

# CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

**Studio n. 5489/I**

**Le decisioni non assembleari dei soci nella s.r.l.**

*Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 28 gennaio 2005*

**Il sistema di formazione della volontà non assembleari: la sua disciplina nelle società di persona: sua evoluzione giurisprudenziale ed influenza sul nuovo regime della s.r.l.**

In considerazione del fatto che il legislatore della riforma ha disegnato la s.r.l. <sup>(1)</sup> dotandola di una "doppia anima" in parte ispirata al tipo società di persone <sup>(2)</sup> ed in parte al tipo società di capitali prima di esaminare la nuova disciplina della s.r.l. sembra opportuno gettare uno sguardo ai principi riguardanti le modalità di formazione del consenso nel tipo società di persone <sup>(3)</sup>.

La giurisprudenza ha per molto tempo considerato che il mancato riconoscimento della personalità giuridica in capo alle società di persone comportasse l'inesistenza in tali società di un'organizzazione corporativa; quindi anche l'inesistenza dell'organo assembleare, ritenuto sicuro indizio, quest'ultimo, della non necessaria osservanza del metodo collegiale, dell'assemblea visto quale criterio tipico di funzionamento <sup>(4)</sup>. Una conferma di ciò sembrava potersi ricavare dallo stesso riferimento *ex artt.* 2256 e 2301, c.c., al consenso degli altri soci, anziché alla volontà unitaria della società.

Si evidenziava la mancata previsione normativa di forme particolari di cui dovestero essere rivestite le deliberazioni di società personali, per ritenere di conseguenza sufficiente raccogliere le singole volontà anche separatamente in momenti successivi, senza necessità di una riunione contestuale dei soci, o comunque di un procedimento speciale per una unitaria deliberazione in senso formale <sup>(5)</sup>.

Si osservava che la superfluità del metodo assembleare nelle società di persone trovava ulteriore conferma legislativa nella norma sulla proroga tacita della società (art. 2272) sia in base alla previsione del sistema disgiuntivo quale modello

legale di amministrazione <sup>(6)</sup>.

La dottrina concludeva pertanto che nelle società di persone è "escluso che esista, in modo anche embrionale, un organo sovrano o sedicente tale quale l'assemblea della società per azioni" <sup>(7)</sup>.

Da ciò la dottrina desumeva che: non fossero necessarie le formalità previste per la validità della costituzione e della deliberazione dell'assemblea di società di capitali. Si riteneva che, una volta raggiunto il consenso della maggioranza non fosse necessario conoscere l'opinione dei soci di minoranza. Si affermava che anche quando la legge fa riferimento alle deliberazioni dei soci, si dovrebbe intendere il riferimento nel senso di atto concretante la manifestazione di volontà dei soci, non anche nel senso di un atto unitario risultante dal voto dei soci nell'assemblea <sup>(8)</sup>.

Dottrina minoritaria, al contrario riteneva che l'adozione del metodo collegiale assembleare fosse da considerare coesenziale, sul piano logico prima ancora che giuridico, ad ogni deliberazione, essendo il solo strumento capace di trasformare in una volontà unitaria, e cioè nella volontà del gruppo, una pluralità di dichiarazioni individuali <sup>(9)</sup>.

Si era affermato che l'argomento dell'assenza di personalità giuridica nelle società di persone, invocato a sostegno della contraria ricostruzione, non regge all'obiezione che, nel nostro ordinamento, esistono delle collettività (tra cui la comunione, di cui all'art. 1105, terzo comma, c.c., o i consorzi, di cui all'art. 2606, c.c.) prive di personalità giuridica, ma dotate nondimeno di una propria organizzazione interna di carattere collegiale <sup>(10)</sup>.

Altra dottrina ha assunto una posizione intermedia tra le due sopra citate affermando che il metodo collegiale non sarebbe sempre necessario, bensì solo in alcune ipotesi quale, ad esempio, quella relativa all'esclusione del socio dalla compagine sociale <sup>(11)</sup>.

La giurisprudenza in una recente pronuncia, come *obiter dictum*, ha affermato che la mancata previsione normativa di un organo assembleare nelle società di persone non impedisca ai soci di prevedere statutariamente la possibilità di riunirsi collegialmente per deliberare <sup>(12)</sup>.

Ritenendo condivisibile tale affermazione il problema resta solo se in mancanza di espressa predeterminazione nei patti sociali del procedimento, tramite il quale si debba assumere una decisione a maggioranza, si applichi automaticamente il procedimento deliberativo collegiale, o quello referendario o quello della formazione del consenso interno alla maggioranza.

Le norme che disciplinano rispettivamente la trasformazione, la fusione e la scissione di società di persone (art. 2500 *ter*, 2502, 2506 *ter*) <sup>(13)</sup> non sembrano decisive visto che prevedono che tali operazioni siano decise dalla maggioranza dei soci, senza precisare secondo quale procedimento.

Sembra, però, che, in mancanza di previsione statutaria, non sia possibile spingersi sino a ritenere necessario il metodo collegiale.

Sembra, invece, si possa sostenere la preferibilità del procedimento, certamente non collegiale, del *referendum* con obbligo di consultazione di tutti i soci, ugualmente idoneo a consentire al singolo socio di esprimere la propria opinione, e a scongiurare l'effetto di sorpresa in ordine a decisioni da altri assunte a sua insaputa <sup>(14)</sup>.

In conclusione il metodo collegiale non sarebbe che una delle possibili tecniche deliberative che consentono al singolo di partecipare al procedimento decisionale. Strumento alternativo potrebbe essere, ad esempio, quello sopra ricordato del *referendum*, adeguato sia con riguardo alle esigenze di tutela della minoranza, sia con riguardo alla funzione ponderatoria che è tipica del sistema collegiale <sup>(15)</sup>. Tale procedimento sarebbe da ritenersi maggiormente garantista dei diritti partecipativi del socio rispetto a quello di raccolta interna del consenso, ossia il meccanismo attraverso il quale la maggioranza può adottare delle deliberazioni senza consultare la minoranza.

Di questi orientamenti sembra si debba tener conto nell'esaminare la possibilità di previsione statutaria di decisioni non collegiali dei soci nelle s.r.l., ma con la precisazione che comunque nella s.r.l. la "regola" sembra restare comunque la collegialità <sup>(16)</sup>, e l'eccezione, da prevedersi necessariamente nello statuto la non collegialità, eccezione comunque da correggere con l'obbligo di informazione nei confronti dei soci, la cui assenza sembra sanzionata addirittura con la previsione della invalidità della decisione presa.

### **L'uso dei termini decisione e deliberazione nella disciplina delle società di persone**

Nella nuova disciplina delle s.r.l. non si parla più solo di deliberazioni dei soci, bensì anche e si ritiene (come più avanti motivato) con terminologia generica e non alternativa al concetto di deliberazione, di decisioni dei soci.

E' vero che parte della dottrina <sup>(17)</sup> (in riferimento alle società di persone) 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, ma in realtà l'espressione deliberazione è in sé neutro potendo riferirsi: a) al documento nel quale risulta verbalizzata una decisione dei soci (v. ad es. gli artt. 2300, comma 2° e 2309, comma 1° nei quali si parla di deposito di copia autentica della deliberazione, ossia, ovviamente, del documento nel quale risulta contenuta la decisione dei soci); b) al procedimento con cui viene adottata una decisione riferibile alla società; c) al testo (ossia la formulazione) della decisione adottata (v. ad es. gli artt. 2306,

comma 1° e 2307, comma 2°, nei quali si parla di iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione, ossia, ovviamente, del testo della decisione presa dai soci; d) al risultato che la decisione mira a perseguire, determinabile attraverso l'interpretazione del testo approvato dai soci (v. ad es. gli artt. 2306, comma 1° e 2307, comma 2°, nei quali si parla di iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione, ossia, ovviamente, nel testo della decisione presa dai soci; e) al regolamento giuridico di cui l'atto si pone come fonte.

E' altresì vero che i termini decisione e consenso, a differenza del termine deliberazione sono sempre stati utilizzati per identificare decisioni ritenute non collegiali (v. artt. 2257, comma 3; 2252; 2256; 2258, comma 1° e 2°, 2275, comma 1°; 2301, comma 1°; 2319 e v 2322, comma 2°).

Tuttavia la disciplina in materia di società di persone e l'uso dei termini ivi realizzato come si cercherà di dimostrare non sono indicativi in riferimento alla s.r.l., ma anzi fuorvianti, essendo, peraltro, contestato, già in riferimento alle società di persone, che agli stessi possa attribuirsi un valore decisivo <sup>(18)</sup>.

### **L'uso del termine decisione e il presunto tramonto del principio di collegialità nella s.r.l.**

L'art. 2479, c.c., riformato dispone che «l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto ... qualora nell'atto costitutivo non vi sia la previsione di cui al terzo comma ed in ogni caso con riferimento alle materie indicate nei numeri 4) e 5) del secondo comma del presente articolo oppure quando lo richiedono uno o più amministratori o un numero di soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale, le decisioni dei soci debbono essere adottate mediante deliberazione assembleare ai sensi dell'art. 2479 *bis*.

La dottrina nel commentare la riforma della società a responsabilità limitata ha enfaticamente parlato di "tramonto del principio di collegialità" <sup>(19)</sup>.

Si è affermato che "il metodo collegiale, che nella vecchia normativa inderogabilmente contraddistingueva le decisioni dei soci, poteva essere mandato in soffitta anche in questo ambito, oltre che per il funzionamento dell'organo amministrativo" <sup>(20)</sup>.

Parte della dottrina ritiene che la riforma abbia preso realisticamente atto che le assemblee di bilancio tra marito e moglie o tra padri e figli non si sono mai svolte (se non nell'immaginazione di chi compilava i verbali).

Addirittura parte della dottrina si è spinta ad affermare che "quanto al *modus decidendi*, la regola generale è che i soci decidono, senza l'adozione del procedimento assembleare, sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costituti-

vo e sugli altri argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione e, in ogni caso, sull'approvazione del bilancio e sulla distribuzione degli utili, sulla nomina degli amministratori se prevista nell'atto costitutivo e nei casi in cui ciò è obbligatorio, sulla nomina del collegio sindacale o del revisore (leggi i commi 1° e 2° dell'art. 2479)" (21).

Le affermazioni della dottrina sopra riportate sembra possano essere originate dal convincimento che la "decisione dei soci costituisca, 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" (22).

Questa lettura sembra legittimare l'affermazione che la regola generale circa il *modus decidendi* sia quella non collegiale, visto che, argomentando come sopra, gli argomenti su cui si può deliberare non collegialmente sarebbero non solo quelli eccezionalmente ed espressamente indicati nell'atto costitutivo, ma anche quelli sottoposti all'approvazione dei soci da uno o più amministratori o da almeno un terzo del capitale sociale, indipendentemente da qualsiasi previsione statutaria.

Tale interpretazione non sembra condivisibile. Sembra preferibile ritenere che con il termine decisione il legislatore abbia voluto indicare con una terminologia "neutra ed omnicomprensiva" sia le decisioni assunte con metodo collegiale sia quelle assunte, in assenza di collegialità, mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. Tale interpretazione trova conforto nel disposto dell'art. 2479, c.c., ove si prevede che "le decisioni dei soci debbono essere adottate mediante deliberazione assembleare ai sensi dell'art. 2479 *bis*", suffragando l'idea che la deliberazione assembleare non è che essa stessa "una decisione" adottata collegialmente (23).

La possibilità che i soci decidano, non solo sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, ma anche sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci ... sottopongono alla loro approvazione, sembra non debba essere letta come un'opzione di decisione non collegiale che si aggiunga, su richiesta dei soggetti legittimati, all'opzione già adottata statutariamente dai soci.

Sembra, viceversa, che la mancata riproduzione, o comunque il mancato richiamo nella s.r.l. di una norma come l'attuale art. 2380 *bis*, dettato in tema di s.p.a., il quale attribuisce agli amministratori, in via esclusiva, la gestione dell'impresa sociale ed il potere di compiere tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale, costituisca un sufficiente indice per ritenere che gli argomenti, sui quali una parte dei soci può richiedere una decisione comune, possano essere anche quelli che, nella suddivisione attuata dall'atto costitutivo, sono di competenza degli amministratori" (24).

## **I rapporti di prevalenza-soccombenza tra decisioni collegiali e non**

Secondo parte della dottrina “le scelte del legislatore non si traducono in una possibile radicale smentita della funzione del modulo collegiale finalizzato a un’esigenza di ponderatezza delle decisioni: detta funzione resta solo circoscritta al fine di stabilire un rapporto di equilibrio fra istanze di ponderatezza ed esigenze di speditezza decisionale. L’alternativa al modello assembleare è in effetti condizionata sotto tre profili.

Anzitutto la previsione statutaria: l’atto costitutivo deve espressamente prevedere che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto <sup>(25)</sup>. In secondo luogo la deliberazione assembleare è imprescindibile nei seguenti casi: *a)* modificazione dell’atto costitutivo; *b)* decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell’oggetto sociale; *c)* decisione di compiere operazioni che comportano una rilevante modificazione dei diritti dei soci. Ben si vede come la dialettica assembleare con il relativo confronto di opinioni limita la sfera di autonomia statutaria laddove le decisioni possono comportare una mutazione del grado di rischio assunto dal socio all’atto dell’investimento oppure incidere con rilevanza nell’assetto dello *status socii*.

In terzo luogo, le decisioni dei soci debbono essere adottate mediante deliberazione assembleare quando lo richiedano uno o più amministratori o un numero di soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale” <sup>(26)</sup>.

Le considerazioni della dottrina da ultimo citata, inducono a ritenere 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 <sup>(27)</sup>. Il comma 4 della norma ..afferma, infatti, che, qualora nell’atto costitutivo non vi sia la previsione di uno dei due metodi – consenso o consultazione, le decisioni dei soci devono essere adottate mediante deliberazione assembleare ai sensi dell’art. 2479 *bis*. La norma non ha, peraltro, solo un contenuto suppletivo in quanto, con riferimento alle decisioni relative alle materie indicate nei nn. 4 e 5 del comma 2, e cioè le modificazioni dell’atto costitutivo e le operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell’oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci, viene prescritta la necessità del metodo assembleare, senza, dunque, alcuna possibilità di una diversa opzione dell’atto costitutivo.

### **La consultazione scritta e il consenso espresso per iscritto**

Il legislatore distingue tra le decisioni non collegiali le decisioni adottate mediante “consultazione scritta” e le decisioni adottate sulla base del “consenso e-

spresso per iscritto". Né l'art. 2479, né la relazione di accompagnamento, forniscono, però, alcuna indicazione per comprendere la distinzione tra queste due fattispecie <sup>(28)</sup>.

Sembra da scartare la differenziazione tra le due modalità che tragga fondamento dal fatto che "nel concetto di consultazione scritta sembra insito il principio secondo cui a tutti i soci deve essere sottoposto il testo della decisione da adottare e la decisione in tanto si perfeziona validamente in quanto tutti i soci siano stati interpellati e almeno la maggioranza prescritta abbia espresso il proprio consenso alla decisione proposta, mentre nel consenso espresso per iscritto non è richiesta l'informazione di tutti i soci e, ai fini del valido perfezionamento della decisione, è necessario e sufficiente che almeno la maggioranza prescritta abbia espresso il proprio consenso <sup>(29)</sup>.

Infatti, sembra che la previa informazione dei soci sia requisito imprescindibile per l'adozione di decisioni non collegiali, come meglio sarà approfondito in seguito.

Secondo altra parte della dottrina la differenza consisterebbe anche e principalmente nell'unicità del documento portante il consenso dei soci. "Partendo dal disposto letterale 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" <sup>(30)</sup>.

Secondo altra dottrina la differenza consisterebbe nella modificabilità o meno della proposta durante il procedimento di voto. La consultazione scritta presume un passaggio di bozza di deliberazioni fra soci nei confronti dei quali gli stessi sono chiamati eventualmente a proporre emendamenti o rilievi 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 <sup>(31)</sup>.

Diverso ancora è un ulteriore orientamento, che distingue tra consenso espresso per iscritto che presuppone la redazione di una deliberazione già definita che i soci possono o meno avallare con il proprio voto "ricevendo quale primo atto la proposta stessa" e la consultazione scritta nella quale la proposta immodificabile è frutto della preventiva consultazione dei soci ai quali viene chiesto di esprimersi su un argomento e sulla base delle osservazioni così raccolte, viene redatta la proposta immodificabile di delibera rispetto alla quale i soci stessi vengono invitati, questa volta, ad esprimere il voto <sup>(32)</sup>.

Questa ricostruzione si differenzia da quella da ultimo riportata perché scinde

nettamente la fase della previa consultazione da quella del voto, mentre la precedente ricostruzione sembra presupporre la con testualità delle due fasi.

Ancora in parte difforme è un'ulteriore ricostruzione che sembrerebbe distinguere le due ipotesi anche in virtù del significato attribuibile al non voto del socio. Nel caso di "consultazione scritta si potrebbe ipotizzare che, a fronte di una certa questione sottoposta ai soci, essi esprimano il loro parere – probabilmente sia positivo sia negativo – mediante una risposta fatta pervenire per iscritto. Diversamente l'altra procedura sembrerebbe più secca, nel senso che, a fronte di un dato quesito, il socio interpellato deve manifestare il proprio consenso per iscritto, ipotizzando che il silenzio equivalga a rifiuto <sup>(33)</sup>.

