

CAPITOLO SECONDO

LA FATTISPECIE

I SISTEMI DI AMMINISTRAZIONE DISGIUNTIVA E CONGIUNTIVA

Sezione Prima

IL SISTEMA DI AMMINISTRAZIONE DISGIUNTIVA NELLA S.R.L.

SOMMARIO: 1. Premessa. Il problema del regime "dispositivo". – 2. Alla ricerca di regole generali di funzionamento dell'amministrazione *disgiuntiva* della s.r.l. Il diritto di opposizione. – 3. La decisione sull'opposizione. – 4. Le modalità di assunzione della decisione dei soci sull'opposizione. – 5. Possibili modalità alternative di composizione del conflitto gestorio. A. Il ricorso alla decisione dei soci *ex art.* 2479, 1° comma, c.c. – 6. (*Segue*): B. Il conferimento della decisione al singolo socio *ex art.* 2468, 3° comma, c.c. – 7. (*Segue*): C. La c.d. amministrazione "arbitrata" *ex art.* 37, d. lgs. 5/2003. – 8. L'atto gestorio compiuto dall'amministratore nonostante l'avvenuta opposizione. – 9. L'obbligo di preventiva informazione. – 10. L'ambito dell'amministrazione disgiuntiva e i limiti di operatività nelle materie indicate dall'art. 2475, 5° comma, c.c. (*rinvio*).

Sezione Seconda

IL SISTEMA DI AMMINISTRAZIONE CONGIUNTIVA NELLA S.R.L.

SOMMARIO: 11. Le possibili articolazioni del sistema di amministrazione *congiuntiva* nella s.r.l. – 12. Le regole di funzionamento dell'amministrazione *congiuntiva* all'*unanimità*. – 13. L'amministrazione *congiuntiva a maggioranza*: confutazione della tesi favorevole all'estensione del criterio di calcolo "per quote di interesse" ed applicazione del computo "per teste". – 14. Compatibilità del correttivo di cui all'art. 2258, 3° comma, c.c. (e possibili alternative). – 15. L'atto gestorio compiuto dal singolo amministratore in regime di amministrazione *congiuntiva*. La clausola di rappresentanza congiunta. – 16. La distinzione tra amministrazione *congiuntiva* a maggioranza e consiglio di amministrazione a collegialità "*attenuata*". – 17. Amministrazione *congiuntiva* e modalità di assunzione delle decisioni nelle materie *ex art.* 2475, 5° comma, c.c.: *rinvio*.

1. Premessa. Il problema del regime “dispositivo”.

Definiti i vincoli di sistema derivanti dal rispetto delle caratteristiche tipologiche della s.r.l., l’indagine è matura per analizzare gli adattamenti imposti alle tradizionali regole di funzionamento dei moduli di gestione disgiuntiva e congiuntiva, a seguito dell’innesto nel terreno normativo del nostro tipo societario¹.

Un problema preliminare concerne l’individuazione del regime “dispositivo” applicabile alla s.r.l., qualora i soci abbiano espressamente escluso l’operatività del consiglio di amministrazione ma *senza* indicare se l’amministrazione affidata a *più* soggetti debba essere esercitata disgiuntamente ovvero in via congiunta². In tale ipotesi – per la verità di difficile verifica nella pratica stante il disposto dell’art. 2463, 2° comma, nn. 7 e 8, c.c.³ – è lecito chiedersi se il modello dispositivo consista, appunto, nel sistema disciplinato dall’art. 2257 c.c. o in quello di cui all’art. 2258 c.c.⁴.

La soluzione del problema non può derivare – per i motivi già illustrati nel Primo Capitolo – dalla pedissequa ed automatica trasposizione del principio generale per cui nelle società di persone

¹ La ricostruzione, in via interpretativa, della disciplina *legale* dei modelli di amministrazione disgiuntiva e congiuntiva nella s.r.l. rappresenta il «vero problema» posto dai nuovi moduli “alternativi” di organizzazione della funzione gestoria, contraddistinto da un «altissimo grado di difficoltà», che deriva dalla necessità di mettere in comparazione le regole *ex artt.* 2257 e 2258 c.c. con il complessivo impianto normativo della s.r.l. In questi termini, V. BUONOCORE, *L’organizzazione interna della società a responsabilità limitata riformata*, in *Riv. not.*, 2004, 605.

² *Nulla quaestio*, invece, qualora i soci non abbiano affatto specificato le modalità di esercizio dell’amministrazione pluripersonale, poiché nel silenzio dell’atto costitutivo trova senz’altro applicazione l’art. 2475, 3° comma, c.c., che individua il modello collegiale (consiglio di amministrazione) come sistema *dispositivo*.

³ Ed infatti, il richiamato art. 2463, 2° comma, nn. 7 e 8, c.c. prevede che l’atto costitutivo deve contenere «le norme relative al funzionamento della società, indicando quelle concernenti l’amministrazione, la rappresentanza», nonché «le persone cui è affidata l’amministrazione». Si tratta, tuttavia, di indicazioni che non sono considerate *necessarie* nella s.r.l., «stante la presenza di un regime dispositivo» (così, M. STELLA RICHTER JR., *La costituzione delle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, I, Torino, 2006, 289 e 291 s.). Per ulteriori riferimenti a tale orientamento, v. Capitolo III, § 10, nota 158.

⁴ Il problema era risolto nel previgente sistema da G.C.M. RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXX, t. 1°, Milano, 1982, 47 ss., con tesi rimasta isolata, nel senso di ritenere applicabile il sistema di amministrazione disgiuntiva anche in assenza di espressa previsione dell’atto costitutivo, in virtù dell’applicazione analogica dell’art. 2257 c.c.

l'amministrazione, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo, spetta in maniera *disgiunta a tutti* i soci a responsabilità illimitata, enunciato dall'art. 2257, 1° comma, c.c.⁵. Occorre, piuttosto, individuare il modello destinato ad operare nella s.r.l. nel caso di pluralità di gestori, in alternativa a quello *collegiale*, alla stregua dei principi generali dell'ordinamento.

A tale riguardo, dall'ampia fenomenologia offerta dal diritto positivo emerge un quadro *composito* circa i modi di esercizio del potere da parte di un organo pluripersonale paritetico⁶. Ed infatti, non è possibile individuare un sistema di amministrazione pluripersonale univoco che possa essere assunto come principio generale, dal momento che trovano uguale dignità e pari rappresentatività sia il funzionamento *congiunto* che quello *disgiunto*, “in alternativa” al metodo *collegiale*⁷.

⁵ Per la negazione della tesi del *socio-amministratore* nella s.r.l., in ragione della differenza tipologica tra la posizione di socio nel nostro tipo societario e quella del socio di società personali, v. Capitolo I, § 8.

⁶ Il discorso è qui limitato all'analisi del diritto privato, nel quale è possibile riscontrare tre possibili opzioni circa il funzionamento di un organo formato da più soggetti con pari poteri e funzioni: l'esercizio *collegiale*, quello *congiunto* e quello *disgiunto*. Non è possibile in questa sede soffermarsi sulle indicazioni provenienti, invece, dal diritto amministrativo e costituzionale, dove vige la distinzione tra *collegi “perfetti”* (o reali o di ponderazione, i cui membri – portatori di interessi comuni – operano secondo il meccanismo della riunione-discussione proprio della collegialità) e *collegi “imperfetti”* (o virtuali o di composizione, in cui vi sono interessi contrapposti la cui composizione è affidata alla prevalenza numerica, prescindendo dalla fase di discussione). Né si possono approfondire le soluzioni adottate nel diritto fallimentare, in cui vi sono numerosi esempi di decisioni adottate con il metodo collegiale, in virtù degli interessi eterogenei dei soggetti coinvolti (ad esempio: decisioni del comitato dei creditori nel fallimento *ex art. 41, 3° comma, l. fall.*; approvazione del concordato fallimentare da parte dei creditori *ex artt. 175-178 l. fall.*). In argomento, per riferimenti si rinvia a G. ZANARONE, *La clausola di amministrazione disgiunta nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 1979, 106 ss. e note 42-44.

⁷ Il metodo *collegiale*, ossia la formazione della decisione comune previa riunione e discussione di tutti i membri dell'organo pluripersonale (di regola, secondo il principio maggioritario), è generalmente adottato nelle *assemblee*. Si vedano, in tal senso, gli artt. 20-21 c.c. (che disciplinano, nelle associazioni riconosciute, la convocazione dell'assemblea e l'assunzione delle relative deliberazioni); gli artt. 1135-1136 c.c. (attribuzioni e costituzione dell'assemblea nel condominio negli edifici); e soprattutto gli artt. 2363 ss. (assemblea della società per azioni), 2538 ss. (assemblea delle società cooperative) e l'art. 2479-*bis* c.c. (decisione dei soci mediante deliberazione assembleare, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, nella società a responsabilità limitata). Nelle società di capitali il metodo *collegiale* rappresenta altresì il modello legale di *gestione* dell'impresa sociale, come si ricava dal nuovo art. 2380-*bis*, 3° comma, c.c. (amministrazione della s.p.a.) e dal riformato art. 2475, 3°

In particolare, l'esercizio *congiunto* di un potere comporta che l'attività imputabile all'organo pluripersonale deve risultare dal concorso delle volontà individuali di tutti i suoi componenti, o comunque della maggioranza di essi, al fine di consentire un esercizio particolarmente meditato e non contraddittorio del potere. Esso rappresenta il modello legale, proprio della funzione *gestoria*, in una serie di fattispecie, nelle quali risultano particolarmente avvertite le esigenze – appunto – di ponderazione e di unitarietà, in considerazione degli interessi meta-individuali coinvolti. E così l'art. 320, 1° comma, c.c. fissa il principio dell'esercizio *congiunto* della potestà dei genitori e della rappresentanza legale del minore; l'art. 180, 2° comma, c.c. affida all'esercizio *congiunto* di entrambi i coniugi il compimento degli «atti eccedenti l'ordinaria amministrazione» dei beni in comunione legale (nonché la stipula dei contratti con cui si concedono o si acquistano diritti personali di godimento); l'art. 700, 2° comma, c.c. prevede che in caso di nomina di *più* esecutori testamentari, questi «devono agire *congiuntamente*» (salvo che il testatore abbia diviso tra loro le attribuzioni, o si tratti di un provvedimento urgente per la conservazione di un bene o di un diritto ereditario); allo stesso modo, l'art. 1105 c.c. in tema di comunione, dispone che «*tutti* i partecipanti hanno diritto di concorrere all'amministrazione della cosa comune» (1° comma), mediante decisioni adottate dalla maggioranza (secondo le modalità indicate nei commi 2° e

comma, c.c. (amministrazione della s.r.l.), nonché dagli artt. 2542 e 2544 c.c. (società cooperative con consiglio di amministrazione, ovvero con sistema dualistico e monistico). Sul dibattito intorno all'*essenza* del metodo collegiale si tornerà nel prosieguo dell'indagine (*infra*, § 16). È opportuno, tuttavia, notare sin da ora come la *ratio* delle disposizioni che prevedono la regola della collegialità va identificata non tanto in esigenze di funzionalità delle decisioni del gruppo, bensì in altri interessi, di volta in volta individuati dagli Studiosi: *i*) nell'opportunità di inserimento delle minoranze nel processo decisionale (secondo A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955, 37 ss.); *ii*) nella tutela dell'interesse di ciascun socio dissenziente a partecipare alla discussione per esporre in contraddittorio con gli altri la propria tesi (così, P. ABBADESSA, *Deliberazioni senza assemblea nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, 303 e nota 11); *iii*) nella necessità di consentire, mediante il metodo collegiale, un controllo interno delle decisioni come contrappeso della responsabilità patrimoniale limitata dei soci, unitamente al più vasto concetto di organizzazione corporativa (F. GALGANO, *Repliche in tema di società personali, principio di maggioranza e collegialità*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 227; ID., *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 619).

3°), e salva la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria in caso di stallo decisionale (4° comma)⁸.

Per converso, il sistema *disgiuntivo* è prescelto dal legislatore quale modello “dispositivo” di amministrazione affidata a più soggetti in una serie di altre ipotesi, nelle quali si sono ritenute prevalenti la necessità di semplicità e tempestività della gestione⁹. In tal senso, si vedano gli artt.: 2257 c.c. (amministrazione delle società di persone); 1716, 2° comma, c.c. (esecuzione del mandato affidato a più mandatari)¹⁰; 2203, 3° comma, c.c. (preposizione institoria); 180, 1° comma, c.c. (comunione legale dei coniugi, relativamente all'amministrazione “ordinaria” dei beni in comunione).

Quest'ultima soluzione sembra applicabile anche al caso in esame della s.r.l., il cui atto costitutivo abbia previsto la nomina di più amministratori, escludendo espressamente la formazione del consiglio di amministrazione, ma senza esprimere alcuna opzione per il sistema disgiunto o congiunto. Ciò in quanto l'amministrazione disgiuntiva risponde meglio della congiuntiva alla fondamentale esigenza di rapidità delle decisioni che contraddistingue per definizione la gestione dell'*impresa sociale*. Inoltre, l'agire disgiunto rappresenta la regola per lo svolgimento dell'attività di gestione nell'*interesse altrui* (artt. 1716, 2° comma, e 2203, 3° comma, c.c.), quale è – in sostanza – anche l'amministrazione della s.r.l.¹¹. Né si può sottovalutare che i soci,

⁸ In argomento, v. *infra*, § 14, nota 120.

⁹ Mentre il correlato rischio di contraddittorietà della gestione è risolto, di volta in volta, mediante la previsione di diversi sistemi di composizione dei conflitti. Su questo aspetto, cfr. *infra*, § 2, nota 16.

¹⁰ Sulla figura del mandato con parte mandataria complessa, la dottrina civilistica ha – peraltro – sottolineato come, accanto al modello dispositivo del mandato *disgiuntivo* ex art. 1716, 2° comma, c.c. (detto pure solidale o alternativo, caratterizzato dalla solidarietà passiva dell'obbligazione di esecuzione del mandato), il mandante possa prevedere differenti modalità di attuazione dell'incarico (unico) da parte della pluralità di mandatari: dal mandato *congiuntivo* (o ad attuazione collettiva) a quello *sostitutivo*, al mandato c.d. *ripartito*. E v., G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione e la spedizione*, in *Trattato* Vassalli, Torino, 1954, 47 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato* Cicu-Messineo, XXXII, Milano, 1984, 141 ss. e 172, nota 55; C. SANTAGATA, *Mandato. Obbligazioni del mandatario. Obbligazioni del mandante*, in *Commentario* Scialoja-Branca, Libro IV, *Obbligazioni. Artt. 1710-1721*, Bologna-Roma, 1998, 252 ss. e 260.

¹¹ Ad ulteriore conferma, si noti che la medesima soluzione è prospettata anche nella s.p.a., nel caso di *delega* delle funzioni gestorie da parte del consiglio di amministrazione ad un *pluralità* di amministratori *delegati* (art. 2381, 2° comma, c.c.), qualora (nell'atto costitutivo o nella delibera assembleare di autorizzazione, ovvero

escludendo l'operatività del modello collegiale, hanno inteso conformare la società in senso personalistico: ed in questo contesto, dall'interpretazione dell'atto costitutivo si può evincere che essi abbiano implicitamente optato per l'amministrazione disgiuntiva, essendo questo il modello gestionale che – nell'ambito delle società personali – trova applicazione nel silenzio delle parti (art. 2257 c.c.)¹².

Anche sulla scorta di queste considerazioni, il discorso può prendere le mosse dall'esame dell'*amministrazione disgiuntiva*.

2. Alla ricerca di regole generali di funzionamento dell'amministrazione *disgiuntiva* della s.r.l. Il diritto di opposizione.

Il modello di amministrazione delineato dal primo comma dell'art. 2257 c.c. privilegia al massimo la duplice esigenza di rapidità ed informalità nell'assunzione delle decisioni gestorie¹³.

Esso comporta che, nonostante la pluralità di soggetti *titolari* della funzione, ciascuno di essi ha il potere di *esercitarla* in modo autonomo,

nella delibera del consiglio) risulti chiaramente esclusa la volontà di creare un comitato esecutivo, ma non sia specificato se gli amministratori delegati possano agire disgiuntamente, ovvero congiuntamente. L'orientamento prevalente (per il quale, cfr. O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato Colombo-Portale*, IV, Torino, 1991, 304 e nota 92) ritiene che in tal caso l'esercizio dei poteri delegati avverrà in via *disgiunta*, non solo «perché risponde ai principi generali (art. 1716 c.c.)», ma anche perché «meglio soddisfa quelle esigenze di praticità e flessibilità nell'esercizio dell'attività amministrativa che si intendono, appunto, perseguire con lo strumento della delega».

¹² Propendono per l'applicazione del modello disgiuntivo, argomentando dall'estensione analogica dell'art. artt. 2257 c.c. ovvero dell'art. 1716, 2° comma, c.c., G. MANZO, *Sub art. 2475*, in *Commentario* Lo Cascio, VIII, Milano, 2003, 176; P. MORANDI, *Sub art. 2475*, in *Commentario* Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 1946; L. NAZZICONE, *L'amministrazione della nuova società a responsabilità limitata – I parte* (Nota a Cass., 4 novembre 2003, n. 16496), in *Foro it.*, 2004, I, 2857; D.U. SANTOSUOSSO, *I sistemi di amministrazione e controllo nel nuovo diritto societario*, in *Vita not.*, 2003, I, 641, nota 21.

¹³ La disposizione dell'art. 2257 c.c. riproduce sostanzialmente quelle dell'art. 1722 cod. civ. 1865 (società civile) e dell'art. 107 cod. comm. 1882 (s.n.c.); in argomento, G. FERRI, *Delle società*³, in *Commentario* Scialoja-Branca, Libro V, *Del lavoro*, Artt. 2247-2324, Bologna-Roma, 1981, 155. Sull'origine storica del sistema di amministrazione disgiuntiva, v. ampiamente F. GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960, 63 ss.; nonché, ID., *Le società in genere. Le società di persone*³, in *Trattato* Cicu-Messineo, XXVIII, Milano, 2007, 202 ss.

decidendo tutte le operazioni che si pongono in relazione strumentale rispetto al raggiungimento dell'oggetto sociale. L'*autonomia* dell'esercizio disgiunto del potere amministrativo si evince dalla circostanza che il singolo non è tenuto a richiedere il consenso o il parere degli altri amministratori e neppure (come si vedrà: § 9) ad informarli preventivamente circa le operazioni che intende compiere. In altri termini, tra gli amministratori disgiunti vi è reciproca *indipendenza*.

Il potere gestorio attribuito al singolo amministratore è, tuttavia, condizionato dall'analogo potere che spetta agli altri, secondo un principio di *parità* di funzioni. Infatti, ciascun amministratore, in virtù dell'art. 2257, 2° comma, ha il *diritto di opporsi* all'operazione che un altro voglia compiere, prima che sia portata a compimento¹⁴.

Lo *ius prohibendi* attiene al profilo “funzionale” dell'amministrazione disgiuntiva ed è una caratteristica indefettibile del sistema in discorso, in quanto rappresenta il rimedio predisposto dal legislatore contro i pericoli dell'eccessiva autonomia dei singoli amministratori ed i conseguenti rischi di contemporanee iniziative contrastanti, ovvero di decisioni poco ponderate e pregiudizievoli per la società. Proprio perché consustanziale al modello di gestione in esame¹⁵, il diritto di opposizione previsto dall'art. 2257, 2° comma, c.c. costituisce regola generale di funzionamento anche dell'amministrazione *disgiuntiva* nella s.r.l.

A conferma dell'assunto, si consideri che il nostro legislatore, in *tutte* le ipotesi di *esercizio disgiunto* di un potere affidato a più soggetti, ha contemplato espressamente la manifestazione di possibili (ed inevitabili) conflitti¹⁶. E – nonostante talune perplessità – si tende a riconoscere

¹⁴ La possibilità di opposizione in capo a ciascun amministratore conferma che il singolo non è titolare *esclusivo* del potere. Sulla configurazione del *diritto di opposizione*, v. R. BOLAFFI, *La società semplice. Contributo alla teoria delle società di persone*, Milano, 1975, 424 ss.; A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza*, cit., 74; G. FERRI, *Delle società*³, cit., 156 s.

¹⁵ Si esprime in questo senso la dottrina dominante in tema di società di persone, affermando – di conseguenza – la natura imperativa dell'art. 2257, 2° comma. E v., R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 317; A. SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980, 116; V. BUONOCORE – G. CASTELLANO – R. COSTI, *Società di persone (Casi e materiali)*, Milano, 1980, 540; E. RIMINI, *Sui confini del c.d. diritto di veto nella società in nome collettivo* (Nota a Pret. Milano, 18 novembre 1988), in *Giur. comm.*, 1989, II, 355. *Contra*, G. FERRI, *Le società*³, in *Trattato Vassalli*, X, 3, Torino, 1987, 158, il quale ritiene che l'autonomia privata possa diversamente regolare l'istituto.

