *Le decisioni degli amministratori*, cit., 149.

¹⁷⁴ RESCIO, *Il sovrano in esilio: riflessioni e problemi in tema di assemblea e decisioni dei soci*, cit., 394.

¹⁷⁵ Se dal punto di vista pratico l'introduzione dei metodi alternativi consente di derogare a formalità spesso eccedenti rispetto alle reali dimensioni dell'impresa, sotto il profilo sistematico, la valenza del momento assembleare è confermata dal riconoscimento, attraverso la previsione di riserve legali di collegialità e del diritto alla sollecitazione, della perdurante ed effettiva centralità di una riunione nelle materie fondamentali, in palese controtendenza rispetto ad un panorama applicativo, prima ancora che legislativo, in cui l'assemblea, specie nelle grandi società per azioni, ha progressivamente perso lo *status* di momento di reale formazione della volontà.

¹⁷⁶ Come osserva, in un illuminante saggio, OLSON, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, cit., 57 (nell'edizione italiana OLSON, *La logica dell'azione collettiva. I beni pubblici e la teoria dei gruppi*, Milano, 1983), le teorie tradizionali dell'azione collettiva denunciano un approccio viziato, nella misura in cui applicano modelli simili ai gruppi ristretti e diffusi, sottovalutando apertamente l'aspetto dimensionale. Molte ricerche sono state condotte sull'assunto che qualsiasi risultato ottenuto potesse agevolmente adattarsi alle diverse realtà con una semplice operazione matematica, la moltiplicazione per un dato fattore di scala (così LEWIN, *Field Theory in Social Change*, New York, 1951,

mera rappresentazione di vuote liturgie ma vera occasione di confronto e reciproco influsso su temi centrali, per i quali l'esigenza di dibattito viene espressa dalla stessa compagine¹⁷⁷, non più imposta aprioristicamente dall'ordinamento.

5.3 I benefici ed i rischi effettivi dei metodi non assembleari: conclusioni

L'introduzione dei metodi decisionali non assembleari potrà comportare notevoli benefici alla gestione e all'organizzazione delle società a responsabilità limitata, come valida forma di semplificazione nei casi in cui vi siano ostacoli alla riunione derivanti dalla distanza geografica tra i soci o da problematiche relazioni interpersonali all'interno della compagine¹⁷⁸, ovvero nelle situazioni di estrema urgenza nelle quali l'assolvimento

163; KELLEY E THIBAUT, *The Social Psychology of Groups*, New York, 1959, 191 e VERBA, *Small Groups and Political Behavior*, Princeton, 1961, 99). L'Autore, riferendosi esplicitamente al fenomeno societario, evidenzia invece come nelle compagini ristrette, a differenza di quelle diffuse, il controllo sia esercitato non solo *de iure* ma anche *de facto* dai componenti del gruppo (*privileged group model*), determinando una struttura organizzativa e decisionale più efficiente. Come già evidenziava SIMMEL, *The Sociology of Georg Simmel*, Glencoe, 1950, 92, "small, centripetally organized groups usually call on and use all their energies, while in large groups, forces remain much oftener potential". Per un interessante raffronto fra la teoria dell'azione collettiva su base contrattuale e l'approccio newebberiano all'azione degli organismi collegiali, vedi anche LAZEGA, *The Collegial Phenomenon. The Social Mechanisms of Cooperation among peers in a corporate law partnership*, New York, 2001, 19.

¹⁷⁷ Ovvero, si badi, dalle cariche sociali. Con riferimento all'eventuale abuso del *diritto alla discussione* e, nel nostro caso, del *diritto alla sollecitazione della discussione*, va ricordato che i comportamenti abusivi nei processi decisionali si estendono anche all'esercizio di diritti corporativi diversi dal voto, trovando un limite implicito nel perseguimento dell'oggetto sociale. Così VERDE, *Sulla rilevanza della discussione nelle assemblee di società per azioni*, in *Foro it.*, 1961, I, 1913; CANDIAN, *Il potere del socio di parlare in assemblea*, in *Temi*, 1962, 144; FOSCHINI, *Sul diritto di discussione in assemblea*, in *Riv. soc.*, 1962, 58 e diffusamente GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni. Abuso di potere nel procedimento assembleare*, cit., 23. Anche gli accennati rischi di gestione assembleare dell'impresa, attraverso la sistematica avocazione di competenze amministrative alla collettività, attinenti alla *provocatio ad populum* di cui al primo comma dell'art. 2479 (adeguatamente valutati da ABRIANI E MALTONI, *La derogabilità del diritto dei soci*, cit.) e solo di riflesso alla sollecitazione assembleare di cui al quarto comma, troverebbero un limite sostanziale nel principio di correttezza.

¹⁷⁸ Si pensi, a titolo esemplificativo, alle numerose società a responsabilità limitata operanti in Italia a capitale interamente o parzialmente straniero o ancora alle società a base familiare in cui, magari a seguito

degli adempimenti di convocazione, sia pur semplificati rispetto al modello azionario, determinerebbe l'inevitabile differimento della risoluzione. Più frequentemente la consultazione scritta ed il consenso espresso per iscritto troveranno applicazione nelle diffuse realtà microsocietarie in occasione di decisioni di *routine* – anche di natura gestoria – sulle quali vi sia un largo o unanime consenso dei soci.

La nostra attenzione si è tuttavia concentrata sulle numerose contraddizioni degli istituti in parola, solo marginalmente giustificate dall'inedita soluzione legislativa. Giunti alla conclusione dell'indagine più che una ridondante elencazione dei vari profili problematici affrontati o una valutazione delle eventuali prospettive *de iure condendo* per il miglioramento della disciplina e per l'uniformazione nel contesto internazionale¹⁷⁹, sembra piuttosto necessaria la precisa identificazione di quali siano le maggiori carenze strutturali della disciplina dei procedimenti non assembleari, riconducibili a nostro avviso a due filoni alquanto definiti. Da un lato ci riferiamo al *rischio di confusione giuridica e procedimentale*, sensibilmente maggiore rispetto ai possibili pregiudizi ai danni della minoranza, paventati invece negli ordinamenti variamente ispirati al sistema della raccolta interna. L'approccio del legislatore, nella sua integrale attribuzione dell'onere regolamentare alla disciplina convenzionale, sottovaluta il pericolo, ben colto dalla dottrina, che la fisiologica contrattazione possa degenerare in una patologica – e forse irrimediabile – deflagrazione dell'assetto corporativo, risultante nella sostanziale anarchia del modello a responsabilità limitata¹⁸⁰. La risposta al primo rischio va evidentemente cercata nella predisposizione di clausole autorizzative dettagliate e pienamente autosufficienti, un criterio che potrebbe apparire sin eccessivo rispetto alle finalità di semplificazione intrinseche ai metodi extra-assembleari. Non va poi dimenticato che le maggiori complicazioni attengono esclusivamente alla raccolta di consensi tra soggetti in disarmonia o in aperto contrasto: se i soci sono in grado di produrre un documento

di vicende successive, sorgono dissidi insanabili che rendono ingestibili le assemblee sociali (aspetti evidenziato in AA. VV., *Le massime del Consiglio Notarile di Milano*, cit., 63).

¹⁷⁹ Aspetti per i quali si rimanda, in particolare, al capitolo precedente.

¹⁸⁰ Vedi la limpida analisi di BENAZZO, *Competenze di soci e amministratori nelle s.r.l.: dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Società*, 2004, 815, secondo cui "il sistema delle regole legali non è di per sé adeguatamente completo ed attrezzato per scongiurare una siffatta degenerazione". L'autonomia privata, prosegue l'Autore, "lungi dal potersi considerare una libertà arbitraria, è infatti una libertà con onere. L'onere cioè di elaborare statuti ragionati, completi, attenti ad inscrivere regole di funzionamento in grado di prevenire e contenere la mancanza di governo che finisce per tradursi in disordine, confusione, stato in cui ciascuno agisce a suo arbitrio e senza ordine o regola: cioè a dire l'anarchia".

unanimente sottoscritto, da cui risultino con chiarezza l'oggetto della decisione e il consenso alla medesima, le cautele procedurali sono sostanzialmente superflue¹⁸¹.

L'elemento al quale nemmeno l'autonomia statutaria può porre un definitivo rimedio è il secondo rischio, riconducibile all'esistenza della vaga e criticabile riserva di collegialità per le operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci, un'includibile spada di Damocle che potrebbe determinare la marginalizzazione dei procedimenti alternativi, non tanto nella fase di introduzione statutaria della clausola, quanto nella fase applicativa, comprensibilmente scoraggiata dall'eccessiva esposizione al rischio di successive contestazioni¹⁸². A questo proposito acquista particolare importanza la posizione assunta con riferimento all'invalidità delle decisioni per violazione delle riserve assembleari. Accogliendo la tesi – qui sostenuta – della mera annullabilità, al di là dei menzionati dubbi interpretativi, ogni decisione unanime sarebbe di fatto immune dal rischio di contestazione per l'assenza di soggetti non consenzienti legittimati¹⁸³; anche le risoluzioni extra-assembleari a maggioranza, allo spirare dei novanta giorni dalla trascrizione, sarebbero al riparo dall'impugnazione per vizi del procedimento¹⁸⁴. In definitiva anche la seconda incongruenza sembra supportare la lucida previsione¹⁸⁵, secondo cui le nuove modalità deliberative saranno utilizzate prevalentemente, se non esclusivamente, quando sussista sin dal principio l'unanime accordo dei soci, circostanza assolutamente comune – ed è questo un buon auspicio per la diffusione dei procedimenti

¹⁸¹ In tal senso RESCIO, *Il sovrano in esilio: riflessioni e problemi in tema di assemblea e decisioni dei soci*, cit., 394, secondo cui "in termini di proporzione, il documento unico sottoscritto da tutti i soci sta al procedimento esteso di consultazione scritta o consenso espresso per iscritto, come l'assemblea totalitaria sta al procedimento assembleare". Similmente, ricordando l'esperienza applicativa francese, SCALAMOGNA, *Le decisioni dei soci e l'assemblea nel nuovo diritto societario*, cit., 65.

¹⁸² Un atteggiamento di eccessiva diffidenza realizzerebbe tuttavia la trappola delle *self fulfilling prophecies*: i timori potrebbero infatti scoraggiare l'utilizzo dei metodi extra-assembleari, riducendo le occasioni di chiarimento interpretativo e impedendo di raggiungere l'auspicato equilibrio..

¹⁸³ Fatta salva l'impugnazione, in verità improbabile nei casi di unanimità, da parte del collegio sindacale o degli amministratori (spesso coincidendo questi ultimi con gli stessi soci).