In parte simile è la ricostruzione di chi ritiene che solo nella consultazione si possa esprimere la propria astensione. "A differenza della consultazione, nella quale sono possibili tre opzioni, voto favorevole, voto contrario e astensione, nell'ipotesi di consenso espresso in forma scritta sono concepibili soltanto due opzioni, voto favorevole o contrario, dal momento che il consenso medesimo può essere dato o non dato" <sup>(34)</sup>.

Si potrebbe affermare che il legislatore, nel disciplinare "la decisione adottata sulla base del consenso espresso per iscritto" abbia attinto al *Companies Act* in cui è codificata la regola del consenso unanime, riconoscendo la facoltà per gli statuti societari di introdurre una clausola che preveda la sostituzione dell'assemblea con una *written resolution*, approvata mediante la sottoscrizione di tutti i soggetti aventi diritto di voto nell'assemblea. A norma della *section 381°* del *Companies Act* inglese, qualunque decisione di competenza dell'assemblea può essere adottata senza previa convocazione del collegio mediante consensi scritti inviati da (o per conto di) tutti i soggetti legittimati al voto in assemblea. La deliberazione è approvata nel momento in cui si raggiunge l'unanimità dei consensi in sede extra-assembleare.

A favore di detta ricostruzione giocherebbe il dato letterale della norma. La decisione adottata sulla base del consenso scritto dei soci sembrerebbe richiedere "una concordanza di idee, di voleri, di pareri, in capo a tutti i soci = consenso". La norma si riferisce al consenso dei soci non all'espressione di, alternativamente, consenso o dissenso degli stessi. Viceversa, la consultazione sembra da interpretarsi come "ricerca di un'informazione – di un dato" ossia l'accettazione o meno di una proposta.

Il distinguo operato, traendo ispirazione dagli ordinamenti stranieri, porterebbe però a ritenere applicabile alla sola decisione adottata mediante "consultazione scritta" il *quorum* previsto dall'art. 2479 ultimo comma, essendo necessaria per la adozione della decisione "sulla base del consenso dei soci" l'unanimità dei consensi stessi e ciò costituirebbe una inammissibile parziale abrogazione del dato normativo che riferisce il principio maggioritario ad entrambe le modalità di decisione non col-



legiale.

Sembra preferibile ritenere che la distinzione tra consultazione e consenso espressi per iscritto sia da rinvenire nell'oggetto della deliberazione. Vi sono, infatti, decisioni che richiedono una adesione ad una richiesta di deliberato, mentre vi sono altre decisioni che consentono una libera espressione della propria volontà. Si pensi alla nomina delle cariche sociali. A quest'ultime fattispecie sembra si attagli 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 voto segreto) <sup>(35)</sup>, applicabili, viceversa, al socio non consenziente rispetto ad una decisione nei confronti della quale non può che esprimere o meno la propria adesione.

La difficoltà di individuare le differenze tra le due ipotesi legislativamente previste consiglia di differenziare statutariamente le ipotesi e le relative conseguenti discipline, o più semplicemente di optare per l'adozione statutaria di una sola ipotesi di decisione extracollegiale,

### **I rischi connessi all'adozione di modalità di decisioni non collegiali**

I dubbi circa l'opportunità di adottare il metodo decisionale non collegiale sono manifestati da parte della dottrina secondo la quale il nuovo procedimento decisionale pare che possa essere esposto ad una larga fascia di situazioni incerte o comunque strumentalmente utilizzabili in caso di conflittualità: così, per esempio, le modalità della consultazione scritta, la certezza della provenienza della dichiarazione resa per iscritto, la informazione reciproca sulle rispettive posizioni, la revocabilità della dichiarazione, il momento di completamento dell'iter decisionale, il contenuto dei documenti sottoscritti dai soci in relazione all'argomento oggetto della decisione ed al consenso o dissenso sulla stessa, la possibilità di modificare il contenuto della decisione rispetto alla proposta, la data della decisione, e così via.

Si è scritto che più che una forma di semplificazione, pare si abbia una sorta di ingessatura decisionale, dove manca qualsivoglia possibilità di interlocuzione da parte di chi dissente. Pare possa dirsi che, più che una forma semplificata, è questa una forma normativamente strutturata di preeterminazione delle decisioni da parte della maggioranza <sup>(36)</sup>.

Al fine di limitare i rischi sopra esposti, sembra opportuno predisporre una disciplina statutaria che regoli minuziosamente il procedimento della formazione della volontà non assembleare, piuttosto che lasciare deregolamentata la fattispecie, confidando in un ponderato utilizzo della libertà procedimentale da parte dei soci.

## **Gli elementi essenziali caratterizzanti le decisioni non collegiali dei soci nella s.r.l.**

Trattando delle decisioni non collegiali è necessario in primis individuare i principi cardine che regolano la fattispecie e quindi da seguirsi nella redazione delle clausole statutarie che prevedano “decisioni dei soci” adottate al di fuori del metodo assembleare.

Secondo la dottrina le prescrizioni legislative da rispettare nel caso di decisioni non collegiali sarebbero le seguenti.

In primo luogo, tutti i soci avrebbero diritto di partecipare alle decisioni *ex art.* 2479, quinto comma, c.c. <sup>(37)</sup>.

In secondo luogo, dovrebbe comunque garantirsi ai soci e agli amministratori la facoltà di richiedere che una decisione che per statuto andrebbe o potrebbe essere adottata non collegialmente sia presa in assemblea <sup>(38)</sup>.

In terzo luogo i documenti devono essere in forma scritta (su supporto cartaceo o magnetico) e sottoscritti dai soci (con firma autografa o digitale) e dai documenti sottoscritti dai soci devono risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione ed il consenso alla stessa <sup>(39)</sup>.

L'enucleazione dei principi di cui sopra, la cui rilevanza sarà verificata nel prosieguo del presente studio, sembrano collocare la consultazione scritta e il consenso espresso per iscritto (perlomeno nella loro strutturazione legale) nell'area delle decisioni referendarie.

Con l'espressione *referendum* si indica la tecnica che consente una raccolta del consenso fra tutti i legittimati al voto senza il rispetto dell'unitarietà temporale tipica del metodo assembleare <sup>(40)</sup>, ma garantendo, comunque, a tutti i soci il diritto di partecipare alle decisioni <sup>(41)</sup>.

Sembra, pertanto, da escludere che il legislatore abbia pensato alla consultazione e al consenso espressi per iscritto come a metodi di raccolta delle adesioni frutto dell'iniziativa di più soci miranti a raggiungere solo una certa maggioranza, ma senza avvisare o richiedere il consenso della totalità dei soci <sup>(42)</sup>, procedimento ritenuto ammissibile secondo parte della dottrina e della giurisprudenza nelle società di persone.

## **Il diritto all'informazione del socio, degli amministratori e del collegio sindacale**

Secondo parte della dottrina in una delle due ipotesi di modalità di voto non collegiale ossia nel caso del consenso espresso per iscritto non sarebbe richiesta l'informazione di tutti i soci e, ai fini del valido perfezionamento della decisione, sa-

rebbe necessario e sufficiente che almeno la maggioranza prescritta abbia espresso il proprio consenso.

Pertanto in tale sistema sarebbe possibile che la decisione sia adottata senza che taluno dei soci ne sia stato informato e ciò farebbe sì che detto metodo sia senza dubbio il meno garantista nei confronti dei soci di minoranza. Ma di tale circostanza i soci di minoranza non potrebbero dolersi poiché il sistema in parola troverebbe applicazione solo ove i soci, in sede di costituzione della società, lo abbiano previsto e accettato <sup>(43)</sup>.

Non molto dissimili sembrano le affermazioni di altra dottrina secondo la quale il consenso extra-assembleare "a differenza di quanto previsto in tema di assemblea dall'art. 2479-*bis*, comma primo, non impone alcun esplicito obbligo di tempestiva informazione di tutti i soci, che .. può anche mancare proprio nel caso di raccolta dei consensi scritti; sia perché la causa di invalidità delle decisioni prevista dall'art. 2479-*ter* fa riferimento ad una mancanza assoluta di informazione, senza comunque specificare se tale informazione debba precedere la decisione stessa: con la conseguenza che potrebbe ritenersi sufficiente un'informazione resa anche dopo che il quoziente di consensi richiesto sia raggiunto".

Ancora si è sottolineato che il legislatore si esprime parlando di assenza assoluta di informazione e non di generica mancanza di informazione, il che potrebbe voler dire che il socio nel regime legale che gli consente ampi poteri di controllo non possa considerarsi mai "assolutamente non informato", fatta salva la presenza nello statuto di una clausola statutaria che escluda o limiti pesantemente il diritto di ispezione del socio <sup>(44)</sup>.

Sembra preferibile ritenere che consultazione e consenso espresso per iscritto ricadano nel meccanismo del *referendum*, il quale suppone sempre una previa informativa a tutti i soci <sup>(45)</sup>.

Nella ricerca del comune denominatore delle decisioni dei soci non collegiali sembra si debba in primo luogo tener conto sia dell'art. 2479 penultimo comma che prevede espressamente che "ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni previste dal presente articolo ..." sia dell'art. 2479 *ter* secondo il quale le decisioni prese in assenza assoluta di informazione possono essere impugnate da chiunque.

Tali norme sembrerebbero escludere che la decisione possa nascere dalla mera sommatoria dei consensi dei soci costituenti la maggioranza di legge o statutaria. In altre parole, non sembra ammesso il sistema del "nudo e crudo incontro delle volontà della maggioranza", che potrebbe permettere alla maggioranza di adottare una decisione all'insaputa e quindi senza previamente informare la minoranza o anche uno solo dei soci, ma sembra sempre necessaria la previa informazione di tutti i soci e degli organi sociali <sup>(46)</sup>.

Sembra si possa affermare che esista un diritto soggettivo del socio ad essere

consultato e che nella riforma trovino riconoscimento solo i principi di volontà collegiale e di volontà non collegiale informata, vietata, viceversa, una formazione di volontà non preceduta dall'informazione di tutti i soci <sup>(47)</sup>.

A fronte del disposto degli artt. 2479 penultimo comma e 2479 *ter* secondo comma, c.c., <sup>(48)</sup> non convince l'affermazione che la prima norma "allude, infatti, alla partecipazione in senso astratto del socio, intesa quale attitudine dello stesso a partecipare al processo decisionale. Essa in altre parole nulla dice sul procedimento di formazione della volontà sociale" <sup>(49)</sup>. Al contrario si potrebbe sottolineare che il legislatore non si è accontentato di sancire il diritto del socio "ad esprimere il proprio voto" su una determinata decisione, ma ha riconosciuto il diritto del socio a "partecipare" alla decisione, e quindi a prendervi parte, a contribuirvi anche nella fase propositiva.

Inoltre in forza di quanto previsto dall'art. 2479, comma 5°, c.c., se la decisione non è unanime occorrerà "che la società – ed in particolare gli amministratori – possano dimostrare di aver concesso ai soci non consenzienti di partecipare alla decisione non assembleare. Il che, a prima vista, appare un onere ben maggiore rispetto a quello della convocazione dell'assemblea – tramite raccomandata o secondo le modalità anche più informali che possono essere previste dall'atto costitutivo – posto che per concedere ad un socio (dimostratosi a posteriori non consenziente) la possibilità di partecipare ad una decisione mediante consenso espresso per iscritto, non si può plausibilmente limitare ad informarlo che gli altri soci intendono genericamente assumere una decisione su un dato argomento, bensì occorrerà specificare il contenuto ed i termini esatti della decisione stessa" <sup>(50)</sup>.

Ugualmente priva di fondamento sembra l'ulteriore affermazione che l'informazione, richiesta dall'art. 2479-*ter*, terzo comma, c.c., non sia dovuta in virtù di principi generali, ma debba essere espressamente prevista da fonte statutaria.

L'informazione del socio come singolo, dell'assemblea e degli altri organi sociali è tutelata direttamente dal legislatore in più norme della riforma. Si pensi all'inciso dell'art. 2479 *bis* ove si precisa che l'atto costitutivo determina i modi di convocazione dell'assemblea dei soci, tali comunque da assicurare la "tempestiva informazione" sugli argomenti da trattare. Si consideri, inoltre, l'art. 2479 *bis* ultimo comma che prevede che "in ogni caso la deliberazione s'intende adottata quando ad essa partecipa l'intero capitale sociale e tutti gli amministratori e sindaci sono presenti o "informati" della riunione ...".

E' evidente il concetto di previa informazione ha un ruolo centrale nel dna della nuova s.r.l.. La decisione deve essere presa "alla luce del sole non proditoriamente e di nascosto" <sup>(51)</sup>.

Quanto affermato è indirettamente confermato dal secondo e dal terzo principio che si ritiene caratterizzino la s.r.l., e che saranno oggetto di trattazione nei

prossimi paragrafi, ossia il diritto a richiedere l'assunzione della decisione in forma collegiale e l'obbligo che tale decisione risulti con chiarezza da un documento sottoscritto dal socio.

Non si vede, infatti, come potrebbe essere garantito il diritto dei soci (rappresentativi di una determinata aliquota del capitale) di richiedere che una certa decisione sia adottata con metodo collegiale, qualora si ritenesse che gli stessi possano aver notizia di tale decisione, solo leggendola una volta che la decisione sia stata assunta e riportata nel relativo libro sociale. Ne sembrerebbe congruente richiedere che dai documenti sottoscritti dai soci risulti "con chiarezza" l'argomento oggetto delle decisioni e poi criptare tali decisioni tenendole nascoste a parte dei soci, fino alla trascrizione nel libro delle decisioni dei soci.

La previsione legislativa secondo la quale ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni previste dall'art. 2479, c.c., sembra "escludere la validità di clausole che neghino a determinate partecipazioni sociali il voto nelle decisioni riservate alla competenza dei soci" <sup>(52)</sup>, e la possibilità per la maggioranza di decidere all'insaputa della minoranza sembra costituire una grave limitazione se non la vera e propria soppressione del diritto partecipativo, limitazione concepibile forse ed indirettamente nel solo caso di attribuzione di particolari diritti a singoli soci, ai sensi dell'art. 2468, comma terzo.

In conclusione, secondo la dottrina, il consenso o la consultazione scritta non danno luogo ad un modello c.d. negoziale puro tipico delle società di persone, bensì ad un modello c.d. intermedio, in cui non sono presenti le caratteristiche del metodo assembleare ma che tuttavia sono frutto di un procedimento articolato in diverse fasi, non riconducibile quindi al mero incontro delle volontà della maggioranza dei soci <sup>(53)</sup>.

Pertanto, tutti i soci devono "essere interpellati, soluzione che del resto sembra essere confermata dalla invalidità prevista dall'art. 2479-ter per le decisioni assunte in assenza assoluta di informazione, là dove il carattere assoluto della carenza, a decisione adottata, sembra potersi verosimilmente manifestare più sul piano soggettivo che su quello oggettivo" <sup>(54)</sup>.

Resta da verificare se anche amministratori e sindaci abbiano un diritto ad essere previamente informati.

La risposta potrebbe dipendere dalla funzione che si voglia attribuire ad amministratori e sindaci nel caso di procedimento non collegiale. Qualora si ritenga che la funzione di amministratori ed eventuali sindaci sia quella di fornire ai soci informazioni e pareri al fine di una maggior ponderazione della delibera e quella di controllare la regolarità del procedimento si potrà ritenere che i soci possano rinunciare al loro diritto di informazione, impregiudicata la possibilità per gli organi citati di valutare *ex post* la correttezza del procedimento adottato. Qualora si ritenga che il le-

gislatore abbia attribuito ad amministratori e sindaci il diritto di intervenire alle decisioni dei soci anche a tutela di un loro eventuale interesse personale implicato nella decisione da prendere, quale sussiste ad es. allorché si discute della loro responsabilità o della loro revoca, non si potrà che configurare un obbligo di loro previa informazione.

La ricostruzione da ultimo riportata sembra, però, indebolita alla luce della riforma che richiede ora per le s.p.a., non più la presenza di tutti gli amministratori e sindaci, ma la presenza della maggioranza degli stessi. Questa modifica nella s.p.a., sembra svilire l'interesse personale dei componenti gli organi amministrativi e di controllo a partecipare all'assemblea, ed esalta, viceversa, la funzione collegiale degli organi stessi, come tali chiamati a presenziare all'assemblea al fine di realizzare quella funzione di informazione e di direzione verso la legalità dell'assemblea.

Né sembra che la diversa formulazione della norma in tema di assemblea totalitaria nella s.r.l. abbia la funzione di attribuire all'intervento di amministratori e sindaci una valenza diversa ed ulteriore. Anzi, la personalizzazione dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori che ora nella s.r.l. spetta a tutti i soci, nonché la facoltà di attribuire a singoli soci particolari diritti di amministrazione tra i quali probabilmente anche il diritto di revoca degli amministratori <sup>(55)</sup> sembrano evidenziare ancora meglio la mancanza di ogni interesse personale alla partecipazione alla decisione di amministratori e sindaci.

Tuttavia, in riferimento agli amministratori la risposta sembra debba essere che comunque essi debbano essere previamente informati della decisione che si vuole adottare <sup>(56)</sup>. Diversamente non avrebbe senso la attribuzione agli stessi del diritto di chiedere la conversione della decisione extra-assembleare in assembleare.