¹⁶ In questa sede interessa evidenziare le differenti “modalità” di *manifestazione* del conflitto, *alternative* rispetto al *diritto di opposizione ex art. 2257, 2° comma, c.c.*,

portata “generale” al diritto di opposizione *ex art. 2257, 2° comma, c.c.*, suscettibile di essere esteso analogicamente, in assenza di specifica disciplina, ad altre situazioni in cui si ravvisino le stesse esigenze di unità e non-conflittualità dell’esercizio separato dei medesimi poteri da parte di più soggetti¹⁷.

individuata dal legislatore nelle altre ipotesi di esercizio pluripersonale-disgiuntivo di un potere (cui fanno da *pendant* altrettante “tecniche” di composizione), rinviando – per i dovuti approfondimenti – alla letteratura specialistica di diritto civile. E così, mentre nel caso di gestione di affari altrui (mandato affidato a più mandatari, pluralità di institori) è previsto un obbligo preventivo di coordinamento a carico del destinatario degli atti, teso ad evitare iniziative parallele o contrastanti, nelle ipotesi regolate dal diritto di famiglia (comunione coniugale) il dissenso deve essere formalizzato mediante ricorso all’autorità giudiziaria (al cui intervento è poi demandato il superamento del conflitto). Più precisamente, nel caso del mandato affidato a più mandatari (art. 1716, 2° comma, c.c.), il mandante, non appena sia stato avvertito della conclusione dell’affare da parte del singolo mandatario, ha l’*obbligo* di darne notizia agli altri mandatari, in modo che questi non intraprendano altre iniziative inutili o contrastanti: in mancanza di tale comunicazione tempestiva, il mandante stesso «è tenuto a risarcire i danni derivanti dall’omissione o dal ritardo». E v., A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., 172 ss. e 579 ss.; C. SANTAGATA, *Mandato. Obbligazioni del mandatario. Obbligazioni del mandante*, cit., 273. Per converso, nell’ipotesi di preposizione institoria nei confronti di più institori (art. 2203, 3° comma, c.c.), nel silenzio della legge sul punto, si deve ritenere che i conflitti gestori sono risolti mediante il vincolo di subordinazione gerarchica che lega gli institori all’imprenditore, nonché i vertici relativi rispetto al vertice assoluto. Così, D. CORAPI, *La rappresentanza commerciale*, in *Trattato Galgano*, III, *L’azienda e il mercato*, Padova, 1979, 329 s.; U. BELVISO, *L’institore*, I, Napoli, 1966, *passim*.

¹⁷ Il problema si è posto, in particolare, con riferimento al caso di *delega disgiuntiva* ad una pluralità di amministratori nella società per azioni *ex art. 2381 c.c.* Mentre alcuni ritengono applicabile analogicamente il diritto di opposizione *ex art. 2257, 2° comma, c.c.* (G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo nelle società per azioni*, Milano, 1952, 43 ss.; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 454; V. CALANDRA BUONAURA, *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, Milano, 1984, 85 s. e in part. 90 e nota 189, ove si specifica che, ai fini della decisione sull’opposizione, ai soci si sostituisce il consiglio di amministrazione), altri ne contestano l’estensione a causa del (presunto) carattere eccezionale (A. PESCE, *Amministrazione e delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Milano, 1969, 182 e 183, nota 4; A. BORGIOI, *L’amministrazione delegata*, Firenze, 1982, 229, nota 347 e 269). Tuttavia, secondo l’orientamento prevalente, l’unità e la coerenza della gestione nell’ipotesi di delega disgiuntiva ad una pluralità di amministratori delegati sono già assicurati attraverso i meccanismi “interni” della delega, prescindendo dal diritto di opposizione. E cioè, mediante la concorrente competenza dell’organo delegante ed i relativi poteri di vigilanza e di intervento previsti dall’art. 2392 c.c. (O. CAGNASSO, *L’amministrazione collegiale e la delega*, cit., 306), cui corrisponderebbe un diritto-dovere di ciascun amministratore delegato di investire della questione il

Ulteriore dimostrazione del carattere generale dello *ius prohibendi* si trae dal panorama comparatistico. Ed infatti, tutti i sistemi che consentono l'adozione del regime disgiunto per l'amministrazione dell'impresa sociale contemplanò il diritto di opposizione (o il piú penetrante diritto di veto).

In particolare, in quei Paesi dove l'organizzazione della s.r.l. è modellata sulla disciplina delle società di persone, il diritto di opposizione è espressamente ammesso dalla legge, oppure esteso in via di interpretazione analogica. E così, nel primo senso, in Francia l'art. L. 223-18, al. 7, *cod. comm.* (come modificato dalla Loi n. 2005-882 du 2 août 2005), nello stabilire che «*en cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs [des gérance]*», prevede la possibilità, per ciascun amministratore della SARL, di esercitare il diritto di veto, che – se tempestivo – preclude definitivamente il compimento dell'atto gestorio¹⁸. In Belgio, invece, nonostante il silenzio della legge in tema di *gérance individuelle* da parte della *pluralité de gérants* della *société privée à responsabilité limitée* (artt. 255 ss. *Code des sociétés*), è generalmente ammessa la medesima facoltà di esercitare il diritto di veto, in virtù dell'applicazione analogica delle norme sulla *société en nom collectif* (artt. 201 ss. *CS*), nonché in base alle *Dispositions communes à toutes les sociétés* (artt. 18 ss. *CS*)¹⁹.

Per converso, in quegli ordinamenti dove il tipo corrispondente alla nostra s.r.l. è strutturato secondo il modello capitalistico, pure si riconosce a ciascun amministratore il diritto di opposizione, ma in virtù di una regola generale relativa agli organi composti da pluralità di

consiglio di amministrazione (e v., O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni*, Torino, s.a., ma 1976, 179).

¹⁸ Ed infatti, nel citato art. L. 223-18, al. 7, *cod. comm.* si legge: «*L'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance*». L'attenzione della dottrina d'oltralpe si concentra – come si vedrà (§ 8) – sulla definizione degli effetti dell'atto gestorio nei confronti dei terzi compiuto da un *cogérant* nonostante l'*opposition à la réalisation de l'acte*. Cfr. M. STORCK, *Sociétés à responsabilité limitée. Gérance*, in *Traité des Sociétés*, Collection des Juris-Classeurs, Volume 4, Fascicule 74-1 (*Organisation. Statut social*), Paris, 1991, § 101; M. COZIAN-A. VIANDER-F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*¹⁷, Paris, 2004, § 954, 369.

¹⁹ In particolare, l'art. 36 *CS* prevede che «*les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement; sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue*». Sul punto pacifico in dottrina, v. già J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*², II, Bruxelles, 1988, 38.

soggetti con parità di poteri. Così accade in Germania, dove nell'ipotesi di opzione statutaria per l'amministrazione disgiuntiva (*Einzelgeschäftsführung*) in deroga alla *Gesamtgeschäftsführung* (§ 35, Abs. 2, *GmbHG*), nonostante la legge taccia sul punto, la dottrina riconosce il diritto di opposizione non tanto in applicazione analogica delle norme sulle società di persone²⁰, per lo più rifiutato per il carattere capitalistico della *GmbH*, ma sulla scorta di un principio di carattere generale regolante ogni fattispecie di organo composto da pluralità di soggetti con poteri disgiunti²¹.

Si può, quindi, concludere che anche nella s.r.l. che abbia statutariamente optato per l'amministrazione disgiuntiva il diritto di opposizione è non solo pienamente compatibile, ma anche essenziale ed inderogabile.

Per queste sue caratteristiche funzionali (esercizio individuale della gestione, temperato dal diritto di opposizione) il modello di amministrazione disgiuntiva si presta, quindi, ad essere efficacemente utilizzato – più del sistema consiliare – nelle s.r.l. di piccole dimensioni e con ristretta compagine sociale²², in particolare se si tratta di s.r.l.

²⁰ Secondo il modello legale di amministrazione della *offene Handelsgesellschaft* tutti i soci sono investiti *ex lege* della funzione gestoria (§ 114, Abs. 1, *HGB*) e la esercitano in maniera disgiunta (§ 115, Abs. 1, prima parte, *HGB*). Anche qui è previsto come connaturato il potere di *veto* di ciascun socio-amministratore (§ 115, Abs. 1, seconda parte, *HGB*), che spetta anche quando il contratto sociale affidi il potere di amministrazione ad alcuni soci soltanto (§ 114, Abs. 2, *HGB*). In argomento, A. HUECK, *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft*⁴, Berlin, 1971, 117 ss.; K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*⁴, Köln-Berlin, 2002, 369 s. A differenza di quanto avviene nella disciplina italiana, tuttavia, lo *ius prohibendi* rappresenta un vero e proprio diritto di “*veto*” in senso tecnico, dal momento che il suo esercizio preclude definitivamente il compimento dell'operazione opposta e non determina la devoluzione della soluzione del conflitto gestorio alla collettività dei soci, come accade in relazione all'esercizio del diritto di *opposizione* ex art. 2257, 2° comma, c.c. Soluzione analoga a quella tedesca è prevista dal Codice delle Obbligazioni svizzero per la *società semplice* (art. 530 ss. *CO*), dove, se l'amministrazione spetta a *tutti* o a *più soci*, ciascuno di essi può agire senza il concorso degli altri, fermo restando che ciascun socio amministratore ha il diritto di *impedire* l'atto facendovi opposizione prima che sia compiuto (art. 535, 2° comma, *CO*). Se, dunque, l'opposizione impedisce di compiere l'atto, si tratta più propriamente di diritto di veto.

²¹ Per questa ricostruzione v., in particolare, K. WINKLER, *Die Lückenausfüllung des GmbH-Rechts durch das Recht der Personengesellschaften*, Köln, 1967, 29.

²² Sensazione oggi confermata dai dati statistici pubblicati da G. FIGÀ-TALAMANCA, *Studi empirici sulle società di capitali*, Roma, 2008, 204, 207 e 219, ove si evidenzia la maggiore propensione per l'adozione delle forme di amministrazione

formata da due soli soci, i quali si siano riservati nell'atto costitutivo la gestione sociale²³. Il concreto ricorso al modello in esame, tuttavia, può essere condizionato (e limitato) dall'elevato grado di incertezza sulla *disciplina* applicabile, in larga parte demandata all'opera suppletiva dell'interprete.

Il primo dubbio interpretativo è se la disciplina del “diritto di opposizione”, prevista per le società personali, trovi piena applicazione anche nella s.r.l., ovvero siano imposti particolari adattamenti. L'analisi concerne in particolare: *a)* la definizione della *titolarità* del diritto di opposizione; *b)* il suo *oggetto*; *c)* la sua *natura* giuridica; *d)* la *forma* dell'atto oppositivo; ed infine, *e)* gli *effetti* dell'opposizione. Aspetti, questi, sui quali l'approfondita elaborazione in tema di società di persone è da tempo approdata a risultati pacifici e generalmente condivisi²⁴.

Partendo dalla *titolarità*, si deve confermare che nella s.r.l. il diritto di opposizione spetta a *tutti* gli amministratori, siano essi soci o estranei, in quanto esso rappresenta, nello spirito dell'art. 2257, 2° comma, c.c., ad un tempo la modalità di “manifestazione” dei possibili (e fisiologici) conflitti di gestione *intraorganici* (*Organstreit*) tra gli amministratori in regime disgiuntivo, nonché lo strumento per ridurre ad unità le (eventuali) divergenti iniziative di questi ultimi²⁵. Pertanto, lo *ius*

pluripersonale non-collegiale nelle società in cui non vi siano soci con partecipazione maggioritaria.

²³ La giurisprudenza spagnola ha espressamente dichiarato valida la clausola statutaria di amministrazione disgiunta esercitata da “*dos*” *administradores en forma “solidaria”* (SAP Barcelona, 10 maggio 2001, riportato da M.A. CUENCA GARCÍA, *El órgano de administración de la sociedad de responsabilidad limitada*, in *La società a responsabilità limitata in Italia e in Spagna. Due ordinamenti a confronto*, a cura di N. Abriani e J.M. Embid Irujo, Milano, 2008, 458 (da cui si cita), e in *Riv. dir. soc.*, 2009, III, 132 ss.), anche perché la *Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (LSRL) non prevede un numero minimo o massimo di amministratori in regime disgiunto, che può essere anche fissato dalla *Junta general* al momento della nomina.

Nel caso di amministrazione affidata a due soggetti, invece, resta precluso nel nostro tipo sociale l'utilizzo del sistema congiuntivo a maggioranza (e v., in argomento, *infra*, § 13, in fine e nota 119).

²⁴ In argomento, è quindi sufficiente rinviare a: R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 424 ss.; A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza*, cit., 74; M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, 366 ss.; G. FERRI, *Delle società*³, cit., 156 s.; F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*³, cit., 207 ss.; O. CAGNASSO, *La società semplice*, in *Trattato Sacco, I singoli contratti*, VI, Torino, 1998, 129 ss.

²⁵ Di recente, anche se con riferimento alla disciplina della s.p.a., la tematica dell'*Organstreit*, ossia dei “conflitti di competenza” *intraorganici* (tra componenti dello stesso organo pluripersonale) ed *interorganici* (tra organi distinti: consiglio di gestione e

prohibendi delineato dall'art. 2257, 2° comma, ha un rilievo puramente interno all'organo amministrativo e non coinvolge rapporti con altri organi²⁶. Ne consegue che non avrebbe senso riconoscere un simile diritto in capo ai *soci* non-amministratori, dal momento che questi soggetti sono estranei all'organo gestorio e non partecipano della funzione amministrativa²⁷: ad essi, invece, la legge riconosce la titolarità della decisione sull'opposizione (art. 2257, 3° comma, c.c.), ossia la relativa tecnica di “composizione” del conflitto innescato con l'esercizio dello *ius prohibendi* dell'amministratore (e v. § 3).

Anche con riferimento all'*oggetto* del diritto di opposizione possono ritenersi valide le note osservazioni sviluppate a proposito delle società personali, dove non vi è dubbio che l'opposizione possa riguardare singoli atti gestionali, compresi quelli a rilievo puramente interno²⁸. Deve, tuttavia, trattarsi di atti determinati, o anche di una serie di atti tra

consiglio di sorveglianza), è stata sviluppata in Italia da V. CARIELLO, *I conflitti «interorganici» e «intraorganici» nelle società per azioni (Prime considerazioni)*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, II, Torino, 2006, 769 ss., con ampi riferimenti alla dottrina tedesca e svizzera.

²⁶ In questo senso, G.C.M. RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, cit., 326, che da tale configurazione del diritto di opposizione deduceva la compatibilità dei primi due commi dell'art. 2257 c.c. con la disciplina della società a responsabilità limitata già anteriormente alla riforma.

²⁷ Nello stesso senso, con riferimento alla s.r.l. post-riforma, G.E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, in *Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, a cura del Consiglio Notarile di Milano, Milano, 2003, 205, secondo cui «è certo che il “diritto di opporsi” all'operazione che un amministratore intenda compiere, prima che sia compiuta, spetta solo ad un altro amministratore» (enfasi aggiunta).

Con riferimento alle società di persone, tuttavia, non mancano Autori che riconoscono il potere di opposizione anche al *socio non amministratore* purché munito di potere di rappresentanza (G. COTTINO – R. WEIGMANN, *Le società di persone*, in G. COTTINO-M. SARALE-R. WEIGMANN, *Società di persone e consorzi*, in *Trattato Cottino*, III, Padova, 2004, 147), ovvero propensi ad ammettere il riconoscimento in via statutaria del diritto di veto in capo ai soci non-amministratori (così, G. FERRI, *Delle società*³, cit., 158).

²⁸ Ed infatti, la lettera dell'art. 2257, 2° comma, c.c. parla genericamente di compimento di un'«operazione» gestoria, che può riferirsi sia agli atti decisori (*funzione deliberativa*), sia a quelli esecutivi con i terzi (*funzione di rappresentanza*). Nel concetto di «operazione» rientrano, pertanto, sia i provvedimenti interni, sia gli atti negoziali, sia infine gli atti processuali compiuti in nome della società. In senso contrario, tuttavia, F. TASSINARI, *La rappresentanza nelle società di persone*, Milano, 1993, 106 ss., il quale ritiene che il diritto di opposizione possa avere ad oggetto solo atti gestionali rappresentativi.

loro collegati, come nel caso di attuazione di progetti industriali o finanziari della società, o infine di futuri negozi collegati all'affare già concluso; per converso, l'opposizione non può riguardare genericamente una contestazione indeterminata²⁹.

Va, inoltre, confermata nella s.r.l. la *natura* dello *ius prohibendi* come dichiarazione unilaterale recettizia. Tuttavia, si discute se tale dichiarazione dell'amministratore dissenziente debba essere indirizzata solo nei confronti dell'amministratore che intende compiere l'operazione, ovvero a tutti gli altri amministratori. Il punto – come noto – è controverso anche nell'ambito degli studi sulle società di persone, sebbene l'orientamento prevalente ritiene sufficiente la comunicazione dell'opposizione al solo amministratore che intende compiere l'operazione³⁰. In tal modo, tuttavia, vi sarebbe il pericolo che gli altri gestori, all'insaputa del conflitto in atto e prima che venga investita la collettività dei soci per la relativa soluzione (art. 2257, 3° comma), possano ugualmente intraprendere l'operazione, così vanificando l'esercizio del diritto di opposizione. Al fine di garantire l'effettività dello *ius prohibendi*, sembra allora preferibile ritenere che l'amministratore contrario abbia l'onere di comunicare la propria opposizione non solo a chi intende compiere l'operazione a lui sgradita, ma anche a *tutti gli altri amministratori*³¹.

Per quanto concerne, poi, la *forma* dell'atto oppositivo, la legge non prescrive il rispetto di particolari formalità di esternalizzazione, e non vi

²⁹ E v., M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 366; nonché Pret. Milano, 18 novembre 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, 353 ss., con nota di E. RIMINI, *Sui confini del c.d. diritto di veto nella società in nome collettivo*.

³⁰ In questo senso, R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 425; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 368; G. FERRI, *Delle società*³, cit., 156; F. FERRARA JR. – F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*¹³, Milano, 2006, 280, nota 3. Secondo F. TASSINARI, *La rappresentanza*, cit., 106, l'opposizione dovrebbe essere rivolta dall'amministratore dissenziente solo nei confronti degli amministratori dotati di potere rappresentativo, con l'ulteriore conseguenza che il diritto di opposizione addirittura non sarebbe esercitabile qualora, nonostante la pluralità di soci-amministratori, il potere di firma spetti ad uno solo di essi (v. p. 111). All'opposto, ritiene che l'opposizione vada notificata addirittura a *tutti i soci*, A. DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale. Imprenditori – Società*⁷, Milano, 1967, 173 e nota 3.

³¹ L'opposizione, in quanto dichiarazione recettizia dell'amministratore dissenziente indirizzata a paralizzare il potere degli altri gestori, per produrre i suoi effetti non deve essere comunicata anche al *terzo* eventualmente coinvolto nell'operazione in corso di trattativa. Una simile comunicazione al terzo, tuttavia, potrebbe venire in rilievo al fine del diverso problema dell'efficacia dell'atto concluso dall'amministratore nonostante l'avvenuta opposizione, sul quale cfr. *infra*, § 8.

sono ragioni per non ritenere che anche nella s.r.l. la forma dell'opposizione è *libera*, occorrendo solo che essa sia idonea a manifestare chiaramente il dissenso dell'opponente avverso l'imminente compimento dell'atto³². Peraltro, non è richiesto neppure che l'opposizione debba essere necessariamente motivata³³. Piuttosto, occorre che l'opposizione sia esercitata in maniera *tempestiva*, ossia «prima che [l'operazione opposta] sia compiuta»: e quindi, trattandosi di atto decisorio, occorre che l'opposizione ne preceda l'attuazione; mentre nel caso di atto esecutivo o di atto stipulato con i terzi, l'opposizione deve avvenire prima che esso si sia perfezionato³⁴.