¹⁸⁴ Diversamente la tesi della nullità, oltre ad estendere il periodo utile a tre anni, ammetterebbe la contestazione da parte dei terzi interessati, che potrebbero in ipotesi sostenere la sostanziale modificazione dell'oggetto sociale ad opera di una consultazione scritta (da risultato anche unanime) conclusasi anni addietro, travolgendone la validità.

¹⁸⁵ NOTARI, *Deliberazioni assembleari e decisioni dei soci nelle s.r.l.*, cit., 50.

in parola – nelle piccole società a responsabilità limitata, ossia i naturali destinatari dell'innovazione.

A margine delle considerazioni critiche che precedono, sia concessa una breve nota conclusiva. Lorenzo Da Ponte, con l'impareggiabile arguzia che contraddistinse i suoi libretti destinati ai capolavori mozartiani, affermava, per bocca del conte di Almaviva, *“ecco i dubbi spiegati, ecco l'imbroglio, ecco il raggiro, onde m'avverte il foglio”*. Talvolta come abbiamo riscontrato nel presente studio e come dimostrano gli equivoci narrati nelle Nozze di Figaro, è proprio il documento scritto, lungi dal disvelare gli inganni, ad originare la confusione.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *I nuovi modelli statutari di società per azioni e a responsabilità limitata*, Milano, 2003.
- AA. VV., *Le massime del Consiglio Notarile di Milano*, Milano, 2005.
- AA. VV., *Propuesta de Código de sociedades mercantiles*, Madrid, 2002.
- ABBADESSA, *Deliberazioni senza assemblea nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, 300.
- ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in COLOMBO E PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, III, I, Torino, 1994.
- ABBADESSA, *L'assemblea amministratrice nelle piccole cooperative*, in *Riv. soc.*, 1999, 201.
- ABBADESSA, *Le società per azioni fra passato e futuro: l'assemblea*, in PORZIO, RISPOLI FARINA E ROTONDO (a cura di), *La riforma delle società per azioni non quotate*, Milano, 2000.
- ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975.
- ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998.
- ABRIANI, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nelle società a responsabilità limitata*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (a cura di), *Studi e materiali (fasc. 1)*, Milano, 2005, 259.
- ABRIANI, *Conflitto di interessi e rappresentanza nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 416.
- ABRIANI, *Decisioni dei soci, amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali - Manuale breve*, Milano, 2003.
- ABRIANI, *Sul verbale assembleare non contestuale di società di capitali*, in *Società*, 2006, 6.
- ACCETTURA, *La posizione del socio di s.r.l.*, in BAUCO (a cura di), *La nuova s.p.a e la nuova s.r.l.*, Milano, 2004.
- AFFERNI, *La tutela dei soci e dei terzi nella nuova s.r.l.*, in AFFERNI E DE ANGELIS (a cura di), *"Progetto Mirone" e modelli organizzativi per la piccola e media impresa*, Milano, 2001.
- ALAGNA, *Il presidente dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 2005.
- ALLECA, *L'invalidità delle decisioni dei soci*, in FARINA, IBBA, RACUGNO E SERRA (a cura di), *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, Milano, 2004.
- R. AMBROSINI, *Ipotesi di inesistenza della delibera assembleare: criteri di individuazione*, in *Società*, 1993, 484.
- S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2004, 293.
- S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003.
- ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003.
- ANGELICI, *Soci e minoranze nelle società non quotate*, in PORZIO, RISPOLI FARINA E ROTONDO (a cura di), *La riforma delle società per azioni non quotate*, Milano, 2000.
- ANGELICI, *Note in tema di procedimento assembleare*, in *Riv. not.*, 2005, I, 719.
- ANGELICI, *La formazione della volontà societaria nell'assemblea e le decisioni dei soci*, in AA. VV., *Le società: autonomia privata e suoi limiti nella riforma*, Milano, 2003.
- ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 2004.
- ARANGUREN, *Órganos sociales. Junta General*, in ARROYO E EMBID (a cura di), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1997.

- ARMANNO, *La società a responsabilità limitata tra società di persone e società di capitali*, Padova, 1990.
- ARNOLDI, *O novo código civil de 10 de janeiro de 2002 e o Livro II do direito de empresa*, in *Revista dos Tribunais*, 2002, 24.
- ASCARELLI, *Rappresentanza assembleare dell'azionista da parte della stessa società o di una banca*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1956, II, 256.
- ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale. Società e associazioni commerciali*, Bologna, 1936.
- ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Studi in tema di società*, Milano, 1952.
- ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 cod. civ.. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. soc.*, 1956, 92.
- ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Milano, 1959.
- ASCARELLI, *L'art. 163 cod. comm. e la pratica statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 356.
- ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 63.
- ASCARELLI, *Le società a responsabilità limitata e la loro introduzione in Italia*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, 462.
- ASCARELLI, *Sulla protezione delle minoranze nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 737.
- ASCARELLI, *Problemas das sociedades anónimas e direito comparado*, San Paolo, 1969.
- ASQUINI, *Se una deliberazione sociale di aumento di capitale con emissione di azioni a voto plurimo sia nulla ai sensi dell'art. 2379 o solo impugnabile ai sensi dell'art. 2377*, in *Temi*, 1960, 364.
- AVANZINI, IBERATI E LOVATO (a cura di), *Formulario degli atti notarili*, Torino, 2004.
- BAINBRIDGE, *Corporation Law and Economics*, New York, 2002.
- BALTZER, *Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht*, Grote, 1965.
- BARALIS, *La nuova società a responsabilità limitata: "hic manebimus optime". Spunti di riflessione sul problema delle lacune di disciplina*, in *Riv. not.*, 2004, 1099.
- BARALIS E FERRERO, *L'invalidità delle decisioni (collegiali e non), con particolare riguardo alla società a responsabilità limitata*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (a cura di), *Studi e materiali (suppl. al fasc. I)*, Milano, 2004.
- BARBA DE VEGA, *La adopción de acuerdos por escrito en las sociedades de responsabilidad limitada*, in *Revista de Derecho Mercantil*, 1978, 51.
- BARONDES, *Dynamic economic analysis of selected provisions of corporate law*, 7 *DePaul Business Law Journal* 97, 113.
- BARONI, *Commento sub art. 2478*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Milano, 2005.
- BAUDINO E FRASCINELLI, *La nuova s.r.l., opportunità e scelte operative*, Torino, 2003.
- BELVEDERE, *L'inesistenza negoziale fra dogmatica e semantica*, in *Diritto privato*, 1999-2000, 5.
- BELVISO, *L'informazione dei soci nelle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2000, II, 857.
- BENAZZO, *Autonomia statutaria e quozienti assembleari nelle società di capitali*, Padova, 1999.
- BENAZZO, *La s.r.l. nella riforma del diritto societario: società di persone o società di capitali?*, in *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002.
- BENAZZO, *L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003, 1062.

- BENAZZO, *Competenze di soci e amministratori nelle s.r.l.: dall'assemblea fantasma all'anarchia?*, in *Società*, 2004, 810.
- BERHENS, *Die GmbH im internationalen und europäischen Recht*, Berlino, 1997.
- BERKOVITZ, PISTOR E RICHARD, *Economic Development, Legality, and the Transplant Effect*, in *European Economic Review*, 2003, 47.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Una visión crítica del proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada*, in *La Reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, in *Revista de derecho de sociedades*, 1993.
- BERLE E MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, Torino, 1966.
- BÉZARD, *Sociétés civiles*, Parigi, 1979.
- BIANCA, *Luci ed ombre nella nuova disciplina della rappresentanza assembleare*, in *Riv. soc.*, 2004, 1197.
- BISBAL, *La Junta General de socios de la sociedad de responsabilidad limitada*, in *PAZ-ARES (a cura di), Tratado de la sociedad limitada*, Madrid, 1997.
- BLANDINI, *Società quotate e società diffuse*, Napoli, 2005.
- BOLAFFI, *La società semplice. Contributo alla teoria delle società di persone*, Milano, 1947.
- BONAFINI, *I compensi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2005.
- BONELLI, *La prima sentenza della Cassazione civile sull'amministratore di fatto, nota a Cass., 12 gennaio 1984, n. 234*, in *Giur. comm.*, 1985, II, 182.
- BONELLI, *Atti estranei all'oggetto sociale e poteri di rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2004, 924.
- BOQUERA MATARREDONA (a cura di), *La sociedad limitada nueva empresa*, Madrid, 2003.
- BORRUSO, *Il documento informatico, la firma elettronica e la firma digitale alla luce delle ultime norme*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 143.
- BOULOC, *Nota a CA Metz 20 febbraio 1974*, in *Rev. sociétés*, 1975, 79.
- BOUIERE E LE CANNI, *La loi Madelin du 11 février 1994 et le droit des sociétés*, in *Bull. Joly*, 1994, § 61, 237.
- BOWEN, *Fox and Bowen on the Law of Private Companies*, Londra, 1995.
- BRANCA, *In tema di associazioni non riconosciute, di assemblee, di modificazioni statutarie*, in *Giur. it.*, 1968, I, 2, 464.
- BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2003.
- BUONOCORE, *La società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, 21.
- BUONOCORE, *La società a responsabilità limitata*, in *BASSI, BUONOCORE, PESCATORE (a cura di), La riforma del diritto societario*, Torino, 2003.
- BUONOCORE, *Società in nome collettivo*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1984.
- BURGER, DAMILOV E PALIASHVILI, *Russia's New Law on Limited Liability Companies: a Practical Guide*, in *BNA's Eastern Europe Reporter*, 1998 (suppl.), 5.
- BURTON E PATFIELD, *The Conduct of Meetings*, Londra, 1994.
- BUSANI, *S.r.l.*, Milano, 2003.
- BUSANI, *S.r.l., la riforma rivoluziona le assemblee*, in *Il sole 24 ore*, 22 ottobre 2002.
- BUSANI E CANALI, *I nuovi statuti di s.r.l. e s.p.a.*, Milano, 2004.