Più complesso il discorso per il collegio sindacale. Il minor, ma comunque significativo, potere di impugnazione delle deliberazioni prese in assenza assoluta di informazione sembra comunque consigliare la previa informazione anche del collegio sindacale, con la precisazione che forse tale informazione potrà essere indirizzata al collegio in quanto organo (ad es. in persona del suo presidente) e non ai singoli sindaci, visto che il legislatore ha previsto nell'art. 2479-ter, c.c., una modalità di impugnazione, "da parte dell'organo collegio", per il collegio sindacale, a differenza della impugnazione da parte di "ciascun amministratore" (impugnazione individuale) per quanto riguarda gli amministratori.

Peraltro, nei casi in cui nelle s.r.l. la nomina del collegio sindacale è obbligatoria trova applicazione l'art. 2405, c.c., relativo alle società per azioni, ma richiamato dall'ultimo comma dell'art. 2477, c.c.

A norma di questo articolo i sindaci devono assistere alle assemblee. Il richiamo alle assemblee che identificano un tipico procedimento sembrerebbe formalmente escludere un pari obbligo di partecipazione anche al procedimento deci-

sionale non collegiale. Tuttavia, il richiamo sembra da adattare ai diversi procedimenti decisionali della s.r.l. con la conseguenza che il collegio sindacale, se nominato, debba partecipare anche ai procedimenti di formazione della volontà non collegiali, così come l'organo amministrativo <sup>(57)</sup>.

### **La tempestività dell'informazione**

Parte della dottrina si è chiesta se i soci siano da ritenere titolari di un diritto ad essere tempestivamente informati della decisione. Nella teoria dell'atto collegiale, il diritto all'informazione preventiva è funzionale, oltre che all'esigenza di essere informati della convocazione stessa della riunione, sul fatto cioè che la riunione si terrà, anche all'esigenza di decidere in maniera consapevole e in condizioni di poter influenzare, tramite la discussione, le decisioni degli altri. Cosicché, il punto veramente delicatissimo da stabilire, è se la nuova disciplina garantisca o no il suo diritto di influenzare le decisioni degli altri, consentendogli un'attività equivalente a quella che nella riunione collegiale si realizza attraverso la discussione <sup>(58)</sup>.

La risposta sembra debba essere parzialmente positiva. Infatti, lo strumento principale attraverso il quale il socio può cercare di "influenzare le decisioni degli altri" sembra essere garantito dall'art. 2479 quarto comma, c.c., anche se non a tutti i soci, ma solo a un numero di soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale o ad uno o più amministratori i quali hanno la facoltà di richiedere che la decisione sia adottata in assemblea e quindi previa ampia e collegiale discussione. Il diritto del singolo socio che non raggiunga tale aliquota di capitale sembra invece tutelabile solo statutariamente attraverso un procedimento di decisione non collegiale dei soci 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.

### **La facoltà di conversione della decisione a mezzo consultazione scritta o consenso espresso per iscritto in decisione collegiale**

Al primo requisito comune delle decisioni, ossia la previa informazione di tutti i soci sembra se ne debba aggiungere un secondo, desumibile dall'art. 2479, laddove prevede che quando lo richiedono uno o più amministratori o un numero di soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale, le decisioni dei soci debbano essere adottate mediante deliberazione collegiale.

Il secondo requisito sembrerebbe, pertanto, essere la possibilità che ogni iniziativa di decisione non collegiale possa essere convertibile su richiesta di determinati soggetti ed alle condizioni previste dalla legge o dallo statuto in decisione collegiale.

Come sostenuto dalla dottrina nel caso di richiesta di adozione del metodo collegiale "non è richiesto che gli amministratori e i soci esplicitino le motivazioni in base alle quali essi richiedono la decisione assembleare, cosicché deve ritenersi che detta richiesta abbia in sé un valore assoluto, e cioè non sia possibile non darvi seguito o comprimerne l'espressione in qualunque modo" <sup>(59)</sup>.

Peraltro, il *quorum* di almeno la metà del capitale sociale di cui all'art. 2479 ultimo comma, c.c., (anche se tale disposizione si trova alla fine di un articolo che tratta di tutte le decisioni dei soci, anche quelle adottate col metodo assembleare), sembra sia da riferire alle sole decisioni adottate mediante consultazione scritta (o eventualmente sulla base del consenso espresso per iscritto). Infatti, il legislatore detta per le decisioni assembleari, all'art. 2479 *bis*, comma terzo, c.c., *quorum* diversi che potrebbero risultare più bassi, fatta eccezione per le decisioni di cui all'art. 2479, nn. 4 e 5.

Questo significa che l'opzione di scelta esercitabile in favore del metodo collegiale porta di conseguenza all'adozione di un diverso sistema di computo delle maggioranze e di formazione del consenso sociale, come tale da tutelare.

Non sembra condivisibile l'affermazione di parte della dottrina secondo cui la legge non precluderebbe una diversa previsione dell'atto costitutivo volta a selezionare le materie suscettibili di essere devolute alla competenza assembleare (con esclusione statutaria pertanto del diritto di conversione delle decisioni in assembleari per parte delle stesse), o ad elevare il quoziente necessario per sollecitare la decisione dei soci o ancora ad attribuire la relativa legittimazione a un determinato numero di amministratori.

A tale ricostruzione sembra ostare la norma di legge che prevede che qualunque decisione che lo statuto consenta di adottare al di fuori dell'uso del metodo collegiale possa essere riportata al metodo collegiale, senza la necessità di una previa modifica dello statuto.

In altre parole la facoltà di deliberare collegialmente su richiesta di soggetti qualificati dalla legge o dallo statuto non sarebbe altro che una sorta di riespansione della regola della collegialità, "eccezionalmente compressa" dalla previsione statutaria della possibilità di adottare determinate decisioni non collegialmente. A conferma di quanto detto, il legislatore non subordina la richiesta di deliberazione assembleare alla presenza di determinati motivi, che, pertanto, non devono essere indicati nella richiesta, né prevede che i soci di maggioranza possano opporsi alla richiesta. Derogabile statutariamente sembrerebbe forse solo il numero di soci <sup>(60)</sup> e/o forse di amministratori necessari per esercitare l'opzione di conversione della decisione non collegiale in decisione collegiale. E' la norma stessa che nel prevedere la maggioranza di "almeno un terzo dei soci" sembra indicare la legittimità di una percentuale statutaria diversa, perlomeno se più alta (e per parte della dottrina anche più



bassa) <sup>(61)</sup>.

Nell'indicare uno o più amministratori la norma sembra legittimare alla richiesta un singolo amministratore anche in casi di amministrazione congiunta <sup>(62)</sup>, mentre è dubbio se sia ammissibile una clausola statutaria che richieda per l'adozione della decisione in assemblea la richiesta proveniente da tutti gli amministratori o dal consiglio di amministrazione collegialmente <sup>(63)</sup>.

### **Le modalità ed i termini per richiedere la conversione delle decisioni non assembleari in assembleari**

In riferimento al secondo principio caratterizzante le decisioni dei soci, ossia la possibilità che i soggetti legittimati impongano ai soci il metodo assembleare ci si deve interrogare circa il termine finale entro il quale ciò sia possibile.

Si potrebbe pensare che analogamente a quanto previsto nel testo del *Companies Act* fino ad un recente provvedimento di riforma (*Deregulation Order* del 6 giugno 1996) sussista una sorta di potere di veto del socio rispetto alla decisione extrassembleare, potendosi richiedere una deliberazione assembleare anche sulla proposta già approvata dai soci con modalità extra-assembleari.

La soluzione sopra prospettata sembra possa creare confusione e soprattutto una situazione di "apparenza del diritto" che potrebbe nuocere alla certezza dei traffici giuridici.

In riferimento ai soci, secondo parte della dottrina pare plausibile ritenere che "ciascun socio consumi il potere di richiedere che la decisione sia assunta con deliberazione assembleare nel momento in cui, contattato in via extra-assembleare per l'assunzione della decisione esprima la sua volontà, favorevole o contraria, in ordine alla medesima" <sup>(64)</sup>. Ugualmente, secondo tale dottrina, sembra che il termine finale sulla base di una valutazione più logica che strettamente giuridica coincida con l'avvenuta adozione da parte dei soci della decisione (ovvero con il raggiungimento del *quorum* deliberativo) <sup>(65)</sup>.

L'obiezione a tale ricostruzione è che "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" <sup>(66)</sup>.

L'obiezione riportata sembra priva di fondamento qualora si ritenga, come qui sostenuto, che la decisione dei soci non possa prescindere dalla previa informazione di tutti i soci o dalla loro concorrenza all'adozione della decisione stessa. Come rilevato dalla dottrina "non è richiesto che gli amministratori e i soci esplicitino le motivazioni in base alle quali essi richiedono la decisione assembleare, cosicché deve ritenersi che detta richiesta abbia in sé un valore assoluto, e cioè non sia possibile

non darvi seguito o comprimerne l'espressione in qualunque modo" <sup>(67)</sup>.

Si è affermato che per gli amministratori tale richiesta vada formulata nel momento in cui si decide di avviare il procedimento, perlomeno quando gli amministratori abbiano l'iniziativa del procedimento e agiscano come consiglio di amministrazione e quindi collegialmente. Diversamente, ossia quando l'iniziativa spetta ad uno o più soci o nel caso di amministrazione disgiuntiva (qualora si ritenga rientrare nei poteri del singolo amministratore) sarà necessario garantire agli amministratori o ai co-amministratori con poteri disgiunti un termine ragionevole per chiedere che sia avviato il procedimento assembleare prima che venga iniziato il procedimento decisionale <sup>(68)</sup>.

Sembra, pertanto, opportuno che statutariamente si preveda un sistema di consultazione scritta del socio scandita temporalmente da un primo termine entro il quale il socio o i soci, o uno o più amministratori debbano semplicemente manifestare il proprio eventuale interesse al confronto collegiale, decorso il quale non sia più possibile richiedere tale confronto e scatti il secondo termine entro il quale manifestare non collegialmente la propria volontà <sup>(69)</sup>.

### **La forma scritta quale forma necessaria per l'espressione del voto al di fuori dell'assemblea**

La terza caratteristica della decisione extra-assembleare è la necessità che entrambe le ipotesi di decisione non collegiale dei soci siano espresse per iscritto, con il corollario che dai documenti sottoscritti dai soci debbano risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione ed il consenso alla stessa <sup>(70)</sup>. La lettera della norma che parla di documenti (al plurale) provenienti dai soci sembra sconfessare un'ipotesi di differenziazione, proposta dalla dottrina, tra "consultazione" e "consenso" che si vorrebbe far consistere in una diversa modalità di espressione del consenso. Si parlerebbe di consultazione in presenza di un unico documento sottoscritto dai soci in tempi diversi, di consenso nel caso di risposta individuale ed autonoma da parte di ciascun socio ad una richiesta di decisione loro individualmente inviata <sup>(71)</sup>.

Per ritenere assolta la prescrizione del documento scritto, è necessario e sufficiente che il consenso sia scritto e non anche che sia steso sul libro delle decisioni dei soci previsto dall'art. 2478, c.c.. L'adozione del verbo trascrivere è tale da non dar adito a dubbi di sorta in ordine alla tipologia dell'adempimento, perché esso, nella sua esatta accezione indica lo scrivere un testo copiandolo da un altro testo, ossia l'operazione del ricopiare. Su tale premessa la congiunzione "anche" che precede se redatti per atto pubblico, lungi dal poter significare semplicemente che per ragioni di completezza si è inteso far sì che risultassero dal libro anche le delibera-

zioni adottate per atto pubblico, implica invece che anzitutto vadano su tale libro trascritti i verbali non redatti da notaio e le decisioni extra-assembleari dei soci e non certo che è necessaria la diretta stesura in esso del verbale <sup>(72)</sup>.

La norma in entrambe le ipotesi di consenso non collegiale impone l'onere formale della espressione del consenso in un documento sottoscritto dal socio. Essendo l'onere formale limitato dalla norma al solo consenso dato, in linea di principio non ha alcuna rilevanza giuridica in che modo venga manifestato il dissenso o l'astensione o comunque non venga dato il consenso. Per entrambe le ipotesi di manifestazione del consenso al di fuori di un procedimento collegiale, trattandosi, normalmente, di meccanismi di formazione per gradi della volontà sociale, pare opportuno prevedere un termine entro il quale i consensi o le adesioni debbano essere espressi.

### **La proposta di decisione e la sottoscrizione del documento**

In riferimento al terzo principio l'art. 2479, c.c., richiede che "dai documenti sottoscritti dai soci debbano risultare con chiarezza l'argomento oggetto della decisione ed il consenso alla stessa".

La dottrina ha sottolineato come "la chiarezza non sembra essere un concetto dotato di particolare valenza giuridica, a meno di non volerne derivare che il legislatore abbia inteso con ciò escludere la possibilità di attribuire rilevanza a una volontà tacita del socio e quindi a un suo comportamento concludente (ciò che comunque dovrebbe già da sé desumersi dalla necessità che la volontà del socio sia scritta), fermo restando che la chiarezza non impedisce di certo l'assunzione, da parte del socio, accanto a decisioni espressamente formulate anche di decisioni implicitamente desumibili da quanto è stato scritto <sup>(73)</sup>.

Secondo parte della dottrina l'inciso "documenti sottoscritti dai soci" induce a ritenere necessaria la forma scritta, e si è giunti ad affermare che tale forma sia richiesta a pena di nullità <sup>(74)</sup>.

Secondo tale dottrina non sembra condivisibile una ricostruzione secondo cui per le decisioni extra-assembleari dei soci la mancanza della forma scritta avrebbe conseguenza soltanto sul piano dell'annullabilità, in quanto patologia del consenso espresso dai singoli soci, rilevante esclusivamente nei limiti stabiliti dall'art. 2377, quarto comma, n. 2, c.c., discostandosi dalla regola di diritto comune di cui all'art. 1325, c.c..

"E' vero che la nullità è prevista dall'art. 2479 *-ter*, c.c., soltanto – e fra l'altro indirettamente – per la mancanza di verbale; ma pare che il rispetto dei principi fondamentali in tema di procedimento assembleare debba valere anche per le decisioni assunte con metodo diverso. Il senso dell'art. 2479, terzo comma, c.c. è pro-

prio quello di imporre regole serie per tali casi, con la conseguenza di equiparare estensivamente la mancanza di documentazione scritta extra assembleare alla mancanza di verbale. Pertanto pare che la mancanza di una dichiarazione scritta del socio – ove determinante per il raggiungimento del *quorum* – non rilevi soltanto sul piano della invalidità del consenso espresso da quel socio, ma come assoluta carenza documentale della decisione ... se la figura alternativa alla deliberazione assembleare è la decisione adottata mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto, e lo scritto non c'è, si potrebbe sostenere che la conseguenza non è un vizio della decisione, ma la mancanza – proprio – della fattispecie decisione, così come delineata dal legislatore” (75).

Peraltro l'art. 2478 n. 2 c.c., nel prevedere che nel libro delle decisioni dei soci debbano essere trascritte senza indugio anche le decisioni non collegiali, dispone che la relativa documentazione è conservata dalla società inequivocabilmente confermando la natura documentale dei consensi espressi dai soci.

Altra dottrina ha sottolineato come la ricostruzione sopra proposta risenta di una visione troppo “negoziale” della materia. “In termini civilistici se lo scritto è la forma del consenso, è una forma *ad substantiam*, in assenza del quale il consenso è prestato in maniera invalida *sub specie nullità*, quindi come non prestato” (76), in un'altra prospettiva, rivolta al momento dell'attività, diventa invece un vizio di formazione con tutte le conseguenze che ne derivano, ossia che il mancato rispetto della forma nel prestare il consenso (ad esempio prestato oralmente) può diventare un'ipotesi di decisione presa non in conformità della legge o dell'atto costitutivo con la conseguenza della necessità di impugnazione della decisione entro tre mesi (77). Verso tale lettura sembrerebbe portare il rinvio che l'ultimo comma dell'art. 2479-ter, c.c., fa al quarto comma dell'art. 2377, c.c., specie al n. 2 ivi contenuto, ove si considera “l'invalidità di singoli voti e il loro errato conteggio”, rinvio che 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.” (78).

In riferimento al termine sottoscrizione, per sottoscrizione si intende la scrittura del proprio nome vergata alla fine del documento. La sottoscrizione, dunque, serve ad indicare l'autore del documento (c.d. funzione indicativa) e manifesta l'assunzione di paternità del documento (c.d. funzione dichiarativa).

La sottoscrizione è, dunque, una firma posta nella fase finale e definitiva di uno scritto avente valore di manifestazione di volontà: quella di adesione al testo che la precede. In altri termini, la sottoscrizione è una *species* del *genus* della firma che indica semplicemente l'impronta di segni alfabetici formanti il nome, tradizionalmente resa mediante autografia.

Secondo parte della dottrina la dichiarazione del socio può essere contenuta in una scrittura privata sottoscritta dal socio anche non autenticata, in una comunicazione inviata via fax, che riproduca la scrittura e la sottoscrizione, in un documento elettronico, firmato digitalmente dal socio <sup>(79)</sup>.

In riferimento al documento pervenuto a mezzo fax la dottrina ha chiarito che detto documento ha il carattere di riproduzione non autentica dell'originale che, in quanto tale, può assumere valore probatorio dei fatti ivi documentati solo se la conformità all'originale non è espressamente disconosciuta da colui contro il quale è prodotta <sup>(80)</sup>.