Infine, gli *effetti* dell'opposizione esercitata dall'amministratore di s.r.l. in regime disgiunto consistono nella paralisi temporanea dell'operazione opposta, finché non si decida sulla legittimità dell'opposizione stessa, secondo le modalità fissate dall'art. 2257, 3° comma³⁵. Con riferimento al destinatario dell'opposizione, si determina – in effetti – una sorta di sospensione del relativo potere decisionale individuale di gestione, salvo poi verificare – eventualmente – il regime giuridico dell'atto ugualmente compiuto dall'amministratore opposto, nonostante l'avvenuta opposizione, nei confronti dei terzi (che va coordinato con la disciplina della rappresentanza della s.r.l. *ex art. 2476-bis c.c.*: e v., *infra* § 8). Inoltre, una volta che l'opposizione sia stata comunicata agli altri amministratori, essa paralizza altresì il potere gestorio di tutti con riferimento all'operazione opposta: e ciò per evitare (come si è visto) che lo *ius prohibendi* possa essere vanificato dall'iniziativa di altro gestore.

³² Almeno per quanto attiene alla produzione degli effetti tipici dell'opposizione, ossia evitare il compimento dell'operazione sgradita. Diverso è il discorso – come si vedrà – a proposito delle formalità dell'opposizione, necessarie ai fini ulteriori dell'esonero dell'amministratore dissenziente dalla responsabilità civile nei confronti della società, qualora l'atto opposto si riveli pregiudizievole. E v. nota 35, nonché Capitolo III, § 8.

³³ In questo senso, M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 366; G. FERRI, *Delle società*³, cit., 156; F. TASSINARI, *La rappresentanza*, cit., 107.

³⁴ Come evidenziato da M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 367, il concetto di «compimento» dell'operazione varia a seconda delle diverse forme che può assumere l'atto gestorio (su cui, v. *supra* nota 28).

³⁵ Il diritto di opposizione può essere, inoltre, apprezzato come mezzo idoneo a manifestare il dissenso rispetto al compimento di un'operazione che poi (se attuata all'esito della decisione dei soci) si riveli dannosa per la società. In tal senso, l'esercizio dello *ius prohibendi* può essere invocato dall'amministratore che voglia esonerarsi dalla responsabilità verso la società e verso terzi, quale modalità per far constatare il proprio dissenso, ai sensi dell'art. 2476, 1° comma, seconda parte, c.c.

Il diritto di *opposizione ex art. 2257, 2° comma*, tuttavia, determinando una situazione di conflitto intraorganico, comporta la sola “sospensione” dell’operazione opposta, ma non ne preclude il compimento in via definitiva. In questo senso, differisce dal diritto di *veto*, che invece comporta l’impossibilità definitiva di compiere l’operazione³⁶.

3. La decisione sull’opposizione.

L’esercizio del diritto di opposizione da parte del singolo amministratore, paralizzando il potere decisorio individuale di altro amministratore circa il compimento dell’operazione contestata, determina il sorgere di un *conflitto* tra i componenti del medesimo organo gestorio (c.d. conflitto *intraorganico*). Per la relativa soluzione, bisogna verificare se nella s.r.l. operi lo stesso meccanismo previsto dalla legge in tema di società di persone, ossia la *decisione della collettività dei soci ex art. 2257, 3° comma, c.c.*

È noto infatti come, nella disciplina previgente, la decisione dei soci sull’opposizione rappresentasse – almeno per l’orientamento dominante³⁷ – il principale ostacolo al riconoscimento della legittimità delle clausole di amministrazione disgiuntiva nella s.r.l. In particolare, era fortemente dibattuta e prevalentemente negata la compatibilità dell’intervento di *tutti i soci* per comporre il conflitto gestorio (art. 2257, 3° comma) con le caratteristiche strutturali ed organizzative della s.r.l.; e ciò in ragione della rigida separazione di competenze tra soci ed amministratori propria dei modelli societari capitalistici, nonché in considerazione della responsabilità esclusiva degli amministratori per gli atti gestori³⁸.

³⁶ Un vero e proprio diritto di *veto* è quello che spetta oggi agli amministratori nel sistema congiuntivo all’unanimità (e v. *infra*, § 12 e nota 112). Nell’ordinamento previgente, anche l’amministrazione disgiuntiva era caratterizzata dal diritto di veto, sul modello della comunione [art. 1722 cod. civ. 1865 (società civile) e art. 107 cod. comm. 1882 (s.n.c.)], come fa notare F. GALGANO, *Il principio di maggioranza*, cit., 68 ss.; ID., *Le società in genere. Le società di persone*³, cit., 212 ss.

Esso, inoltre, caratterizza tuttora – come si è visto (*supra*, note 18 e 20) – il funzionamento dell’amministrazione disgiuntiva nelle società personali tedesca (§ 115, Abs. 1, *HGB*) e svizzera (art. 535, Abs. 2, *CO*), nonché nella *SARL* francese (art. L. 223-18 *cod. comm.*).

³⁷ V., per riferimenti, Capitolo I, § 2, nota 28.

³⁸ In argomento, cfr. ampiamente G. ZANARONE, *La clausola di amministrazione disgiunta*, cit., 117 ss.; ID., *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato Galgano*, VIII,

Oggi quegli stessi problemi di compatibilità risultano sicuramente non più insuperabili, alla luce della nuova disciplina introdotta dalla riforma, che per un verso ha ampliato la possibilità di riserva statutaria ai soci di decisioni *dirette* in materia gestoria (art. 2479, 1° comma, prima parte) ed ha altresì riconosciuto ai soci poteri gestori *mediati e indiretti* (art. 2479, 1° comma, seconda parte)³⁹ e, per altro verso, ha previsto – accanto alla responsabilità degli amministratori – la responsabilità solidale dei soci per eterogestione dell'impresa sociale, qualora essi abbiano «intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi» (art. 2476, 7° comma)⁴⁰.

Non dovrebbero esserci, pertanto, difficoltà ad ammettere che – almeno nel silenzio delle parti sul punto – il meccanismo *legale* di risoluzione del conflitto gestorio intraorganico generato dall'esercizio

Padova, 1985, 178; V. CALANDRA BUONAURA, *Amministrazione disgiuntiva e società di capitali*, cit., 122 ss. Anche G.C.M. RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, cit., 326 e nota 98 propendeva per l'inapplicabilità del 3° comma dell'art. 2257 c.c. alla s.r.l., nonostante l'A. fosse favorevole all'amministrazione disgiuntiva e all'applicazione analogica dei primi due commi dell'art. 2257.

³⁹ Su questi nuovi tratti tipologici della funzione gestoria nella s.r.l. ci si è già soffermati nel Capitolo I, § 6, cui pertanto si rinvia.

⁴⁰ Il complesso tema della responsabilità gestoria del socio *ex art.* 2476, 7° comma, che fa da opportuno *pendant* al riconoscimento di poteri amministrativi, sia come singolo (art. 2468, 3° comma), sia come collettività (art. 2479, 1° comma), non può – ovviamente – essere affrontato in questa sede. Si vedano al riguardo, V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, III, Torino, 2007, 665 ss.; M. MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007, 4 e 176 ss.; M. RESCIGNO, *Soci e responsabilità nella nuova s.r.l.*, in *AGE*, 2003, 297 ss.; R. LENER – A. TUCCI, *Decisioni dei soci e responsabilità degli amministratori.*, in *AGE*, 2003, 287 ss.; A. IRACE, *La responsabilità per atti di eterogestione*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. Santoro, Milano, 2003, 181 ss.; S. ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 1060 ss. (da cui si cita) e in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Vol. III, *Diritto commerciale. Società*, tomo III, Milano, 2005, 3687 ss.; O. CAGNASSO, *Sub art. 2476*, in *Commentario Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti*, II, Bologna, 2004, 1891 s.; F. PARRELLA, *Sub art. 2476*, in *Commentario Sandulli-Santoro*, III, Torino, 2003, 132 s.; S. DI AMATO, *Sub art. 2476*, in *Commentario Lo Cascio*, VIII, Milano, 2003, 220 ss.; F. PASQUARIELLO, *Sub art. 2476*, in *Commentario Maffei Alberti*, III, Padova, 2005, 1978 ss.; A. ANGELILLIS, *Sub art. 2476, § 12*, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Notari-Ghezzi*, VIII, *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, Milano, 2008, 791 ss.

dello *ius prohibendi* anche nella s.r.l. consiste nella decisione *ex art. 2257, 3° comma, c.c. e* – come tale – sia di competenza dei *soci*⁴¹.

Tuttavia, la “disciplina” della *decisione sull’opposizione* continua a porre delicati problemi di coordinamento con lo statuto legale della s.r.l., soprattutto per quanto attiene le relative modalità di assunzione, date le perduranti differenze, in tema di criteri di computo delle maggioranze, di *quorum* costitutivi e deliberativi, oltre che di procedimento tra società personali ed s.r.l. (nonostante le semplificazioni apportate per quest’ultima dalla riforma).

Per eliminare in radice tali difficoltà di coordinamento, si è affacciata la tesi secondo cui la decisione sull’opposizione spetterebbe *non ai soci*, bensì agli amministratori⁴². Ragionando in questi termini, infatti, non vi sarebbe la necessità di estendere alla s.r.l. il criterio di calcolo della maggioranza indicato dalla norma in commento «secondo la parte attribuita a ciascun socio negli utili», che – peraltro – sarebbe inapplicabile in presenza di amministratori estranei. E quindi, ritenendo che la competenza a decidere spetti in capo agli amministratori, la relativa maggioranza potrebbe essere calcolata per teste (anche quando vi siano amministratori non-soci).

Questa impostazione non può essere condivisa. Se, infatti, è vero che i criteri di computo della maggioranza previsti dall’art. 2257, 3° comma, c.c. mal si conciliano con la disciplina legale delle decisioni dei soci nella s.r.l., per superare tale incompatibilità non è necessario negare la legittimazione dei soci a decidere sull’opposizione, che rappresenta una caratteristica insopprimibile nel modello di amministrazione disgiuntivo delineato dal nostro legislatore del 1942 per le società personali e

⁴¹ Sulla possibilità, per l’atto costitutivo della s.r.l., di prevedere modalità “alternative” di soluzione del conflitto gestorio tra amministratori in regime disgiunto, cfr. *infra*, §§ 5-7.

⁴² Ritiene che, nel silenzio dell’atto costitutivo, la decisione sull’opposizione spetti alla maggioranza degli *amministratori* (calcolata per capi) e non ai *soci tutti* (secondo la quota attribuita negli utili, come prevede la lettera dell’art. 2257, 3° comma), G.E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, cit., 205, in considerazione dell’aggravamento del procedimento decisionale che deriverebbe, invece, riconoscendo il diritto di votare a tutti i soci, in presenza di compagine sociale numerosa. L’A., tuttavia, si dichiara favorevole ad una diversa regolamentazione statutaria della competenza a decidere sull’opposizione in capo ai soci, in considerazione degli ampi margini dell’autonomia statutaria nella ripartizione di competenze tra soci ed amministratori.

Propende per la legittimazione alla decisione sull’opposizione in capo agli amministratori (anziché ai soci) anche L. NAZZICONE, *L’amministrazione nella nuova società a responsabilità limitata*, cit., 2857.

richiamato oggi dall'art. 2475, 3° comma, nella s.r.l. Per salvaguardare le caratteristiche tipologiche del nostro tipo societario, allora, è sufficiente ricercare un metodo di calcolo della maggioranza, alternativo a quello indicato dall'art. 2257, 3° comma, che sia compatibile con i principi contenuti nell'art. 2479, 5° comma, c.c. (come si vedrà nel § 4). Per il resto, può essere mantenuta ferma la *legittimazione dei soci tutti* (siano essi o meno amministratori) ad esprimersi sull'opposizione, secondo quanto disposto dall'art. 2257, 3° comma, c.c.

Come avviene nelle società di persone, allora, la decisione sull'opposizione spetta alla *collettività dei soci* (tutti) in quanto tali, compresi quelli estranei alla gestione, mentre l'amministratore non-socio non ha diritto di parteciparvi⁴³. In tal modo, si superano anche le difficoltà circa il computo del voto dell'amministratore estraneo⁴⁴.

D'altro canto, non vi sono motivi per non ammettere che nella s.r.l. – come nelle società di persone – l'*ambito* della decisione dei soci *ex art.* 2257, 3° comma, c.c. riguarda solo la "legittimità" dell'opposizione e non il merito del compimento dell'atto gestorio (che resta devoluto all'organo amministrativo)⁴⁵.

⁴³ In tal senso, relativamente alle società di persone, AL. GRAZIANI, *Diritto delle società*⁵, Napoli, 1962, 120; A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza*, cit., 75.

Con specifico riferimento al problema nella s.r.l. dopo la riforma cfr., V. ALLEGRI, *L'amministrazione della società a responsabilità limitata dopo le recenti riforme*, in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, a cura di V. Santoro, Milano, 2003, 158; G.C.M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, III, Torino, 2007, 530; R. VIGO, *Decisioni dei soci: competenze*, ivi, 464; G. SANTONI, *L'organo di amministrazione nella s.r.l.: modalità di funzionamento*, Relazione al Convegno "L'amministrazione della s.p.a. e della s.r.l. Taluni profili" (Napoli, 5-6 dicembre 2008), ined., p. 8 del dattiloscritto che si è potuto consultare per cortesia dell'Autore.

⁴⁴ Così anche G. SANTONI, *L'organo di amministrazione nella s.r.l.*, cit., p. 8 del dattiloscritto.

⁴⁵ Secondo l'orientamento prevalente in tema di società di persone. E v., R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 425; F. GALGANO, *Il principio di maggioranza*, cit., 61 ss.; G. FERRI, *Delle società*³, cit., 157; V. BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, Napoli, 1969, 81 e nota 187; ID., *Società in nome collettivo*, in *Commentario Schlesinger*, artt. 2291-2312, Milano, 1995, 97 ss.; F. FERRARA JR. - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*¹³, cit., 279, nota 3, ove si chiarisce che i soci non intervengono «per assumere il potere di amministrare, bensì per controllare l'uso del veto»; nonché, più di recente, O. CAGNASSO, *La società semplice*, cit., 147. In senso contrario, ritengono che la decisione collettiva dei soci, sollecitata dall'esercizio del diritto di opposizione, abbia ad oggetto la stessa operazione opposta: A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza*, cit., 75; AL. GRAZIANI, *Diritto delle società*⁵, cit., 120.

In altri termini, l'esercizio dello *ius prohibendi* ed il conseguente intervento compositivo dei soci *non* determina uno spostamento di competenze gestorie dagli amministratori ai soci, appunto perché questi ultimi sono chiamati ad esprimersi non già sul merito dell'atto contestato ma solo sulla fondatezza della contestazione. Dal che derivano tre importanti corollari. In primo luogo, i soci possono solo accogliere o respingere l'opposizione, ma non possono dare indicazioni vincolanti sulle modalità di attuazione dell'atto. Inoltre, i soci che si sono pronunciati sull'opposizione non possono considerarsi per ciò solo responsabili *ex art. 2476, 7° comma, c.c.* dei danni che derivino dall'operazione successivamente attuata dagli amministratori⁴⁶. Infine e soprattutto, la decisione dei soci sull'opposizione in ogni caso non priva l'organo amministrativo del potere gestorio. Ed infatti, qualora l'opposizione – giudicata infondata – sia respinta dai soci, in capo al singolo amministratore in regime disgiunto ritorna la possibilità di scegliere liberamente se compierla o meno: egli, cioè, potrà dare attuazione all'operazione opposta, ovvero potrà decidere di non compiere più l'atto programmato, ovvero ancora di attuarlo con modalità differenti, o infine di eseguire un'operazione diversa. Solo nel caso in cui i soci accolgano l'opposizione, l'operazione opposta resta definitivamente preclusa, ma il singolo amministratore sarà libero di prendere l'iniziativa per altre operazioni. Il che – come si vedrà (*infra*, § 8) – si ripercuote ulteriormente sul profilo dell'efficacia dell'atto compiuto con i terzi dall'amministratore (infedele) nonostante l'opposizione, prima che i soci si siano pronunciati, ovvero in caso di accoglimento dell'opposizione, e sulla relativa responsabilità gestoria nei confronti della società.

Dalla ricostruzione secondo cui l'*ambito* della decisione dei soci *ex art. 2257, 3° comma, c.c.* riguarda solo la "legittimità" dell'opposizione e non il merito del compimento dell'atto gestorio (che resta devoluto all'organo amministrativo) deriva anche un'altra conseguenza sul piano applicativo⁴⁷. Se, infatti, l'amministratore che ha esercitato lo *ius prohibendi* rinunci all'opposizione *prima* che i soci si siano pronunciati sulla sua fondatezza, viene meno la competenza della collettività dei soci a decidere sull'opposizione stessa, dal momento che è venuto a cessare il conflitto gestionale che di quella decisione è presupposto necessario.

⁴⁶ Come fa notare giustamente P. BENAZZO, *L'organizzazione della nuova s.r.l. fra modelli legali e statuari*, in *Società*, 2003, 1073.

⁴⁷ Messa in luce da G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁶, a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, 94 in nota 70.

4. Le modalità di assunzione della decisione dei soci sull'opposizione.

Passando all'esame delle *modalità di assunzione della decisione* dei soci chiamati a risolvere il conflitto gestorio (art. 2257, 3° comma), l'attenzione deve concentrarsi su *tre* distinti ordini di questioni: *a*) l'individuazione dei soggetti legittimati a provocare la decisione dei soci sull'opposizione; *b*) la definizione delle regole procedurali della decisione dei soci; *c*) la determinazione del criterio di computo della maggioranza.

Relativamente al primo profilo, non vi sono motivi per non ritenere che anche nella s.r.l. l'*onere* di provocare il giudizio dei soci sulla fondatezza dell'opposizione sollevata dall'amministratore dissenziente al compimento dell'atto spetti agli altri *amministratori*. Ed in particolare, non solo all'amministratore *opposto*, ma anche ad uno qualsiasi degli *altri* amministratori eventualmente interessato al compimento dell'operazione opposta. Ciò in quanto il potere di provocare la decisione dei soci sull'opposizione è espressione della stessa potestà gestoria che giustifica lo *ius prohibendi*. Motivo per il quale tenderei ad escludere che – in applicazione dell'art. 2479, 1° comma, c.c. – tale legittimazione spetti, altresì, al *socio* con partecipazione qualificata (almeno un terzo del capitale sociale)⁴⁸.

Per quanto attiene, invece, al secondo aspetto, non vi è dubbio che la decisione dei soci sull'opposizione debba essere adottata con il rispetto delle normali regole procedurali – proprie della s.r.l. – indicate dagli artt. 2479 e 2479-*bis* c.c.⁴⁹, ossia con i normali *quorum* costitutivi e deliberativi (contemplati dal 3° comma dell'art. 2479-*bis*) e con il

⁴⁸ Salva l'ipotesi cui l'atto costitutivo della s.r.l. abbia espressamente adottato il ricorso alla decisione dei soci *ex art.* 2479, 1° comma, seconda parte, c.c. come modalità "alternativa" di composizione del conflitto gestorio tra gli amministratori in regime disgiunto, con conseguente disapplicazione dell'art. 2257, 3° comma. In argomento, v. *infra*, § 5 (e nota 65), cui si rinvia anche per le differenze tra diritto di *opposizione* dell'amministratore in regime disgiunto di cui all'art. 2257, 2° comma, e diritto di *provocatio* dell'amministratore o del socio con partecipazione qualificata *ex art.* 2479, 1° comma.

⁴⁹ Così anche R. VIGO, *Decisioni dei soci: competenze*, cit., 464. Sui profili procedurali delle decisioni dei soci nella s.r.l., cfr. *ex multis*, A. MIRONE, *Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedurali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, III, Torino, 2007, 477 ss.; M. CIAN, *Le decisioni assembleari*, in M. CIAN – G. GIANNELLI – F. GUERRERA – M. NOTARI – G. PALMIERI, *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibbà e G. Marasà, IV, Padova, 2009, 47 ss.

rispetto del metodo assembleare, a meno che l'atto costitutivo non abbia previsto il ricorso alla decisione non collegiale assunta mediante «consultazione scritta» o «consenso espresso per iscritto» (art. 2479, 4° comma)⁵⁰. Ed infatti, la decisione sull'opposizione non rientra tra quelle, indicate nei nn. 4 e 5 dell'art. 2479, 2° comma, per le quali il metodo assembleare è inderogabile. Il ricorso, nel caso in esame, alla decisione non collegiale può inoltre argomentarsi dal carattere “residuale” delle decisioni dei soci alternative a quella collegiale⁵¹. Non sarebbe, invece, possibile derogare al principio maggioritario, prevedendo la decisione sull'opposizione all'unanimità. Ciò in quanto i soci sono chiamati a pronunciarsi su una questione relativa alla gestione della società, per la quale il principio maggioritario offre garanzie di rapida assunzione, evitando i rischi di ulteriore stallo decisionale che deriverebbero dalla introduzione del consenso unanime⁵².