- BUSI, *Le novità in materia di aumento e riduzione del capitale previste nella riforma*, in BORTOLUZZI (a cura di), *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, Torino, 2004.
- BUSI, *Le decisioni non assembleari dei soci nella s.r.l.*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (a cura di), *Studi e materiali (fasc. 1)*, Milano, 2005, 346.
- BUSI, *S.p.a. S.r.l. operazioni sul capitale*, Milano, 2004.
- BUTLER, *Russian Company and Commercial Legislation*, Oxford, 2003.
- BUTTARO, *Considerazioni sulla inesistenza delle deliberazioni assembleari*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1969.
- BUTTARO, *In tema di inesistenza di deliberazione assembleare per difetto di maggioranza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1962, I, 212.
- CABANAS, *Órganos sociales. Junta General*, in COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA (a cura di), *La sociedad de responsabilidad limitada*, I, Madrid, 1995.
- CABRAS, *L'assemblea in videoconferenza nelle società di capitali*, in *Vita not.*, 2001, I, 575.
- CACCAVALE, *Gli atti unilaterali di mutuo nel credito bancario*, Milano, 2002.
- CACCAVALE, *L'amministrazione, la rappresentanza e i controlli*, in CACCAVALE, MAGLIULO, MALTONI, TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003.
- CACCAVALE, MAGLIULO, TASSINARI, *Scioglimento e liquidazione. Clausole arbitrali e di conciliazione. Normativa transitoria*, in CACCAVALE, MAGLIULO, MALTONI, TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003.
- CAGNASSO, *Ambiti e limiti dell'autonomia concessa ai soci della "nuova" società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 368.
- CAGNASSO, *Commento sub artt. 2473-2473bis*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- CAGNASSO, *Commento sub artt. 2475-2475bis*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l. adottate mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto: una semplificazione?*, in *Riv. Soc.*, 2005, 149.
- CAGNASSO, *I "volti" della nuova società a responsabilità*, in S. AMBROSINI (a cura di) *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003.
- CAGNASSO, *Recesso ed esclusione del socio: interessi in gioco e "costi" degli strumenti di tutela*, in *Analisi Giuridica dell'economia. Studi e discussioni sul diritto d'impresa. La nuova s.r.l. colà dove si puote?*, Bologna, 2003.
- CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di Colombo e Portale, vol. IV, Torino, 1991.
- CALANDRA BUONAURA, *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 317.
- CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985.
- CALLISON E SULLIVAN, *Partnership Law and Practice: General and Limited Partnerships*, West, 2004.
- CANDIAN, *Emissione di azioni privilegiate nel voto: deliberazione impugnabile non nulla*, in *Temi*, 1960.
- CANDIAN, *Nullità ed annullabilità di delibere di assemblea*, Milano, 1942.
- CANDIAN, *Il potere del socio di parlare in assemblea*, in *Temi*, 1962, 144.

- CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990.
- CAPANI, *Effetti della mancata partecipazione del collegio sindacale all'assemblea*, in *Società*, 1985, 697.
- CARESTIA, *Quote di partecipazione*, in LO CASCIO (a cura di), *Società a responsabilità limitata*, Milano, 2003.
- CARLON, *Comentario a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1984.
- CARMELO DE MOTTA MONREAL, *Los acuerdos sociales en las sociedades de responsabilidad limitada*, in *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Vol. XXI, Madrid, 1980.
- CARMIGNANI, *Commento sub art. 2437bis*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003.
- CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 208.
- CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni d'assemblea delle anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, 180.
- CARRARO, *Dichiarazione recettizia*, in *Novissimo Digesto*, Torino, 1960.
- CASALI, *I titoli di debito nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2005, 1492.
- CASAMASSIMA, *L'impatto della riforma sul sistema informativo delle Camere di commercio e sul registro delle imprese*, in *Società*, 2004, 562.
- CASSOTTANA, *Le influenze dell'ordinamento commitario sulla riforma italiana*, in AFFERNI e DE ANGELIS (a cura di), *"Progetto Mirone" e modelli organizzativi per la piccola e media impresa*, Milano, 2001.
- CASU, *Verbale notarile d'assemblea e art. 28 legge notarile*, in *Riv. not.*, 1999, 867.
- CAVALLI, *Il controllo legale dei conti*, in SANTORO (a cura di), *La nuova disciplina della s.r.l.*, Milano, 2003.
- CAVANNA, *Commento sub artt. 2445-2447*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- CERRAI e MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Riv. soc.*, 1993, I.
- CERRATO, *Commento sub art. 2443*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- CERRATO, *Commento sub artt. 2481-2481ter*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- CHIEFFI, *La società unipersonale a responsabilità limitata*, Torino, 1996.
- CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 791.
- CICCOTELLO e GRANT, *LLCs and LLPs: Organizing to Deliver Professional Services*, in *Business Horizons*, 1999, 85.
- CIOFFI, *La formazione della volontà nelle società di persone e prospettive di riforma*, in ROCCO DI TORREPADULA (a cura di), *Le disposizioni generali sulle società e le società di persone. Prospettive di riforme. Atti del convegno di studio*, Milano, 2001, 271.
- CODAZZI, *Note in tema di collegialità e di invalidità delle delibere assembleari nelle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2004, II, 133.
- COIPEL (a cura di), *Droit des sociétés commerciales*, Bruxelles, 2002.
- COLOMBO, *L'impugnativa del bilancio certificato*, in *Riv. soc.*, 1982, 860.

- COMPANY LAW REVIEW STEERING GROUP (a cura di), *Modern Company Law for a Competitive Economy: Final Report*, Londra, 2001.
- CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003.
- COSTI, *La Cassazione e i sindacati di voto: tra dogmi e "natura delle cose"*, in *Giur. comm.*, 2002, II, 673.
- COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Milano, 1958.
- COTTINO, *La rappresentanza in assemblea e le limitazioni convenzionali all'esercizio del voto*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1958, I, 204.
- COTTINO, *La riforma delle società commerciali*, Modena, 1968.
- COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1994.
- COTTINO, *La società a responsabilità limitata tra norma e realtà: riflessioni sul progetto di riforma*, in *Impresa e mercato. Scritti in onore di Gustavo Minervini*, Napoli, 1996.
- COTTINO, *La sociedad de responsabilidad limitada entre norma y realidad: reflexiones sobre un proyecto de reforma*, in *Revista de derecho de sociedades*, 1994, II, 133.
- COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1999.
- COTTINO E WEIGMANN, *Le società di persone*, in COTTINO, SARALE, WEIGMANN, *Società di persone e consorzi*, Padova, 2004.
- COZIAN, VIANDIER E DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Parigi, 2004.
- CREAN, *Recent Development in New York Law*, in *St. John's Law Review*, 1998, 695.
- CUÑAT EDO, *Reflexiones sobre la Junta general en el proyecto de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, in AA. VV., *Estudios en homenaje al Prof. Menéndez*, Madrid, 1996.
- D'ALESSANDRO, *Il diritto pretorio delle società a mezzo secolo dal Codice civile*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino, 1996.
- D'ALESSANDRO, *Il nuovo ruolo dell'assemblea?*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002.
- D'ALESSANDRO, "La provincia del diritto inderogabile (ri)determinata". Ovvero: esiste ancora il diritto societario?, in *Riv. soc.*, 2003, 34.
- D'ALESSANDRO, *Dal capitale leggero al capitale sottile: si abbassa il livello di tutela dei creditori*, in *Società*, 2002, 1456.
- D'AMBROSIO, *La nuova società a responsabilità limitata tra società di persone e società di capitali*, in *Dir. fall.*, 2004, 393.
- D'ANDREA, *Recesso del socio nelle società per azioni la nuova disciplina e qualche riflessione*, in LANZI E FRANCESCHINI (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2004.
- DAVIES, *Informal Shareholder consent to changes in the articles*, in *Journal of Business Law*, 1981, 204.
- DAVIES, *Gower's principles of modern company law*, Londra, 1997.
- DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 469.
- DE ANGELIS, *S.r.l., si vota a maggioranza variabile*, in *Italia oggi*, 4 marzo 2003, 31.
- DE ANGELIS, *Assemblea convocata da singoli soci*, in *Italia oggi*, 27 maggio 2004.
- DE CASTELLO, *La trascrizione del verbale sul libro delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee*, in *Giur. comm.*, 1991, II, 696.
- DE DONNO, *Commento sub art. 2479*, in BONFANTE, CORAPI, MARZIALE, RORDORF, SALAFIA (a cura di), *Codice commentato delle nuove società*, Milano, 2004.

- DE FRANCHESCHI, *Written Consents. A Powerful Tool in Hostile Battles for Corporate Control*, in *Delaware Journal of Corporate Law*, 1989, 967.
- DE GENNARO, *La riforma della disciplina sociale*, in *Riv. soc.*, 1966, 126.
- DEMURO, *Collegialità societaria e nuove tecnologie*, in *Riv. not.*, 2001, 59.
- DE NOVA, *La rappresentanza*, in RESCIGNO (a cura di), *Trattato del diritto privato*, X, II, Torino, 1982.
- DE SOLA CAÑIZARES, *Tratado de sociedades de responsabilidad limitada en el derecho español*, Barcellona, 1951.
- DE SOLA CAÑIZARES E AZTIRIA, *Tratado de sociedades de responsabilidad limitada en derecho argentino y comparado*, Buenos Aires, 1950-1954.
- DE SOUZA LEO ANDRADE JR., *Comentários ao Novo Código Civil: Direito das Sociedades*, IV, San Paolo, 2002.
- DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 286.
- DI AMATO, *Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci*, in LO CASCIO (a cura di), *Società a responsabilità limitata*, Milano, 2003.
- DI AMATO, *Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 306.
- DI CATALDO, *La società a responsabilità limitata nel disegno di legge delega per la riforma del diritto societario. Prime riflessioni sul nuovo regime*, in S. ROSSI E ZAMPETTI (a cura di), *La corporate governance nelle società non quotate*, Milano, 1999.
- DI SABATO, *Autonomia privata e tipicità delle società*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, 352.
- DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003.
- DI SABATO, *La società a responsabilità limitata come tipo intermedio fra società di persone e società di capitali*, in AFFERNI E DE ANGELIS (a cura di), *"Progetto Mirone" e modelli organizzativi per la piccola e media impresa*, Milano, 2001.
- DI SABATO, *Riflessioni sparse sulla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 670.
- DI SABATO, *Sull'oggetto sociale: problemi interpretativi e di coordinamento fra atto costitutivo e statuto*, in *Riv. dir. impr.*, 1994, 16.
- DI SABATO, *Validità della deliberazione di "scorporo" presa dall'assemblea ordinaria e diritto di recesso*, in *Riv. soc.*, 1981, 835.
- DI SABATO, *Iscrivibilità di delibera assembleare redatta su fogli sciolti*, in *Riv. dir. impr.*, 1990, 565.
- DOLMETTA, *Sulle invalidità delle delibere assembleari*, in *Parere del collegio docenti del dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale, Università cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1479.
- DONATI, *Commento sub art. 2482bis*, in BONFANTE, CORAPI, MARZIALE, RORDORF, SALAFIA (a cura di), *Codice commentato delle nuove società*, Milano, 2004.
- DONATI, *L'invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, Milano, 1937.
- M. A. EISENBERG, *The Structure Of Corporation Law*, in *Columbia Law Review*, 1989, 1461.
- EMERSON E LATCHAM, *Shareholder democracy*, Cleveland, 1954.
- ENRIQUES, SCIOLLA, VAUDANO, *Il recesso del socio di s.r.l.: una mina vagante nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 745.