Sembra, pertanto, rischioso considerare formata la decisione dei soci sulla base di un consenso espresso via fax, visto il rischio di un eventuale disconoscimento dell'autenticità di detto consenso.

In riferimento alla firma elettronica si possono distinguere tre tipologie di firma: la firma elettronica debole di cui all'art. 2, comma 1°, lett. A, d.legis. n. 10/2002; la firma elettronica qualificata avanzata di cui all'art. 2 lett. G, d.legis. n. 10/2002; la firma elettronica qualificata di cui all'art. 6 d.legisl. n. 10/2002 (in merito alla rilevanza probatoria che assume il documento informatico sottoscritto con firma qualificata). A tale ultima tipologia di firma elettronica appartiene la firma digitale adottata precedentemente ed esclusivamente in Italia col d.p.r. n. 153/1997 <sup>(81)</sup>.

La firma elettronica "debole" può essere qualsiasi codice identificativo associato ad un documento informativo, come ad esempio la digitazione di un semplice codice segreto, ovvero codici P.I.N., *username* e *passwords*. La firma elettronica "avanzata" è una firma elettronica connessa in maniera univoca al firmatario. Essa deve conformarsi a quattro requisiti cumulativi ovvero: l'idoneità ad identificare il firmatario; la connessione unica al firmatario; l'affidabilità dei mezzi; l'idoneità a rilevare l'integrità del documento. La firma elettronica "qualificata" consiste in una firma elettronica avanzata, basata su un certificato qualificato e creata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma <sup>(82)</sup>.

Il documento informatico sottoscritto con firma digitale o firma elettronica avanzata posta su un certificato qualificato e prodotta con un dispositivo di firma sicura fa prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni dal sottoscrittore (art. 6, comma 3°, d.legisl. cit.).

Tale documento informatico è, dunque dotato di un'efficacia superiore rispetto alla scrittura privata perché non è suscettibile di disconoscimento e risulta quindi equiparato alla scrittura privata riconosciuta <sup>(83)</sup>.

La rilevanza probatoria del documento informatico cui sia stata apposta una firma elettronica semplice o una firma elettronica avanzata viene, viceversa, lasciata alla discrezionalità del giudice <sup>(84)</sup>.

## **La decisione non collegiale c.d. totalitaria in mancanza di previsione statutaria che consenta decisioni non collegiali e in deroga alle clausole statutarie che regolano il procedimento non assembleare**

I principi sopra identificati sembrano imporre una procedimentalizzazione dell'adozione della decisione, vista la individuata necessità della previa informazione di tutti i soci e la conseguente opzione dei soggetti legittimati di richiesta di adozione collegiale della decisione.

La dottrina si è interrogata se, però, possa esistere un principio che consenta una sorta di decisione non collegiale "c.d. totalitaria", ossia che permetta: in primo luogo ai soci di decidere non collegialmente anche in assenza di una clausola statutaria che contempli tale possibilità; in secondo luogo ai soci di *bypassare* in caso d'urgenza le regole procedimentali previste dallo statuto.

In riferimento alla prima problematica sembra che una decisione mediante consenso espresso da parte della "totalità dei soci", in assenza di una espressa previsione statutaria che preveda la possibilità di adottare decisione sulla base del consenso dei soci possa essere impugnabile <sup>(85)</sup>.

Si è però precisato che mentre la decisione extra-assembleare adottata dai soci avente ad oggetto materie inderogabilmente affidate alla competenza dell'assemblea (ad es. una modifica dell'atto costitutivo) "resta *ab origine* ed indefinitamente improduttiva di effetti" <sup>(86)</sup>, viceversa, la decisione extra-assembleare assunta dai soci nelle materie rispetto alle quali è consentita la deroga al regime collegiale, ancorché non esista alcuna clausola statutaria in tal senso, o ne siano stati superati i limiti non costituirà motivo di invalidità per contrarietà a norma inderogabile, ma di impugnabilità per violazione di norme derogabili.

In riferimento al secondo problema sembra corretto che in analogia a quanto accade nel caso di assemblea c.d. totalitaria sia necessaria anche la dichiarazione degli organi sociali di essere informati sulla decisione da adottare e che non intendono opporsi all'espressione del voto sulla decisione.

### **I soggetti legittimati ad avviare i procedimenti extra-assembleari**

Il legislatore nulla dispone in merito ai soggetti concretamente legittimati a iniziare i procedimenti decisionali extra-assembleari.

La dottrina al fine di colmare la lacuna legislativa ritiene opportuno chiarire attraverso una espressa previsione dell'atto costitutivo a chi spetti la "legittimazione a concepire e a iniziare i procedimenti decisionali extra-assembleari, in mancanza di un *imput* del legislatore ... individuando all'uopo o l'organo amministrativo nella sua

collegialità e/o singoli suoi componenti oppure anche singoli soci (in tal caso resterebbe da verificare se tale diritto di promuovere la decisione dei soci costituisca o meno un particolare diritto *ex art. 2468, terzo comma, c.c.*)” <sup>(87)</sup>.

Prima di aderire alla ricostruzione che ritiene nella piena disponibilità dei soci l’attribuzione senza limitazione alcuna, attraverso clausola statutaria, della legittimazione all’avviamento del procedimento extra-assembleare sono però opportune alcune riflessioni.

Posto infatti che il potere discrezionale di attivare i procedimenti extra-assembleari può in alcuni casi divenire un vero e proprio dovere, da cui possono conseguire profili sanzionatori e di responsabilità per coloro i quali si rendano inadempienti, la circostanza che i predetti profili siano previsti solo con riferimento ad amministratori e sindaci induce a ritenere non condivisibile l’ipotesi che la relativa competenza di avviamento del procedimento decisionale possa essere attribuita dai patti sociali “in via esclusiva” a soggetti diversi da quelli per i quali il mancato adempimento, laddove obbligatorio, può comportare l’applicazione di sanzioni e l’insorgenza di responsabilità” <sup>(88)</sup>.

In altre parole non sembra che una clausola dei patti sociali possa prevedere che l’attivazione del procedimento di approvazione extra-assembleare del bilancio spetti “esclusivamente” ad un socio, che peraltro non rivesta la qualifica di amministratore. La clausola dovrà sempre prevedere anche una legittimazione concorrente dell’organo amministrativo, qualora la legge imponga a detto organo l’obbligo della convocazione.

Nella s.p.a. tale principio sembra codificato nell’art. 2367, terzo comma, c.c., laddove prevede che la convocazione su richiesta di soci non è ammessa per argomenti sui quali l’assemblea delibera “a norma di legge o su proposta degli amministratori o sulla base di un progetto o di una relazione da essi predisposta”.

Peraltro l’art. 2367, terzo comma, c.c., preclude addirittura la richiesta di avviamento del procedimento decisionale a chi è semplicemente soggetto legittimato a richiedere la convocazione dell’assemblea, con conseguenti effetti obbligatori per chi è investito del relativo potere-dovere di convocazione.

Anche nella disciplina della s.r.l. tale principio sembra esplicitato, anche se indirettamente, nell’art. 2475, quinto comma, c.c., laddove prevede che la redazione del progetto di bilancio ... sia di competenza dell’organo amministrativo. Non si vede, infatti, come possano conciliarsi la competenza esclusiva alla redazione del bilancio in capo ad un organo con la competenza esclusiva di altro soggetto all’attivazione del procedimento di approvazione di detto documento.

Venendo alla previsione statutaria che attribuisca al singolo socio la legittimazione all’avviamento del procedimento decisionale extra-assembleare sembra opportuno precisare che, ovviamente laddove sia indicato come soggetto promotore cia-

scun socio questi potrà dare impulso alla decisione solo nel caso in cui si tratti di una materia di competenza dei soci, in caso contrario, ovvero laddove si tratti di materia riservata agli amministratori, sarà prima necessaria una richiesta proveniente da soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale (art. 2479, comma primo, salvo ovviamente il caso in cui sia stato abbassato statutariamente il *quorum* previsto per tale richiesta della minoranza, nel qual caso sarà operativo detto *quorum* anche per la consultazione scritta) <sup>(89)</sup>.

Una volta esaminati i limiti che può incontrare l'autonomia statutaria in materia di legittimazione all'avviamento della procedura decisoria extra-assembleare resta da verificare nel silenzio della legge e dell'atto costitutivo a chi spetti detta legittimazione..

Secondo parte della dottrina si dovrebbe ritenere che l'avviamento dei procedimenti decisionali extra-assembleari spetti all'organo amministrativo nelle società a responsabilità limitata a profilo capitalistico, mentre in quelle a profilo personalistico spetti a qualunque socio <sup>(90)</sup>. Vista però la possibile arbitrarietà o soggettività della qualificazione della s.r.l. come a struttura personalistica o capitalistica sembra opportuno ricercare una diversa chiave di soluzione del problema.

Esiste una norma l'art. 2479, c.c., che genericamente stabilisce che i soci decidono sugli argomenti che "uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione".

Tale norma è letta da parte della dottrina come una attribuzione di legittimazione alla "attivazione" della decisione dei soci <sup>(91)</sup>.

Non è certo, però, che una indicazione in merito si possa trarre dall'art. 2479, primo comma. Tale norma sembra, infatti, avere un diverso ambito di applicazione, in quanto detta solo un criterio con il quale ampliare le competenze dei soci, ovvero individua in ciascun amministratore o in tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale, coloro che possono richiedere una decisione comune, anche per quelle materie riservate nel modello statutaria, alla competenza degli amministratori.

Secondo un altro orientamento, che sembra preferibile, si dovrebbe ritenere che la riforma non abbia modificato la previgente disciplina di legge, per quanto concerne la competenza esclusiva degli amministratori (intesi nella loro collegialità e non singolarmente) ad attivare i procedimenti extra-assembleari e a convocare l'assemblea dei soci, cui continua ad aggiungersi la competenza sussidiaria dei sindaci, ove nominati e salva una diversa o ulteriore previsione statutaria.

Tale ultima lettura sembra in linea con l'orientamento di principio di parte della dottrina secondo cui "in tali ipotesi, le esigenze sottese alla stabilità societaria inducono a individuare dei limiti circa i soggetti legittimati alla promozione della decisione di cui all'art. 2479,c.c." <sup>(92)</sup>.



Una volta concluso l'esame circa la legittimazione "diretta" all'avviamento della procedura decisionale extra-assembleare pare quanto mai opportuno evidenziare la differenza che intercorre tra la nozione di soggetto investito del potere-dovere di convocazione dell'assemblea e di soggetto legittimato a richiedere la convocazione dell'assemblea con effetti obbligatori per chi è investito del relativo potere-dovere di convocazione.

In tal caso è dubbio, se i soci qualora raggiungano il decimo del capitale sociale possano chiedere agli amministratori la adozione del procedimento di iniziativa in analogia all'art. 2367, c.c., in materia di s.p.a. <sup>(93)</sup>, o se, viceversa, si debba applicare analogicamente o interpretare estensivamente l'art. 2479, primo comma, c.c., estendendo la possibilità ivi prevista di richiedere una decisione dei soci su materie di competenza dell'organo amministrativo, anche alla facoltà di richiedere all'organo legittimato di avviare un procedimento di decisione extra-assembleare su materie già di specifica competenza dei soci.

### **I soggetti coinvolti nel procedimento**

Il legislatore afferma che ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni. Oltre al socio sembra aver diritto di partecipare alle decisioni, ove risultino tali dal libro soci, il sequestratario, il creditore pignoratizio e l'usufruttuario, che hanno diritto di voto, così come il rappresentante comune dei comproprietari o degli usufruttuari in caso di usufrutto congiunto.

L'individuazione dei soci legittimati a partecipare alle decisioni in forma non assembleare è effettuata con riferimento alle risultanze del libro soci alla data dell'inizio della procedura; qualora nel frattempo intervengano mutamenti nella compagine sociale, il nuovo socio potrà sottoscrivere la decisione in luogo del socio cedente allegando estratto autentico del libro soci ovvero attestazione degli amministratori da cui risulti la sua regolare iscrizione in detto libro.

Naturalmente, nel caso in cui la quota sia stata alienata con successivi contratti a più persone, a diritto di partecipare alla decisione chi in buona fede abbia iscritto per primo il trasferimento nel registro delle imprese, anche se eventualmente abbia chiesto l'iscrizione nel libro dei soci successivamente ad altro acquirente.

Un problema si pone per il caso di recesso o di esclusione del socio, di cui agli artt. 2473 e 2473-*bis*.

Qui si discute circa il momento nel quale cessa il vincolo sociale e quindi l'esercizio dei relativi diritti. Secondo parte della dottrina è con la dichiarazione del recesso, che si conclude il rapporto sociale, salva la condizione risolutiva costituita dalla revoca della deliberazione che lo aveva legittimato ovvero della deliberazione di scioglimento della società. Farebbe propendere per tale ricostruzione la natura

recettizia della dichiarazione di recesso e la sua intrinseca funzione di sciogliere il socio dalla società <sup>(94)</sup>.

In tal senso sembra andare anche la previsione dell'art. 2473, quinto comma, c.c., dove è previsto che il recesso se già esercitato "è privo di efficacia", se, entro novanta giorni, la società revoca la delibera che lo legittima ovvero se è deliberato lo scioglimento della società.

Tale ricostruzione comporta il venir meno in capo al socio recedente del diritto di intervento alle assemblee che, medio tempore, venissero convocate compresa quella per l'approvazione del bilancio, la revoca della deliberazione che ha legittimato il recesso o lo scioglimento della società ecc. Ne conseguirebbe che nel caso di revoca della delibera che ha legittimato il recesso, le delibere nel frattempo assunte produrrebbero effetti vincolanti per il socio senza che egli abbia potuto partecipare alle relative assemblee e votare. La soluzione non sembra condivisibile.

All'opposto, secondo altra dottrina si dovrebbe ritenere che il recedente, conservi lo stato di socio e pertanto debba "essere ritenuto legittimato in quello *spatium temporis*, proprio perché ancora interessato e coinvolto dall'attività assembleare ad esercitare i diritti sociali <sup>(95)</sup>.

La seconda ricostruzione però "desta non poche perplessità, soprattutto perché getta nell'incertezza l'efficacia e la sorte delle delibere assunte con il voto favorevole del socio recedente successivamente estromesso dalla società" <sup>(96)</sup> (in esito alla precedente dichiarazione di recesso).

In realtà, sembra che il socio che esercita il recesso abdichi con efficacia immediata alla totale pienezza dei propri diritti sociali, ma rimanga comunque "socio in parte quiescente" della società.

Di tale congelamento si trova un chiaro indice tanto per le s.p.a. nell'art. 2347-*bis*, quinto comma, c.c., che prevede che le azioni per le quali è esercitato il diritto di recesso non possono essere cedute e devono essere depositate presso la sede sociale, quanto per le s.r.l. nell'art. 2473, quarto comma, c.c., laddove si prevede che il rimborso della partecipazione del socio receduto possa avvenire anche mediante acquisto da parte degli altri soci proporzionalmente alle loro partecipazioni oppure da parte di un terzo concordemente individuato da soci medesimi. Sembra che in tale ultima ipotesi la cessione della partecipazione sarà dal socio receduto al subentrante, con effetto dal momento di perfezionamento della cessione.

Qualora si aderisca alla ricostruzione qui ritenuta preferibile del mantenimento della qualità di socio in capo al recedente resta da verificare per quanto tempo e con quali diritti il socio rimanga "socio in parte quiescente" della società.

La questione è complicata dal fatto che mentre per la s.p.a. il legislatore detta un termine pari a novanta giorni entro il quale la società può revocare la delibera che legittima il recesso ovvero deliberare lo scioglimento della società, in tal modo

paralizzando le conseguenze del recesso, per la s.r.l. non è previsto alcun termine.

Non sembra, pertanto, applicabile per analogia la ricostruzione dottrinale, pensata per la s.p.a., secondo cui l'estromissione dalla società sarebbe sottoposta ad un termine iniziale decorrente dal novantesimo giorno dalla dichiarazione di recesso, oltre che alla condizione della mancata revoca della deliberazione che legittima il recesso <sup>(97)</sup>.

Nella disciplina della s.r.l. l'unico termine rinvenibile è quello di centottanta giorni dalla comunicazione del recesso, termine entro il quale deve essere liquidata al socio la sua partecipazione. Il decorso di tale termine sembrerebbe l'unico appiglio o meglio "termine normativo" identificante il possibile momento di uscita del socio recedente dalla società. Resta da verificare, comunque, se il socio possa partecipare alle decisioni che medio tempore vengano avviate con modalità assembleari o extra-assembleari.

Sembra si debba distinguere a seconda che la decisione da adottare riguardi la revoca della decisione che ha legittimato il recesso, o altra diversa decisione.

Nel primo caso sembra si possa ragionare nel senso che al socio recedente spetti il diritto di partecipare alla decisione. Il dialogo tra socio che ha dichiarato la propria volontà di recesso e la società sembra, infatti, essere un valore positivo da tutelare. Tale dialogo potrebbe legittimamente concludersi con una soluzione concordata tra le parti, che prescindendo dalla totale revoca della decisione, portando ad una semplice modifica della stessa che accontenti il socio "recedente" convincendolo a revocare il suo recesso, e consentendo alla società di mediare una soluzione meno traumatica rispetto a quella della revoca totale della decisione, unica alternativa alla perdita del socio e relativa liquidazione della sua partecipazione. In riferimento all'esercizio del diritto di voto in tale decisione sembra che si debba considerare il socio recedente come portatore di un interesse in conflitto con quello della società nella votazione relativa alla revoca o modifica della originaria decisione, con l'applicazione della relativa disciplina <sup>(98)</sup>.