Il maggiore nodo problematico riguarda, tuttavia, la terza questione, ossia l'individuazione del *criterio di calcolo del voto* dei soci, al fine del computo delle maggioranze, essendovi contrasto tra la regola prevista dall'art. 2257, 3° comma, che si riferisce alla «parte attribuita a ciascun socio negli utili» (c.d. maggioranza per quote di interesse) e la disciplina della s.r.l., dove l'art. 2479, 5° comma, prevede il criterio del voto «in misura proporzionale» alla «partecipazione sociale». È, quindi, demandata all'opera dell'interprete stabilire quale sia il criterio *suppletivo* da applicare nel silenzio dell'atto costitutivo.

L'elevato grado di difficoltà della questione è testimoniato dal contrasto di opinioni delle diverse soluzioni proposte⁵³.

⁵⁰ Si noti che pure nelle società di persone la dottrina è orientata ad ammettere che la decisione dei soci sull'opposizione possa essere formata sia mediante la raccolta delle dichiarazioni di volontà di ciascun socio, espresse anche in modo separato (così, G. FERRI, *Delle società*³, cit., 157); sia con l'osservanza del metodo assembleare, previa espressa pattuizione sociale (e v., AL. GRAZIANI, *Diritto delle società*⁵, cit., 119; M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 368; A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza*, cit., 38 ss.).

⁵¹ In questo senso, G. SANTONI, *Le decisioni dei soci nella società a responsabilità limitata*, in *Dir. e giur.*, 2003, I, 236 s.; A. MIRONE, *Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedurali*, cit., 483 ss.

⁵² Così, nelle società di persone, A. MIRONE, *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, 1998, 160, nota 93. Sul principio di maggioranza che nelle società personali informa la decisione dei soci *ex art. 2257*, 3° comma nell'ambito dell'amministrazione disgiunta, A. SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, cit., 233 ss.

⁵³ Ad esempio, G.C.M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione*, cit., 530, ritiene che il criterio di calcolo della maggioranza determinata secondo la parte attribuita a ciascun

In coerenza con l'impostazione qui accolta, che non riconosce portata decisiva al rinvio puro e semplice dell'art. 2475, 3° comma, alle norme in tema di società di persone, appare preferibile – in linea di principio – disapplicare il criterio della maggioranza per *quote di interesse* (ex art. 2257, 3° comma) e ritenere prevalente la disciplina della s.r.l. sulla decisione dei soci (art. 2479, 5° comma), che prevede il criterio del voto in misura *proporzionale* alla *partecipazione sociale*⁵⁴.

Ed infatti, il criterio della maggioranza per *quote di interesse* trova giustificazione nelle società di persone in relazione alla massima libertà di cui i soci godono nella determinazione della partecipazioni agli utili, secondo le regole – chiaramente dispositive – contenute nell'art. 2263 c.c.⁵⁵. Ed infatti, se è vero che normalmente le parti spettanti ai soci nei

socio negli utili (art. 2257, 3° comma) sia applicabile alla s.r.l., in ragione della disciplina permissiva contenuta nell'art. 2468, 2° e 3° comma, e fatta salva diversa disposizione dell'atto costitutivo. Nello stesso senso, anche C. DI NANNI, *L'amministrazione ed i controlli nella nuova società a responsabilità limitata*, in *La «nuova» società a responsabilità limitata*, a cura di M. Miola, Napoli, 2005, 212. Ritiene, invece, che nella s.r.l. non debba trovare applicazione la regola ex art. 2257, 3° comma, per il computo della maggioranza nelle decisioni sull'opposizione, G.E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, cit., 205 s. In senso diametralmente opposto, M. RANIELI, *L'amministrazione disgiuntiva e congiuntiva della società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. imp.*, 2007, 122 s., la quale non solo ritiene di applicare la regola di calcolo prevista dall'art. 2257, ma esclude altresì ogni possibilità di deroga statutaria. Secondo C. CACCAVALE, *Modelli di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. imp.*, 2007, 66 ss., la maggioranza dovrebbe essere calcolata in base al valore della partecipazione sociale. Analogamente, S. AMBROSINI, *Sub art. 2475*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, III, Napoli, 2004, 1571 s. afferma che i soci debbano decidere sull'opposizione in base alle quote di capitale conferite. Infine, G. SANTONI, *L'organo di amministrazione nella s.r.l.*, cit., p. 7 s. del dattiloscritto sottolinea che la materia del computo delle maggioranze nei modelli di gestione alternativi nella s.r.l. «è sottoposta alla più ampia discrezionalità».

La questione diventa ancora più delicata nell'ipotesi in cui sia nominato un *amministratore non-socio*, per il quale non è configurabile alcun sistema di ponderazione del voto. Ma si tratta di problema che *non* attiene alla decisione sull'opposizione nell'amministrazione *disgiunta*, per la quale si è visto che sono legittimati a votare solo i soci in quanto tali. Esso si presenta, invece, nel sistema di amministrazione *congiuntiva a maggioranza*, per il quale l'art. 2258, 2° comma fa espresso rinvio al criterio di calcolo della maggioranza per quote di interessi. Sul punto, v. *infra* § 13.

⁵⁴ E la partecipazione dei soci di s.r.l. è determinata, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, «in misura proporzionale al conferimento» (art. 2468, 2° comma, c.c.).

⁵⁵ Su queste regole, è sufficiente il rinvio (anche per gli opportuni riferimenti) a G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁶, cit., 83 s. e 90; G.

guadagni (e correlativamente nelle perdite) si presumono in misura *proporzionale* ai conferimenti, è altresì vero che i consociati sono del tutto liberi di stabilire diversamente, incontrando il solo limite del divieto di patto leonino (art. 2265). E la libertà quasi assoluta nello stabilire diverse forme di partecipazione agli utili dei soci di società personali trae la sua *ratio* dalla responsabilità illimitata degli stessi soci per le obbligazioni sociali. Il legislatore ha, infatti, stabilito che colui il quale trae maggiori vantaggi dall'esercizio dell'attività di impresa abbia maggiore peso nelle decisioni di carattere gestorio (come nel caso appunto dell'art. 2257, 3° comma, c.c.), perché di norma (art. 2263, 3° comma, c.c.) sopporta in eguale misura anche il peso della responsabilità (sussidiaria) per le relative obbligazioni (in virtù di quel meccanismo di divisione interna *pro quota*, rappresentato dal diritto di *regresso*)⁵⁶.

La stessa *ratio* non si riscontra evidentemente nella s.r.l., per cui non vi sono ragioni per non ritenere operante – anche per le decisioni dei soci sull'opposizione *ex art.* 2257, 3° comma – il normale criterio, espressione del principio di democraticità su basi capitalistiche, del voto in misura proporzionale alla partecipazione sociale di cui all'art. 2479, 5° comma, c.c.⁵⁷.

Si potrebbe discutere, tuttavia, se quella indicata dall'art. 2479, 5° comma, c.c. sia una regola inderogabile, ovvero se i soci di s.r.l. possano prevedere diversamente⁵⁸. A tale proposito, non vi sono ragioni particolari che inducano a soluzioni differenziate per la decisione qui in

FERRI, *Delle società*³, cit., 190 s.; V. BUONOCORE, *Società in nome collettivo*, cit., 182 ss.; F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*³, cit., 273 ss.

⁵⁶ E v., F. DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, Napoli, 1967, *passim*.

Non è questa la sede per affrontare il dibattito sulla relazione tra potere e responsabilità nelle società di persone, influenzato dal principio di *Gleichlauf von Herrschaft und Haftung* ammesso dalla dottrina tedesca (e v., F. KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*⁵, Heidelberg, 1998, 289). Si vedano, con posizioni contrastanti, V. BUONOCORE, *Società in nome collettivo*, cit., 100 ss.; F. DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973, 159 ss.

⁵⁷ Sulla regola di *proporzionalità* dei diritti dei soci rispetto alla quota di partecipazione, e sulle possibili deroghe, v. *ex multis*, G. SANTONI, *Le quote di partecipazione nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, III, Torino, 2007, 381 ss.

⁵⁸ Parallelamente, nelle società di persone, il *criterio* di computo della maggioranza “per quote di interesse” *ex art.* 2257, 3° comma, è prevalentemente considerato *derogabile*. E v. *ex multis*, G. COTTINO – R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 147.

esame rispetto a quelle ritenute praticabili in generale nella s.r.l.⁵⁹. Così, dovrebbero essere illegittime le clausole che prevedano, in deroga al voto proporzionale alla partecipazione sociale, il voto “plurimo” o quello “limitato” o che addirittura escludano taluni soci dalla decisione⁶⁰. Per converso, sembra legittima la previsione statutaria del voto “per teste”, la quale – introducendo un principio di democraticità su base personale – è compatibile con l’opzione per un modello più personalistico di società, in linea con la scelta del sistema disgiuntivo di amministrazione. Né vedrei ostacoli ad ammettere, infine, l’introduzione statutaria del criterio del voto contemplato dall’art. 2257, 3° comma, e commisurato alla parte attribuita a ciascun socio agli utili⁶¹.

5. Possibili modalità alternative di composizione del conflitto gestorio. A. Il ricorso alla decisione dei soci ex art. 2479, 1° comma, c.c.

Fermo restando che (anche) nella s.r.l. la tecnica *legale* di “composizione” del conflitto gestorio innescato dall’amministratore in regime disgiunto con l’esercizio dello *ius prohibendi* consiste nella decisione dei soci sull’opposizione ex art. 2257, 3° comma, c.c., occorre – da ultimo – vagliare se siano possibili eventuali deviazioni da tale meccanismo di composizione.

A tale proposito, non sembra che l’art. 2257, 3° comma, c.c. possa essere considerata norma inderogabile nella s.r.l., data la sua natura

⁵⁹ Per una sintesi del relativo dibattito, cfr. da ultimo, M. CIAN, *Le decisioni assembleari*, cit., 85 ss. (e *ivi*, riferimenti nelle note 134-135).

⁶⁰ Cfr., per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁷, a cura di Mario Campobasso, Torino, 2009, in corso di pubblicazione, 506 e nota 17 delle bozze che si sono potute consultare per cortesia del Curatore. Nello stesso senso, M. CIAN, *Le decisioni assembleari*, cit., 86 (e note 136-137), anche se l’A. ammette l’introduzione del voto “limitato ad una misura massima” e del c.d. voto “scalare”, in analogia con quanto previsto dall’art. 2351, 3° comma, per la s.p.a. (v. p. 87).

⁶¹ Sempre che si ammetta che la partecipazione agli utili possa essere commisurata in maniera *non-proporzionale* alla partecipazione sociale (e quindi, normalmente, ai conferimenti), valorizzando la natura dispositiva del criterio legale dell’art. 2468, 2° comma, c.c. Questa soluzione potrebbe essere utile, ad esempio, in una s.r.l. formata da due soli soci paritari al 50%, i quali si siano riservati nell’atto costitutivo la gestione disgiunta: qui, infatti, l’assunzione della decisione sull’opposizione diventa impossibile sia secondo il criterio del voto proporzionale alla partecipazione, sia secondo il voto per teste, per cui i soci potrebbero prevedere che il diritto di voto sia commisurato al diritto di partecipazione agli utili, se differentemente attribuito.

dispositiva nel contesto delle società di persone⁶². Devono, quindi, ritenersi legittime sia modalità alternative che si ricavano dallo stesso regolamento normativo della s.r.l., sia clausole dell'atto costitutivo che espressamente introducono diverse modalità statutarie.

È assai controverso se, tra le modalità alternative previste direttamente dalla legge, possa essere annoverata la decisione dei soci “su sollecitazione” ex art. 2479, 1° comma, c.c. Come si è già visto, la norma consente ai soci della s.r.l. di decidere sugli «argomenti» che uno o più amministratori, ovvero i soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale, sottopongono alla loro «approvazione»⁶³.

Per ammettere l'istituto in esame come meccanismo alternativo di risoluzione dei conflitti gestori nel modello di amministrazione disgiuntiva, occorre preliminarmente dimostrare che il c.d. diritto di *provocatio* spetti al singolo amministratore ex art. 2479, 1° comma, c.c. non solo nel sistema legale di amministrazione *consiliare*, ma altresì nel sistema disgiuntivo. Il punto è estremamente controverso, ma una serie di indici inducono e ritenere preferibile la tesi che ritiene tale diritto di *provocatio* operante *qualunque* sia il *regime* di amministrazione prescelto dai soci della s.r.l.⁶⁴.

⁶² Sulle possibilità di deroga alle regole per l'assunzione della decisione dei soci sull'opposizione – nelle società personali – ci si è già soffermati nei luoghi opportuni (criterio di computo della maggioranza; modalità procedurali). Basti qui aggiungere che, dopo la riforma del 2003, un'ulteriore possibilità di deroga è prevista dall'art. 37, d. lgs. 5/2003, secondo cui l'atto costitutivo può stabilire che le decisioni sul contrasto tra gli amministratori vengano deferite ad uno o più terzi, in qualità di *arbitratori*. Sull'istituto, v. *infra* § 7 (ove riferimenti).

⁶³ Sulla portata sistematica della norma, v. le considerazioni svolte nel Capitolo I, § 6, cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti.

⁶⁴ In questo senso, v. R. VIGO, *Decisioni dei soci: competenze*, cit., 472; ID., *La partecipazione dei soci all'amministrazione della s.r.l.*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Vol. III, *Diritto commerciale. Società*, Tomo III, Milano, 2005, 4063 (da cui si cita) ed anche in *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina*, a cura di A. Genovese, Torino, 2004, 48 ss.; G. SANTONI, *L'organo di amministrazione nella s.r.l.*, cit., p. 8 e nota 29 del dattiloscritto; O. CAGNASSO, *Sub artt. 2475 e 2475-bis*, in *Commentario Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti*, II, Bologna, 2004, 1860.

Ritengono, invece, che il diritto di *provocatio* (non solo del singolo amministratore, ma anche del socio con partecipazione qualificata) non trovi applicazione nell'amministrazione *disgiuntiva*, né in quella *congiuntiva*, bensì, in modo restrittivo, solo nel caso in cui vi sia una amministrazione *consiliare*, N. ABRIANI – M. MALTONI, *Elasticità organizzativa e riparto di competenze nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, I, 34, argomentando dalla “prevalenza”

In primo luogo, il potere *di provocatio* di cui all'art. 2479, 1° comma, che consiste nella facoltà di uno o più amministratori di sottoporre all'approvazione dei soci determinati «argomenti», non è incompatibile con la scelta per il regime di amministrazione disgiuntiva perché si differenzia rispetto al diritto di opposizione⁶⁵.

Per altro verso, la stessa decisione dei soci “su sollecitazione” *ex art. 2479, 1° comma* è compatibile anche in presenza di un sistema di amministrazione disgiunto, perché – ferma restando l'operatività del diritto di *opposizione ex art. 2257, 2° comma* – è possibile ricostruire il rapporto tra questa decisione e quella dei soci sull'opposizione *ex art. 2257, 3° comma*, in termini di alternatività e non di sovrapposibilità. Intendo, cioè, dire che una volta che sia stato esercitato il diritto di opposizione avverso un'operazione gestoria, l'amministratore opposto che sia comunque interessato al compimento dell'atto può – a sua scelta – investire i soci *ex art. 2257, 3° comma*, affinché decidano sulla legittimità dell'opposizione, ovvero può – in alternativa – esercitare a sua volta il diritto di *provocatio ex art. 2479, 1° comma*, chiedendo che la questione sia sottoposta all'approvazione dei soci.

Evidenti sono le differenze strutturali tra le due ipotesi in discorso: nella decisione *ex art. 2257, 3° comma* la collettività dei soci è chiamata a pronunciarsi solo sulla *legittimità* dell'opposizione e non sul merito

delle norme *ex artt. 2257 e 2258* con conseguente «disapplicazione della regola del 1° comma dell'art. 2479 c.c.».

In linea diametralmente opposta, G. GUIZZI, *L'amministrazione della s.r.l.*, in *Nuovo diritto societario*, a cura di De Tilla-Alpa-Patti, Roma, 2003, 514, il quale ritiene che nell'ipotesi di s.r.l. con sistema di amministrazione disgiuntiva, il meccanismo legale di composizione del conflitto gestorio scaturito dal diritto di opposizione consista nella decisione dei soci *ex art. 2479, 1° comma*, con conseguente disapplicazione del richiamo all'art. 2257 c.c., giudicato «per un verso inutile» (perché appunto si applica l'art. 2479, 1° comma) e «per altro fuorviante» (per le contraddizioni tra il criterio di computo della maggioranza *ex art. 2257, 3° comma*, e le regole sulle decisioni dei soci di cui all'art. 2479-bis).

⁶⁵ Come si è già sottolineato *supra*, § 4, in nota 48. In particolare, la “permanenza” del potere di gestione in capo agli amministratori, nonostante l'intervento dei soci chiamati a pronunciarsi sulla (legittimità dell') opposizione *ex art. 2257, 3° comma*, consente di apprezzare la differenza tra l'esercizio del diritto di opposizione di cui all'art. 2257, 2° comma, e l'ipotesi disciplinata dall'art. 2479, 1° comma, che prevede il potere di uno o più amministratori di sottoporre all'approvazione dei soci determinati «argomenti», nella quale si determina, invece, un vero e proprio “spostamento” della competenza gestoria dai primi ai secondi.

Inoltre, si consideri che il diritto di *provocatio* spetta al singolo amministratore ed anche al *socio* con partecipazione qualificata escluso dall'amministrazione, là ove il diritto di opposizione spetta *solo* agli amministratori.

dell'operazione opposta (*supra*, § 3); mentre nell'approvazione su sollecitazione *ex art.* 2479, 1° comma si verifica, con lo *ius provocandi*, un vero e proprio “spostamento” di competenza gestoria dagli amministratori ai soci, i quali sono chiamati, appunto, a decidere sull'esecuzione dell'operazione opposta. Nel primo caso (*art.* 2257, 3° comma), quindi, la paternità dell'operazione resta in capo agli amministratori (una volta che l'opposizione venga respinta), mentre nel secondo caso (*art.* 2479, 1° comma) la paternità dell'operazione spetta direttamente ai soci, che hanno approvato la questione sottoposta al loro giudizio.

Da questa diversità strutturale conseguono due importanti differenze di disciplina. In primo luogo, solo nel caso dell'*art.* 2479, 1° comma, i soci possono essere chiamati a rispondere in solido con gli amministratori per avere «deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società» (*art.* 2476, 7° comma), mentre – come si è visto (§ 3) – nel caso di decisione *ex art.* 2257, 3° comma, i soci non assumono alcuna responsabilità. Inoltre, solo nel primo caso la decisione gestoria assume la qualifica formale di decisione dei soci, con conseguente assoggettamento al relativo regime di invalidità (*art.* 2479-*ter* c.c., che prevede la legittimazione all'impugnativa di *tutti i soci* dissenzienti).

Infine, questa ricostruzione non comporta che dalla diversa scelta dell'amministratore in regime disgiunto (tra la sollecitazione della decisione dei soci *ex art.* 2257, 3° comma, ovvero dell'approvazione dei soci *ex art.* 2479, 1° comma) derivi un diverso regime di responsabilità gestoria. Ed infatti, si è visto come l'autorizzazione *ex art.* 2479, 1° comma, non può essere intesa per l'amministratore a discarico di responsabilità, per cui questi è tenuto a non dare attuazione alle decisioni dei soci pregiudizievoli per la società o illegittime, pena la propria responsabilità⁶⁶.

6. (Segue): B. Il conferimento della decisione al singolo socio *ex art.* 2468, 3° comma, c.c.

Proseguendo nell'indagine sulle *modalità* di risoluzione del conflitto generato dall'opposizione dell'amministratore disgiunto, “*alternative*”

⁶⁶ In argomento, v. *amplius* Capitolo I, § 6. In questo senso, si esprime la dottrina maggioritaria, e v. *ex multis*, M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, in M. CIAN – G. GIANNELLI – F. GUERRERA – M. NOTARI – G. PALMIERI, *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba e G. Marasà, IV, Padova, 2009, 26 ss.

rispetto alla decisione dei soci *ex art. 2257*, 3° comma, occorre verificare se l'atto costitutivo della s.r.l. possa devolvere la composizione del contrasto gestorio alla competenza del *singolo socio* come *diritto particolare* sull'amministrazione *ex art. 2468*, 3° comma⁶⁷.

Istituto, quest'ultimo, ben noto nell'esperienza comparatistica⁶⁸.

In realtà, la risposta dipende dalla definizione dei possibili *contenuti* dei diritti particolari dei singoli soci in materia di amministrazione, che – stando all'ampiezza della formulazione dell'art. 2468, 3° comma – non sembrano potersi ricondurre ad un catalogo tassativo. In argomento, cioè, l'autonomia privata gode della più ampia libertà, limitata dal solo rispetto delle competenze e prerogative *inderogabili* riconosciute dalla legge alla collettività dei soci o all'organo amministrativo, e dei diritti *inderogabilmente* connessi allo *status* di socio (diritto di voto, diritti di controllo)⁶⁹.