- ESTEBAN VELASCO, *Estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada*, in *Revista de derecho de sociedades*, 1994, II, 385.
- ESTEBAN VELASCO, *Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta general de los socios en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995*, in AA. VV., *Estudios de Derecho mercantil. Homenaje al Prof. Justino Duque*, I, Valladolid, 1998, 233.
- ESTEBAN VELASCO, *Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley*, in RODRÍGUEZ ARTIGAS (a cura di), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, I, Madrid, 1996, 549.
- ETCHEVERRY, *Derecho comercial y económico*, Buenos Aires, 1994.
- FANTUR, *Schriftlicher Gesellschafterbeschluss gemäß § 34 GmbHG*, in *Recht der Wirtschaft*, 1998, 529.
- FARENAGA, *La deliberazione di società come atto a sistema procedimentale e la teoria giuridica dell'inesistenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 179.
- FARRAR E HANNIGAN, *Farrar's company law*, Londra, 1998.
- FATTUZZI, *Commento sub art. 2468*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003.
- FATTUZZI, *Commento sub art. 2481*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003.
- FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943.
- FEINE, *Die GmbH*, in *Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts*, III, 1929.
- FERRAN, *Company Law and Corporate Finance*, Londra, 1999.
- FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923.
- FERRARA, *Sguardo generale alla riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 1966, 32.
- FERRARA JR. E CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1999.
- FERRARA JR. E CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001.
- FERRARI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 523.
- FERRARO, *La società a responsabilità limitata, fra principio di tipicità e flessibilità modulare*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, 487.
- FERRERO, *Schede prestampate, voto per corrispondenza e principio di uguaglianza nelle grandi associazioni a partecipazione diffusa*, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 259.
- FERRI, *Della società semplice*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, Bologna- Roma, 1981.
- FERRI, *Sulle deliberazioni cosiddette inesistenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 391.
- FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile Vassalli*, X, 3, Torino, 1989, 591.
- FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2001.
- FERRI, *La tutela della minoranza nelle società per azioni*, in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990.
- FERRO, *Il conflitto di interessi e i suoi molteplici rilievi nella disciplina delle s.r.l.*, in *Riv. not.*, 2005, 373.
- FERRO LUZZI, *La conformità delle deliberazioni alla legge e all'atto costitutivo*, Milano, 1973.
- FICO, *Brevi riflessioni sul trasferimento di quote di s.r.l. alla luce della riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 16.
- FICO, *Le decisioni dei soci nelle s.r.l.*, in *Dir. prat. soc.*, 5 maggio 2003, 50.

- FICO, *Voto per corrispondenza e svolgimento dell'assemblea nel regolamento emittenti*, in *Società*, 1998, 1377.
- FICO, *L'esercizio del diritto di voto in sede extra assembleare*, in *Società*, 2004, 533.
- FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983.
- FINKELSTEN E VARALLO, *Action by Written Consent: a Reply to Messrs. Herzel, Davis, and Harris*, in *The Business Lawyer*, 1987, 1075.
- FINKELSTEN E VARALLO, *Action by written consent in Control Contests: Strategic and Legal Considerations*, in *Securities Regulation Law Journal*, 1986, 3.
- FINKELSTEN E VARALLO, *Action by Written Consent in Control Contests: New Legislation and Recurring Questions*, in *Securities Regulation Law Journal*, 1987, 253.
- FINOCCHIARO, *Firma digitale e firme elettroniche. Il quadro normativo italiano dopo il d. legis. 10/2002*, in *Contratto e impr.*, 2002, 853.
- FIorentino, *Gli organi delle società di capitali: assemblea, amministratori, sindaci*, Napoli, 1950.
- FIORIO, *Commento sub art. 2370*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- FIORIO, *Commento sub art. 2372*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- FLEISCHER, *Legal Transplants in European Company Law. The Case of Fiduciary Duties*, in *European Company and Financial Law Review*, 2005, II, 378.
- FOLK, *The Delaware General Corporation Law*, West, 1972.
- FORTE, *La pubblicità degli atti societari: modalità ed effetti della iscrizione nel registro delle imprese*, in BORTOLUZZI (a cura di), *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, Torino, 2004, 284.
- FORTUNATO, *I controlli nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, 305.
- FOSCHINI, *Sul diritto di discussione in assemblea*, in *Riv. soc.*, 1962, 58.
- FREEDMAN, *Limited Liability Partnerships in the United Kingdom: Do They Have a Role for Small Firms?*, in McCAHERY, RAAIJMAKERS E VERMEULEN (a cura di), *The Governance of Close Corporations and Partnerships. US and European Perspectives*, New York, 2004.
- FRIEDMAN, *The Silent LLC Revolution. The Social Cost of Academic Neglect*, in *Creighton Law Review*, 2004, 38.
- FUSI E MAZZONE, *La nuova disciplina delle società a responsabilità limitata. Inquadramento sistematico e novità statutarie*, Milano, 2003.
- GABRIELLI, *Procedimento per le modificazioni dell'atto costitutivo delle società di capitali*, in *Vita not.*, 1982, 559.
- GAETA, *Die notarielle Mitwirkung bei schriftlichen Gesellschafterbeschlüssen gemäß § 34 GmbH-Gesetz*, in *GesRZ*, 1991, 170.
- GALÁN CORONA, *La Junta General*, in NIETO CAROL (a cura di), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1998.
- GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, vol. XXIX, Padova, 2003.
- GALGANO E GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, vol. XXIX, tomo II, Padova, 2004.
- GALGANO, *Il principio di maggioranza*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1986.

- GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960.
- GALGANO, *Repliche in tema di società personali, principio di maggioranza e collegialità*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 553.
- GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1982.
- GALLETTI, *Commento sub art. 2473*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Milano, 2005.
- GALLETTI, *Commento sub art. 2473bis*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Milano, 2005.
- GAMBINO, *Brevi note sul progetto di legge delega di riforma delle società di capitali non quotate*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 209.
- GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni. Abuso di potere nel procedimento assembleare*, Milano, 1987.
- GAMBINO, *Spunti di riflessione sulla riforma: l'autonomia societaria e la risposta legislativa all'esigenza di finanziamento delle imprese*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 641.
- GARRET, *Attitudes on corporate democracy*, in *Northwestern University Law Review*, 1956, 310.
- GATTI, *La rappresentanza del socio nell'assemblea*, Milano, 1975.
- GAY DE MONTELLA, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada en la Ley de 17 de julio de 1953*, Barcellona, 1954.
- GIAMPICCOLO, *Dichiarazione recettizia*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1965.
- GIANNATTASIO, *Appunti in tema di inesistenza giuridica di deliberazioni assembleari*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1305.
- GIANNATTASIO, *Ancora sull'inesistenza giuridica delle deliberazioni assembleari*, in *Giust. civ.*, 1966, I, 490.
- GIANNELLI, *Le operazioni sul capitale nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 782.
- GIRELLO, *La nuova s.r.l.: un modello statutario*, in *Società*, 2003, 164.
- GLIOZZI, *Gli atti estranei all'oggetto sociale*, Milano, 1970.
- GRANTHAM, *The Unanimous Consent Rule in Company Law*, in *Company Law Journal*, 1993, 245.
- GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963.
- GRAZIANI, MINERVINI, BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2004.
- GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959.
- GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1979.
- GRIPPO, *Deliberazioni inesistenti e metodo collegiale*, in *Riv. soc.*, 1971, 874.
- GRIPPO, *L'assemblea nelle società per azioni*, in RESCIGNO (a cura di), *Trattato del diritto privato*, XVI, Torino, 1985.
- GRIPPO, *Le società di persone*, in *Diritto commerciale*, Bologna, 1995.
- GRIPPO, *Bilancio non chiaro e nullità di deliberazione assembleare*, in *Riv. soc.*, 1972, 565.
- GRIPPO E BERTACCHINI, *Profili della riforma societaria*, in *Impresa comm. ind.*, 2003, I, 96.
- GUERRERA, *La società in nome collettivo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990.
- GUERRERA, *Responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Torino, 2004.

- GUERRIERI, *Delle decisioni dei soci*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005.
- GUIGUO WANG (a cura di), *China's Company Law: the New Legislation*, Londra, 1994.
- GU MINKANG, *Chinese Company Law: A Comparative Introduction*, Hong Kong, 2006.
- GUMMERT-PLÜCKELMANN, *Personengesellschaftsrecht*, Monaco di Baviera, 2005.
- GUYON, *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, in GHESTIN, *Traité des contrats*, Parigi, 1999.
- GUYON, *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, in *Revue des sociétés*, 1994, 207.
- HALEY, *Japanese Perspectives, Autonomous Firms and the Aesthetic Function of Law*, in HOPT, WYMEERSCH, KANDA E BAUM (a cura di), *Corporate Governance in Context. Corporations, States, and Markets in Europe, Japan, and the US*, Oxford, 2005.
- HALPERIN, *Sociedades de responsabilidad limitada*, Buenos Aires, 1980.
- HAMEL E LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Parigi, 1980.
- HANSMANN E KRAAKMAN, *The basic governance structure*, in AA. VV., *The anatomy of corporate law. A comparative and functional approach*, New York, 2004.
- HAZEN, *Silencing the Shareholder's Voice*, in *North Carolina Law Review*, 2002, 1897.
- HECK, *Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, in *Festschrift Otto Gierke zum siebzigsten Geburtstag dargebracht von Schülern*, Weimar 1911.
- HEMARD, TERRE E MABILLAT, *Sociétés commerciales*, Parigi, 1972.
- HERBERSTEIN, *Die GmbH in Europa*, Vienna, 1999.
- HERZEL, DAVIS E HARRIS, *Consents to Trouble*, in *The Business Lawyer*, 1986, 135.
- HIGGINSON, *Written Resolutions of Private Companies*, in *The Law Quarterly Review*, 109, 1993, 16.
- HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge, 1970.
- HÖFFER, *Die Gesellschafterversammlung. Organ der GmbH oder bloßes Beschlussverfahren?*, in LUTTER, SCHMIDT (a cura di), *Festschrift 100 Jahre GmbHG*, Colonia, 1992.
- HUMPHREIS, *Limited Liability Companies*, New York, 1998.
- IANNACCONE, *Decisioni dei soci nelle società a responsabilità limitata*, in *Federnotizie*, 2004, n. 3.
- IANNELLO, *Riduzione del capitale per perdite*, in LO CASCIO (a cura di), *Società a responsabilità limitata*, Milano, 2003.
- IANNELLO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.
- INVESTOR RESPONSIBILITY RESEARCH CENTER (a cura di), *Corporate Takeover Defenses*, Washington, 1995.
- INVESTOR RESPONSIBILITY RESEARCH CENTER (a cura di), *Shareholder Rights to Call Special Meetings and Act by Written Consent*, Washington, 2004.
- IRRERA, *Le deliberazioni del consiglio di amministrazione*, Milano, 2000.
- IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli, 1973.
- JAEGER, *Considerazioni sulla società a responsabilità limitata nel "progetto Mirone" e alcuni suggerimenti per il miglioramento del sistema*, in AFFERNI E DE ANGELIS (a cura di), *"Progetto Mirone" e modelli organizzativi per la piccola e media impresa*, Milano, 2001.