Nel secondo caso sembra, invece, che l'adozione di decisioni diverse da quella di revoca o modifica concordata della decisione che abbia originato il recesso, debba intendersi come manifestazione da parte dei soci di una implicita ma chiara volontà di non tornare sui propri passi.

In altre parole sembra coerente ritenere che nella s.r.l. la revoca della decisione che ha originato il recesso debba essere adottata come prima decisione utile successiva a quella che ha originato il recesso. Pertanto, l'adozione di altre decisioni sembra possa equivalere ad una tacita dichiarazione di non voler revocare la precedente decisione. Non sembra che in tale ipotesi sia necessario coinvolgere con una sua partecipazione il socio recedente, visto che l'adozione di una decisione diversa da quella di revoca o modifica della precedente decisione cristallizza la volontà dei

soci di rendere definitiva la decisione che ha originato il recesso, mentre il rigetto della proposta di decisione lascia sostanzialmente inalterata la situazione.

### **Le materie che non possono costituire oggetto di decisioni non collegiali**

Ai sensi dell'art. 2479, quarto comma, c.c., qualora nell'atto costitutivo non vi sia la previsione di cui al terzo comma e comunque con riferimento alle materie indicate nei numeri 4) e 5) del secondo comma di tale articolo (ossia le modifiche dell'atto costitutivo e le decisioni di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci) le decisioni dei soci debbono essere adottate mediante deliberazione assembleare.

In riferimento al n. 5 della norma citata, va rimarcata sicuramente la novità e la genericità della locuzione operazioni, più attenta alla sostanza delle cose che alla loro veste formale, e che consentirà di rimettere alla decisione dei soci operazioni che già *de iure condito* molti ritenevano sottratte alla competenza degli amministratori <sup>(99)</sup>.

Per operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo sembra si debbano ricomprendere quelle operazioni che vedono detta modificazione (nella attività che costituisce l'oggetto sociale) come effetto e non come oggetto immediato della decisione. Sembrano da annoverare tra tali modifiche: l'assunzione di partecipazioni in altre imprese, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta, appunto, sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato nello statuto (in termini, del resto, si esprime l'art. 2361) <sup>(100)</sup>.

Più problematica è l'individuazione delle operazioni che comportano una "rilevante modificazione dei diritti dei soci".

Si è ipotizzato di comprendervi le operazioni che possono determinare dipendenza economica da altra impresa, sì da sottomettere la società all'influenza dominante (controllo contrattuale) e all'attività di direzione e coordinamento di altra società; ciò determinerebbe una rilevante modifica dei diritti dei soci, perché l'art. 2497-*quater* prevede nuove situazioni in cui al socio, nella ipotesi considerata, si accorda il diritto di recesso dalla società.

Per altro verso, collegando la previsione in esame con l'art. 2473 (secondo cui spetta il diritto di recesso ai soci dissenzienti rispetto ad operazioni che comportano ... una rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'art. 2468, quarto comma), si è anche sostenuto che, benché non espressamente richiamato, dovranno intendersi riservate alla competenza esclusiva dei soci soltanto quelle operazioni che determinano una rilevante modificazione dei particolari diritti riguar-

danti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili attribuiti ai soci di cui all'art. 2468, comma quarto <sup>(101)</sup>.

Il procedimento assembleare andrà, inoltre, seguito in caso di perdite che incidono sul capitale per oltre un terzo, in quanto i nuovi artt. 2482 *bis* e 2482 *ter* prevedono che gli amministratori devono convocare "l'assemblea dei soci" e comunque perché tali operazioni richiedono o possono richiedere modifiche dell'atto costitutivo <sup>(102)</sup>. La dottrina ha poi colto che il legislatore ha previsto l'adozione del metodo assembleare anche per l'approvazione del bilancio, qualora a detta approvazione debba seguire la ulteriore e distinta operazione di riduzione del capitale *ex* art. 2482-*bis*, quarto comma <sup>(103)</sup>. La norma, infatti, prevede che in tale caso "deve essere convocata l'assemblea per l'approvazione del bilancio".

E', viceversa, dubbio se siano di competenza esclusiva dell'assemblea e quindi non adottabili con procedimento extra-assembleare l'ipotesi di nomina e revoca dei liquidatori e determinazione dei criteri di liquidazione (art. 2487), di revoca dello stato di liquidazione (art. 2487-*ter*) nonché le disposizioni di leggi speciali che espressamente prevedano la decisione in forma assembleare, come nel caso della approvazione della proposta di concordato preventivo o fallimentare o della richiesta di ammissione ad amministrazione controllata (artt. 152,161 e 187 legge fallimentare e infine l'attribuzione dell'incarico di revisione contabile art. 159 t.u.f. <sup>(104)</sup>.

Secondo parte della dottrina occorrerebbe preventivamente valutare se la previsione, per una determinata decisione, del metodo assembleare costituisca una deroga al nuovo art. 2479 e non sia, invece, frutto di un difetto di coordinamento, originario o derivato. Così, il fatto che per le decisioni di cui agli artt. 2487 e 2487-*ter* sia contemplato unicamente il modello assembleare deriverebbe, secondo parte della dottrina, dalla circostanza che le norme sono dettate con riferimento allo scioglimento e alla liquidazione di tutte le società di capitali, non solo della s.r.l., ed il legislatore, molto probabilmente, ha dimenticato di coordinarle con le novità introdotte in tema di procedimenti decisionali nella s.r.l. Ha conferma di tale ricostruzione si invocherebbe anche la norma di cui all'art. 2484, comma uno, n. 3, laddove lo scioglimento della società è sancito solo per l'impossibilità di funzionamento o per la continua inattività dell'assemblea <sup>(105)</sup>.

In riferimento alla disciplina fallimentare si è detto che tali norme precedenti alla riforma, non potevano prevedere le decisioni dei soci in forma non assembleare, ma che nulla vieterebbe che le domande di ammissione all'amministrazione controllata o di concordato siano decise non collegialmente, in considerazione, soprattutto della possibilità di delega di detti poteri agli amministratori <sup>(106)</sup>.

La dottrina ha correttamente sottolineato come relativamente alla ripartizione di competenze ora richiamate, occorra evitare innanzitutto di cedere alla tentazione di identificare le competenze da assumere con deliberazione assembleare con quelle

assegnate dal precedente ordinamento all'assemblea straordinaria, e quelle da adottarsi con decisione non collegiale con quelle attribuite all'assemblea ordinaria <sup>(107)</sup>.

La chiave di lettura sembra, invece, da desumersi dall'inciso di cui all'art. 2479, n. 5) che ponendo l'accento su modifiche sostanziali di oggetto e diritti offre una chiave di lettura nel senso che tutte le operazioni che comportino una sostanziale e rilevante modifica della società e delle posizioni dei soci debbano essere discusse ed adottate in assemblea.

Alla luce di quanto ora affermato non sembra condivisibile l'affermazione che l'esclusione del socio *ex art. 2473-bis* possa essere adottata sia con metodo assembleare sia con metodo extra-assembleare <sup>(108)</sup>, restando tale decisione, ad avviso di chi scrive, sempre di competenza dell'assemblea.

### **Il procedimento decisionale: il procedimento di richiesta del consenso ed il soggetto legittimato a ricevere i documenti e a dar conto dell'esito della decisione**

Circa le modalità di invio del documento per la consultazione o il consenso ai soci è possibile che esso possa essere scritto su qualsiasi supporto – cartaceo o digitale – e poi trasmesso con qualsiasi sistema: postale, a mano, elettronico, via telefax, ecc.) e comunque per questioni di opportunità mediante metodologie di comunicazione che lascino prova dell'avvenuta trasmissione e dell'avvenuto raggiungimento del destinatario, al suo indirizzo fisico (per la posta), virtuale (per la e-mail) o telefonico (per il telefax).

La norma non individua il soggetto che deve gestire il processo decisionale da un punto di vista operativo, cioè colui che provvede a raccogliere le consultazioni o i consensi eseguendo, altresì, i conteggi necessari ai fini della determinazione del *quorum* deliberativo.

Secondo parte della dottrina “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 1, n. 2, 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.” <sup>(109)</sup>.

Allorché le decisioni vengono adottate *ex art. 2479*, c.c., la necessità che qualcuno presieda materialmente quanto meno all'attività di raccolta dei consensi

non è insomma contraddetta dalla semplificazione della procedura. Soltanto che, in questi casi, la direzione e il coordinamento della attività non postula, per definizione, l'esercizio di un ruolo che rinviene la propria ragion d'essere nelle funzioni assolte dalla riunione dei soci. Ed infatti la figura del presidente non è prevista dalla norma di cui all'art. 2479, c.c. <sup>(110)</sup>.

Secondo parte della dottrina, nel silenzio dell'atto costitutivo, sarebbe da ritenersi "che tali funzioni competano al soggetto indicato nell'atto costitutivo a presiedere l'assemblea, in analogia con quanto previsto dall'art. 2479-*bis*, comma 4, c.c., in relazione alla riunione assembleare" <sup>(111)</sup>.

Sembra preferibile ritenere, anche in considerazione di quanto sopra scritto, che, nel silenzio dell'atto costitutivo, le dichiarazioni di voto debbano, in applicazione dell'art. 1334, c.c., essere comunicate agli amministratori.

In questo modo 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.

### **La delega nel caso di decisioni non collegiali**

Il legislatore in materia di s.r.l. prevede semplicemente e solo con riferimento all'assemblea che "se l'atto costitutivo non dispone diversamente, il socio può farsi rappresentare in assemblea".

Secondo parte della dottrina a meno di non invocare improbabili analogie con le norme della s.p.a. non si applicano le regole (salva, comunque, una loro riabilitazione totale o parziale a opera dello statuto) che impediscono la delega con nome del rappresentante in bianco, che impediscono la sostituzione del rappresentante se il sostituto non sia indicato nella delega, che impediscono che la stessa persona rappresenti più di venti soci, che non consentono che la rappresentanza sia conferita a membri di organi amministrativi o di controllo o ai dipendenti della società, né alle società da essa controllate o ai membri degli organi amministrativi o ai dipendenti di queste <sup>(112)</sup>.

L'illimitato potere di utilizzo della rappresentanza da parte del socio sembra possa, però, trovare qualche limite qualora i soci per previsione dell'atto costitutivo o per avocazione *ex art.* 2479, primo comma, c.c., si trovino ad essere titolari di vere e proprie competenze gestorie.

Secondo parte della dottrina deporrebbero in tal senso un triplice ordine di ragioni.

"In primo luogo, sul piano sistematico, apparendo vera e propria regola gene-

rale quella che vieta il voto per rappresentanza in seno agli organi collegiali investiti di competenze gestionali" <sup>(113)</sup>.

In secondo luogo sembrando inammissibile la delega a soggetti, quali i sindaci, che devono svolgere funzioni di controllo che mal si conciliano con competenze gestionali <sup>(114)</sup>.

In terzo luogo la delega non sarebbe comunque ammissibile nel caso in cui l'atto costitutivo non contenga la previsione della possibilità di affidare la gestione della società a non soci (v. art. 2475, comma primo, c.c.) <sup>(115)</sup>.

Il legislatore tace in riferimento all'astratta possibilità di conferire delega anche nel caso di decisione non collegiale <sup>(116)</sup>. Il silenzio del legislatore potrebbe significare che per questa particolare ipotesi di partecipazione del socio alla formazione della volontà sociale non sia ammessa o comunque perlomeno prevista *ex lege* la possibilità di delega.

Si potrebbe affermare che la particolare facilità partecipativa che caratterizza i procedimenti decisionali non assembleari escluda la necessità della possibilità di delegare, ma in realtà vi sono perlomeno due ipotesi in cui tale necessità sussiste. Nel caso di conferimento di delega generale per tutte le decisioni dei soci senza distinguere tra decisioni assembleari e non ed in secondo luogo nel caso di decisione non collegiale da assumersi in modo c.d. totalitario, senza che il delegante sia in grado di conoscere a priori su cosa si potrà deliberare e sia nell'impossibilità di esercitare successivamente il voto.

In conclusione, anche nel caso di mancanza di una clausola dell'atto costitutivo che preveda espressamente la possibilità di rilasciare delega anche nel caso di decisioni da adottare non collegialmente deve ritenersi lecito ed ammissibile tale comportamento.

In tal senso sembrano deporre sia l'art. 2479-*bis*, secondo comma, c.c., in materia di assemblea, che prevede come regola legale la delegabilità e come eccezione una diversa previsione dell'atto costitutivo, sia l'art. 2479, quinto comma, c.c., che prevede che ogni socio abbia diritto di partecipare alle decisioni ed anche la possibilità di conferire delega garantisce o comunque rafforza tale norma di principio.

Resta il dubbio se a fronte di una clausola dell'atto costitutivo che preveda l'esclusione o la limitazione del diritto di delega al voto per il caso di decisione assembleare si debba intendere che tale l'esclusione o la limitazione valga anche per le decisioni extra-assembleari. Se si considera che lo scopo dell'esclusione della delegabilità normalmente è quello di impedire la partecipazioni alla vera e propria discussione assembleare di soggetti estranei alla compagine sociale (quali ad esempio avvocati od altri professionisti) <sup>(117)</sup>, ma soprattutto se si considera che la regola di legge è costituita dalla delegabilità mentre l'eccezione è l'esclusione o la limitazione



della delegabilità sembra si debba concludere per l'inammissibilità dell'estensione analogica dell'esclusione o limitazione della delegabilità anche alle decisioni extra-assembleari.

### **I *quorum* delle decisioni assembleari e non a confronto tra loro**

Anche sotto il profilo dei *quorum* decisionali il legislatore dimostra la sua preferenza per il metodo assembleare collegiale. Infatti, "i *quorum* decisionali vengono distinti a seconda che al provvedimento si pervenga attraverso decisione dei soci adottate mediante la consultazione scritta o sulla base del consenso scritto o attraverso delibera assembleare. Le decisioni dei soci prese senza la riunione dell'assemblea sono approvate, ai sensi dell'art. 2479, c.c., con il voto favorevole di una maggioranza dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, che può prevedere eventualmente maggioranze più elevate. L'assemblea invece è regolarmente costituita, ai sensi dell'art. 2479 *bis*, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale e deliberano a maggioranza assoluta dei presenti (eccezion fatta per le decisioni di cui all'art. 2479 nn. 4 e 5). Da ciò consegue che il consiglio di amministrazione potrebbe essere indotto a passare per l'assemblea ogni qual volta si trovi a sottoporre al voto dei soci problematiche controverse nelle quali essi ritengono di non poter arrivare al voto favorevole del 50% del capitale sociale ma solo a quello di una minoranza qualificata dello stesso (giocando, evidentemente in tal caso sulla parziale partecipazione dei soci all'assemblea all'uopo convocata)" <sup>(118)</sup>.

In riferimento all'ammissibilità o meno della regola della unanimità non sembra decisiva la modalità di adozione della decisione. Anzi, l'ipotesi in cui la regola maggioritaria non funziona, ossia le modifiche di particolari diritti attribuiti a singoli soci per le quali è richiesta l'unanimità dei soci (salvo diversa scelta dell'atto costitutivo), rientra tra le decisioni da adottare in forma assembleare <sup>(119)</sup> (art. 2479, n. 4 e 5, c.c.). Sotto il profilo pratico sembra si debba notare che qualora i soci (*ex art. 2479, primo comma, c.c.*) avochino a sé scelte gestionali dell'organo amministrativo, probabilmente le vogliono sottrarre alla scelta di uno o pochi amministratori spesso anche soci per attribuirle alla totalità degli stessi con regola unanime.

### **II perfezionamento della decisione**

Sembra che si debba ritenere, argomentando dall'art. 1326, 2° comma, c.c., che l'unanimità o la maggioranza debbano essere raggiunte entro un termine congruo, avendo riguardo alle singole situazioni di fatto, trascorso il quale occorrerà

che i soci che hanno espresso il loro voto siano di nuovo interpellati; nulla vieta che il contratto sociale possa prevedere a priori un termine entro il quale i consensi o le adesioni debbano pervenire alla società, oppure rimandare al contenuto della proposta, la scansione temporale del procedimento.

Sembra possa essere consequenziale che la legittimazione al voto di ciascun socio debba sussistere sia nel momento in cui il voto è espresso, sia nel momento in cui si perfeziona la decisione.

Date le dimensioni delle s.r.l. le difficoltà di controllo non vanno sopravvalutate.

Sembra opportuno che lo statuto disciplini compiutamente le modalità di trasmissione alla società e agli altri soci del consenso espresso da tutti i soci su una determinata decisione, come anche le modalità di trasmissione al consultante, alla società e agli altri soci della decisione maggioritaria adottata in virtù di consultazione.

Sembra opportuno chiarire che la concordanza tra le dichiarazioni di consenso dei soci non debba essere intesa in senso letterale, bensì in ragione del contenuto di esse, secondo le norme concernenti l'interpretazione degli atti giuridici in generale, e delle dichiarazioni di volontà del contratto in particolare, che possono trovare applicazione analogica nella fattispecie <sup>(120)</sup>.