⁶⁷ Per l'opinione affermativa v., P. MORANDI, *Sub art. 2475*, cit., 1947 e nota 68; A. PICCIAU, *Appunti in tema di amministrazione e rappresentanza*, in *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, a cura di Farina-Ibba-Racugno-Serra, Milano, 2004, 246; N. ABRIANI, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*³, Milano, 2006, 314; S. AMBROSINI, *Sub art. 2475*, cit., 1573.

⁶⁸ Per il diritto spagnolo, v. M.A. CUENCA GARCÍA, *Participaciones sociales y derechos del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, in *La società a responsabilità limitata in Italia e in Spagna. Due ordinamenti a confronto*, a cura di N. Abriani e J.M. Embid Irujo, Milano, 2008, 177 ss.

⁶⁹ L'argomento, per la sua complessità, non può che essere solo accennato in questa sede, rinviando all'ampia letteratura apparsa dopo la riforma. E v. A. DACCÒ, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, III, Torino, 2007, 395 ss.; G. SANTONI, *Le quote di partecipazione nella s.r.l.*, cit., 383 ss.; R. ROSAPEPE, *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione sociale nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 480 ss.; M. MALTONI, *La partecipazione sociale*, in CACCAVALE-MAGLIULO-MALTONI-TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2004, 164 ss.; M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, in *Riv. soc.*, 2004, 1483 ss.; A. SANTUS – G. DE MARCHI, *Sui «particolari diritti» del socio nella nuova S.r.l.*, in *Riv. not.*, 2004, I, 75 ss.; M. NOTARI, *Diritti «particolari» dei soci e categorie «speciali» di partecipazioni*, in *AGE*, 2003, 325 ss.; ID., *Diritti particolari e categorie di quote nella s.r.l.*, in *La società a responsabilità limitata in Italia e in Spagna. Due ordinamenti a confronto*, a cura di N. Abriani e J.M. Embid Irujo, Milano, 2008, 161 ss.; R. VIGO, *La partecipazione dei soci all'amministrazione della s.r.l.*, cit., 4065; nonché M. PINNARÒ, *Sub art. 2468*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, III, Napoli, 2004, 1500 s.; P. REVIGLIONE, *Sub art. 2468*, in *Commentario Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti*, II, Bologna, 2004, 1798 ss.; L.A. BIANCHI – A. FELLER, *Sub art. 2468*, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Notari-Ghezzi*, VIII. *Società a responsabilità limitata*,

E così, limitando il campo di indagine alle interferenze dei particolari diritti amministrativi con il modello di amministrazione disgiuntiva, deve certamente escludersi che l'atto costitutivo possa riconoscere al *singolo socio* il diritto di *opposizione* dell'amministratore disgiunto *ex art. 2257*, 2° comma, in quanto si tratta di potere che spetta *ex lege* e indefettibilmente ai soggetti investiti della funzione gestoria⁷⁰.

Per quanto riguarda, invece, l'attribuzione come diritto particolare del potere di *decidere sull'opposizione ex art. 2257*, 3° comma, la soluzione positiva deriva da due ordini di considerazioni. In primo luogo – come si è visto – si tratta di competenza dei soci che non ha carattere inderogabile. Inoltre, il socio sarebbe investito del solo potere di dirimere il conflitto gestorio, giudicando sulla “legittimità” dell'opposizione sollevata dall'amministratore disgiunto, mentre non gli sarebbe attribuita una diretta competenza nel merito della gestione.

A tale proposito, si osservi che in linea di principio si ammette che i particolari diritti possano consistere nel deferimento di decisioni sul “merito” del compimento dell'atto gestorio, siano esse relative alla stessa attività amministrativa nel suo complesso (nel qual caso il socio amministrerà personalmente), ovvero alla facoltà di compiere singoli atti gestori (come autorizzazioni o veti), anche in relazione a specifiche materie gestorie (come nomina e revoca degli amministratori, determinazione del relativo compenso). Poiché il più comprende il meno, sembra corretto riconoscere che anche la decisione in discorso sulla “legittimità” dell'opposizione possa essere statutariamente riconosciuta come diritto particolare del socio.

Tuttavia, sul piano applicativo, bisogna ribadire che il deferimento al socio della decisione sull'opposizione *ex art. 2257*, 3° comma, non comporta per il socio stesso assunzione della responsabilità gestoria *ex art. 2476*, 7° comma, in solido con gli amministratori che abbiano poi attuato l'operazione. Assunzione di responsabilità si avrebbe solo quando il socio abbia deciso direttamente l'operazione (o l'atto) gestorio⁷¹.

a cura di L.A. Bianchi, Milano, 2008, 319 ss. Da ultimo, A. BLANDINI, *Categorie di quote, categorie di soci*, Milano, 2009.

Per talune osservazioni circa il possibile contenuto di tali diritti, v. Capitolo I, § 8 e nota 144; nonché Capitolo III, § 12, nota 207.

⁷⁰ In questi termini, G. SANTONI, *Le quote di partecipazione nella s.r.l.*, cit., 385, il quale coerentemente esclude altresì il riconoscimento del diritto di *veto ex art. 2258*, proprio dell'amministratore in regime *congiunto* all'unanimità.

⁷¹ Come avverrebbe nell'ipotesi in cui il diritto particolare *ex art. 2468*, 3° comma, consista nell'attribuzione al socio dell'«approvazione» di un'operazione “su

7. (Segue): C. La c.d. amministrazione “arbitrata” ex art. 37, d. lgs. 5/2003.

È, infine, controverso se, in caso di disaccordo tra amministratori disgiunti, sia possibile – in alternativa al meccanismo della decisione dei soci sull’opposizione ex art. 2257, 3° comma – sottoporre la questione addirittura ad un *terzo estraneo* alla società. Questa via sembra praticabile in via statutaria, mediante il ricorso all’istituto introdotto dall’art. 37, d.lgs. 17-1-2003, n. 5 (tuttora in vigore, perché non interessato dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, il cui art. 54, 5° comma, ha invece abrogato gli articoli da 1 a 33, 41, 1° comma, e 42 del d.lgs. n. 5/2003)⁷².

La riforma del diritto societario ha, infatti, previsto (per le sole società a responsabilità limitata e società di persone) che – mediante apposita clausola dell’atto costitutivo – la decisione sul conflitto gestorio tra gli amministratori venga adottata da uno o più *terzi* estranei alla società ex art. 37, d.lgs. 5/2003. Si tratta del riconoscimento normativo della c.d. *deadlock breaking clause* (o clausola antistallo), sviluppata nella prassi contrattuale soprattutto statunitense, per superare situazioni di stallo decisionale in ordine alla gestione di imprese societarie, rimettendo la scelta operativa ad un terzo o ad un collegio⁷³. Ed infatti, la

sollecitazione” del singolo amministratore, ovvero di altro socio con partecipazione qualificata, ex art. 2479, 1° comma.

Sui i profili della responsabilità ex art. 2476, 7° comma, del socio dotato di particolari diritti, v. R. VIGO, *La partecipazione dei soci all’amministrazione della s.r.l.*, cit., 4069.

⁷² In senso favorevole all’applicazione dell’istituto ex art. 37 d.lgs. n. 5/2003 come sistema di risoluzione dei conflitti gestori nelle società di persone e nella s.r.l., chiaramente, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁶, cit., 94 s.; nonché G.C.M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione*, cit., 532; O. CAGNASSO, *Sub art. 2476*, cit., 1860; S. AMBROSINI, *Sub art. 2475*, cit., 1572; G. GUIZZI, *L’amministrazione della s.r.l.*, cit., 515. In senso contrario, prima della riforma, si era espressa la giurisprudenza di merito: e v., Trib. Cassino, 21 giugno 1991, in *Società*, 82 (che ha rifiutato l’omologazione della clausola di uno statuto di s.r.l. che rimetteva ad un collegio arbitrale la risoluzione degli eventuali contrasti sulla gestione dell’impresa sociale).

Si tende, invece, ad escludere nella s.r.l. la possibilità di deferire il conflitto gestorio alla decisione di *enti pubblici* non-soci (e quindi “estranei” alla società) – come è, invece, possibile nella s.p.a. – pur in mancanza di apposita clausola statutaria.

⁷³ Su queste clausole, v. G. DAINO, *Tecniche di soluzione del deadlock: la disciplina contrattuale del disaccordo tra soci nelle joint ventures*, in *Dir. comm. int.*, 1988, 151 ss.; G. CABRAS, *La forma dell’impresa. Organizzazione della gestione nella società di capitali*, Torino, 1995, 245 s.

norma parla espressamente di “deferimento” al terzo del contrasto tra coloro che hanno il potere di amministrare in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società (1° comma). Se l’atto costitutivo lo prevede, la decisione del terzo è reclamabile davanti ad un collegio (art. 37, 2° comma). Ai terzi (o al collegio in sede di reclamo) può essere, inoltre, riconosciuta la facoltà di dare indicazioni “vincolanti” sulle questioni collegate a quelle che sono loro espressamente deferite (art. 37, 3° comma). Infine, le decisioni rese dal terzo o dal collegio sono in ogni caso impugnabili solo provando la mala fede degli stessi, a norma dell’art. 1349, 2° comma, c.c. (espressamente richiamato dall’art. 37, 4° comma)⁷⁴.

Alla luce di questa scarsa disciplina, non è chiara anzitutto la natura del nuovo istituto, che – ferma restando la differenza con l’*arbitrato* – è stato generalmente assimilato all’*arbitraggio* previsto dall’art. 1349 c.c.⁷⁵. Secondo la ricostruzione che appare preferibile, tuttavia, con la

⁷⁴ Sul nuovo istituto v., nella dottrina gius-processualista, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, 18 s.; E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 517; F. CORSINI, *La risoluzione dei contrasti nell’amministrazione sociale mediante «arbitrato gestionale»*, in *Società*, 2003, 1209 ss.; S. SANZO, *Sub artt. 34-37, d. lgs. 5/2003*, in *Commentario Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti*, III, Bologna, 2004, 2996 s.; nonché, in quella gius-commercialista, U. MORERA, *L’«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, in *AGE*, 2003, 313 ss. (da cui si cita), pubblicato anche con il titolo *La risoluzione dei contrasti sulla gestione di società di persone e di s.r.l. (art. 37, d.lgs. n. 5/2003)*, in *Il rapporto banca-impresa nel nuovo diritto societario*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2004, 147 ss.; E. MINERVINI, *L’arbitrato «economico» e la risoluzione dei contrasti sulla gestione della società*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 880 ss.; C. IBBA, *La gestione dell’impresa sociale fra amministratori e non amministratori*, in *Studium juris*, 2005, 423 s.; P. SPADA, *L’amministrazione «arbitrata»*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, I, Torino, 2006, 257 ss.; Cons. nazionale del Notariato, *Studio n. 5734/I/2005 (15 luglio 2005): La risoluzione dei contrasti nella gestione delle società*, a cura di A. Ruotolo, reperibile sul sito www.notariato.it.

⁷⁵ Non è questa la sede per indagare *funditus* la questione della natura giuridica dell’istituto ex art. 37, d.lgs. 5/2003. È opportuno segnalare che mentre la dottrina unanimemente ne esclude la configurazione come *arbitrato* (dal momento che quest’ultimo presuppone una controversia giustiziabile, rimessa – mediante la clausola compromissoria – alla soluzione di un giudice privato, anziché all’autorità giudiziaria), alcuni Studiosi lo assimilano all’*arbitraggio* (art. 1349 c.c.), che si verifica nel caso in cui, in sede di conclusione di un contratto, le parti abbiano deferito ad un terzo la determinazione della prestazione dedotta in contratto o comunque l’integrazione di un elemento negoziale, le quali potranno essere impuginate se manifestamente inique o erronee (c.d. *arbitrium boni viri*: 1° comma), oppure provando la mala fede del terzo

norma in esame il legislatore della riforma ha introdotto un istituto *sui generis*, che consiste in una vera e propria forma di gestione della società da parte di soggetti estranei privi della qualifica di organo amministrativo⁷⁶: per cui è più corretto parlare di c.d. “*amministrazione arbitrata*”. Ed infatti, il terzo (o il collegio) *ex art. 37 d.lgs. 5/2003* non è chiamato ad integrare un regolamento negoziale incompleto o a determinare taluni elementi contrattuali (come avviene nel caso dell’art. 1349 c.c.), bensì deve superare lo stallo decisionale tra i titolari della funzione gestoria, indicando loro la soluzione «in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società» (1° comma), nonché – eventualmente – dando indicazioni «vincolanti» sulle questioni «collegate» con quella espressamente deferitagli (3° comma).

Ciò premesso, bisogna verificare quali conseguenze di disciplina e quali ripercussioni derivino sul funzionamento del sistema di amministrazione disgiuntiva, in seguito all’introduzione della clausola statutaria con cui i soci della s.r.l. abbiano deferito al terzo la risoluzione dei contrasti sulla gestione di società, come modalità “alternativa” alla decisione sull’opposizione *ex art. 2257, 3° comma, c.c.*⁷⁷.

(*arbitrium merum*: 2° comma). Per questa configurazione, avallata dalla Relazione al d. lgs. 5/2003, che parla di «arbitrato c.d. economico», e dall’espresso richiamo all’art. 1349 c.c. (contenuto nel 4° comma dell’art. 37), v. R. RORDORF, *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2003, 669; U. MORERA, *L’arbitraggio per la risoluzione dei contrasti*, cit., 314; Cons. nazionale del Notariato, *Studio* n. 5734/I/2005, cit., 3 ss. (e nota 9, ove ulteriori riferimenti); e, da ultimo, G. CARCANO, *Sub art. 2475*, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Notari-Ghezzi*, VIII. *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, Milano, 2008, 581. In giurisprudenza, Trib. Trento, ord. 8 aprile 2004, rinvenibile sul sito www.judicium.org.

Sulla differenza tra *arbitrato* ed *arbitraggio*, v. in giurisprudenza Cass., 19 aprile 2002, n. 5707, in *Foro it., Rep.*, 2002, voce *Contratto in genere*, n. 263, secondo cui l’arbitraggio non è un giudizio, neppure di equità, perché non risolve una controversia, che non è ancora sorta, ma dirime un conflitto di interessi tra le parti di un contratto, risolvendolo nell’ambito della composizione contrattuale. Ad esempio, nella disciplina societaria viene ricondotto alla fattispecie dell’*arbitraggio* l’art. 2264 c.c., che consente di deferire ad un arbitratore l’individuazione delle quote di partecipazione ai guadagni e alle perdite dei soci di una società di persone.

⁷⁶ In questi termini, E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., 517; F. CORSINI, *La risoluzione dei contrasti*, cit., 1212; E. MINERVINI, *L’arbitrato «economico»*, cit., 885; nonché, limpidamente, P. SPADA, *L’amministrazione «arbitrata»*, cit., 259 s.

⁷⁷ Sulle modalità di coordinamento tra i due sistemi di composizione del conflitto gestorio nell’ambito dell’amministrazione disgiuntiva della s.r.l. bisogna correttamente intendersi. Il rapporto di alternatività riguarda il ricorso alla decisione dei soci sull’opposizione, ovvero il deferimento al terzo c.d. arbitratore, nel senso che la clausola *ex art. 37 d. lgs. 5/2003* può comportare l’impossibilità di ricorrere alla

A tale proposito, resta ferma sia la legittimazione del singolo amministratore disgiunto per l'esercizio della funzione gestoria (art. 2257, 1° comma), sia il correlato diritto di opposizione degli altri gestori per manifestare il dissenso avverso l'operazione intrapresa (art. 2257, 2° comma). L'unica differenza è che il conflitto gestorio così prodotto potrà essere deciso da uno o più *terzi* ai sensi dell'art. 37, d.lgs. 5/2003, anziché con decisione dei *soci ex art. 2257, 3° comma*⁷⁸. E l'oggetto sottoposto alla decisione "arbitrata" del terzo potrà riguardare *qualsiasi* materia gestionale, con la sola esclusione delle materie "riservate" previste dall'art. 2475, 5° comma.

È dubbio, tuttavia, se la decisione del terzo debba limitarsi a risolvere lo specifico problema scegliendo una delle due alternative tra quelle in conflitto che hanno generato lo stallo (senza, cioè, modificare i termini della questione), ovvero se possa non rispecchiare alcuna delle posizioni degli amministratori in contrasto (optando per una soluzione originale)⁷⁹. Sembra preferibile la seconda e più liberale soluzione, dal momento che l'art. 37, 1° comma, parla genericamente di "deferimento" del contrasto in ordine alla decisione da adottare nella gestione. In ciò il potere decisionale del terzo sarebbe addirittura più ampio di quello dei soci chiamati a pronunciarsi, *ex art. 2257, 3° comma, c.c. sulla legittimità dell'opposizione*⁸⁰. Tuttavia, questo non vuol dire che con l'istituto in

decisione *ex art. 2257, 3° comma, c.c.*, mentre resta ferma la inderogabilità del diritto di opposizione del singolo amministratore in regime disgiunto. In termini diversi, U. MORERA, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti*, cit., 316 s., secondo cui la clausola statutaria *ex art. 37* presupporrebbe l'incapacità dei soci di comporre (tramite l'art. 2257 c.c.) il contrasto sorto tra gli amministratori.

⁷⁸ È, quindi, preferibile ritenere che legittimati ad instaurare la decisione degli arbitratori siano *solo* gli *amministratori*, e non anche i soci, proprio perché – come si è visto (§ 4, *sub a*, e nota 48) – gli amministratori sono i soggetti legittimati a provocare la decisione dei soci sull'opposizione *ex art. 2257, 3° comma*.

⁷⁹ Nel primo senso si pronunciano U. MORERA, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti*, cit., 320; G. CARCANO, *Sub art. 2475*, cit., 581 s.; F. CORSINI, *La risoluzione dei contrasti*, cit., 1214, il quale fa l'esempio della controversia vertente sull'opportunità di effettuare un dato investimento, rispetto alla quale il terzo dovrà «solo pronunciarsi affermativamente o negativamente, senza "suggerire" un diverso investimento ad altre condizioni o, addirittura, in un differente settore». Nel secondo senso, invece, E. MINERVINI, *L'arbitrato «economico»*, cit., 884, che nel caso di controversia avente ad oggetto se comprare o locare un immobile, ritiene che il terzo possa decidere che venga preso in *leasing*; e (sia pure implicitamente) P. SPADA, *L'amministrazione «arbitrata»*, cit., 264 s.

⁸⁰ Il che potrebbe spiegarsi alla luce della circostanza che il terzo (o i terzi) cui è deferita la decisione sono scelti in virtù delle specifiche competenze tecnico-professionali in materia di esercizio dell'impresa (societaria).

esame si produce una «dissociazione fra titolarità della *carica* ed esercizio delle *funzioni* amministrative», le quali vengono attribuite «a soggetti esterni alla società»⁸¹. Si vuole, cioè, negare che il terzo sia direttamente investito della funzione gestoria, sia pure in maniera del tutto puntuale (ossia per la singola operazione oggetto di contrasto), come avviene – invece – sia nell’ipotesi di decisione dei soci “su sollecitazione” *ex art.* 2479, 1° comma, sia nel caso di diritto particolare del socio *ex art.* 2468, 3° comma. Ed infatti, la decisione del terzo chiamato a risolvere il conflitto tra gli amministratori in regime disgiunto, si limita esclusivamente ad “indicare” agli amministratori una soluzione (anche differente rispetto alle due opzioni che hanno determinato lo stallo), ma la relativa “attuazione” in concreto sarà sempre demandata agli amministratori della s.r.l., che potrebbero anche scegliere di non darvi esecuzione⁸². In altri termini, pur in presenza della clausola di amministrazione c.d. *arbitrata*, la paternità dell’atto gestorio resta in capo agli amministratori, i quali abbiano poi portato ad esecuzione la scelta formulata dal terzo⁸³. Con la conseguenza che essi non potranno andare esenti da responsabilità nei confronti della società, a meno che

⁸¹ Solleva questo dubbio C. IBBA, *La gestione dell’impresa sociale*, cit., 423, il quale risponde in senso negativo (v. p. 427, in fine).

⁸² Il punto, per la verità, non è affatto pacifico e non mancano Autori orientati a ritenere in ogni caso «vincolante» la decisione dell’arbitratore. Così, G. CARCANO, *Sub art.* 2475, cit., 581; G. GUIZZI, *L’amministrazione della s.r.l.*, cit., 516; U. MORERA, *L’«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti*, cit., 321 s., sul rilievo – non decisivo – che la possibilità di impartire indicazioni vincolanti su questioni collegate (art. 37, 3° comma) comporti *a contrario* la vincolatività *anche* delle decisioni sulle questioni principali.