- JAEGER, *Convocazione di assemblea di s.r.l. e disservizio postale*, in *Giur. comm.*, 1979, II, 237.
- JAEGER, *Violazione del principio di chiarezza e invalidità della delibera di approvazione del bilancio. (Considerazioni sul diritto d'informazione degli azionisti)*, in *Giur. comm.*, 2000, II, 89.
- JAEGER, *La nuova disciplina della rappresentanza azionaria*, in *Giur. comm.*, 1974, I, 554.
- JAEGER E DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2000.
- JANNUCCI, *La disponibilità del patrimonio sociale da parte dei soci e l'art. 2256 c.c.*, Padova, 1984.
- JEANTIN, *Droit des sociétés*, Parigi, 1997.
- JEANTIN, *Les associés de la société par actions simplifiée*, in *Rev. sociétés*, 1994, 223.
- JORIO, *I lineamenti di una nuova... improbabile legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 323.
- KAHAN, *The Logic of Reciprocity: Trust, Collective Action, and Law*, Yale Law & Economics Research Paper No. 281 <http://ssrn.com/abstract=361400>.
- KAPLAN, *Israeli Business Law: An Essential Guide*, Boston, 1999.
- KEENAN, *Smith and Keenan's Company Law*, Londra, 2002, 406 e PENNINGTON, *Company Law*, Londra, 2001.
- KELLEY E THIBAUT, *The Social Psychology of Groups*, New York, 1959.
- KNUT RODHE, *Aktieholagsrätt*, Stoccolma, 2002.
- KÖNG E HAUSER, *GmbH. Gründung und Führung der GmbH*, Basilea, 2005.
- LA MARCA, *L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, Milano, 2004.
- LANG E RIST, *La GmbH*, Parigi, 1974.
- LANZIO, *Il recesso del socio di s.r.l.*, in *Società*, 2004, 150.
- LAURINI, *La società a responsabilità limitata*, Milano, 2000.
- LAURINI, *Poteri e responsabilità nella formazione delle delibere assembleari*, Napoli, 2003.
- LAURINI, *Manuale breve della s.r.l. e delle operazioni straordinarie*, Padova, 2004.
- LAURINI, *La società a responsabilità limitata tra disciplina attuale e prospettive di riforma*, Milano, 2000.
- LAZEGA, *The Collegial Phenomenon. The Social Mechanisms of Cooperation among peers in a corporate law partnership*, Oxford University Press, 2001.
- LE CANNU, *Droit des sociétés*, Parigi, 2002.
- J. W. LEE, *A Populist Political Perspective of the Business Tax Entities Universe: Hey the Stars Might Lie But the Numbers Never Do*, in *Texas Law Rev.*, 2000, 887.
- LEIVA FERNANDEZ, *Sociedades Comerciales*, II, Buenos Aires, 2001.
- LENER E TUCCI, *Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori*, in *Analisi Giuridica dell'economia. Studi e discussioni sul diritto d'impresa. La nuova s.r.l. colà dove si puote?*, Bologna, 2003.
- LENER, *L'assemblea nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, 171.
- LEOZAPPA, *Profili della disciplina del voto per corrispondenza (legge 30 luglio 1994, n. 474)*, in *Riv. soc.*, 1995, 646.
- LEWIN, *Field Theory in Social Change*, New York, 1951.
- LIACE, *Il voto per corrispondenza come strumento a tutela delle minoranze*, in *Dir. prat. soc.*, 2001, n. 19, 12.

- LIBONATI, *Assemblea e patti parasociali*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario. Atti del convegno di Courmayeur 27-28 settembre 2002*, Milano, 2003.
- LING FENG E RAVN TOLKEY, *Company and Securities Law in China*, Hong Kong, 1996.
- LOEWENSTEIN, *A New Direction for State Corporate Codes*, in *University of Colorado Law Review*, 1997, 453.
- LUCENA, *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, Rio de Janeiro, 2001.
- LUONI, *Commento sub art. 2483*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- LUTTER, *Die GmbH in Belgien*, Colonia, 1966.
- MACEY, *Macey on Corporation Laws*, Aspen, 2005.
- MACRÌ, *Deliberazioni delle società di persone: metodo assembleare e computo della maggioranza*, in *Società*, 1983, 384.
- MAGLIULO, *Le decisioni dei soci*, in CACCAVALE, MAGLIULO, MALTONI, TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003.
- MAGLIULO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in CACCAVALE, MAGLIULO, MALTONI, TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003.
- MAGLIULO, *Il recesso e l'esclusione*, in CACCAVALE, MAGLIULO, MALTONI, TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003.
- MAGLIULO, *Il ruolo del registro delle imprese nella riforma societaria*, in *Notariato*, 2005, 50.
- MANETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 936.
- J. MALHERBE, LAMBRECHT E P. MALHERBE, *Droit des sociétés précis: droit communautaire, droit belge*, Parigi, 2004.
- MALTONI, *Invalidità ed inefficacia delle delibere assembleari*, Milano, 2001.
- MALTONI, *La partecipazione sociale*, in CACCAVALE, MAGLIULO, MALTONI, TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003.
- MALTONI, *Il verbale di assemblea*, in *Notariato*, 2003, 602.
- MANFRÈ, *Trasformazione a maggioranza di società di persone in società di capitali*, in *Notariato*, 2005, 375.
- MANZO, *Le decisioni dei soci*, in LO CASCIO (a cura di), *Società a responsabilità limitata*, Milano, 2003.
- MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in COLOMBO E PORTALE (a cura di), *Trattato delle s.p.a.*, VI, 1, Torino, 1993.
- MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984.
- MARCHETTI, *Controlli sulla costituzione e sul funzionamento della società a responsabilità limitata*, in AFFERNI E DE ANGELIS (a cura di), *"Progetto Mirone" e modelli organizzativi per la piccola e media impresa*, Milano, 2001.
- MARCHETTI, *In tema di funzionamento dell'assemblea: problemi e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2001, 118.
- MARCHETTI, *Sul controllo degli atti costitutivi e delle deliberazioni modificative*, in *Riv. not.*, 2002, I, 263.
- MARCHIGIANI, *Alcune riflessioni sulla inesistenza delle deliberazioni assembleari tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2767.

- MARCIUSIO, *La "deliberazione presa per iscritto" nell'amministrazione della società a responsabilità limitata: riflettendo su amministrazione congiuntiva e amministrazione collegiale*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 96.
- MARCIANO, *I processi decisionali dei soci e le modifiche statutarie nella s.r.l. (tecniche di verbalizzazione)*, in BORTOLUZZI (a cura di), *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, Torino, 2004.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, *La Junta general y la impugnación de sus acuerdos en la sociedad de responsabilidad limitada*, in AA. VV., *Estudios en homenaje al Prof. Menéndez*, Madrid, 1996.
- MARTINS COSTA E CARLOS BRANCO, *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*, San Paolo, 2002.
- MARTORANO, *Il consulente del socio in assemblea*, in *Riv. dir. impr.*, 2000, 527.
- MARTORELL, *Societades de Responsabilidad Limitada*, Buenos Aires, 1989.
- MARULLI, *Omessa convocazione di alcuni soci*, in *Società*, 1991, 985.
- MASSA FELSANI, *Le decisioni dei soci*, in FARINA, IBBA, RACUGNO, SERRA (a cura di), *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, Milano, 2004.
- MASSA FELSANI, *Il ruolo del presidente dell'assemblea della s.p.a.*, Milano, 2004.
- MAYSON, FRENCH E RYAN, *Company Law*, Londra, 2004.
- MERCADAL E JANIN, *Majorité absolue et majorité relative dans les SARL*, in *Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires*, 1994, 119.
- MERRYMAN, *On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law, New Perspectives for a Common Law of Europe*, in *Stanford Journal of International Law*, 1981.
- MESSER, *Der Widerruf der Stimmabgabe*, in *Festschrift für Fleck zum 70. Geb.*, ZGR, Sonderheft 7, Berlino, 1988.
- MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, Milano, 1968.
- MATYSCHOK, *La "piccola società per azioni" e la deregolamentazione del diritto azionario tedesco*, in *Contr. e Impr./Europa*, 1997, 239.
- MIGNOLI, *Delibere di società per azioni invalide per mancanza del verbale e delibere inesistenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, 4.
- MIGNOLI E NOBILI, *Assemblea di società*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958.
- MILLER E JACOBSON, *State Limited Liability Company and Partnership Laws*, Aspen, 2005.
- S. MILLER, *A New Direction For LLC Research In a Contractarian Legal Environment*, in *S. Cal. L. Rev.*, 2003, 351.
- MINERVINI, *Conclusioni*, in *La riforma delle società per azioni non quotate*, a cura di M. Porzio, M. Rispoli Farina e G. Rotondo, Milano, 2000.
- MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, IV, 2, Torino, 1980.
- MIRONE, *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, 1998.
- MIRONE, *Il voto per corrispondenza nelle società quotate: profili di disciplina*, in *Riv. soc.*, 1999, 751.
- MISEROCCHI, *La verbalizzazione nelle società per azioni*, Padova, 1969.
- MONTAGNANI, *Note in tema di convocazione, impossibilità di funzionamento o continuata invalidità dell'assemblea e poteri del Presidente del Tribunale, ex art. 2450, comma 3°, c.c.*, in *Riv. nat.*, 1987, 156.
- MONTAGNANI, *Disfunzione degli organi collegiali e impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale*, Milano, 1993.

- MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: appunti*, in *Società*, 2002, 1449.
- MONTALENTI, *Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1542.
- MONTALENTI, *La società quotata*, in COTTINO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, IV, 2, Padova, 2004.
- MONTEVERDE, *La votazione dei soci-dipendenti ed altre questioni*, in *Giur. comm.*, 1988, II, 1017.
- MORSE, *Charlesworth & Morse Company Law*, Londra, 1999.
- MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in VASSALLI E VISENTINI (a cura di), *Legislazione economica. Studi*, Milano, 1981.
- MOSCO, *Le deleghe assembleari nella società per azioni*, Milano, 2000.
- MOSER, *Die Ausübung des Aktienstimmrechts nach schweizerischem sowie nach deutschem und italienischem Recht*, Zurigo, 1944.
- MOSSA, *L'inefficacia della deliberazione dell'assemblea nelle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 447.
- MOTTI, *La società a responsabilità limitata: introduzione alla nuova disciplina*, in ABRIANI E ONESTI (a cura di), *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, Milano, 2004, 101.
- MOZZARELLI, *Riflessioni sul regime legale di nomina degli amministratori della s.r.l. alla luce della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 721.
- MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nella s.p.a. (prima parte): cause ed effetti dell'invalidità dell'atto*, in *Società*, 2003, 535.
- MUSCOLO, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nella s.p.a. (seconda parte): l'impugnazione*, in *Società*, 2003, 673.
- NATALE, *Preavviso di convocazione dell'assemblea e interesse del socio all'informazione*, in *Società*, 1995, 1482.
- NAVARRO VIÑUALES, *La documentación de los acuerdos sociales en la sociedad limitada*, in *Revista Jurídica del Notariado*, 1995, 9.
- NIAL E JOHANSSON, *Svensk associationsrätt i huvuddrag*, Stoccolma, 2000.
- NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società di capitali*, in COLOMBO E PORTALE (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, VII, 3, Torino, 1997.
- NICCOLINI, *La disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione delle società di capitali*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società di capitali*, Torino, 2003.
- NICOLOSI, *Brevi note in tema di nullità e inesistenza di deliberazioni assembleari: la mancata convocazione del socio di società a responsabilità limitata*, in *Dir. fall.*, 1983, II, 1115.
- NIGRO, *La nuova società a responsabilità limitata*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2004, I, 10.
- NOTARI, *Diritti "particolari" dei soci e categorie "speciali" di partecipazioni*, in *Analisi Giuridica dell'economia. Studi e discussioni sul diritto d'impresa. La nuova s.r.l. colà dove si pote?*, Bologna, 2003.
- NOTARI, *L'assemblea e i processi decisionali dei soci nelle proposte di riforma delle società non quotate*, in *Riv. soc.*, 2001, 130.
- NOTARI, *Deliberazioni assembleari e decisioni dei soci nelle s.r.l.*, in DANOVÌ (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.
- NOTARI, *Deliberazioni assembleari e decisioni dei soci nelle s.r.l.*, in *Riv. dott. comm.*, 2003, 49.

- NTUK, *Commento sub art. 2328*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- NUZZO, *Commento sub art. 2479*, in NICCOLINI, STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, III, Napoli, 2004, 1627.
- OH, *A Jurisdictional Approach to Collapsing Corporate Distinctions*, in *Rutgers L. Rev.*, 2003, 389.
- OLIVIERI, PRESTI E VELLA (a cura di), *Il nuovo diritto delle società, società di capitali e cooperative*, Bologna, 2003.
- OLIVERO, *Gli amministratori di s.r.l.: l'autonomia statutaria*, Torino, 2005.
- OLIVERO, *Verbalizzazione delle decisioni dei soci della società a responsabilità limitata*, in *Riv. not.*, 2004, 1192.
- OLIVERO, *L'autonomia statutaria nella nuova disciplina dell'assemblea della società per azioni*, in *Riv. not.*, 2003, I, 882.
- OLSON, *La logica dell'azione collettiva. I beni pubblici e la teoria dei gruppi*, Milano, 1983.
- OLSON, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Londra, 1971.
- O'NEAL E THOMPSON, *Oppression of Minority Shareholders and LLC members*, West, 2005.
- O'NEAL E THOMPSONS, *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, West, 2004.
- OPPO, *Patto sociale, patti collaterali e qualità di socio nella società per azioni riformata*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 57.
- OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942.
- PAILLUSSEAU, *Enfin un statut juridique moderne et adapté pour les PME-PMI*, in *La modernisation du droit des sociétés. Premières réflexions sur le Rapport Marini*, Parigi, 1997.
- PALMER, *Palmer's Company Law*, Londra, 2005.
- PANUCCIO DATTOLA, *L'uso legalizzato del fax: la legge n. 183 del 1993 e il sistema di trasmissione degli atti giudiziari in copia conforme*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 349.
- PANZANI, *Il controllo sull'amministrazione nelle società di capitali*, in *Società*, 2002, 1196.
- PAOLUCCI, *La società a responsabilità limitata*, in RESCIGNO (a cura di), *Trattato del diritto privato*, XVII, Torino, 1985.
- PASQUINO, *Ancora sul valore giuridico dei documenti trasmessi mediante telefax*, 1991, in *Dir. Informazione e Informatica*, 1991, 919.
- PATRIARCA, *Procedimento decisionale e autonomia statutaria nelle società di persona*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 237.
- PATRIARCA, *I titoli di debito della srl tra opportunità e problemi interpretativi*, Milano, 2005.
- PATRONI GRIFFI, *L'intervento all'assemblea delle azioni a voto limitato*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1967, I, 384.
- PATTI, *Le decisioni dei soci nella nuova disciplina delle s.r.l.*, in *Vita not.*, 2003, 494.
- PATTI, *L'efficacia probatoria del documento informatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 60.
- PAVONE LA ROSA, *Le attribuzioni dell'assemblea delle società per azioni in ordine al compimento di atti inerenti alla gestione sociale*, in *Riv. soc.*, 1997, I.
- PELLETIER, *Interpretación práctica de la ley de sociedades limitada*, Madrid, 1971.
- PERRINO, *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1118.

- PERRINO, *La "rilevanza del socio" nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in SANTORO (a cura di), *La nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2003.
- PERRINO, *Sulla non collegialità del procedimento deliberativo di società di persone: il caso dell'esclusione del socio*, in *Riv. dir. impr.*, 1997, 353.
- PETRAZZINI, *Commento sub artt. 2368-2369*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 531.
- PICCIAU, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in FARINA, IBBA, RACUGNO E SERRA (a cura di), *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, Milano, 2004.
- PINNARÒ, *Commento sub art. 2482bis*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003.
- PISANI, *Società di persone a struttura corporativa*, Torino, 2000.
- PIZZIGATTI, *L'autonomia statutaria nella s.r.l., nuovo modello tra società personali e s.p.a.*, in *Dir. fall.*, 2004, 552.
- PORTALE, *La riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. giur.*, 2003, 145.
- PORTALE, *Osservazioni sullo schema di decreto delegato in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 701.
- PORTALE, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di Colombo e Portale, II, 1, Torino, 1994.
- PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corr. giur.*, 2003, 147.
- PORTALE E DOLMETTA, *Questioni in tema di libri sociali obbligatori: il luogo di conservazione e il diritto di ispezione dei soci*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 291.
- PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto d'interessi nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, III, 2, Torino, 1993.
- PREITE, *L'"abuso" della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992.
- PRESTI, *Osservazioni sul progetto di riforma della s.r.l. nello schema di legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002.
- PRESTI, *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata: il punto di vista del giurista*, in ABRIANI e ONESTI (a cura di), *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, Milano, 2004, 121.
- PRESTI E M. RESCIGNO, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci*, in *AA. VV.*, *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003.
- PROTETTI, *S.r.l. organizzata come società personale*, in *Società*, 1987, 377.
- PRÜM E CORBISIER, *Droit des sociétés – Tableau comparatif des droit luxembourgeois, belge et français et textes légaux luxembourgeois*, Bruxelles, 2000.
- PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964.
- PUGLIATTI, *Abuso di rappresentanze e conflitto di interessi*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 17.
- PULIDO BEGINES, *El derecho de información del socio en la sociedad de responsabilidad limitada (arts. 51 y 86 LSRL)*, Madrid, 1997.

- QUATTROCCHIO, *Commento sub art. 2482bis*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- QUINTARELLI, *Le deliberazioni assembleari inesistenti*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 1154.
- RACUGNO, *Le modificazioni del capitale sociale nella nuova s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2003, 810.
- RACUGNO, *Operazioni sulle proprie partecipazioni nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 373.
- RACUGNO, *Panorama di giurisprudenza. Le società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 352.
- RACUGNO, *Società a responsabilità limitata*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1990.
- RACUGNO, *Società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1985, I, 293.
- RACUGNO, *Società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 557.
- RAGUSA MAGGIORE, *Modificabilità dello statuto di società a responsabilità limitata*, in *Dir. fall.*, 1981, II, 176.
- RENKL, *Der Gesellschafterbeschluss*, 1982.
- M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 331.
- M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata*, in BENAZZO, PATRIARCA, PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2000.
- M. RESCIGNO, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, in *Analisi Giuridica dell'economia. Studi e discussioni sul diritto d'impresa. La nuova s.r.l. colà dove si puote?*, Bologna, 2003.
- RESCIO, *Il sovrano in esilio: riflessioni e problemi in tema di assemblea e decisioni dei soci*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (a cura di), *Studi e materiali (suppl. al fasc. 1)*, Milano, 2005, 394.
- RESCIO, *La nuova disciplina della s.r.l.: l'autonomia statutaria e le decisioni dei soci*, in DI CAGNO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Bari, 2004.
- RESCIO, *L'assemblea e le decisioni dei soci*, in AA. VV., *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003.
- RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, in *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002.
- RESCIO, *L'assemblea nel progetto di riforma delle società di capitali*, in *Rimioni di studio sulla riforma delle società (Consiglio notarile di Milano)*, reperibile su www.notarlex.it.
- RESCIO, *Le società azionarie. Assemblea dei soci. Patti parasociali*, in AA. VV., *Diritto delle società di capitali (manuale breve)*, Milano, 2003.
- RESCIO, *L'assemblea e le decisioni dei soci*, in AA. VV., *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003.
- RESCIO, *Problemi in tema di verbale assembleare per atto pubblico*, in *Giur. comm.*, 1990, 857.
- RESTANO, *Commento sub art. 2479*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003.
- REVIGLIONE, *Commento sub art. 2468*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- REVIGLIONE, *La responsabilità dei soci di s.r.l.*, in *Atti del Convegno Riforma del diritto societario*, Roma 27-29 novembre 2003, reperibile su www.notarlex.it.

