

Capitolo 1

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ Le S.p.A. (Società per Azioni) sono oggi classificate come "chiuse" o "aperte" al mercato del capitale di rischio e rientrano nella seconda categoria, spesso con diversa regolamentazione, quando hanno «azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante o sono quotate in mercati regolamentati» (art. 2325-bis, 1° co.). Per quanto riguarda le azioni diffuse tra il pubblico, la misura rilevante di cui all'art. 2325-bis c.c. è determinata, come previsto dall'art. 111-bis, disp. att. c.c., ai sensi dell'art. 116 T.u.b. Quest'ul-

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

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

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

timo prevede che «la Consob stabilisc[a] con regolamento i criteri per l'individuazione degli emittenti strumenti finanziari che, pur non essendo quotati nei mercati regolamentati italiani, sono diffusi tra il pubblico». La Consob, a sua volta, ha stabilito tali criteri nell'art. 2-bis del *Regolamento di attuazione del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli emittenti*. Il suddetto articolo, al 1° co., stabilisce che «1. Per emittenti azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante si intendono gli emittenti italiani che contemporaneamente: a) hanno azionisti diversi da quelli di maggioranza, in numero superiore a cinquecento, che detengono complessivamente almeno il 5% del capitale sociale; b) superano due dei tre limiti indicati nel primo comma dell'articolo 2435-bis del codice civile». Per quanto riguarda i mercati regolamentati, l'art. 1, 1° co., lett. w-ter, del T.u.b., stabilisce che «w-ter) "mercato regolamentato": [è una] struttura multilaterale amministrata e/o gestita da un gestore del mercato, che consente o facilita l'incontro, al suo interno e sulla base delle sue regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e di vendita di terzi relativi a strumenti finanziari, in modo tale da dare luogo a contratti relativi a strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in conformità alle sue regole e/o ai suoi sistemi e che è autorizzata e funziona regolarmente e in conformità alla parte III».

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

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

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

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

Cosa rimane ai soci

Art. 2364

(Assemblea ordinaria in società prive del consiglio di sorveglianza)

L'assemblea ordinaria delibera su:

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

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

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

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

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

- sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci;
- sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla sua competenza (ad es., *ex art. 2357, 2° co.*, autorizzare gli amministratori all'acquisto di azioni proprie; *ex art. 2343-bis, 1° co.*, autorizzare gli amministratori ad acquistare, per un corrispettivo pari o superiore ad 1/10 del capitale sociale beni o crediti di promotori, fondatori, soci o amministratori della società, nei due anni dall'iscrizione della società nel registro delle imprese; *ex art. 2446, 2° co.*, deliberare la riduzione del capitale quando è diminuito di oltre 1/3 in conseguenza di perdite);
- sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento degli atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità⁸ di questi per gli atti compiuti (la norma previgente prevedeva la possibilità che lo statuto riservasse all'assemblea ordinaria la decisione su determinati atti gestori).

Art. 2364-bis

(Assemblea ordinaria in società con consiglio di sorveglianza)

L'assemblea ordinaria delibera su:

- nomina e revoca i consiglieri di sorveglianza (art. 2409-*duodecies*, 8° co., «Il presidente del Consiglio di sorveglianza è eletto dall'assemblea»);
- determina il compenso ad essi spettante se non è stabilito nello statuto;
- delibera sulla responsabilità dei consiglieri di sorveglianza (sulla responsabilità dei consiglieri di gestione delibera solo il consiglio di sorveglianza *ex art. 2409-terdecies, 1° co., lett. d*);
- delibera sulla distribuzione degli utili (ma non sull'approvazione del bilancio! che è di competenza del consiglio di sor-

⁸ «Malgrado l'approvazione assembleare gli amministratori **sono sempre liberi di non dare attuazione** ad atti di gestione che configurano la violazione dei doveri di corretta gestione e di salvaguarda del patrimonio sociale» (così, per tutti G.F. CAMPO-BASSO, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2020¹⁰, 358).

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

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

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

– modificazioni statutarie (regole che disciplinano la vita societaria);

– nomina, sostituzione, poteri dei liquidatori;

– ogni altra materia espressamente attribuita dalla legge alla sua competenza (*ex art. 2500-septies*, 1° co., trasformazioni eterogenee; *ex art. 2502*, 1° co., fusione).

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

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

tanto «è parso opportuno ammettere la decisione di attribuire la competenza deliberativa in merito anche ad un organo diverso da quello rappresentato dall'assemblea»¹⁰.

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

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

In quali termini la gestione dell'impresa «spetta esclusivamente agli amministratori» (art. 2380-bis, 1° co.)?

La dottrina si è posta il problema se, nonostante le rigide prescrizioni normative sopra riportate, nell'ordinamento siano rinvenibili principi generali da cui desumere inderogabili poteri gestori «non scritti» dell'assemblea, come quello di dover essere comunque «coinvolta» dagli amministratori in scelte di ristrutturazioni aziendali tali da toccare i c.d. interessi primordiali dei soci, quale, ad esempio, la modifica delle iniziali condizioni di rischio alle quali fu costituita la società.