D’altro canto, il carattere vincolante del *dictum* del terzo non potrebbe desumersi dal fatto che esso sia *reclamabile* davanti ad un collegio, dal momento che si tratta di ipotesi eventuale e rimessa ad espressa previsione in tal senso dell’atto costitutivo (art. 37, 2° comma); né dalla prescritta *impugnabilità* (soltanto) per mala fede del terzo (art. 37, 4° comma).

⁸³ Inteso in questi termini, l’istituto previsto dall’art. 37 d. lgs. 5/2003 ha una portata assai meno innovativa di quanto prospettato ad una prima lettura. Ed infatti, anche prima dell’espresso riconoscimento legislativo, dovevano considerarsi legittime – almeno nell’ambito delle società di persone – le clausole di *deadlock* (o antistallo), come fanno notare C. IBBA, *La gestione dell’impresa sociale*, cit., 427 e P. SPADA, *L’amministrazione «arbitrata»*, cit., 260 s. La portata innovativa della riforma consisterebbe, allora, nell’aver espressamente esteso quella possibilità anche alle s.r.l. (coerentemente all’ampliamento dei modelli di amministrazione), e nell’aver previsto che la decisione dei terzi sia impugnabile «a norma dell’art. 1349, comma secondo, cod. civ.» e cioè provando la *mala fede* del terzo (art. 37, 4° comma); norma, quest’ultima, nella quale P. SPADA, *op. cit.*, 262 identifica «l’unica valenza precettiva dell’art. 37».

non dimostrino – secondo i princîpi generali *ex art.* 2476, 1° comma (Capitolo III, § 8) – di essere esenti da colpa e di avere fatto constare il proprio dissenso avverso l’atto dannoso⁸⁴.

Piuttosto, la norma lascia impregiudicata la questione della eventuale responsabilità *anche* del terzo (o dei terzi) che si sia pronunciato in virtù della clausola di amministrazione arbitrata⁸⁵. A tale proposito, si registra discordia di opinioni, influenzate dalle scelte di fondo circa la natura dell’istituto e la vincolatività o meno delle decisioni gestorie indicate dal terzo⁸⁶. Se si condivide la premessa per cui la paternità dell’operazione spetta comunque agli amministratori, ne deriva che il terzo estraneo non può essere chiamato a rispondere dei danni subiti dalla società secondo le regole proprie della responsabilità degli amministratori⁸⁷. Tuttavia, ciò non esclude che il terzo possa rispondere nei confronti della società secondo la disciplina dell’illecito civile, per i danni conseguenti ad una decisione illegale o colpevole⁸⁸.

⁸⁴ In questo modo, viene scongiurato il pericolo che attraverso la clausola di amministrazione c.d. “arbitrata” si favoriscano fenomeni di fraudolenta deresponsabilizzazione dell’organo amministrativo della società. *Contra*, tuttavia, G. GUIZZI, *L’amministrazione della s.r.l.*, cit., 516; E. MINERVINI, *L’arbitrato «economico»*, cit., 884.

⁸⁵ Meno rilevanti – ai fini della presente analisi – appaiono invece gli *aspetti procedurali* della decisione del terzo o dei terzi (chi procede alla loro nomina, chi ne sopporta i costi, chi nomina il collegio che decide sull’eventuale reclamo, quali siano le garanzie di terzietà dei primi e del secondo, quali le regole procedurali per l’adozione della decisione e del reclamo, e così via), anche perché l’art. 37 d. lgs. 3/2005 riconosce la più ampia autonomia statutaria. In argomento, si vedano gli Autori citati in nota 74.

⁸⁶ E così, ritiene che l’arbitratore sia responsabile secondo i normali princîpi che presiedono la responsabilità da gestione, G. GUIZZI, *L’amministrazione della s.r.l.*, cit., 517; mentre E. MINERVINI, *L’arbitrato «economico»*, cit., 884 afferma addirittura che «il terzo sia l’unico responsabile delle decisioni adottate, con esonero da ogni responsabilità per gli amministratori».

⁸⁷ In questo senso, U. MORERA, *L’«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti*, cit., 321 s.; C. IBBA, *La gestione dell’impresa sociale*, cit., 427; L. NAZZICONE, *L’amministrazione nella nuova società a responsabilità limitata*, cit., 2857; F. IOZZO, *I sistemi di amministrazione nella s.r.l.*, in *Le nuove s.r.l.*, diretto da M. Sarale, Bologna, 2008, 548; G. CARCANO, *Sub art. 2475*, cit., 582 s.; nonché F. CORSINI, *La risoluzione dei contrasti*, cit., 1214 e nota 35, che ritiene gli arbitratore responsabili soltanto per la violazione degli obblighi assunti con l’accettazione dell’incarico, riconducibili al mandato o al contratto d’opera.

⁸⁸ Così, P. SPADA, *L’amministrazione «arbitrata»*, cit., 263, che – a determinate circostanze – ritiene «corresponsabili in solido» anche gli amministratori che abbiano attuato la scelta de terzo, in quanto concorrenti nell’illecito ai sensi dell’art. 2055 c.c.

8. L'atto gestorio compiuto dall'amministratore nonostante l'avvenuta opposizione.

Tra i pericoli connessi all'esercizio disgiunto della funzione gestoria vi è, senz'altro, quello che l'*amministratore* compia un atto *gestorio nonostante l'avvenuta opposizione* (ad esempio, durante le more della decisione dei soci per risolvere il conflitto), oppure in violazione della disciplina di cui all'art. 2257, commi 2° e 3° (e quindi dopo che i soci si siano espressi nel senso della fondatezza o infondatezza dell'opposizione).

Non vi è dubbio alcuno che se l'opposizione è giudicata fondata dai soci in sede di opposizione, il compimento dell'atto rappresenti una violazione dei doveri imposti dalla legge e dall'atto costitutivo ed espone, pertanto, l'amministratore infedele all'azione sociale di responsabilità *ex art. 2476 c.c.* Stessa considerazione vale quando l'atto venga compiuto dall'amministratore addirittura prima ancora che i soci abbiano avuto la possibilità di esprimersi sull'opposizione. Per converso, è pacifico che se l'opposizione è giudicata infondata dai soci, l'amministratore non resti vincolato alla decisione, essendo libero di non compiere più l'atto opposto.

Tanto precisato, si pone il problema – già affrontato dalla dottrina in tema di società di persone – se la società resti comunque vincolata dall'atto compiuto dall'amministratore in violazione della disciplina dell'opposizione. Si tratta qui di conciliare l'efficacia dell'opposizione con le regole della rappresentanza nella s.r.l. *ex art. 2476-bis c.c.*

Com'è noto, a proposito delle *società personali*, è prevalente e corretta la tesi della irrilevanza esterna dell'opposizione (trattandosi di atto meramente interno della società) e della validità dell'atto opposto, in applicazione del principio di affidamento dei terzi. Ciò non toglie che l'opposizione possa avere rilevanza esterna quando sia conosciuta o comunicata al terzo, secondo le norme della rappresentanza in generale (art. 1396) richiamate dall'art. 2266, 3° comma, c.c.⁸⁹. In altri termini,

⁸⁹ Cfr., R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 427; F. TASSINARI, *La rappresentanza nelle società di persone*, cit., 105 ss. e 113; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁶, cit., 100 ss., ove ulteriori riferimenti. Peraltro, a seguito della recente introduzione di un regime di pubblicità legale anche per la società semplice (art. 2, d. lgs. 228/2001), sembra destinata a venire meno la distinzione tra la s.n.c. (art. 2298, 1° comma) e la s.s. (art. 2266, 3° comma) in ordine alla opponibilità ai terzi delle limitazioni del potere di rappresentanza degli amministratori, mentre resta ferma la regola *ex art. 2297*, 2° comma, c.c. per le società irregolari. Sul punto, v.

nelle società di persone l'atto gestorio compiuto dal singolo amministratore nonostante l'avvenuta opposizione non vincola la società solo se questa provi che i terzi erano a conoscenza dell'avvenuta opposizione; il che equivale a dire che l'opposizione *non* è opponibile ai soli terzi *in buona fede* (artt. 2297, 2° comma, e 2298 c.c.)⁹⁰.

Queste considerazioni non sembrano automaticamente riferibili anche alla *società a responsabilità limitata*, poiché la disciplina della rappresentanza nel nostro tipo sociale si discosta sensibilmente dalle regole in tema di società di persone, presentando indubbi profili di contiguità – anche dopo la riforma – con la disciplina delle altre società di capitali⁹¹.

Ai fini della nostra analisi, interessa in particolare la regola, identica nella s.r.l. e nella s.p.a., per la quale le *limitazioni volontarie* dei poteri degli amministratori sono di norma *inopponibili* ai terzi, anche quando siano conosciute (perché comunicate) e nonostante siano state pubblicate (mediante iscrizione nel registro delle imprese), salvo solo il caso di accordo fraudolento fra amministratore e terzo diretto a danneggiare la società (c.d. *exceptio doli*) (artt. 2384, 2° comma, e 2476-bis, 2° comma, c.c.).

Ed infatti, il caso dell'amministratore disgiunto il quale, *nonostante l'avvenuta opposizione* (e nelle more della decisione dei soci per

ampiamente M. CAMPOBASSO, *La società semplice "irregolare"*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 279 ss.

⁹⁰ Così come *non* opponibili sono i patti che attribuiscono la rappresentanza ad alcuno soltanto dei soci-amministratori o che ne limitano i poteri di rappresentanza, a meno che tali patti siano iscritti nel registro delle imprese, o la società dimostri che i terzi ne hanno avuto conoscenza.

⁹¹ Anche se non sono più pienamente coincidenti (come avveniva nel sistema previgente): lo si ricava dalla diversa formulazione dell'art. 2475-bis, c.c. (gli amministratori di s.r.l. «hanno» la rappresentanza) rispetto all'art. 2384 c.c. (il potere di rappresentanza nella s.p.a. spetta a quegli amministratori, cui risulta «attribuito» dallo statuto o dall'atto di nomina, da iscrivere nel registro delle imprese).

Per una completa analisi della disciplina della rappresentanza di società, cfr. M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell'unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale ed organica*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore del Prof. Antonio Piras*, pp. 1-49 del dattiloscritto, che si è potuto consultare per cortesia dell'Autore. Sulle novità di disciplina introdotte dalla riforma, cfr. inoltre C. CACCAVALE, *Modelli di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, cit., 92 ss.; S. GISOLFI – M.C. LUPETTI, *La rappresentanza generale degli amministratori di società di capitali*, in *Riv. not.*, 2004, I, 1329 ss.; G. CARCANO, *Sub art. 2475-bis*, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Notari-Ghezzi*, VIII. *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, Milano, 2008, 585 ss.

risolvere il conflitto), compia ciò nonostante un atto *gestorio*, così come l'ipotesi in cui egli compia l'atto opposto dopo che l'opposizione sia stata giudicata fondata, devono essere – a mio avviso – ricondotte alla fattispecie della *dissociazione* fra “potere di gestione” e “potere di rappresentanza”. Ciò significa che l'atto gestorio compiuto in violazione delle norme sull'amministrazione disgiuntiva *ex art. 2257, 2° e 3° comma, c.c.* non integra un limite legale, perché quelle regole non riguardano il “profilo contenutistico” dell'azione disgiunta (cioè l'ampiezza di poteri), ma riguardano esclusivamente il “profilo funzionale”, ossia le modalità di esercizio del potere o il funzionamento dell'organo amministrativo pluripersonale (temporaneamente sospese: v. *supra*, § 2, in fine). E – come tali – rientrano nella nozione di limitazioni volontarie o statutarie del potere di rappresentanza *ex art. 2475-bis, 2° comma, c.c.*, stando almeno all'orientamento prevalente, formatosi in tema di s.p.a.⁹².

In altri termini, non vi sarebbe differenza tra la s.r.l. con consiglio di amministrazione, in cui il singolo consigliere dotato del potere di rappresentanza disgiunta abbia agito in violazione di delibera consiliare (o in assenza di valida delibera) e la s.r.l. con amministrazione disgiuntiva, in cui il singolo amministratore abbia agito in violazione delle regole procedurali del modello disgiuntivo (diritto di opposizione e decisione dei soci sull'opposizione). Independentemente dal modello di gestione scelto dai soci, i terzi normalmente non sono a conoscenza dei procedimenti di funzionamento dell'organo gestorio, *interni* all'ente, e quindi non possono essere pregiudicati dalla violazione di quelle regole procedurali. Ed è questa la *ratio* per cui la dissociazione

⁹² Il problema è stato sviluppato a proposito del rappresentante legale di s.p.a. che abbia agito in difformità di una delibera consiliare (o nel caso di delibera viziata): e qui si ritiene che la delibera dell'organo collegiale rappresenti un limite statutario al potere del rappresentante, come tale *non-opponibile* (salvo il caso dell'*exceptio doli*). In questo senso, P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, 109 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato Colombo-Portale*, IV, Torino, 1991, 165 ss.; ID., *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, II, Torino, 2006, 669 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁶, cit., 377 e nota 58, ove ulteriori riferimenti, anche di giurisprudenza; nonché, da ultimo, M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali*, cit., 26 ss. del dattiloscritto. In senso contrario, tuttavia, F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO – R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*², in *Trattato Galgano*, XXIX, 1°, Padova, 2004, 281 s.

tra potere rappresentativo e potere di rappresentanza in entrambi i casi deve considerarsi un limite statutario, privo di rilevanza esterna.

Sul piano applicativo, allora, l'amministrazione disgiuntiva della s.r.l. si presenta potenzialmente più pericolosa rispetto allo stesso modello nelle società di persone, poiché espone la società ai rischi di comportamenti arbitrari dell'amministratore infedele, senza che la società stessa possa preventivamente cautelarsi informando i terzi dell'avvenuta opposizione. La società sarà solo legittimata a chiedere il risarcimento dei danni all'amministratore infedele, ma sarà vincolata dall'atto compiuto con il terzo contraente, anche se consapevole dell'opposizione, fatta eccezione il solo caso dell'opponibilità della *exceptio doli*. Ancora una volta, la tutela si coglie sul piano dei rimedi *risarcitori*, secondo una linea di tendenza comune con lo spirito della riforma teso a ridurre l'operatività dei rimedi *reali*⁹³.

Nello stesso senso militano taluni spunti comparatistici. Il confronto è particolarmente utile con l'ordinamento francese, dove il modello *legale* di gestione della *sociétés a responsabilité limitée* è quello disgiunto. Ebbene, l'art. L. 223-18 *cod. comm.* prevede che ciascun *gérant* esercita disgiuntamente sia il potere gestorio-deliberativo, sia la rappresentanza *generale* («*pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société*»), specificando che «*l'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance*». La dottrina d'oltralpe, a proposito degli effetti dell'atto gestorio nei confronti dei terzi compiuto da un *cogérant* nonostante l'*opposition à la réalisation de l'acte*, specifica che la *société* resta comunque vincolata, a meno che non provi che il terzo conosceva o non poteva ignorare l'esercizio del diritto di veto («*le tiers cocontractant a eu connaissance de cette opposition au moment où il a contracté*»)⁹⁴.

⁹³ Per queste considerazioni, v. F. D'ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 707 ss.

⁹⁴ Così, M. STORCK, *Sociétés a responsabilité limitée. Gérance*, cit., Fascicule 74-1, § 101; G. RIPERT – R. ROBLOT, *Les sociétés commerciales*¹⁸, in *Traité de Droit commercial*, sous la direction de M. Germain, Tome 1, Volume 2, Paris, 2002, 206. Ed alla luce della disciplina contenuta nell'art. L. 223-18 *cod. comm.*, la dottrina ritiene che ciascun amministratore disgiunto abbia il potere-dovere di informare il terzo della propria opposizione, configurandosi, pertanto, a suo carico un *devoir de surveillance à l'égard des cogérants*, la cui violazione è causa di responsabilità (in tal senso, M. COZIAN – A. VIANDER – F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*¹⁷, cit., § 954, 369).

9. L'obbligo di preventiva informazione.

Infine, riprendendo un problema noto e assai dibattuto nell'ambito dell'amministrazione disgiunta delle società di persone, anche nella s.r.l. ci si deve interrogare circa l'esistenza, in capo al singolo amministratore, di un *obbligo di preventiva informazione* delle operazioni che si intendono compiere, affinché tutti gli altri siano messi nella possibilità di esercitare il diritto di opposizione⁹⁵.

Secondo l'opinione prevalente espressa tra gli studiosi che hanno affrontato il problema nelle società personali, le stesse caratteristiche strutturali del modello disgiunto delineato dall'art. 2257 c.c., teso alla massima rapidità e snellezza delle decisioni, portano a negare che il singolo gestore sia tenuto a richiedere il parere degli altri amministratori, e che debba anche solo semplicemente informarli preventivamente circa le operazioni che si accinge a compiere⁹⁶.

⁹⁵ Per la verità, in questa sede è possibile solo accennare ad alcune delle implicazioni connesse al *diritto-dovere* di informazione degli amministratori di s.r.l. Riprendendo la felice distinzione operata da G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, 177 ss. e 259 ss., è possibile distinguere tra un dovere «transitivo» e un dovere «riflessivo» di informazione. Ed infatti, l'informazione si atteggia in primo luogo come *dovere di informare* incombente su ciascuno nei confronti degli altri: un simile dovere è certamente imposto nel modello dell'amministrazione collegiale con funzioni delegate (e vedi Capitolo III, § 4 ss.); mentre è discusso se possa configurarsi anche nell'amministrazione disgiuntiva (cfr. *infra*, nel testo). In secondo luogo, esistono un *diritto-dovere di informarsi* e di *chiedere di informare* (di ogni singolo gestore) e un *diritto di essere informato* (di ciascun amministratore, direttamente ovvero in consiglio). Questo secondo aspetto del dovere di agire informati è considerato espressione del più generale dovere di *diligente* gestione e si configura in *tutti* i modelli organizzativi in cui può articolarsi la funzione gestoria della s.r.l., al fine della esenzione da responsabilità solidale (cfr. *infra* Capitolo III, §§ 7-8), e quindi anche nell'amministrazione disgiuntiva, dove è funzionale all'esercizio del diritto di opposizione *ex art.* 2257, 2° comma, c.c.

Da ultimo, il *diritto di informazione* nella s.r.l. assurge a vero e proprio diritto sociale individuale, che spetta inderogabilmente ad ogni singolo *socio* che non partecipi all'amministrazione, indipendentemente dalla quota di partecipazione posseduta e teleologicamente volto a consentire l'esercizio del diritto di *controllo*, di cui all'art. 2476, 2° comma, c.c.

⁹⁶ Così, R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 488; F. GALGANO, *Il principio di maggioranza*, cit., 72; ID., *Repliche in tema di società personali*, cit., 206, 218 e 285; A. MIRONE, *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, cit., 160, nota 92 e 179; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁶, cit., 94; G. PERLINGIERI, *Amministrazione congiuntiva e azione disgiunta. L'ultimo comma dell'art. 2258 codice civile*, in *Riv. dir. imp.*, 2006, 187 e 192. In senso favorevole all'esistenza dell'obbligo di informazione v., però, G. FERRI, *Delle società*³, 155 s., testo e nota 7.

Queste considerazioni sono valide anche per la s.r.l., e quindi pure nel nostro tipo societario si dovrebbe escludere l'*obbligo* di preventiva informazione in capo ai singoli amministratori in regime disgiunto, almeno fin quando se ne ricerchi il fondamento nell'ambito delle regole legali dell'agire disgiunto (art. 2257)⁹⁷.

In applicazione del principio di autonomia statutaria, dovrebbero invece considerarsi legittime eventuali clausole statutarie che imponessero agli amministratori obblighi reciproci di preventiva dichiarazione dei propositi gestori, peraltro variamente modulabili quanto a contenuto⁹⁸.

Inoltre, un (più generico) *dovere* di informazione potrebbe comunque invocarsi dall'obbligo generale di *diligenza* che deve informare l'operato degli amministratori⁹⁹. In particolare, si ritiene sussistente tale dovere almeno nei limiti in cui esso non determini eccessivi sacrifici alle esigenze efficientistiche della gestione, che i soci di s.r.l. hanno massimamente ritenuto prevalenti optando per il modello disgiunto¹⁰⁰. È, ad esempio, possibile ipotizzare che sia doveroso informare preventivamente gli altri amministratori nel caso di compimento di operazioni particolarmente rischiose per la società, oppure comunicare

⁹⁷ In questo senso, G.C.M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione*, cit., 529, il quale estende alla s.r.l. la soluzione negativa prevalente a proposito delle società di persone, argomentando appunto dall'eccessivo appesantimento della gestione che deriverebbe da un simile obbligo di informazione preventiva. *Contra*, sia pure in termini dubitativi, R. VIGO, *La partecipazione dei soci all'amministrazione della s.r.l.*, cit., 4067, nota 1, che trae spunto dalla norma in tema di responsabilità (art. 2476 c.c.: «essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere»), oltre che dalla responsabilità limitata dei soci della s.r.l. (ma entrambi i richiami appaiono non pertinenti, come si avrà modo di chiarire: e v. Capitolo III, § 8, testo e nota 130).