- REVIGLIONO, *Il trasferimento della quota di società a responsabilità limitata. Il regime legale*, Milano, 1998.
- RIBSTEIN E KOBAYASHI, *Choice of Form and Network Externalities*, in *Wm & Mary L. Rev.*, 2001, 79.
- RICHARD, *De la consultation dans un acte des décisions des associés d'une société a responsabilité limitée*, in *Juris-Classeur Périodique Edition Notariale et immobilière*, 1977, n. 6577.
- RIVOLTA, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Banca, borsa e lit. cred.*, 2003, I, 683.
- RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1982.
- RIZZI, *La nuova disciplina in materia societaria. Guida alla redazione di uno statuto di s.r.l.*, Padova, 2003.
- ROBINSON, *Defensive Tactics in Consent Solicitations*, in *The Business Lawyer*, 1996, 677.
- RODRIGUEZ ARTIGAS, *La Junta General de socios*, in *Revista de derecho de sociedades*, 1994, II, 431.
- ROJO, *La sociedad de responsabilidad limitada. Problemas de política*, in CONSEJO GENERAL DE LOS COLEGIOS OFICIALES DE CORREDORES DE COMERCIO (a cura di), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1994.
- ROMANO PAVONI, *Le deliberazioni di assemblea di società*, Milano, 1950.
- ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001.
- RORDORF, *I sistemi di amministrazione e controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 664.
- ROSAPEPE, *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione sociale nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 479.
- ROSAPEPE, *Commento sub art. 2479ter*, in SANDULLI E SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 178.
- ROSAPEPE, *La società a responsabilità limitata unipersonale*, Milano, 1996.
- G. ROSSI E STABINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti al margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, I.
- S. ROSSI, *Il voto extra-assembleare nelle società di capitali*, Milano, 1998.
- S. ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 1060.
- S. ROSSI, *Voto per corrispondenza e informazione dei soci nelle società cooperative*, in *Giur. comm.*, 1995, 883.
- ROUSSEAU, *Traité des sociétés à responsabilité limitée*, Parigi, 1952-1958.
- RUBENS REQUILÃO, *Curso de direito comercial*, San Paolo, 2003.
- RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.
- RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Milano, 1976.
- SADATELLI, *Riforma delle società di capitali. Voto per corrispondenza e modificabilità delle proposte nelle assemblee di società quotate*, in *Riv. soc.*, 2003, 539.
- SACCHI, *Autonomia statutaria, competizione fra ordinamenti e giurisprudenza committaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 69.
- SACCHI, *L'intervento e il voto nell'assemblea della s.p.a.*, in COLOMBO E PORTALE (a cura di), *Trattato delle s.p.a.*, III, I, Torino, 1994.
- SACCHI, *Il presidente dell'assemblea*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 287.

- SACCHI, *Sulla delega agli amministratori di società a responsabilità limitata della facoltà prevista dall'art. 2443 c.c.*, in *Riv. soc.*, 1984, 852.
- SACCHI, *La partecipazione dei soci ai processi decisionali delle società di capitali*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002.
- SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992.
- SALAFIA, *Il nuovo modello di società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 5.
- SALAFIA, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria*, in *Società*, 2003, 1177.
- SALAFIA, *Il controllo legale dei conti nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, 23.
- SALAFIA (a cura di), *Atti societari. Formulario commentato*, Milano, 2005.
- SALANITRO, *Il presidente dell'assemblea nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 1961, 974.
- SALANITRO, *Società di capitali e registro delle imprese*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 678.
- SALERNO CARDILLO, *Le decisioni dei soci nelle s.r.l.*, in *Studi per il Consiglio Nazionale del Notariato in occasione del Convegno di Roma, 27-28-29 novembre 2003*.
- P. E. H. SALVADOR BULLÓN, *Comentarios a la ley de sociedades limitadas*, Madrid, 1953.
- SALVATO, *Principio di unanimità e derogabilità della regola maggioritaria nelle s.r.l.*, in *Società*, 2000, 591.
- SALVATORE, *L'organizzazione corporativa nella nuova s.r.l.: amministrazione, decisioni dei soci e il ruolo dell'autonomia statutaria*, in *Contr. Impr.*, 2003, 1342.
- SANCHEZ-CALERO GUILARTE, *La información ante la Junta General (notas en torno al art. 51 LSRL)*, in *Revista de derecho de sociedades*, 1997, 119.
- SANDER, *Die Ungarische Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Potsdam, 2002.
- SANDULLI, *Le decisioni dei soci*, in SANTORO (a cura di), *La nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2003.
- SANTINI, *La società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1966, 51.
- SANTINI, *Della società a responsabilità limitata*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1992.
- SANTARCANGELO, *L'atto costitutivo di s.r.l.*, Milano, 2003.
- SANTONI, *Le decisioni dei soci nella società a responsabilità limitata*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2003, 240.
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989.
- SANTOSUOSSO, *Nuovi modelli di «corporate governance» per s.p.a. e s.r.l.*, in *Dir. prat. soc.*, 2003, n. 1, 16.
- SANTOSUOSSO, *La società non quotata in Germania dalla GmbH alla AG flessibile (Appunti su alcune prospettive di riforma)*, in *La riforma delle società per azioni non quotate*, a cura di M. Porzio, M. Rispoli Farina e G. Rotondo, Milano, 2000.
- SANTUS, *Operazioni sul capitale, scioglimento, liquidazione*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO (a cura di), *Studi e materiali (suppl. al fasc. 2)*, Milano, 2004.
- SANTUS E DE MARCHI, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, reperibile su www.notarlex.it.
- SANZO, *Commento sub art. 2377*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- SARALE, *Il nuovo volto dell'assemblea sociale*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003.

- SARALE, *Le integrazioni e correzioni alla disciplina delle società per azioni e a responsabilità limitata*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario. Appendice di aggiornamento*, Bologna, 2005.
- SARTORI, *Le deliberazioni delle società di persone*, in *Impresa comm. ind.*, 2004, 655.
- SASSO, *Commento sub art. 2477*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Milano, 2005.
- SCALAMOGNA, *Le decisioni dei soci e l'assemblea nel nuovo diritto societario*, in AA. VV., *Corporate governance e nuovo diritto societario*, Milano, 2004.
- SCALISI, *Il negozio giuridico fra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998.
- SCANO, *Falso penale e nullità civile nella redazione del bilancio alla luce della riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 447.
- SCHLESINGER, *Recensione a GALGANO, Il principio di maggioranza*, in *Riv. soc.*, 1962, 92.
- SCHLUEP, *Die wohlverordneten Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht*, San Gallo, 1955.
- K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Berlino, 2002.
- SCHUIT, *Corporate law and practice of the Netherlands*, L'Aja, 2002.
- SCIALOJA, *L'opposizione del socio alle deliberazioni delle assemblee nelle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, 202.
- SCIMEMI, *La vendita del voto nelle società per azioni*, Milano, 2003.
- SCOGNAMIGLIO, *Dei requisiti del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970.
- SCORZA, *Osservazioni in tema di assemblea totalitaria*, *Riv. soc.*, 1967, I 195.
- SEIBERT, *Die kleine AG*, Colonia, 1996.
- SENA, *Il voto nella assemblea delle società per azioni*, Milano, 1961.
- SERRA, *Alcune riflessioni in tema di esclusione del socio*, in *Giur. comm.*, 1998, II, 216.
- SERRA, *L'assemblea: il procedimento*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di Colombo e Portale, III, I, Torino, 1994.
- SERRA, *Note in tema di piccola società cooperativa*, in *Scritti in onore di A. Pavone La Rosa*, I, Milano, 1999, 1281.
- SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980.
- SHEARMAN, *Shackleton on The Law and Practice of Meetings*, Londra, 1997.
- SILVESTRINI, *Responsabilità degli amministratori nelle s.p.a. e nelle s.r.l. dopo la riforma societaria*, in *Società*, 2004, 698.
- SIMMEL, *The Sociology of Georg Simmel*, Glencoe, 1950.
- SIMMONDS, *Why Must We Meet? Thinking About Why Shareholders Meetings Are Required*, in *Company and Securities Law Journal*, 2001, 506.
- SIMONETTO, *Azione di nullità delle delibere assembleari e interessi tutelati dal complesso delle norme sulle società di capitali*, in *Dir. fall.*, 1973, II, 120.
- SOPRANO, *Trattato teorico pratico delle società commerciali*, Torino, 1934.
- SOTO VÁZQUEZ, *Nuevo régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada*, Granada, 1990.

- SPADA, *C'era una volta la società...*, in *Riv. not.*, 2004, 1.
- SPADA, *Schegge di riforma del diritto della società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 347.
- SPAGNUOLO, *Commento sub art. 2377*, in SANDULLI E SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003.
- SPANO, *Prime riflessioni sulla nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 1184.
- SPENA, *Commento sub art. 2379bis*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003.
- M. STELLA RICHTER, *La società a responsabilità limitata. Disposizioni generali. Conferimenti. Quote*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali (manuale breve)*, Milano, 2003.
- M. STELLA RICHTER E FERRI, *L'oggetto sociale statutario*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 483.
- M. STELLA RICHTER, *Di alcune implicazioni sistematiche della introduzione di una nuova disciplina per le società a responsabilità limitata*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 15.
- STOUFFLET, *Aménagements statutaires et actionariat de la société par actions simplifiée*, in *Revue des sociétés*, 2000, 241.
- SUDHOFF, *Vollversammlung und schriftliche Abstimmung*, in *GmbHR*, 1964, 75.
- TANTINI, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, Padova, 1973.
- TASINI, *Invalidità delle decisioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2004, n. 16, 43.
- TASSINARI, *Il finanziamento della società mediante mezzi diversi dal conferimento*, in CACCAVALE, MAGLIULO, MALTONI, TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003.
- TASSINARI, *La società a responsabilità limitata con un unico socio*, in *Giur. Comm.*, 1994, 707.
- TATSUTA, *Ongoing Modernization of Japanese Company Law*, in HOPT, WYMBERSCH, KANDA E BAUM (a cura di), *Corporate Governance in Context. Corporations, States, and Markets in Europe, Japan, and the US*, Oxford, 2005.
- TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1978.
- TONDO, *Verbalizzazioni notarili in materia di assemblee societarie*, in *Riv. not.*, 1987, 454.
- TORRE, *Verbale assembleare: violazione di legge relative alla forma dell'atto e al contenuto della delibera. Profili sanzionatori*, in *Vita not.*, 2003, II, 527.
- TORRE DA SILVA Y LOPEZ DE LETONA, *La sociedad nueva empresa: una reflexión crítica*, in *Revista de derecho de sociedades*, 2004, 157.
- TORRONI, *I diversi modelli di s.r.l. offerti dalla riforma del diritto societario*, in *Federnotizie*, 2004, n. 1.
- TOSCANI, *La nuova s.r.l.: amministrazione e controlli, decisioni dei soci*, relazione tenuta al Convegno "La nuova disciplina delle società di capitali: prime indicazioni operative", Consiglio notarile di Bologna, 6-12-2002, 35 (dattiloscritto), reperibile su www.notarlex.it.
- TRADII, *Le decisioni dei soci*, in AA.VV., *Il nuovo statuto delle s.r.l. Le singole clausole commentate*, Trento, 2003.
- TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958.
- TROIANO, *La firma elettronica qualificata tra armonizzazione sopranazionale e legislazioni nazionali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 417.
- TRUFFER, DUBS, *Kommentierung von art. 698-706b OR (Die Generalversammlung) und art. 808-810 OR (Die Gesellschafterversammlung)*, Basilea, 2002.
- TURELLI, *Assemblea di società per azioni e nuove tecnologie*, in *Riv. soc.*, 2004, I, 116.

- URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1993.
- VAIRA, *Commento sub artt. 2487-2487bis*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- VAIRA, *Commento sub art. 2487ter*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- VAIRA, *Commento sub artt. 2492-2496*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Milano, 1968.
- VALPUESTA, *La sociedad nueva empresa. Ley 7/2003 de la sociedad limitada nueva empresa*, Madrid, 2003.
- VELASCO ALONSO, *La ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1981.
- VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955.
- VENDITTI, *Nuove riflessioni sull'organizzazione collegiale delle società di persone*, in *Dir. e giur.*, 1962, 385.
- VERBA, *Small Groups and Political Behavior*, Princeton, 1961.
- VERCELLONE, *Questioni in tema di deliberazioni di società di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, 18.
- VERDE, *Sulla rilevanza della discussione nelle assemblee di società per azioni*, in *Foro it.*, 1961, I, 1913.
- VIETTI, *Le linee guida della riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 266.
- VILLA, *Le decisioni dei soci come si possono assumere*, in AA.VV., *La riforma delle s.r.l. e delle cooperative. Guida giuridico normativa*, Milano, 2003.
- VITTA, *Gli atti collegiali: principi sul funzionamento dei consessi pubblici con riferimenti alle assemblee private*, Roma, 1920.
- VOGEL, *Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung*, Colonia, 1986.
- WALDEMAR FERREIRA, *Tratado de Direito Comercial*, San Paolo, 1973.
- WATSON, *Legal Transplant: An Approach to Comparative Law*, Edimburgo, 1974.
- WEBER DÖRLER, *Gesellschafterversammlung, Urabstimmung und Delegiertenversammlung als Beschlussfassungsform des Schweizerischen Gesellschaftsrechts*, Berna, 1973.
- WEIGMANN, *La semplificazione del diritto societario*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole - Scritti giuridici per Guido Rossi*, Tomo I, Milano, 2002.
- WEIGMANN, *Società per azioni*, in *Digesto, Discipline privatistiche, Sezione commerciale*, Torino, 1997.
- WEIL, *La société à responsabilité limitée du droit allemand*, Francoforte, 1975.
- WIRTH E ARNOLD, *Corporate Law in Germany*, Monaco di Baviera, 2004.
- WHITTAKER, MACHELL E COLIN, *The Law of Limited Liability Partnerships*, Londra, 2004.
- WOOLDRIDGE, *A simplified legal regime for small and medium-sized German public companies*, in *The Company Lawyer*, 2000, 27.
- WÜNSCH, *Die Abstimmung im schriftlichen Wege nach § 34 GmbHG*, in *GesRZ*, 1996, 61.
- ZACCARIA, *Rappresentanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 491.
- ZAGRA, *Convocazione di assemblea per posta elettronica e svolgimento in video conferenza*, in *Società*, 2001, 209.

- ZAMPERETTI, *L'autorizzazione dell'assemblea ed attività gestoria nelle realtà microsocietarie*, in *Società*, 2000, 585.
- ZAMPERETTI, *La società unipersonale a responsabilità limitata. Organizzazione interna e procedimenti decisionali*, Milano, 1996.
- ZAMPAGLIONE, *Su alcuni aspetti dell'invalidità delle delibere assembleari*, in *Notariato*, 2005, 665.
- ZANARONE, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 58.
- ZANARONE, *L'accentuazione dell'autonomia statutaria nella nuova società a responsabilità limitata*, in AFFERNI E DE ANGELIS (a cura di), *"Progetto Mirone" e modelli organizzativi per la piccola e media impresa*, Milano, 2001.
- ZANARONE, *La clausola di amministrazione disgiuntiva nella s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 1979, 90.
- ZANARONE, *La società a responsabilità limitata nella riforma. Modelli legali e statuari*, in *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002.
- ZANARONE, *La società a responsabilità limitata nel cammino della riforma*, in *Governo dell'Impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002.
- ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, III, 2, Torino, 1993.
- ZANARONE, *Quale modello legale per la nuova s.r.l.*, in BENAZZO, PATRIARCA, PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2002.
- ZANARONE, *S.r.l. contro s.p.a. nella legislazione recente*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, Padova, 1997 e in *Giur. comm.*, 1995, I, 391.
- ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, VIII, Padova, 1985.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA CITATA

- Cass., 6 marzo 1953, n. 636, in *Dir. fall.*, 1953, II, 145
- Cass., 25 gennaio 1954, n. 186, in *Foro it.*, 1954, I, 930
- Cass., 7 marzo 1955, in *Giur. it.*, 1956, I, 164
- Cass., 21 aprile 1956, 1217, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, 18
- App. Firenze, 5 giugno 1956, in *Giur. tosc.*, 1956, 425
- Cass., 16 luglio 1958, n. 2603, in *Dir. fall.*, 1958, II, 632
- Cass., 20 aprile 1961, n. 883, in *Dir. fall.*, 1961, II, 783
- Cass., 9 maggio 1962, n. 931, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, 636
- Cass., 26 maggio 1971, n. 1560, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 140
- Cass., 19 gennaio 1973, n. 196, in *Giur. It.*, 1973, I, 1444
- App. Milano, 7 giugno 1974, in *Riv. not.*, 1975, II, 606
- Cass., 2 agosto 1977, n. 3422, in *Foro it.*, 1978, I, 703
- Cass., 9 febbraio 1979, n. 906, in *Giur. comm.*, 1979, II, 354

- App. Catania, 19 gennaio 1981, in *Dir. fall.*, 1981, II, 176
App. Roma, 12 giugno 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 428
App. Napoli, 8 luglio 1982, in *Società*, 1984, 179
Cass., 21 aprile 1983, n. 2734, in *Giur. comm.*, 1983, II, 825 e in *Foro it.*, 1983, I, 1603
Trib. Milano, 27 giugno 1983, in *Società*, 1983, 1494
Cass., 10 maggio 1984, n. 2860, in *Dir. fall.*, 1984, II, 728
Cass., 15 marzo 1986, n. 1768, in *Società*, 1986, 850
Pret. Novara, 18 marzo 1986 (ord.), in *Foro pad.*, 1986, I, 459 con nota di GALIÀ, *La scheda del pretore (ovvero la "democrazia" assembleare, i diritti dei soci e l'interesse sociale)*
Trib. Verona, 22 aprile 1986, in *Società*, 1986, 1018
Cass., 13 gennaio 1987, n. 133, in *Società*, 1987, 291
App. Torino, 11 febbraio 1987, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2, 389
Cass., 17 febbraio 1987, n. 1687, in *Giur. comm.*, 1988, II, 57
Trib. Genova, 19 febbraio 1989, in *Società*, 1989, 844
Trib. Monza, 10 aprile 1990, in *Foro pad.*, 1991, 200
Cass., 19 ottobre 1990, n. 10171, in *Foro it.*, 1991, I, 2154
Cass., 4 dicembre 1990, n. 11601, in *Giur. It.*, 1991, I, 1, 1408
Trib. Napoli, 7 febbraio 1991, in *Società*, 1991, 1231
Cass., 25 febbraio 1992, n. 2330, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, fasc. 2
App. Milano, 21 luglio 1992, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, 342
Cass., 14 gennaio 1993, n. 403, in *Riv. dir. comm.*, 1993, II, 207
Cass., 23 marzo 1993, n. 3458, in *Giur. comm.*, 1994, II, 382 con nota di L. PICARDI, *Riduzione del capitale per perdite e "soppressione" del diritto di opzione dei soci: effetti sulla validità delle deliberazioni assembleari*
Trib. Torino, 29 maggio 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 2, 452
Trib. Milano, 7 luglio 1994, in *Società*, 1995, 537, con nota di ROSA, *Mancato versamento delle quote: effetti sui diritti del socio moroso*
Trib. Napoli, 31 marzo 1995, in *Società*, 1995, 1464
Cass., 15 luglio 1996, n. 6394, in *Riv. dir. impr.*, 1997, 353
Trib. Pisa, 8 gennaio 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, 382
App. Roma, 27 febbraio 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 568
Cass., 10 gennaio 1998, n. 153, in *Giur. It.*, 1998, 721, in *Vita not.*, 1998, 1641, in *Società*, 931, in *Dir. fall.*, 1998, II, 452 e in *Giur. comm.*, 1999, II, 624
Trib. Santa Maria Capua Vetere, 6 ottobre 1998, in *Società*, 1999, 601
Trib. Como, 2 agosto 1999, in *Giur. It.*, 1999, 2097
App. Roma, 2 settembre 1999, in *Vita not.*, 2000, 1523 e in *Società*, 2000, 585, con nota di ZAMPERETTI, *L'autorizzazione dell'assemblea ad attività gestorie nelle realtà microsocietarie*
Trib. Alba, 17 febbraio 2000, in *Società*, 2000, 591

- Trib. Sassari, 19 maggio 2000, in *Società*, 2001, 209, con nota di ZAGRA, *Convocazione di assemblea per posta elettronica e svolgimento in video conferenza*
- Cass., 29 novembre 2000, n. 15302, in *Vita not.*, 2001, 889 e in *Società*, 2001, 300 con nota di LOLLI, *Nomina degli amministratori mediante l'utilizzo di schede prestampate*
- Cass., 22 agosto 2001, n. 11186, in *Foro It.*, 2002, I, 1483
- Cass., 7 giugno 2002, n. 8276, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1053 con nota di BERTOLOTTI, *Assemblea e invalidità delle deliberazioni nelle società per azioni*, in *Società*, 2003, 35, con nota di TAURINI, in *Riv. not.*, 2003, 769 e in *Giur. it.*, 2002, 2323
- Cass., 11 giugno 2003, n. 9364, in *Società*, 2003, 1354
- Trib. Verona, 20 luglio 2004 (decr.), su www.judicium.it
- Trib. Bologna, 21 ottobre 2004 (decr.), in *Società*, 2005, 357
- Trib. Roma, 30 novembre 2004 (decr.), su www.judicium.it
- Trib. Milano, 13 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 523 con nota di CAGNASSO, *Note minime in tema di assemblea e azione di responsabilità nella società a responsabilità limitata*
- Trib. Milano, 14 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 523
- Trib. Milano, 28 febbraio 2005, in *Notariato*, 2005, 375