Secondo parte della dottrina la recettività del consenso ricorre nel caso di specie nei confronti della società e non di ciascun socio nei riguardi degli altri, proprio perché nella specie il soggetto preposto alla realizzazione del fine unitario è la società, vale a dire un soggetto terzo rispetto a coloro che hanno emesso le dichiarazioni di consenso <sup>(121)</sup>.

### **La revoca del voto espresso**

Si è affermato che si possa trarre dall'art. 1326, 1° comma, c.c., il principio che ogni volta che un effetto giuridico si crea a seguito del concordare di più volontà, la singola manifestazione di volontà possa essere revocata fin quando non si siano avute le conformi manifestazioni di volontà degli altri soggetti e di conseguenza ciascun socio possa revocare il proprio voto finché la decisione non è giuridicamente perfetta e quindi adottata.

Si è inoltre prospettato che addirittura la manifestazione di volontà sia revocabile anche una volta raggiunta la necessaria maggioranza, purché entro il termine di scadenza finale del procedimento, normalmente previsto statutariamente o indicato nella stessa proposta di decisione <sup>(122)</sup>.

In merito alla revocabilità del voto da parte del socio che lo ha espresso è stato anche diversamente sostenuto che lo stesso è qualificabile come atto unilaterale

recettizio, e quindi appare corretto ritenere che possa essere revocato fino al momento in cui non pervenga alla conoscenza del destinatario, cioè non giunga al centro di raccolta a cui è destinato <sup>(123)</sup>.

Tale ultima tesi sembra da preferirsi a quella secondo cui, l'espressione del voto sia da equipararsi ad una proposta contrattuale revocabile, fin quando la decisione non sia stata formata <sup>(124)</sup>.

## **Il momento perfezionativo del consenso**

La decisione è da ritenersi adottata nel momento in cui le dichiarazioni di consenso delle maggioranze necessarie (nel caso di consultazione scritta) sono concentrate presso gli amministratori.

Questi dovranno dar atto a verbale delle modalità attraverso le quali si sono conteggiati ed eventualmente interpretati i consensi pervenuti ed i consensi andranno conservati dalla società come documentazione integrante il verbale.

Non sembra condivisibile il diverso orientamento secondo il quale si dovrebbe considerare la trascrizione nel libro delle decisioni come condizione di esistenza della decisione stessa <sup>(125)</sup>.

Tale ricostruzione si baserebbe su di una equiparazione tra decisione collegiale assembleare che si intenderebbe "presa" solo nel momento della sua proclamazione e decisione non collegiale che, in mancanza di qualsiasi altro momento equiparabile alla proclamazione, dovrebbe risultare approvata solo nel momento della sua trascrizione nel libro delle decisioni <sup>(126)</sup>.

Il vantaggio della ricostruzione da ultimo proposta secondo la dottrina 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 essere valutata" <sup>(127)</sup>.

La soluzione ipotizzata dalla dottrina da ultimo riportata non sembra condivisibile.

Infatti, in forza del principio "c.d. negoziale puro", peraltro non derogato da alcuna espressa norma di legge, la decisione si formerebbe non appena sia raggiunto il quoziente prescritto. Non sembra accettabile rimettere agli amministratori la facoltà di decidere, attraverso la trascrizione nel libro soci, l'adozione o meno della decisione, visto che procrastinandone la trascrizione potrebbero convincere un socio a revocare il proprio assenso o dissenso.

Né sembra meritevole di particolare tutela il diritto al pentimento del socio, anche se spontaneo e non indotto da terzi. Peraltro, con questa sorta di limbo decisionistico si 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 <sup>(128)</sup>.

## **Il documento che “formalizza” il contenuto e la modalità di adozione della decisione non collegiale**

Anche la decisione non collegiale va “formalizzata” in un documento scritto.

La stessa relazione accompagnatoria sottolinea l'importanza della “formalizzazione” della decisione nel relativo libro sociale.

Circa il contenuto minimo del documento che formalizza la decisione non collegiale sembra si debba partire dal richiamo effettuato dall'art. 2479-ter, quarto comma, c.c., all'art. 2377, quinto comma, c.c., in quanto compatibile <sup>(129)</sup>. La norma richiamata prevede che la deliberazione non può essere annullata: per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate, salvo che tale partecipazione sia stata determinante ai fini della regolare costituzione dell'assemblea a norma degli articoli 2368 e 2369; per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, salvo che il voto invalido o l'errore di conteggio siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta; per l'incompletezza o l'inesattezza del verbale, salvo che impediscano l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione.

Sembra pertanto che dal documento formalizzato debbano risultare almeno l'identità e la legittimazione dei sottoscrittori, l'accertamento dei risultati delle votazioni e il contenuto della decisione.

Si potrebbe sostenere che l'assenza nella disciplina delle s.r.l. di un articolo che replichi il contenuto dell'art. 2379, comma terzo, c.c., ai sensi del quale il verbale non si considera mancante se contiene la data della deliberazione e il dispositivo deliberato ed è sottoscritto dal Presidente dell'assemblea o dal Presidente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza e dal segretario o dal notaio sia conseguenza della possibilità di configurare nella s.r.l. una decisione non collegiale che si perfezioni indipendentemente dall'intervento di un soggetto che per semplicità potremmo definire responsabile dell'accertamento della regolarità della formazione delle decisioni extra-assembleari.

Sembra, viceversa, che per i motivi in precedenza espressi sia necessario che esista un soggetto che dia conto nel c.d. documento “formalizzato” del contenuto della decisione adottata e del raggiungimento del numero di suffragi necessari per il perfezionamento della decisione, il nominativo di ciascun dei soci che abbia comunque manifestato la propria volontà, la quota rispettivamente posseduta, la posizione assunta (consenso, dissenso o astensione) e la data in cui la società ne ha ricevuto formale comunicazione, dando atto della verifica, per quanto possibile, compiuta dal formalizzante in merito all'effettiva provenienza del suffragio dagli aventi diritto ed

alla persistenza, in capo agli stessi, della legittimazione ad esprimerlo. Tra l'altro, anche se in un'ipotesi limite, ossia voto per corrispondenza da parte di tutti i soci e conseguente mancanza fisica di soci alla riunione assembleare, è prevista la formalizzazione dei risultati del voto da parte del soggetto a ciò preposto mediante la mera verifica e conteggio degli stessi.

E' vero che tali accertamenti sono richiesti espressamente solo nel caso di assemblea dall'art. 2479-*bis*, quarto comma, c.c., ma come visto in precedenza per le decisioni non collegiali si possono desumere dal richiamo effettuato dall'art. 2479-*ter* all'art. 2377, quinto comma, né sembra configurabile un sistema che garantisca un controllo seppur minimo sulla regolarità della formazione del consenso nel caso di decisione assembleare e si disinteressi totalmente della verifica nel caso di decisioni extra-assembleari.

Nel c.d. documento di formalizzazione si indicherà inoltre il soggetto che ha assunto l'iniziativa del processo decisionale. Si darà conto della scelta per il metodo del consenso scritto ovvero per quello della consultazione scritta, quale che sia l'effettiva differenza tra i suddetti procedimenti, come enucleati nell'atto costitutivo. Nel caso in cui le dichiarazioni di voto dovessero pervenire alla società a mezzo di distinti documenti e in tempi diversi, trattandosi di procedimento decisionale a formazione progressiva, si preciserà quando questo si è perfezionato, in conseguenza del raggiungimento del *quorum* deliberativo prescritto dalla legge o dallo statuto <sup>(130)</sup>.

Sarà inoltre opportuno far risultare dall'atto di formalizzazione la circostanza che nessuno dei soggetti a ciò legittimati si sia opposto all'adozione di una decisione a collegialità ridotta, richiedendo per la materia in oggetto una tradizionale delibera assembleare; sarà inoltre opportuno dar conto del fatto che tutti i soci sono stati ritualmente interpellati, concedendo a ciascuno di essi un termine sufficiente per acquisire adeguata conoscenza dell'argomento ed esprimere un voto consapevole e informato, nonché riportare una descrizione delle concrete modalità di svolgimento della procedura decisionale prescelta <sup>(131)</sup>.

### **L'obbligo di comunicare la decisione adottata ai soci**

Secondo parte della dottrina la recettività del consenso ricorre nel caso di specie nei confronti della società e non di ciascun socio nei riguardi degli altri, proprio perché nella specie il soggetto preposto alla realizzazione del fine unitario è la società, vale a dire un soggetto terzo rispetto a coloro che hanno emesso le dichiarazioni di consenso <sup>(132)</sup>. Nemmeno sulla società graverebbe un obbligo di comunicazione al socio della decisione adottata visto che dovrebbe considerarsi sufficiente per l'informazione dei membri della compagine sociale la consultazione del libro delle decisioni dei soci, atteso che, come vedremo, dalla trascrizione della decisione su

detto libro decorre il termine per l'impugnativa delle decisioni stesse (art. 2479-ter primo comma c.c.) <sup>(133)</sup>.

Secondo altra dottrina una clausola statutaria ben congegnata dovrebbe prevedere l'obbligo in capo agli amministratori di comunicare a tutti i soci, e se nominati ai sindaci e al revisore contabile, l'avvenuta adozione di una decisione e il relativo contenuto. Tale onere non sarebbe però altro che una pubblicità di cortesia che si aggiungerebbe alla pubblicità legale, rappresentata dalla trascrizione delle decisioni dei soci nell'apposito libro <sup>(134)</sup>.

Sembra preferibile, comunque, inserire nell'atto costitutivo una clausola che preveda l'obbligo della società di comunicare ai soci l'avvenuta adozione della decisione al fine di far decorrere dal momento in cui tali soci ne hanno avuto conoscenza il termine per l'esercizio dei diritti conseguenti alla decisione quali ad esempio l'esercizio del diritto di recesso (fatta eccezione per i diritti per i quali è previsto per legge un termine).

Infatti, la legge non prevede un termine legale espresso dal quale si possa esercitare il recesso.

Si è sostenuto che se l'atto costitutivo nulla prevede è possibile l'applicazione analogica dell'art. 2437-bis, c.c., in materia di società per azioni, secondo il quale il diritto di recesso è esercitato entro quindici giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese della delibera che lo legittima, mentre se il fatto che legittima il recesso è diverso da una deliberazione, esso è esercitato entro trenta giorni dalla sua conoscenza da parte del socio. Tuttavia, non è da sottovalutare la diversa scelta legislativa che per le impugnazioni fa decorrere il termine non dall'eventuale iscrizione nel registro delle imprese, bensì dalla sua trascrizione nel libro delle decisioni.

Il sistema legislativo presuppone la conoscibilità della decisione: mancando questa, è naturale che si richieda la conoscenza effettiva, in quanto altrimenti si finirebbe per addossare a questi soci un onere di diligenza troppo gravoso; ciò sembra possa valere anche per il caso in cui la delibera sia iscritta nel registro delle imprese, in quanto l'art. 2193 2° comma, c.c., non sembra applicabile ai soci che non possono considerarsi terzi nei confronti della società.

Si potrebbe ritenere che così come dall'iscrizione della decisione nel relativo libro decorre il termine per l'impugnazione della decisione, da tale termine decorra anche il termine per esercitare il diritto di recesso. Tuttavia, non sembra da sottovalutare che oltre al silenzio in materia da parte del legislatore, esiste un'altra norma che laddove sono coinvolti interessi patrimoniali del socio fa decorrere il termine entro il quale lo stesso può esercitare i propri diritti non dall'iscrizione della decisione che li origina nel Registro delle Imprese o dalla trascrizione della stessa nel relativo libro, bensì da una comunicazione personale fatta al socio.

Si tratta dell'art. 2481-bis che nel caso di aumento del capitale richiede (no-

nostante la delibera vada iscritta nel registro delle imprese) che il termine per la sottoscrizione dell'aumento di capitale decorra dal momento in cui lo stesso è comunicato ai soci.

Peraltro che esista un obbligo di comunicazione a carico degli amministratori sembra si possa evincere, oltre che dall'obbligo generale di diligenza, anche dall'art. 2392, secondo comma, c.c., in materia di s.p.a., in quanto non può non considerarsi situazione pregiudizievole per la società l'incertezza che deriva dal mancato decorso dei suddetti termini.

Se gli amministratori omettono la comunicazione e da ciò deriva un danno ai soci (si pensi, ad es. all'esercizio non tempestivo del diritto di recesso, che potrebbe influire sull'ammontare della quota di rimborso) essi potrebbero essere richiesti di risarcire il danno.

### **L'iscrizione nel registro delle imprese delle decisioni adottate non collegialmente**

La riforma ha modificato la disciplina e gli effetti dell'iscrizione nel registro delle imprese in riferimento a molteplici operazioni tra le quali le modificazioni dell'atto costitutivo, le dichiarazioni di cause di scioglimento, l'iscrizione del trasferimento di quote di srl, l'iscrizione dei patti parasociali, l'iscrizione dei patrimoni separati, l'iscrizione in materia di gruppi di società ecc. <sup>(135)</sup>.

La regola generale in tema di pubblicità garantita dal registro delle imprese è dettata dal combinato disposto degli artt. 2193 e 2448, c.c.

L'art. 2448, c.c., che ha sostituito il vecchio art. 2457-ter, eliminata la formalità pubblicitaria a mezzo del Busarl, prende in considerazione gli atti della società soggetti a deposito ed iscrizione e non ha come obiettivo di regolare l'iscrizione e l'efficacia dell'atto in termini generali, ma la sua opponibilità ai terzi, invocabile solo dopo l'avvenuta iscrizione o il deposito.

L'art. 2193, c.c., regola anche esso l'efficacia dell'iscrizione e la sua opponibilità ai terzi.

In linea di principio l'effetto pubblicitario determinato è quello di una semplice pubblicità dichiarativa, che normalmente nulla toglie o aggiunge all'effettiva efficacia dell'atto tra le parti che lo hanno posto in essere.

L'art. 2193, c.c., precisa però che "prima di procedere all'iscrizione, l'ufficio del registro deve accertare l'autenticità della sottoscrizione e il concorso delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione".

Come rilevato dalla dottrina "può dirsi che l'art. 2189, secondo comma, c.c., è norma in bianco che ripete il suo contenuto da altre disposizioni che prescrivono tutte le condizioni di legge per l'iscrizione" <sup>(136)</sup>.

Il legislatore nel caso di decisioni extra-assembleari non prevede però nel caso di obbligo di iscrizione "cosa debba essere presentato per l'iscrizione", o meglio quale sia il documento in base al quale richiedere l'iscrizione (il problema si pone ad es. nel caso di nomina degli amministratori).

In altre parole è sufficiente presentare per l'iscrizione un documento scritto che contenga la decisione, prodotto su fogli sciolti e recante le sottoscrizioni dei soci, o è necessario un documento sempre su fogli sciolti nel quale il soggetto a ciò legittimato in virtù di clausola statutaria proclami l'esito della consultazione, o è necessario che la decisione, una volta proclamato l'esito della consultazione, venga riportata unitamente alla descrizione del procedimento di adozione sul libro decisioni dei soci, che successivamente verrà prodotto al registro delle imprese per l'iscrizione della decisione.

La questione è complicata dal disposto dell'art. 2479-ter il quale prevede che tutte le decisioni dei soci sono impugnabili entro novanta giorni dalla loro trascrizione nel libro delle decisioni dei soci.

La scelta legislativa trova la sua motivazione nel passo della relazione accompagnatoria ove si scrive che "innovazione particolarmente significativa è quella che individua il termine di decorrenza per l'impugnativa dalla trascrizione della decisione nel relativo libro sociale. Ciò si spiega sulla base di un duplice ordine 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)”.

Dal passo della relazione sembra si possa evincere l'intenzione del legislatore di far decorrere dalla formalizzazione della decisione sul libro delle decisioni non solo il termine per impugnare la decisione ma anche l'efficacia tra i soci della stessa.

Pertanto, solo con la “formalizzazione” della decisione e la sua trascrizione nel libro soci uno scambio di opinioni scritte o la raccolta di adesioni su un progetto, se limitati ad alcuni soci, escono dal limbo dei sondaggi o degli accordi preventivi ed assurgono al rango di decisione <sup>(137)</sup>.

Sembrerebbe, peraltro, anomalo che l'efficacia e vincolatività della decisione scattasse per i soci prima del momento in cui gli stessi fossero in condizione di impugnare la stessa. E' vero che una volta trascritta la decisione la stessa si potrebbe intendere adottata dal momento in cui la stessa si è perfezionata con l'incontro dei consensi, ma sembra che la stessa sino alla trascrizione sia priva di efficacia o perlomeno quiescente.

In considerazione di quanto affermato sembra che l'iscrizione nel registro delle imprese della decisione extra-assembleare non possa che seguire la trascrizione della stessa nel libro delle decisioni ed essere eseguita in base a tale trascrizione.