La risposta data dalla dottrina¹¹ al problema è stata positiva e il Tribunale di Roma l'ha recepita statuendo che¹²

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

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

¹² Trib. Roma, Sez. spec. Impresa, 1° aprile 2019, in *Banca Borsa Titoli di Credito*,

Ad avviso di questo giudicante, la risposta da dare a tale interrogativo è affermativa, alla luce della stessa formulazione letterale della regola espressa dall'art. 2380 *bis* c.c. (che, come è noto, costituisce una norma "tipologica" per la società per azioni). Tale disposizione, infatti, attribuisce agli amministratori in via esclusiva la *gestione* dell'impresa (anche con riferimento alla amministrazione straordinaria, non potendo, ad avviso del Tribunale, lo statuto limitare i poteri degli amministratori alla sola ordinaria amministrazione della società) ed il compimento delle operazioni necessarie per l'*attuazione* dell'oggetto sociale. Ciò sembra, pertanto, escludere dalla competenza dell'organo amministrativo tutte quelle operazioni che, anziché limitarsi a dare attuazione all'oggetto sociale, ne comportano una sostanziale modifica, potendosi richiamare a tal fine la distinzione sopra riportata tra poteri di gestione dell'impresa e poteri di organizzazione della attività di impresa.

In questo ordine di concetti, non sembrano rientrare nel concetto di operazioni di gestione quelle operazioni (le c.d. "operazioni di interesse primordiale") che, incidendo profondamente sulla struttura e sulla organizzazione dell'impresa, vanno sostanzialmente ad incidere sulle condizioni del rischio inizialmente accettato dai soci e la cui decisione, pertanto, va riservata esclusivamente a coloro che tale rischio corrono, anche se non costituenti assunzione di partecipazioni in altre imprese.

Devesi, pertanto, condividere la tesi secondo cui le c.d. "operazioni di interesse primordiale" esorbitano dai poteri di gestione degli amministratori e rientrano nella competenza implicita dell'assemblea e che ciò rappresenti un principio generale del diritto societario, valido a prescindere dal tipo di società prescelto.

Il caso di specie, tuttavia, non riguardava tanto il coinvolgimento dell'assemblea in operazioni gestorie, quanto il diritto del socio ad avere accesso ai documenti e delibere del CdA, accesso normalmente precluso dall'art. 2422 c.c., affinché l'azionista potesse esprimere un voto consapevole su una questione che incideva appunto sui suoi interessi primordiali. Sul punto così sentenziò il giudice¹³

2019, 6, II, 757, nota di G.B. PORTALE, N. DE LUCA, *Il sovrano non ha abdicato. Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell'assemblea.*

¹³Trib. Roma, Sez. spec. Impresa, 1° aprile 2019 (nota 12).

[...] sin dal 23.11.2018, il ricorrente aveva chiesto ripetutamente di esaminare tale Accordo Quadro, ma le richieste erano state respinte per generiche ragioni di riservatezza, ciò in contraddizione con la disposizione statutaria che attribuiva all'assemblea l'autorizzazione per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione comportanti debiti o cessioni ... il suddetto Accordo Quadro conteneva al suo interno il progetto-programma per consentire l'ingresso della Banca Igea nella compagine della Banca del Fucino, prevedendo specifiche obbligazioni anche a carico della Torlonia Partecipazioni spa., che era parte dell'accordo stesso; – in questo preoccupante quadro, era talmente importante il suddetto accordo per la Torlonia Partecipazioni spa. che l'organo amministrativo necessitava dell'autorizzazione dell'assemblea alla sua sottoscrizione; – infatti, ai sensi dell'art. 22 dello Statuto, all'organo amministrativo spettavano solo i poteri di ordinaria amministrazione, con la precisazione che non poteva contrarre debiti di qualsiasi genere per la società e non poteva cedere, vendere o permutare beni sociali senza l'autorizzazione dell'assemblea. [...] Sebbene il diritto di ispezione riconosciuto al socio di società per azioni sia limitato ai soli libri sociali indicati nel primo comma, numeri 1) e 3) dell'art. 2421 c.c. e non si estenda, di regola, a documenti diversi da quelli suddetti, tale limitazione non appare opponibile all'azionista nei casi in cui il documento attenga ad operazioni che incidano così profondamente sulla struttura ed organizzazione dell'impresa, tali da esulare dalla competenza gestoria esclusiva dell'organo amministrativo [...]. In altre parole, quanto prima accennato in ordine alla necessaria competenza dei soci a decidere su questioni incidenti sui loro "diritti primordiali", se trasposto sul versante della "informazione" dovuta ai soci medesimi, implica necessariamente l'inoperatività delle limitazioni che l'art. 2422 c.c. pone all'accesso alla documentazione sociale da parte degli azionisti. Appare del tutto evidente che non sarebbe razionalmente comprensibile una soluzione che, da un lato, demandasse ai soci una determinata decisione così importante da incidere sulle stesse condizioni di rischio assunte e, dall'altro, non consentisse l'accesso di quegli stessi soci alla documentazione necessaria per valutare la scelta "primordiale" da compiere.