⁹⁸ L'obbligo, ad esempio, potrebbe riguardare qualsiasi operazione gestoria, o solo quelle ritenute più rilevanti o che superino un certo importo, e così via. Per semplificazioni cfr. G.C.M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione*, cit., 531.

⁹⁹ Sull'alternativa, circa il *canone di diligenza* imposto agli amministratori di s.r.l. nell'assoluto silenzio della legge, tra l'applicazione della regola della diligenza generica del mandatario (prevista dall'art. 2260, 1° comma, per le società di persone) e il criterio della diligenza professionale richiesta dalla «natura dell'incarico» e dalle «specifiche competenze» (di cui all'art. 2392, 1° comma, in tema di s.p.a.), v. Capitolo III, § 7.

¹⁰⁰ Si tratta di una recente impostazione, espressa a proposito delle società di persone da G. COTTINO – R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 145, e ripresa in tema di s.r.l. da G.C.M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione*, cit., 529. Non vi è dubbio, invece, che un dovere (transitivo) di informazione preventiva sia configurabile nella s.r.l. (come nella s.p.a.) in presenza di deleghe gestorie: e v., G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit., 177 ss. e 192 ss.

successivamente gli affari intrapresi o conclusi, al fine di ridurre i rischi di duplicazioni o di iniziative contrapposte.

10. L’ambito dell’amministrazione disgiuntiva e i limiti di operatività nelle materie indicate dall’art. 2475, 5° comma, c.c. (rinvio).

Un’ultima precisazione è necessaria a proposito dell’*ambito* di operatività dell’amministrazione disgiuntiva nella s.r.l. post-riforma. L’esplicito riconoscimento normativo *ex art. 2475, 3° comma, c.c.* consente certamente di superare i dubbi a proposito della *estensione* della clausola di amministrazione disgiuntiva nella s.r.l., già espressi nella disciplina previgente da parte dell’orientamento favorevole all’introduzione statutaria della clausola suddetta¹⁰¹. Ed infatti, l’esercizio disgiunto della funzione gestoria riguarderà sia le prerogative inerenti all’*esercizio dell’impresa sociale* propriamente detto (funzione deliberativa e funzione di rappresentanza), sia anche le facoltà appartenenti all’*organizzazione della società*: come, ad esempio, la convocazione dell’assemblea (art. 2479-bis, 1° comma) o l’impugnazione delle decisioni dei soci invalide (anche perché l’art. 2479-ter, 1° comma, espressamente riconosce tale legittimazione a «ciascun amministratore»).

Piuttosto, alla luce del nuovo statuto legale della s.r.l., la gestione disgiuntiva *non* può esplicitarsi nelle materie che l’art. 2475, 5° comma, c.c. riserva «in ogni caso» alla «competenza dell’organo amministrativo» (redazione del progetto di bilancio, dei progetti di fusione escissione;

¹⁰¹ Il riferimento è a G. ZANARONE, *La clausola di amministrazione disgiuntiva*, cit., 150, nota 154. Il problema aveva ragione di porsi anche alla luce della formulazione delle clausole statutarie di amministrazione disgiuntiva nella s.r.l. (diffusesi nella prassi dopo l’entrata in vigore del codice del 1942: e v. *op. cit.*, 91, nota 5), le quali non facevano mai riferimento alle competenze dell’ufficio gestorio in generale, ma specificavano che l’attribuzione disgiunta dei poteri avveniva per l’ordinaria e per la straordinaria amministrazione, o per la sola amministrazione ordinaria. E così, la giurisprudenza aveva negato che l’esercizio disgiunto potesse estendersi anche alla facoltà di convocare l’assemblea (App. Milano, 20 settembre 1960, in *Foro pad.*, 1960, I, 1148, con nota contraria di A. GRAZIANI, *ivi*, 1961, I, 79), nonché alla legittimazione di impugnare le deliberazioni assembleari invalide (Cass., 24 aprile 1963, n. 1084, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 390 e in *Giust. civ.*, 1963, II, 390, con nota critica di A. GIULIANI, *Amministrazione pluripersonale disgiuntiva nelle soc. a r.l. e «straordinarietà» della impugnativa di deliberazioni assembleari invalide*, *ivi*, 1963, I, 477 ss.).

aumento delegato del capitale sociale). Ed infatti, per i motivi che si sono già esposti nel Primo Capitolo (§ 5), l'art. 2475, 5° comma, c.c. contiene una riserva di competenza a favore dell' *organo amministrativo* “*nel suo complesso*”, che si traduce in un *limite* all'esercizio disgiunto della funzione gestoria nella s.r.l.¹⁰².

Tanto premesso, è compito dell'interprete coordinare l'opzione statutaria per il modello di amministrazione disgiuntiva con la riserva di competenza in esame, individuando in particolare le “modalità” di assunzione delle decisioni nelle materie riservate. La medesima questione, tra l'altro, si pone anche nel caso in cui i soci di s.r.l. abbiano adottato il modello di amministrazione congiuntiva (cfr. § 17), per cui appare opportuno rinviarne la soluzione nel Capitolo III.

11. Le possibili articolazioni del sistema di amministrazione congiuntiva nella s.r.l.

Il sistema di amministrazione *congiuntiva* disciplinato nelle società di persone dall'art. 2258 c.c. risponde all'esigenza – opposta rispetto al sistema disgiunto – di partecipazione collettiva della pluralità dei soggetti investiti della funzione gestoria, al fine di assicurare una maggiore ponderazione delle decisioni.

Esso presenta minori difficoltà di adattamento con il modello societario capitalistico di s.r.l., date le sue caratteristiche strutturali di sistema gestorio affidato ad una pluralità di soggetti che però devono necessariamente cooperare al fine di raggiungere il concorso di volontà¹⁰³.

¹⁰² Interpretazione, quest'ultima che – come visto – consente di superare sia la tesi che riconosce la qualifica di «organo amministrativo» *ex* art. 2475, 5° comma, al *singolo amministratore disgiunto* (cfr. gli Autori citati nel Capitolo I, § 5, note 74-75), e che pertanto individua le modalità di assunzione delle materie c.d. riservate mediante una sorta di rinvio implicito alle norme in tema di società di persone; sia l'opposto orientamento, secondo cui l'espressione «organo amministrativo» equivale semplicemente a *consiglio di amministrazione* (come nella formulazione originaria della norma, prima dell'avviso di rettifica del 2004: e v., gli Autori citati nel Capitolo I, § 5, nota 73), e che, ridimensionando fortemente la portata innovativa della riforma, risolve il problema dell'assunzione delle decisioni in oggetto mediante un rinvio automatico ed indifferenziato alle norme in tema di consiglio di amministrazione di società per azioni, nonostante l'espressa opzione statutaria per il modello di amministrazione disgiuntivo.

¹⁰³ Circa l'effettiva *titolarità* del potere gestorio in caso di amministrazione congiuntiva, gli Studiosi sono divisi tra due diverse impostazioni. Secondo la teoria prevalente, la titolarità spetta in capo al singolo amministratore, anche se l'esercizio deve essere necessariamente congiunto, in virtù di un vincolo di natura obbligatoria tra

Come nelle società di persone, si deve ritenere che anche nella s.r.l. il contratto sociale possa affidare la gestione alla volontà congiunta di *tutti* gli amministratori o della sola *maggioranza* di essi.

Il punto, tuttavia, non è affatto pacifico. Ed infatti è stato autorevolmente sostenuto che nella s.r.l. *non* troverebbe applicazione il meccanismo della «congiuntiva a maggioranza», previsto dall'art. 2258, 2° comma, c.c., poiché esso sarebbe sostanzialmente equivalente all'ordinaria forma del consiglio di amministrazione, quando il funzionamento di quest'ultimo sia stato pattiziamente modulato secondo la formula della c.d. collegialità “attenuata” introdotta dal riformato art. 2475, 4° comma, c.c. («consultazione scritta» e «consenso espresso per iscritto»)¹⁰⁴. L'accoglimento di tale ricostruzione, tuttavia, potrebbe condurre a negare – in modo più radicale – la configurabilità anche dello stesso modello di amministrazione congiuntiva all'unanimità, indicato dall'art. 2258, 1° comma, c.c. come modulo legale dispositivo nelle società di persone. Ed infatti, non è escluso in linea di principio che nella s.r.l. l'atto costitutivo possa imporre un funzionamento del consiglio di amministrazione che delibera all'unanimità, anziché a maggioranza¹⁰⁵.

gli amministratori: così, R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 429; V. BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, cit., 88; ID., *Società in nome collettivo*, cit., 94 ss. Altri (A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, cit., 78 s.) sono, invece, orientati ad ammettere che la titolarità del potere gestorio spetti direttamente al gruppo dei soci-amministratori che agiscono congiuntamente (solo una parte o tutti, a seconda che si tratti di congiuntiva a maggioranza o all'unanimità); e questa impostazione è stata di recente accolta anche dalla giurisprudenza (v., Cass., 19 luglio 2000, n. 9464, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Società*, n. 567).

¹⁰⁴ In questo senso, G.E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, cit., 205, il quale precisa espressamente che «il richiamo all'art. 258 non parrebbe estendersi al secondo comma dello stesso»; nonché G. SANTONI, *L'organo di amministrazione nella s.r.l.*, cit., p. 8 del dattiloscritto, secondo cui «il riferimento operato dal legislatore all'amministrazione congiunta opera soprattutto come riferimento all'amministrazione congiunta all'unanimità, che – come noto – conserva doti di efficienza e funzionalità solo in presenza di un numero ristrettissimo di amministratori».

¹⁰⁵ In tal senso, P. MORANDI, *Sub art. 2475*, cit., 1942 e nota 48; A. PICCIAU, *Appunti in tema di amministrazione*, cit., 236. In argomento, v. anche *infra*, § 16, testo e nota 139.

Dibattuta è, invece, l'introduzione della regola dell'*unanimità* per le *decisioni dei soci*, anche se l'orientamento prevalente si esprime in senso positivo, e v.: A. MIRONE, *Le decisioni dei soci nella s.r.l.*, cit., 487 ss., con specifico riferimento alle decisioni non-assembleari; G. MARASÀ, *Maggioranza e unanimità nelle modificazioni dell'atto costitutivo della s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, III, Torino, 2007, 713, per quanto attiene alle decisioni modificative dell'atto costitutivo (per tutte, ovvero solo per

Ed anche in tal caso non sarebbe precluso ai soci optare per i meccanismi di funzionamento non-collegiale previsti dall'art. 2475, 4° comma (la norma, infatti, non contiene limiti o indicazioni contrarie). Ed allora, delle due l'una: o si nega la possibilità di funzionamento del consiglio di amministrazione all'unanimità, oppure – per coerenza sistematica con la tesi qui in commento – si dovrebbe negare altresì l'operatività nella s.r.l. della «congiuntiva all'unanimità», visto che anch'essa sarebbe sostanzialmente equivalente al consiglio di amministrazione che decide all'unanimità secondo le formule della «consultazione scritta» o del «consenso espresso per iscritto». Con la conseguenza, in quest'ultimo caso, di dover considerare il rinvio all'art. 2258 c.c. come *inituliter datum*.

Per salvaguardare l'effettività dell'introduzione del sistema di amministrazione congiuntiva nella s.r.l., allora, non si può ritenere *a priori* che esso si riferisca alla sola modalità di funzionamento all'unanimità. L'interprete, piuttosto, deve farsi carico di chiarire le differenze, pur sfumate ma comunque presenti, tra amministrazione congiuntiva e consiglio di amministrazione a collegialità "attenuata", le quali vanno individuate non solo con riferimento alla funzione gestoria-deliberativa in senso stretto, ma anche tenendo presente la seconda componente in cui si sostanzia la funzione amministrativa, ossia il potere di rappresentanza (art. 2475-bis, c.c.)¹⁰⁶.

Questa verifica richiede, tuttavia, che siano chiarite preliminarmente le concrete modalità di funzionamento dell'amministrazione congiuntiva (all'unanimità e a maggioranza) nella s.r.l., in considerazione degli adattamenti imposti dall' "applicazione" dell'art. 2258 c.c. "conforme" ai vincoli topologici del nostro modello societario.

Prima di addentrarci nell'esame del modello congiuntivo, è tuttavia necessario affrontare una questione pregiudiziale: e cioè quella del

alcune); A. NUZZO, *Sub art. 2479-bis*, in *Commentario* Niccolini-Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, 1635; A. BARTALENA, *Sub art. 2480*, *ivi*, 1649; R. ROSAPEPE, *Sub art. 2479-bis*, in *Commentario* Sandulli-Santoro, III, Torino, 2003, 172; G. GUERRIERI, *Sub artt. 2479, 2479-bis e 2479-ter*, in *Commentario* Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 2043; G. PINNA, *Sub art. 2480*, *ivi*, 2069; Cons. notarile di Milano, *Massima* n. 42 (19 novembre 2004), *Deroga dei quorum legali per le decisioni dei soci di s.r.l.*, in *Riv. not.*, 2005, III, 673. *Contra*, in senso negativo, G. SANTONI, *Le decisioni dei soci nella società a responsabilità limitata*, *cit.*, 235; F. MARTORANO, *Quorum costitutivi e quorum deliberativi nelle assemblee di società a responsabilità limitata: regime legale ed autonomia statutaria*, in *Riv. soc.*, 2009, 39 ss. Per altri riferimenti, v. Capitolo III, § 10, nota 163.

¹⁰⁶ E v., nel prosieguo dell'indagine, *infra* § 16.

sistema operante *ex lege* nel caso in cui l'atto costitutivo della s.r.l. si limiti a prevedere l'adozione del modello congiunto, ma non indichi se sia richiesto il consenso di tutti gli amministratori o solo della maggioranza per il compimento delle operazioni gestorie.

A tal proposito, nella società semplice l'art. 2258, 1° comma, c.c. prevede – come noto – il modello “dispositivo” dell'amministrazione congiuntiva all'*unanimità*, destinata ad operare nell'ipotesi che i soci si siano limitati ad esprimere l'opzione per il modello congiuntivo, mentre dispone (al 2° comma) che l'atto costitutivo può derogare al necessario consenso di tutti i gestori solo prevedendo “espressamente” l'amministrazione congiuntiva *a maggioranza*.

Nella s.r.l. non sembra applicabile la medesima soluzione. Ciò in quanto nelle società di persone il regime dispositivo dell'amministrazione congiuntiva all'*unanimità* *ex art.* 2258, 1° comma, c.c. può essere messo in relazione con la regola generale (desumibile dall'art. 2252 c.c.), per la quale il principio maggioritario deve essere espressamente introdotto (all'*unanimità*), pur nella consapevolezza che altro sono le decisioni gestorie, altro sono le decisioni che intervengono sulle basi organizzative della società, modificando gli assetti originariamente fissati nello statuto¹⁰⁷. Per converso, nella s.r.l. trova applicazione il principio maggioritario, mentre la regola dell'*unanimità* (se ritenuta ammissibile) riveste carattere eccezionale (oltre a dover essere prevista da apposita clausola statutaria). Ed infatti, persino le decisioni che comportino modifica dell'atto costitutivo sono adottate dai soci a maggioranza, sia pure rafforzata, del capitale sociale (artt. 2479, 2° comma, n. 4, 2479-*bis* e 2480)¹⁰⁸. Ne consegue che a maggior ragione si deve applicare il principio maggioritario nelle decisioni *gestorie*, per le quali sono di palmare evidenza le esigenze di rapidità che portano a preferire la regola della maggioranza rispetto all'*unanimità*.

¹⁰⁷ Non è questa la sede per ripercorrere l'annoso dibattito sul tema dell'*unanimità* e maggioranza. In argomento, con posizione articolata, cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁶, cit., 106 ss. e 109 ss. Per le due teorie contrapposte, che individuano la regola generale nel principio *maggioritario*, ovvero in quello dell'*unanimità*, v. rispettivamente, A. VENDITTI, *Collegialità e maggioranza*, cit., 38 ss.; e F. GALGANO, *Il principio di maggioranza*, cit., 222 ss.; e, da ultimo, per una sintesi del relativo dibattito, A. BENUSSI, *Modello legale e statutario di organizzazione interna nelle società personali*, Milano, 2006, 96 ss., 109 s. (e 35 ss., con riferimenti all'ordinamento francese e tedesco).

¹⁰⁸ Anche su questo profilo, v. in generale, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁶, cit., 575.

Sulla scorta di queste considerazioni, si può allora concludere che – nel silenzio dell’atto costitutivo – il regime prescelto di amministrazione congiuntiva debba funzionare, nella s.r.l., a maggioranza e non all’unanimità, in deroga a quanto disposto dall’art. 2258, 1° comma, per le società personali. Il regime dispositivo di amministrazione congiunta nella s.r.l. sarà allora quello a maggioranza¹⁰⁹.

Ciò premesso, anche nella s.r.l. il sistema di amministrazione congiuntiva si presta ad essere analizzato distinguendo le due ipotesi della congiuntiva all’*unanimità* e a *maggioranza*.

12. Le regole di funzionamento dell’amministrazione congiuntiva all’*unanimità*.

Il modello di *amministrazione congiuntiva all’unanimità* (art. 2258, 1° comma) non pone particolari problemi di compatibilità con la disciplina della s.r.l.

Infatti, dal momento che ciascun amministratore vota “per teste”, è evidente che per il raggiungimento del consenso di tutti gli amministratori non c’è bisogno di alcun criterio di calcolo commisurato a parametri capitalistici, per cui non viene in rilievo il contrasto (proprio dell’amministrazione congiuntiva a maggioranza e della decisione sull’opposizione nel modello disgiunto) tra il criterio del voto per quote di interesse *ex art. 2257, 3° comma, c.c.* (ossia, in base alla quota di partecipazione agli utili) ed i sistemi di espressione del consenso regolati dall’art. 2468, 2° comma (partecipazione in misura proporzionale al conferimento).

Per le stesse ragioni connaturate al meccanismo del voto per teste, il modello congiuntivo all’unanimità non pone alcun problema di incompatibilità, nel caso in cui uno o più amministratori *non* siano *soci*¹¹⁰. Anche l’amministratore estraneo può concorrere con il proprio voto capitaro al raggiungimento del consenso unanime.

Occorre, piuttosto, sottolineare che il sistema di amministrazione in discorso sarà raramente utilizzato nella prassi, poiché – pur assicurando la massima unitarietà della gestione dell’impresa sociale – introduce un elemento di forte rigidità, che pregiudica l’elasticità e la speditezza delle

¹⁰⁹ Sembra orientato nel senso opposto, invece, D.U. SANTOSUOSSO, *I sistemi di amministrazione e controllo nel nuovo diritto societario*, cit., 640, il quale estende analogicamente alla s.r.l. il principio dell’unanimità *ex art. 2258, 1° comma*.

¹¹⁰ A differenza di quanto avviene nel modello congiuntivo a maggioranza: cfr. *infra*, § 13, nota 113.

decisioni, fino al rischio di potenziale paralisi¹¹¹. Ciò in quanto nell'amministrazione congiuntiva all'unanimità il singolo amministratore titolare del potere gestorio ha un vero e proprio *diritto di veto*, il quale finisce con il condizionare in modo incisivo l'esercizio della funzione gestoria mediante un vincolo reciproco di natura obbligatoria¹¹².

Da un punto di vista applicativo, è quindi verosimile che il modello congiunto all'unanimità sarà prescelto solo da quelle s.r.l. composte da un esiguo numero di soci, legati da forti vincoli fiduciari e dotati di ampio spirito partecipativo, ovvero da quelle società con vasta compagine sociale nelle quali, però, l'amministrazione sia riservata ad un ristretto numero di soggetti espressione di interessi non confliggenti.

13. L'amministrazione congiuntiva a maggioranza: confutazione della tesi favorevole all'estensione del criterio di calcolo "per quote di interesse" ed applicazione del computo "per teste".

Più delicato è, invece, il discorso relativo alla compatibilità del *sistema congiuntivo a maggioranza* (art. 2258, 2° comma) con la disciplina del "tipo" s.r.l.