La soluzione sembra conforme all'orientamento di parte della dottrina, che, già ante riforma ed in riferimento a decisioni assembleari, partendo dal presupposto che il verbale sia elemento essenziale del complesso iter deliberativo ha affermato che anche la trascrizione costituisce un elemento essenziale del procedimento deliberativo stesso “siccome questo ha la funzione di accertare l'assunzione della deliberazione e ciò in funzione anche della possibilità di fare aver cognizione della delibera ai soci assenti, la trascrizione di cui sopra è strumento indispensabile perché ciò possa avvenire” <sup>(138)</sup>. Alla medesima soluzione, ante riforma, sembra approdare anche altra dottrina allorché sostiene che il verbale per atto privato può venire ad esistenza giuridica per atto separato, ma abbisogna della sua scritturazione sul libro sociale, ai fini della sua concreta opponibilità a tutti i soci <sup>(139)</sup>.

### **La conservazione dei documenti riguardanti le dichiarazioni di voto**

L'art. 2478, n. 2, c.c., dispone che la società deve conservare i documenti, ma non precisa la durata di quest'obbligo di conservazione.

La giurisprudenza attribuisce all'obbligo in questione durata quinquennale, basando questa tesi sulla considerazione che l'obbligo di conservazione dei documenti è previsto dalla legge in funzione di un diritto dei soci di ispezione e che tale diritto ricade nell'ambito di applicazione della norma (art. 2949, c.c.), che sottopone a prescrizione quinquennale i diritti che derivano dai rapporti sociali <sup>(140)</sup>.

In alternativa si è sostenuto che ai fini della limitazione della durata

dell'obbligo di conservazione dei documenti possa trovare applicazione, in via diretta, il disposto dell'art. 2220, primo comma, c.c., relativo all'obbligo di conservazione decennale delle scritture. Questa disposizione usa il termine scritture come espressione ellittica per indicare le scritture contabili, intese, ai sensi dell'art. 2214, come registri destinati a raccogliere una serie di annotazioni che l'imprenditore deve eseguire. Questa interpretazione non sembra condivisibile perché i libri sociali non attengono alla contabilità della società, non sono richiesti dalla natura dell'impresa, bensì dalla natura dell'ente corporativo che esercita l'impresa, un ostacolo testuale è desumibile dall'art. 2421, il quale, nell'enunciare l'obbligo della tenuta dei libri sociali, contrappone tali libri alle scritture contemplate nell'art. 2214.

Secondo la dottrina, le deliberazioni dell'assemblea e relativa documentazione incidono profondamente sulla struttura e l'organizzazione dell'ente societario e pertanto la conservazione del libro che le documenta risponde ad esigenze che non si esauriscono con il decorso di un periodo decennale <sup>(141)</sup>. Questa soluzione sembra da rimeditare alla luce dei termini di prescrizione previsti dalla riforma per l'impugnazione delle decisioni. Qualora si ritenga che la conservazione della documentazione sia funzionale esclusivamente all'impugnazione della decisione <sup>(142)</sup>, il decorso del relativo termine ne renderà non particolarmente significativa la ulteriore conservazione.

### **La responsabilità dei soci nel caso di decisioni adottate con modalità non collegiale**

Si è scritto che "la possibilità per i soci di assumere decisioni in forma individuale e cioè al di fuori del sistema collegiale, giustifica la presenza della norma di cui al settimo comma dell'art. 2476 che sancisce la responsabilità, in solido con gli amministratori, dei soci che abbiano intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società" <sup>(143)</sup>.

La dottrina ha sottolineato la facilità con cui il socio che abbia deciso o autorizzato la decisione dannosa con modalità extra-assembleare sia identificabile al fine dell'assunzione di responsabilità.

Viceversa, sarebbe, se non impossibile <sup>(144)</sup>, difficile (quando la decisione dannosa sia stata adottata con deliberazione assembleare) estrapolare dall'atto collegiale le dichiarazioni di voto dei singoli, al fine di affermare tale responsabilità <sup>(145)</sup>.

Infatti, la nuova disciplina della s.r.l. non ha previsto specifiche disposizioni concernenti la verbalizzazione delle deliberazioni assembleari, le quali impongano di far risultare le singole dichiarazioni di voto dei soci. Manca, inoltre, ogni richiamo all'art. 2375, che detta la disciplina della s.p.a., ed altresì ogni riferimento, nella di-

disciplina dell'invalidità delle decisioni, all'ipotesi dell'incompletezza o inesattezza del verbale, viceversa, contemplate nell'art. 2377, comma quarto, n. 3, per le s.p.a., le quali peraltro, nella s.p.a., non determinano l'invalidità della deliberazione se non nei casi più gravi <sup>(146)</sup>.

La soluzione più soddisfacente sembra comunque essere "quella di valorizzare il riferimento alla intenzionalità della decisione o dell'autorizzazione" <sup>(147)</sup>. Sulla base di questo approccio sembra si possa ritenere che il socio risponda anche per il voto espresso in assemblea, ma a condizione che risulti provata la sua partecipazione attiva al processo decisionale, intesa come piena consapevolezza delle possibili conseguenze pregiudizievoli dell'atto medesimo per la società, i singoli soci o i terzi <sup>(148)</sup>.

Parte della dottrina ha, peraltro, sottolineato che non esista responsabilità per il semplice fatto che il socio si sia mosso di sua iniziativa ad esempio attraverso il consenso espresso per iscritto, dichiarando all'organo amministrativo la sua volontà di autorizzare, esplicitamente diretta a far sì che l'atto sia compiuto <sup>(149)</sup>.

Da una lettura sistematica della norma dovrebbe emergere che solo il socio che agisce (autorizza o decide) perché legittimato *ex art.* 2479 comma primo, c.c., o *ex art.* 2468, comma terzo, c.c., risponde *ex art.* 2476, settimo comma, c.c., e ciò in ragione del fatto che la norma appare solo in tema di s.r.l. ove appunto l'autonomia statutaria può prevedere ingerenze legali da parte del socio non amministratore e non invece nelle s.p.a. <sup>(150)</sup>.

### **L'invalidità delle decisioni non collegiali**

Con la riforma il legislatore ha disegnato una disciplina per l'invalidità delle decisioni della s.r.l. in parte autonoma ed in parte comune a quella della s.p.a.

L'art. 2479-*ter* titolato invalidità delle decisioni dei soci è suddiviso in quattro commi, rispettivamente dedicati: alle regole generali sulle impugnazioni, alle decisioni assunte in presenza di conflitto di interessi, alle decisioni aventi oggetto illecito o impossibile, a quelle prese in assenza di informazione e a quelle che incidono sull'oggetto sociale, alle norme di rinvio alla disciplina della s.p.a.

Una prima veloce considerazione riguarda i soggetti legittimati all'impugnazione della decisione. La norma fa opportunamente ricorso alla locuzione soci che non vi hanno consentito, intendendo farvi rientrare i soci assenti, dissenzienti ed astenuti indipendentemente dal metodo decisionale adottato: la definizione in negativo, che – utilizzando il verbo consentire – rievoca la formula utilizzata dall'art. 2479, terzo comma, c.c., ricomprende tutti i soci che non hanno contribuito all'assunzione della decisione con un voto favorevole, superando così le perplessità espresse circa la compatibilità del concetto di assenza con i metodi decisionali che

prescindono da una riunione collegiale <sup>(151)</sup>.

L'art. 2479, terzo comma, c.c., prevede come causa di invalidità l'assenza assoluta di informazione circa le decisioni prese. Quest'ipotesi si sostituisce a due fattispecie non riproposte letteralmente nella s.r.l., ossia la mancata convocazione e la mancanza del verbale, contemplate invece nella corrispondente disciplina della s.p.a. (art. 2379, primo comma, c.c.).

Nel difetto assoluto di informazione sembra debbano rientrare sia la mancata convocazione (intesa come assoluta assenza di informazione preventiva dei soci sulle decisioni sia assembleari che extra-assembleari che si intende adottare) sia l'assenza di verbalizzazione tanto delle decisioni assembleari quanto di quelle extra-assembleari.

Infatti, la mancata verbalizzazione comporta una assenza di informazione del socio, soprattutto laddove la decisione è stata adottata con metodo extra-collegiale, assenza di informazione che peraltro impedisce al socio di conoscere il contenuto della decisione e di conseguenza impedisce al socio anche l'impugnazione della decisione, possibile dal giorno in cui avviene la trascrizione della decisione nel libro delle decisioni dei soci.

Tale ricostruzione è confermata dallo stesso legislatore, laddove rinvia all'art. 2379-*bis* in materia di s.p.a., che prevede che l'impugnazione delle decisioni invalide per mancata convocazione-informazione dei soci non può essere proposta da chi abbia dichiarato, anche successivamente, il suo assenso allo svolgimento del procedimento decisionale (assembleare od extra-assembleare), o nel caso di mancanza del verbale, qualora la verbalizzazione sia eseguita prima dell'assemblea successiva.

Naturalmente nel caso di decisione adottate in modo extra-assembleare sembra che l'inciso prima della successiva assemblea vada letto come prima della verbalizzazione della successiva decisione, sia che la stessa sia adottata collegialmente che mediante consultazione o consenso espressi per iscritto <sup>(152)</sup>.

*Carlo Alberto Busi*

---

(1) Il presente studio è tratto dalla bozza di: *Assemblea e decisioni dei soci*, in corso di preparazione, edito Cedam.

(2) V. Spada, *C'era una volta la società ...*, in *Riv. dir. 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; Zanarone, *Introduzione alla nuova so-*

cietà a responsabilità limitata, in Riv. soc., 2003, 58; Benazzo, L'organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari, in Società, 2003, 1062; 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; d'Alessandro, La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario, in Riv. soc., 2003, 34; Ferraro, La società a responsabilità limitata, fra principio di tipicità e flessibilità modulare, in Riv. dir. impr., 2003, 487; Di Sabato, Autonomia privata e tipicità delle società, in Riv. dir. impr., 2003, Pizzigati, L'autonomia statutaria nella s.r.l., nuovo modello tra società personali e s.p.a., in Dir. fall., 2004, 552.

- (3) V. 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.
- (4) V. Cass., 6.3.1953, n. 636, in Dir. Fall., 1953, II, 145; Cass., 25.1.1954, n. 186, in Foro it., 1954, I, 930; Cass., 19.1.1973, n. 196, in Giur. It., 1973, I, 1445; Cass., 15.7.1996, n. 6394, in Riv. Dir. Impr., 1997, 353; Cass., 10.1.1998, n. 153, in Giur. It., 1998, 721. .
- (5) V. Cass., 21.4.1956, 1217, in Riv. dir. comm., 1957, II, 18; Cass., 6.3.1953, n. 536, in Dir. Fall., 1953, II, 145; Cass., 16.7.1958, n. 2603, in Dir. Fall., 1958, II, 632; Cass., 9.5.1962, n. 931, in Giur. It., 1963, I, 1, 636; Cass., 26.5.1971, n. 1560, in Giur. It., 1972, I, 1, 140.
- (6) V. Galgano, Repliche in tema di società personali, principio di maggioranza e collegialità, in Riv. dir. civ., 1964, I, 553.
- (7) V. Cottino, Diritto comm., I,2, Padova, 1999, 82; Cioffi, La formazione della volontà nelle società di persone e prospettive di riforma, in Le disposizioni generali sulle società e le società di persone. Prospettive di riforme, Atti del convegno di studio, a cura di Rocco di Torrepadula, Milano, 2001, 271; Macrì, Deliberazioni delle società di persone: metodo assembleare e computo della maggioranza, in Società, 1983, 384; Schlesinger, Recensione a F. Galgano, il principio di maggioranza, in Riv. soc., 1962, 92.
- (8) V. Ferri, Manuale di diritto commerciale a cura di Angelici e Ferri, Torino, 2001, 278.
- (9) V. 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; Venditti, Nuove riflessioni sull'organizzazione collegiale delle società di persone, in Dir. e giur., 1962, 385; Id. Collegialità e maggioranza nelle società di persone, Napoli, 1955, 37.
- (10) V. sull'argomento: Codazzi, Note in tema di collegialità e di invalidità delle delibere assembleari nelle società di capitali, in Giur. comm., 2004, II, 133.
- (11) V. Serra, Alcune riflessioni in tema di esclusione del socio, nota a Trib. Caltagirone, 15.6.1993 e App. Catania, 18.6.1996, in Giur. comm., 1998, II, 216.
- (12) V. Cass., 7.6.2002, n. 8276, in Società, 2003, 35, con nota di Taurini; v. in dottrina: Sartori, Le deliberazioni delle società di persone, in Impresa c.i., 2004, 655; Bertolotti, Assemblea e invalidità delle deliberazioni nelle società per azioni, in Giust. civ., 2003, 1056: in senso contrario: Cass., 6.3.1953, n. 536, in Dir. fall., 1953, II, 147; Cass., 7.3.1955, in Giur. it., 1956, I, 164.
- (13) V. Meschini, nota a Trib. Roma, 14.11.2002, in Riv. dir. comm., 2003, II, 290.
- (14) V. Perrino, op. cit., 364; Mirone, Il procedimento deliberativo nelle società di persone, Torino, 1998, 172; Pisani, Società di persone a struttura corporativa, Torino, 2000, 45; Ferrara jr-Corsi, Gli imprenditori e le società, Milano, 2001, 281; *contra* Trib. Monza, 10.4.1990, in Foro pad., 1991, 200.
- (15) V. Mirone, op. cit., 197.
- (16) V. Tricoli, Possibili le decisioni anche senza l'assemblea, in Guida al diritto, inserto Riforma delle società, n. 3, 65.
- (17) V. Buttarò, In tema di inesistenza di deliberazione assembleare per difetto di maggioranza, in

Banca, borsa e tit. cred., 1963, I, 238.

- (18) V. Patriarca, op. cit., 237.
- (19) V. Busani, Nelle Srl tramonta la collegialità, in *Il sole-24 ore*, 2.8.2002, 19; Busani – Canali, Tramonta il metodo collegiale, in *Guida alle nuove società, Guida normativa Il sole-24 ore, Guide operative*, Febbraio 2003, 54.
- (20) V. Busani – Canali, op. cit., 54; Villa, Le decisioni dei soci come si possono assumere, In *A.a.V.v. La riforma delle s.r.l. e delle cooperative, Guida giuridico normativa, Italia oggi*, n. 4, 2003, 16.
- (21) V. Buonocore, La riforma del diritto societario a cura di Buonocore, Torino, 2003, 159.
- (22) V. Buonocore, op. cit., 158.
- (23) V. in tal senso Alleca, L'invalidità delle decisioni dei soci, in *A.a.V.v., La nuova s.r.l.*, Milano, 2004, 331.
- (24) V. Restaino, in *A.a.V.v., La riforma delle società, S.r.l.*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, 163.
- (25) Secondo la dottrina v. Marciano, op. cit., 75, l'art. 2479, terzo comma, c.c., farebbe intendere che, in mancanza di diversa e restrittiva previsione dello statuto, in presenza di clausola che genericamente prevede la possibilità di adottare decisioni non collegiali "tutte le decisioni dei soci, eccetto quelle per cui è previsto per legge che debbano essere adottate con deliberazione assembleare possono essere adottate non collegialmente.
- (26) V. Grippo-Bertacchini, Profili della riforma societaria, in *Impresa*, 2003, 1, 96.
- (27) V. in tal senso anche Rivolta, Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata, in *Banca borsa e tit. di cred.*, 2003, 683.
- (28) Secondo Manzo, Commento all'art. 2479, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Vol. 8, 2003, 258, non vi sarebbero sostanziali differenze.
- (29) In tal senso sembra orientata Accettura, La posizione del socio di s.r.l., in *A.a.V.v., La nuova s.p.a e la nuova s.r.l.*, fondazione Aristeia, Milano, 2004, 156.
- (30) V. Fusi – Mazzoni, La nuova disciplina delle società a responsabilità limitata, Milano, 2003, 66; Busani, Srl, la riforma rivoluziona le assemblee, in *Il sole-24 ore*, 22.10.2002, 29.
- (31) V. De Angelis, Srl, si vota a maggioranza variabile, in *Italia oggi*, 4.3.2003, 31.
- (32) V. Laurini, op. cit., 67.
- (33) V. Corsini, Delle decisioni dei soci, in *A.a.V.v.*, dattiloscritto, Le linee guida della riforma delle società, Atti del Convegno Gruppo Euroconference, Verona, 2002, 42.
- (34) V. Fico, Le decisioni dei soci nelle s.r.l., in *Dir. e prat. delle soc.*, n. 8 del 5.5.2003, 50.
- (35) V. Oliviero, Verbalizzazione delle decisioni dei soci della società a responsabilità limitata, in *Riv. not.*, 2004, 1192.
- (36) V. Sandulli, Le decisioni dei soci, in *A.a.V.v., La nuova disciplina della società a responsabilità limitata* a cura di Santoro, Milano, 2003, 233.
- (37) V. Salerno Cardillo, op. cit., 347.
- (38) V. Rescigno, op. cit., 234.
- (39) V. Salerno Cardillo, op. cit., 347.
- (40) V. Mirone, op. cit., 18.
- (41) V. Lener e Tucci, Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori, in *La nuova s.r.l. Colà dove si puote?*, Bologna, 2003, 284; Massa Felsani, op. cit., 300; Cotto, Foriero, Meoli, Odetto, Le novità fiscali e civilistiche della s.r.l., Milano, 2004, 252; Salerno Cardillo, Le decisioni dei soci nelle s.r.l., in *Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 347; Laurini, op. cit., 65.
- (42) V. Mirone, op. cit., 18.
- (43) V. Magliulo, in *A.a.V.v., La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 273.
- (44) V. Tasini, Invalidità delle decisioni impugnazioni ampie, in *Il nuovo dir. delle soc.*, 2004, n. 16, 43.

Sulla limitabilità del diritto di ispezione vedi: Abriani, Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata, Studio n. 5301 approvato dalla commissione studi di impresa del C.N.N.

- (45) V. Baralis e Ferrero, L'invalidità delle decisioni collegiali e non, con particolare riguardo alla società a responsabilità limitata, in A.a.V.v., Studi sulla riforma del diritto societario, Milano, 2004, 324.
- (46) V. Laurini, Manuale breve della s.r.l. e delle operazioni straordinarie, Padova, 2004, 65, secondo cui "comunque strutturate, le decisioni devono essere adottate in guisa da consentire a tutti i soci una adeguata e chiara informazione, utile e propedeutica per una corretta e ponderata partecipazione alle decisioni".
- (47) V. Busani, Le regole sul consenso vanno nello statuto, in *Il sole-24 ore*, 25.7.2003, 20; Marciano, I processi decisionali dei soci e le modifiche statutarie nella s.r.l. (tecniche di verbalizzazione), in A.a.V.v., La riforma delle società. Aspetti applicativi, a cura di Bortoluzzi, Torino, 2004, 73.
- (48) V. Starola, La riforma delle società di capitali, Milano, 2003, 234.
- (49) V. Magliulo, op. cit., 273.
- (50) V. Notari, Deliberazioni assembleari e decisioni dei soci nelle s.r.l., in A.a.V.v., La riforma del diritto societario, Milano, 2003, 50.
- (51) V. in tal senso anche De Angelis, Le nuove srl, Italia oggi, 13.10.2003, inserto n. 5, 56.
- (52) V. Restaino, op. cit., 165.
- (53) V. Nuzzo, Commento all'art. 2479, in *Il nuovo diritto societario* a cura di Cottino e Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, Vol. 2, 1626.
- (54) V. Massa Felsani, Le decisioni dei soci, in A.a.V.v., La nuova s.r.l., Milano, 2004, 313.
- (55) V. sull'argomento: Notari, Diritti particolari dei soci e categorie speciali di partecipazioni, in A.a.V.v., La nuova s.r.l. Colà dove si puote, Bologna, 325; Santus-De Marchi, Sui particolari diritti del socio nella nuova s.r.l., in *Riv. not.*, 2003, 75.
- (56) Secondo Laurini, op. cit., 65, "E' bene, poi, evidenziare, in analogia al sistema totalitario, come anche tutti gli amministratori e sindaci devono essere informati della decisione (art. 2479 *bis*, ultimo comma, c.c.)".
- (57) V. Manzo, op. cit., 258; Laurini, op. cit., 65.
- (58) V. Santoni, Le decisioni dei soci nella società a responsabilità limitata, in *Dir. e giur.*, 2003, 240.
- (59) V. Busani, Assemblea solo quando serve, in *Il sole-24 ore*, 25.7.2003, 20.
- (60) Secondo Santarcangelo, L'atto costitutivo di s.r.l., Milano, 2003, 301, non sarebbe lecita una clausola che deroghi in peius la norma di legge prevedendo che la richiesta debba provenire dalla metà del capitale sociale o da tre amministratori.
- (61) V. Busani, ult. cit. 20.
- (62) In tal senso anche se dubitativamente Rivolta, op. cit.
- (63) V. Lener e Tucci, op. cit., 286.
- (64) V. Tradii, in A.a.V.v., Le decisioni dei soci, Lavis (TN) 2003, 112.
- (65) V. Tradii, op. cit., 112.
- (66) V. Magliulo, op. cit., 269.
- (67) V. Busani, Assemblea solo quando serve, in *Il sole-24 ore*, 25.7.2003, 20.
- (68) V. Sandulli, op. cit. 234.
- (69) V. Sandulli, op. cit., 234, secondo il quale "si potrebbe pensare che, per gli amministratori, quando la gestione è collegiale, tale richiesta vada formulata nel momento in cui si decide di avviare il procedimento. Se l'amministrazione è disgiuntiva, nel momento in cui i co-amministratori ricevono la notizia dell'avvio del procedimento. Probabilmente ai soci, poi, in ogni caso, deve essere dato un termine ragionevole, prima dell'operatività del procedimento decisionale, di chiedere che venga avviato il procedimento assembleare. Solo decorso tale termine, potrà procedersi secondo il me-

todo decisionale.”

- (70) V. Porrini, Le decisioni dei soci nella nuova s.r.l., in *Impresa*, 2003, 1438.
- (71) V. in tal senso Bellezza -. Rizzi, Atto costitutivo della srl, in *Italia Oggi*, inserto al numero del 5.2.2003.
- (72) V. prima della riforma in argomento: Trib. Napoli, 16.10.1989, con nota di D. Di Sabato, Iscrivibilità di delibera assembleare redatta su fogli sciolti, in *Riv. dir. impr.*, 1990, 565; De Castello, La trascrizione del verbale sul libro delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee, in *Riv. not.*, 1990, 1379,ss..
- (73) V. Busani, Le regole sul consenso vanno nello statuto, in *Il sole-24 ore*, 25.7.2003, 20.
- (74) V. Fico, Le decisioni dei soci nelle s.r.l., in *Dir. e prat. delle società*, 2003, n. 8 del 5 maggio 2003, 50.
- (75) V. Baralis – Ferrero, op. cit., 37.
- (76) V. Angelici, La formazione della volontà societaria nell'assemblea e le decisioni dei soci, in *A.a.V.v.*, *Le società: autonomia privata e suoi limiti nella riforma*, Milano, 2003, 40.
- (77) V. Angelici, op. cit., 40.
- (78) V. Angelici, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003, 113.
- (79) V. Santarcangelo, op. cit., 299.
- (80) V. Caccavale, *Gli atti unilaterali di mutuo nel credito bancario*, Milano, 2002, 118.
- (81) V. Troiano, La firma elettronica qualificata tra armonizzazione sopranazionale e legislazioni nazionali, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 417 ss.
- (82) Il certificato elettronico è un attestato che identifica una persona, collegandole i dati per la verifica della firma. I certificati possono assolvere a diverse funzioni ed essere di differente qualità: certificati elettronici semplici che collegano i dati utilizzati per la verifica delle firme elettroniche ai titolari e che confermano l'identità degli stessi; certificati elettronici qualificati, rilasciati da prestatori in possesso di precisi requisiti e rispettosi di determinate caratteristiche individuati negli allegati I e II della Direttiva 99/93/CE.
- (83) Sull'argomento vedi anche: Nuzzo, l'utilizzazione della firma digitale da parte del non titolare, in *Vita not.*, 2003, 1128 ss.
- (84) V. Sorrentino, Firma digitale e firma elettronica: stato attuale e prospettive di riforma, in *Dir. inf.*, 2000, 533; Patti, L'efficacia probatoria del documento informatici, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 60; Delfini, La recente direttiva sulle firme elettroniche: prime considerazioni, in *Contratti*, 2002, 410; Finocchiaro, Firma digitale e firme elettroniche. Il quadro normativo italiano dopo il d. legis. 10/2002, in *Contr. e impr.*, 2002, 853; Vangone, *Firme elettroniche, genus e species*, in *N.g.c.c.*, 2003, II, 351; Borruso, Il documento informatico, la firma elettronica e la firma digitale alla luce delle ultime norma, in *Giust. civ.*, 2004, 123.
- (85) V. in senso contrario Santarcangelo, *L'atto costitutivo di s.r.l.*, Milano, 2003, 298.
- (86) V. Cian., Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario, in *Riv. dir. soc.*, 2004, 791.
- (87) V. Busani, Assemblea convocata anche per r-mail, in *Il sole-24 ore*, 30.7.2003, 20; De Angelis, Assemblea convocata da singoli soci, in *Italia oggi*, 27.5.2004.
- (88) V. Zanetti, Il potere-dovere di convocazione dell'assemblea dei soci nella s.p.a. e nella s.r.l., in *Impresa c.i.*, 2004, 1019.
- (89) V. Tradi, op. cit., 115.
- (90) V. Baralis – Ferrero, L'invalidità delle decisioni (collegiali e non), con particolare riguardo alla società a responsabilità limitata, dattiloscritto, inedito.
- (91) V. Busani, L'iniziativa dei soci ora è più pesante, in *Il sole-24 ore*, 30.7.2003, 20; De Angelis, Assemblea convocata da singoli soci, in *Italia oggi*, 27.5.2004, 31.



- (92) V. Laurini, op. cit., 66.
- (93) In senso affermativo: Laurini, op. cit., 67; in senso contrario Mariani Ripa, Sulle questioni importanti decide solo l'assemblea, *Il nuovo dir. delle soc.*, 2004, n. 16, 18, secondo i quali "è dato assistere, dunque, a un innalzamento del *quorum* richiesto per accedere alla consultazione della base sociale, che, come detto, passa da un decimo a un terzo" che sarebbe dato dal ruolo sostitutivo che l'art. 2479, primo comma, c.c., rivestirebbe nei confronti dell' art. 2367, c.c..
- (94) V. Sandulli, op. cit., 231.
- (95) V. Carmignani, Art. 2437-*bis*, in A.a.V.v., *La riforma delle società a cura di Sandulli e Santoro*, Vo. 2, Tomo II, Torino, 2003, 895.
- (96) V. D'Andrea, Recesso del socio nelle società per azioni la nuova disciplina e qualche riflessione, in A.a.V.v., *La riforma del diritto societario a cura di Lanzi e Franceschini*, Milano, 2004, 65.
- (97) V. D'Andrea, op. cit., 65.
- (98) V. Busi, Conflitto di interessi più soft, in *Il nuovo dir. delle soc.*, 2004, n. 21, 9.
- (99) V. d'Ambrosio, op. cit., 408.
- (100) V. Nuzzo, op. cit., 1625;
- (101) V. Restaino, op. cit., 165.
- (102) V. Busi, *Spa Srl operazioni sul capitale*, Milano, 2004.
- (103) V. Rivolta, op. cit.
- (104) In tal senso Rescio, *Il sovrano in esilio: riflessioni e problemi in tema di assemblea e decisioni dei soci*, in A.a.V.v., *Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 355; Massa Felsani, op. cit., 307.
- (105) V. Restaino, 161, nota 13.
- (106) V. Marciano, op. cit.
- (107) V. Santoni, op. cit., 231.
- (108) V. in tal senso: Baralis e Ferrero, op. cit., 325 nota 249.
- (109) V. Massa Felsani, *Il ruolo del presidente nell'assemblea della s.p.a.*, Milano, 2004, 51.
- (110) V. Massa Felsani, op. ult. cit., 51.
- (111) V. Fico, *Le decisioni dei soci nelle s.r.l.*, in *Dir e prat. delle soc.*, n. 8, 2003, 50.
- (112) V. Busani e Canali, *I nuovi statuti di srl e di spa*, Milano, 2004, 51. In tal senso è anche Santarangelo, *L'atto costitutivo di s.r.l.*, Milano, 2003, 309, con qualche perplessità solo per la delega conferita ad amministratori o sindaci o dipendenti; in senso contrario: Bianchi, *Convocazione sprint*, in *Il nuovo dir. delle soc.*, 2004, n. 16, 21.
- (113) V. Bianca, *Luci ed ombre nella nuova disciplina della rappresentanza assembleare*, in *Riv. soc.*, 2004, 1223.
- (114) V. Bianca, op. cit., 1223.
- (115) V. Bianca, op. cit., 1223.
- (116) A favore dell'ammissibilità Scalamogna, *Le decisioni dei socie l'assemblea nel nuovo diritto societario*, in A.a.V.v. *Corporate governance e nuovo diritto societario*, Milano, 2004.
- (117) V. Martorano, *Il consulente del socio in assemblea*, in *Riv. dir. impr.*, 2000, 527 ss.
- (118) V. De Angelis, *Srl, si vota a maggioranza variabile*, in *Italia oggi*, 4.3.2003, 31.
- (119) Sull'argomento si vada in generale: Rescio, *La nuova disciplina della s.r.l.: l'autonomia statutaria e le decisioni dei soci*, in A.a.V.v., *La riforma del diritto societario a cura di Di Cagno*, Bari, 2004, 173.
- (120) V. Santini, *La società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1966, 51.
- (121) V. Magliulo, op. cit., 276.
- (122) V. Vercellone, *Questioni in tema di deliberazioni di società di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, II, 23.

- (123) V. Baudino e Frascinelli, *La nuova srl, opportunità e scelte operative*, Torino, 2003, 107; Baralis e Ferrero, *op. cit.*, 326.
- (124) V. De Angelis, *Le decisioni dei soci prese senza riunione*, in *Il nuovo dir. delle soc.*, Italia oggi, 2004, n. 16, 8.
- (125) Così Santoni, *Le decisioni dei soci nella società a responsabilità limitata*, in *Dir. e giur.*, 2003, 242.
- (126) V. Santoni, *op. cit.*, 242.
- (127) V. Santoni, *op. cit.*, 242.
- (128) Sulla vendita del voto: Scimemi, *La vendita del voto nelle società per azioni*, Milano, 2003.
- (129) Sottolinea l'importanza del richiamo Angelici, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 113.
- (130) V. Oliviero, *op. cit.*, 1192.
- (131) V. Oliviero, *Verbalizzazione delle decisioni dei soci della società a responsabilità limitata*, in *Riv. not.*, 2004, 1192.
- (132) V. Magliulo, *op. cit.*, 276.
- (133) V. Magliulo, *op. cit.*, 274.
- (134) V. Tradi, *op. cit.*, 117.
- (135) V. Bocchini, *Atti e fatti nella teoria della pubblicità legale commerciale*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 240; Molinari, *L'ampliamento degli effetti della pubblicità nella riforma delle società*, dattiloscritto in occasione del Convegno Paradigma, *Le operazioni sul capitale e le operazioni straordinarie*, Roma 21 ottobre 2004; Palmieri, *La nuova funzione pubblicitaria del Registro delle Imprese: effetti giuridici sulle posizioni dei soci e dei terzi*, dattiloscritto in occasione del Convegno, *Adeguamento degli statuti societari: le risposte ai tuoi dubbi*, Padova, 8 settembre 2004; 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 *A.a.V.v.*, *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, a cura di Bortoluzzi, Torino, 2004, 284; Magliulo, *Il ruolo del registro delle imprese nella riforma societaria*, in *Notariato*, 2005, 50; Bartalena, *Commento all'art. 2480, c.c.*, in *AA.VV. Commentario società di capitali*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli 2004, Vol., III, 1650; Pirazzini, *Nelle s.r.l. da sciogliere il nodo del libro soci*, in *Il Sole-24 Ore*, 18.8.2004, 15; Busi, *Delibere modificative efficaci dopo l'iscrizione*, in *Il nuovo dir delle soc.*, Italia oggi, 2004, n. 17, 10.
- (136) V. Bocchini, *op. cit.*, 254.
- (137) V. sull'argomento: Baralis-Ferrero, *op. cit.*, 321.
- (138) V. Miserocchi, *La verbalizzazione nelle società per azioni*, Padova, 1969, 230.
- (139) V. Tondo, *Verbalizzazioni notarili in materia di assemblee societarie*, in *Riv. not.*, 1987, 454.
- (140) V. App. Torino, 16.11.1964, in *Dir. fall.*, 1965, II, 120.
- (141) V. Ianuzzi, *Sulla durata dell'obbligo di conservazione delle deleghe di voto*, in *Riv. soc.*, 1973, 107.
- (142) In tema di impugnazione delle decisioni sociali
- (143) V. Patti, *Le decisioni dei soci nella nuova disciplina delle s.r.l.*, in *Vita not.*, 2003, 496. Sull'argomento da ultimo: Guerrera, *Responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Torino, 2004.
- (144) In tal senso la dottrina citata in Santoni, *op. cit.*, 232.
- (145) V. Santoni, *op. cit.*, 235.
- (146) V. Santoni, *op. cit.*, 235; sulla verbalizzazione della riunione assembleare nella s.r.l. vedi anche Busi, *Assemblea totalitaria a doppio binario*, in *Il nuovo dir. delle soc.*, Italia oggi, 2004, n. 16, 34; Oliviero, *op. cit.*, 1182; Rosapepe, *commento all'art. 2479-bis*, in *A.a.V.v.*, *La riforma delle*

società a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, vol. III, 172; Salafia, L'intervento nell'assemblea della s.p.a. e della s.r.l., in Società, 2004, \679.

**(147)** V. Lener Tucci, op. cit., 293.

**(148)** V. Lener e Tucci, op. cit., 293; sull'argomento si veda anche: Rescigno, Soci e responsabilità nella nuova s.r.l., in La nuova s.r.l. Colà dove si puote?, Bologna, 2003, 297.

**(149)** V. Baralis, op. cit., 2004, 1108.

**(150)** V. Baralis, op. cit., 1108. Per una possibile estensione della responsabilità anche ai soci di s.p.a. v. S. Rossi, Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l., in Giur. comm., 2004, I, 1060.

**(151)** V. Reviglione e Rainelli, *sub* art. 2479-ter, , in Il nuovo diritto societario a cura di Cottino e Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, Vol. 2, 1936.

**(152)** Sull'argomento vedi le diverse considerazioni di Tasini, Invalidità delle decisioni, impugnazioni ampie, in Il nuovo dir. delle soc., Italia oggi, n. 16, 2004, 41.

*(Riproduzione riservata)*