Come per l'amministrazione disgiuntiva, si pone in primo luogo la questione del *criterio per il calcolo* della maggioranza, che non può

¹¹¹ In argomento, v. L. PISANI, *Società di persone «a struttura corporativa»*, Torino, 2000, 25; G. COTTINO – R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 143 ss. e 147.

Queste caratteristiche di rigidità, tuttavia, non hanno impedito il riconoscimento dell'esercizio congiunto all'unanimità di determinati poteri gestori anche nella s.p.a., nell'ipotesi particolare di *delega*, da parte del consiglio di amministrazione, ad una *pluralità* di amministratori delegati (art. 2381, 2° comma, c.c.), tenuti ad agire *congiuntamente*. In argomento, cfr. O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., 306 s., ove si ammette che «in ipotesi di delega congiuntiva non collegiale, sia ammissibile l'applicazione del principio di unanimità, come pure quello di maggioranza».

¹¹² È opportuno richiamare ancora una volta (cfr. *supra*, § 2 in fine e nota 36) la differenza tra il *diritto di veto* nell'amministrazione congiunta all'unanimità e il *diritto di opposizione* dell'amministrazione disgiuntiva. Il *veto* consiste, infatti, nella facoltà del singolo di opporre il suo voto contrario a una decisione gestoria, impedendone in via definitiva la formazione, e deriva dalla circostanza che – sebbene la titolarità del potere gestorio spetti a ciascun amministratore – il relativo esercizio è per legge necessariamente congiunto. L'*opposizione* rappresenta, invece, il mezzo con cui il singolo amministratore in regime disgiunto manifesta il proprio dissenso verso l'operazione gestoria decisa da altri, rimettendo la soluzione del conflitto alla collettività dei soci, e si spiega alla luce della coincidenza fra titolarità ed esercizio del potere gestorio in capo al singolo amministratore.

essere risolto mediante l'applicazione pedissequa della regola *ex art.* 2258, 2° comma, la quale fa riferimento alla *maggioranza calcolata per quote di interesse* (ossia in base alla partecipazione dei soci agli utili e alle perdite)¹¹³.

A tale proposito, si tenga presente che – a differenza di quanto avviene nelle società di persone, dove c'è una naturale commistione tra la qualità di socio e quella di amministratore – nel sistema di gestione congiuntivo a maggioranza della *s.r.l.* la decisione deve essere assunta dagli amministratori in quanto tali, a nulla rilevando – per la già vista distinzione di piani – che essi siano anche soci. In questo senso, si apprezza anche la differenza, nell'ambito della stessa *s.r.l.*, tra l'ipotesi in discorso e il criterio di calcolo proposto per la decisione sull'opposizione nell'amministrazione disgiuntiva, dove la decisione riguarda la soluzione del conflitto gestorio insorto tra gli amministratori a seguito dell'esercizio dello *ius prohibendi* e spetta, pertanto, alla collettività dei soci.

Questa considerazione suggerisce che il criterio di calcolo della maggioranza degli amministratori, anche nel regime congiunto a maggioranza (come in quello all'unanimità), sia un criterio "*per teste*", in luogo di quello capitalistico *ex art.* 2468, 2° comma (criterio della *partecipazione sociale*), appunto perché si tratta di volontà proveniente dal soggetto in quanto investito della funzione amministrativa e non già dal socio¹¹⁴.

¹¹³ A causa di tale incompatibilità, taluni sostengono che – dovendosi applicare il criterio di calcolo della maggioranza per quote di interesse – l'amministrazione congiuntiva a maggioranza possa essere scelta dalla *s.r.l.* solo quando *tutti* gli amministratori siano *soci*. Così, N. ABRIANI, *Decisioni dei soci*, cit., 305; F. PARRELLA, *L'amministrazione*, in *Il nuovo diritto societario: profili civilistici, processuali concorsuali, fiscali e penali*, a cura di S. Ambrosini, I, Torino, 2005, 447; M. RANIELI, *L'amministrazione disgiuntiva e congiuntiva*, cit., 130; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato Galgano*, XXIX, Padova, 2003, 476 anche se quest'ultimo A. mostra di mutare opinione nell'edizione successiva (e v., ID., *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO – R. GENGINI, *Il nuovo diritto societario*², cit., 868).

¹¹⁴ In questo senso anche G. SANTONI, *L'organo di amministrazione nella s.r.l.*, cit., p. 7 s. del dattiloscritto, il quale – nel caso di amministrazione congiunta a maggioranza – propone l'adozione (come regola suppletiva) del criterio del computo dei voti *per teste* per esigenze di semplicità di funzionamento della società, finendo però così col ritenere insussistenti le differenze tra il modello in esame e l'amministrazione consiliare (v. *supra*, nota 104).

Tale soluzione sembra addirittura necessitata quando nella s.r.l. vi siano amministratori *non-soci*¹¹⁵. In siffatta ipotesi, per dirimere ogni dubbio, è particolarmente opportuno che l'atto costitutivo preveda espressamente con apposita clausola statutaria la regola della maggioranza computata *pro capite*; ma quest'ultima dovrebbe comunque ritenersi applicabile anche nel silenzio dello statuto. A voler ragionare diversamente, si arriverebbe a soluzioni che contraddicono le caratteristiche strutturali del modello congiuntivo, ovvero la disciplina della s.r.l. Nel primo senso, si deve escludere che l'amministratore estraneo non abbia addirittura diritto al voto, poiché ciò sarebbe in contrasto con l'art. 2258 c.c. (e con le stesse caratteristiche del modello congiunto)¹¹⁶. Né appare fondato l'orientamento che nega la possibilità di ricorrere al sistema congiuntivo a maggioranza quando tutti gli amministratori non siano altresì soci¹¹⁷, dal momento che si limiterebbe arbitrariamente la tradizionale regola generale di *Fremdorganschaft* della s.r.l., espressa dall'art. 2475, 1° comma¹¹⁸.

Il criterio (legale) così individuato di calcolo della maggioranza “per teste” pone, tuttavia, alcune questioni applicative.

Ed infatti, bisogna chiarire le modalità di assunzione delle decisioni gestorie nel caso di amministrazione congiuntiva a maggioranza affidata a due soli amministratori¹¹⁹. È evidente che in ipotesi si fatta vi è una

¹¹⁵ Nello stesso senso, C. CACCAVALE, *Modelli di amministrazione*, cit., 68; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato Cottino*, vol. V, t. 1°, Padova, 2007, 224.

¹¹⁶ Una volta privato della legittimazione a partecipare alla formazione della volontà comune, infatti, non si vede in cosa consista la titolarità del potere gestorio, che va comunque riconosciuta a ciascun amministratore in regime congiunto.

¹¹⁷ Cfr. gli Autori (Abriani, Galgano, Parrella) citati in nota 113.

¹¹⁸ Per una sintesi del dibattito, sviluppato nell'ambito delle società di persone, tra la teoria della *Selbsorganschaft*, che considera essenziale la qualità di socio in capo all'amministratore (F. GALGANO, *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963, 47 ss.), e la teoria della *Fremdorganschaft*, per cui è possibile affidare l'ufficio amministrativo anche a soggetti estranei (B. LIBONATI, *L'amministratore non socio di società in nome collettivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, 462 ss.; P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 339 ss. e 361; F. TASSINARI, *La rappresentanza nelle società di persone*, cit., 155), v. *ex multis*, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁶, cit., 104 s.; nonché C. ANGELICI, *Note minime su “La libertà contrattuale e i rapporti societari”*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 419 s., con ampi richiami di dottrina tedesca.

¹¹⁹ Si tratta, evidentemente, di ipotesi di difficile realizzazione nella pratica, che potrebbe verificarsi probabilmente nella s.r.l. formata da due soli soci paritari al 50%, che si siano riservati la gestione in maniera congiunta.

oggettiva impossibilità di funzionamento del meccanismo maggioritario, ovvero si tratta in sostanza – al di là del *nomen* utilizzato – di amministrazione all'unanimità, con conseguente applicazione del correttivo previsto dall'art. 2258, 3° comma, c.c. per il compimento degli atti necessari ad evitare un danno alla società (§ 14).

Per superare l'ostacolo operativo, invece, non pare che si possano applicare disposizioni previste dall'ordinamento per altre ipotesi. Così, deve senz'altro escludersi l'applicazione della regola di cui all'art. 2287, 3° comma, c.c. dettato per le società di persone in caso di esclusione facoltativa del socio in società composta da due soli soci, che prevede un meccanismo di deferimento della decisione al giudice. Al di là delle diversità di fattispecie, sarebbe impensabile ricorrere nella s.r.l. a meccanismi esterni di assunzione delle decisioni gestorie, in quanto ciò significherebbe esautorare l'organo amministrativo, oltre che appesantire al di là di ogni ragionevole margine di tollerabilità il meccanismo di assunzione delle decisioni gestorie.

14. Compatibilità del correttivo di cui all'art. 2258, 3° comma, c.c. (e possibili alternative).

Infine, è certamente configurabile anche nella s.r.l. il correttivo dettato dall'art. 2258, 3° comma, per limitare in parte i pericoli e le rigidità dell'amministrazione congiunta, sia *all'unanimità* che *a maggioranza*, derivanti da possibili stalli decisionali¹²⁰.

¹²⁰ Meccanismi di superamento dello stallo decisionale sono previsti, del resto, anche in quelle ipotesi di diritto privato, nelle quali la legge prevede un esercizio *congiunto* del potere in capo a più soggetti (v. *supra*, § 1, testo e nota 8).

Ad esempio, in caso di nomina di *più* esecutori testamentari che agiscono *congiuntamente*, l'art. 700, 2° comma, c.c. autorizza eccezionalmente il singolo ad intraprendere quei provvedimenti urgenti per la conservazione di un bene o di un diritto ereditario. Allo stesso modo, l'art. 1105, 4° comma, c.c., in tema di comunione, fa salva la possibilità per il singolo comproprietario di ricorrere all'autorità giudiziaria in caso di stallo decisionale. Per converso, nella comunione legale dei coniugi, relativamente agli atti di straordinaria amministrazione per i quali i coniugi devono agire *congiuntamente* (art. 180 c.c.), è prevista la possibilità di ricorrere al giudice per l'autorizzazione al compimento di atti necessari nell'interesse della famiglia sia in caso di rifiuto del consenso da parte di uno dei coniugi (art. 181 c.c.), sia in caso di lontananza o impedimento di uno dei coniugi (art. 182 c.c.). Ed infine, anche per l'esercizio *congiunto* della potestà dei genitori e della rappresentanza legale del minore (art. 320, 1° comma, c.c.), la legge prevede il ricorso al giudice quale mezzo per superare sia il contrasto o il disaccordo tra i genitori (art. 316, 2° comma), sia per porre rimedio all'esercizio difforme delle decisioni concordate nella rappresentanza legale del minore

La norma riconosce, infatti, eccezionalmente il potere di agire del singolo amministratore in caso di *pericolo di danno* per la società, quando taluni atti gestionali si presentino come necessari ed indifferibili¹²¹.

Data la natura eccezionale dell'azione disgiunta *ex art. 2258, 3° comma* rispetto alle caratteristiche strutturali del regime di amministrazione congiunto, che – si è visto – vanno mantenute ferme nella s.r.l., si deve concludere per l'applicabilità del medesimo requisito dell'«*urgenza di evitare un danno alla società*» anche nel nostro tipo societario. Per la relativa definizione, è quindi possibile fare riferimento all'elaborazione in tema di società di persone, e che si sostanzia nell'esame dei due elementi dell'*urgenza* e del *danno sociale*¹²².

In relazione al primo elemento, vi è «urgenza» solo quando il compimento in tempi ristretti dell'operazione si riveli indispensabile, nel senso che il danno non potrebbe essere scongiurato se si dovessero consultare tutti gli amministratori (o la maggioranza di essi). In secondo luogo, l'operazione compiuta deve apparire come necessaria ed inevitabile al fine di scongiurare un effettivo evento pregiudizievole a carico della società. Il «danno» deve riguardare direttamente la società e non può essere riferito a singoli soci. Inoltre, deve trattarsi del pericolo di una diminuzione del patrimonio sociale (c.d. danno emergente), mentre è irrilevante il mancato compimento di un'operazione che determini la perdita di un guadagno per la società (c.d. lucro cessante).

La valutazione del requisito dell'«*urgenza di evitare un danno alla società*» va compiuta anche nella s.r.l. in termini rigorosi e restrittivi.

Infine, occorre verificare se dalla disciplina della s.r.l. possono ricavarsi *altre* modalità di superamento dello stallo decisionale, caratteristico dell'amministrazione congiuntiva all'unanimità o a maggioranza, *diverse* dall'azione disgiunta *ex art. 2258, 3° comma*.

Un rimedio alternativo consiste nel ricorso all'istituto – già visto (§ 7) – della c.d. «amministrazione arbitrata» *ex art. 37 d. lgs. 5/2003*¹²³.

(art. 320, 2° comma). Su questi aspetti, v. nella manualistica, C.M. BIANCA, *Diritto civile, II. La famiglia. Le successioni*⁴, Milano, 2005, *passim*.

¹²¹ Il correttivo dell'art. 2258, 3° comma, era già conosciuto nel codice civile del 1865 (art. 1722), sebbene la portata fosse più ristretta, essendo necessario che il danno fosse «grave ed irreparabile». E v., G. FERRI, *Delle società*³, cit., 159.

¹²² In argomento, ancora G. FERRI, *Delle società*³, cit., 159 s., anche per esempi applicativi; e, da ultimo, G. PERLINGIERI, *Amministrazione congiuntiva e azione disgiunta. L'ultimo comma dell'art. 2258 codice civile*, cit., 183 ss.

¹²³ In questo senso, chiaramente, P. SPADA, *L'amministrazione «arbitrata»*, cit., 257 e 261, il quale – anzi – analizza l'istituto in discorso con esclusivo riferimento al

L'atto costitutivo della s.r.l. potrebbe, infatti, prevedere che anche nel caso di gestione pluripersonale *congiuntiva* gli eventuali contrasti insorti tra gli amministratori «in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società» siano deferite alla soluzione di «uno o più terzi». Né l'inserimento di tale clausola nell'ambito del modello congiuntivo pone problemi di disciplina differenti rispetto a quelli evidenziati a suo tempo nel caso di gestione *disgiuntiva*¹²⁴. Occorre, tuttavia, solo precisare che l'eventuale presenza di una clausola di amministrazione "arbitrata" in ogni caso rappresenterebbe una possibilità ulteriore, che si aggiunge al rimedio di carattere generale, individuato dall'art. 2258, 3° comma, c.c., ma senza sostituirlo, nel senso – cioè – che non potrebbe precludere la legittimazione del singolo amministratore in regime disgiunto a compiere da solo l'atto necessario ed urgente per «evitare un danno alla società».

Tenderei, invece, ad escludere la possibilità di ricorrere alla decisione dei soci *ex art.* 2479, 1° comma c.c. "su sollecitazione" di uno (o più) amministratori, ovvero del socio con partecipazione qualificata. Ed infatti, a differenza di quanto osservato nell'ambito dell'amministrazione disgiuntiva, il diritto di *veto* che caratterizza la congiuntiva all'unanimità sembra escludere la possibilità che dell'operazione gestoria – una volta respinta – possano essere investiti i soci. In questo senso, potrebbe ragionevolmente profilarsi solo la (diversa) eventualità che la sollecitazione avvenga *prima* che su di essa si pronuncino gli amministratori in regime congiunto: fino a quel momento, infatti, l'argomento può essere sottoposto, secondo le regole generali del diritto di *provocatio*, sia dall'amministratore, sia dal socio con partecipazione qualificata, all'«approvazione» (preventiva) dei soci, ovviamente purché non si tratti delle materie inderogabilmente "riservate" all'«organo amministrativo» di cui all'art. 2465, 5° comma, c.c. (progetto di bilancio, progetti di fusione e scissione, aumento delegato del capitale sociale). Ed in questo caso l'esercizio (preventivo) del diritto di *provocatio* impedisce che la stessa questione possa essere poi decisa dagli amministratori in regime congiunto, poiché valgono le medesime considerazioni già viste (§ 5) a proposito dello *spostamento* del potere gestorio dagli

modello di amministrazione *congiuntiva*; nonché G.C.M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione*, cit., 532, secondo cui la previsione dell'art. 37 d. lgs. 5/2003 può trovare spazio nella s.r.l. «qualunque sia il regime amministrativo adottato» [*rectius*, purché sia prevista la pluralità di amministratori].

¹²⁴ Per cui a quella sede è possibile rinviare per quanto attiene sia alla configurazione dell'istituto, sia soprattutto per le conseguenze in ordine alla responsabilità sociale dell'amministrazione.

amministratori ai soci, con tutto ciò che ne consegue in termini di disciplina applicabile.

15. L'atto gestorio compiuto dal singolo amministratore in regime di amministrazione congiuntiva. La clausola di rappresentanza congiunta.

Al di fuori dell'ipotesi eccezionale di cui all'art. 2258, 3° comma, v'è da chiedersi quale sia la sorte dell'atto gestorio compiuto dal singolo amministratore infedele, in regime di amministrazione congiuntiva (all'unanimità o a maggioranza), senza il necessario consenso degli altri.

Esso involge evidentemente, e in primo luogo, un profilo di responsabilità gestoria dell'amministratore, per violazione di un obbligo di legge. Ma determina anche il problema di verificare se l'operazione compiuta vincoli o meno la società¹²⁵.

Nella s.r.l. elementi di giudizio possono ricavarsi dalla disciplina della rappresentanza (art. 2475-*bis*), sostanzialmente ricalcata su quella della s.p.a. (art. 2384) ed ispirata ai principî di matrice comunitaria, introdotti dal d.p.r. 1127/1969 e sostanzialmente confermati dalla riforma del 2003. A differenza di quanto visto a proposito dell'atto posto in essere dall'amministratore disgiunto in violazione della disciplina sull'opposizione (§ 8), nel caso di azione disgiunta compiuta in regime di amministrazione congiuntiva, senza il ricorrere del requisito dell'urgenza di evitare un danno alla società, si può discutere se sussistano gli estremi

¹²⁵ La questione non è del tutto pacifica anche nell'ambito delle società di persone. Secondo l'orientamento dominante (R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 431 s.; G. COTTINO – R. WEIGMANN, *Le società di persone*, cit., 144; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁶, cit., 96), l'operazione illegittimamente compiuta dal singolo, senza che ne ricorrano i presupposti dell'urgenza *ex* art. 2258, 3° comma, non può essere imputata alla società, dal momento che – secondo le regole generali *ex* art. 2266 c.c. – l'atto compiuto dal singolo amministratore in regime congiunto integra i caratteri di limite *legale* dei poteri gestori e rappresentativi dell'amministratore, come tale opponibile al terzo (nei limiti della *buona fede*). *Contra*, M. GHIDINI, *Società personali*, cit., 370, nota 136, il quale ritiene che la società resti vincolata all'atto compiuto dal singolo amministratore in regime congiunto, nonostante questi abbia speso individualmente il nome sociale, argomentando dalla non automatica trasposizione delle regole sull'attività deliberativa al piano della rappresentanza con i terzi. Sui termini del relativo dibattito v., F. TASSINARI, *La rappresentanza nelle società di persone*, cit., 131 ss.; A. BENUSSI, *Modello legale e statutario*, cit., 150 ss.

del *limite legale* del potere di rappresentanza dell'amministratore¹²⁶. Rispondendo in senso affermativo, la conseguenza sarebbe che tale limite è *opponibile* ai terzi e la società non risulta vincolata dall'atto compiuto dal singolo amministratore in violazione dell'art. 2258, 3° comma, se la mancanza dei presupposti dell'urgenza e della necessità di evitare un danno alla società era riconosciuto o riconoscibile dal terzo (ossia nei limiti della *buona fede*).

La questione, tuttavia, merita qualche considerazione ulteriore. Ed infatti, almeno relativamente agli effetti nei confronti dei terzi, l'ipotesi dell'*amministrazione congiuntiva* presenta indubbe affinità con la clausola di *rappresentanza congiunta* inserita nell'ambito del modello *consiliare* di amministrazione della s.r.l., il cui regime è fortemente controverso, in analogia con quanto avviene anche nella s.p.a.

La tesi favorevole all'*opponibilità* ai terzi della violazione della clausola di rappresentanza generale congiunta si basa sulla constatazione che tale clausola riguarda la "titolarità" e le modalità di esercizio del potere di rappresentanza degli amministratori, mentre il principio di inopponibilità sancito dall'art. 2384, 2° comma (e dall'art. 2479-*bis*, 2° comma) deve ritenersi circoscritto alle limitazioni volontarie concernenti il "contenuto" o l'estensione dello stesso potere di rappresentanza (come nel caso di firma congiunta richiesta solo per alcune categorie di atti)¹²⁷.

Applicando queste considerazioni alla s.r.l., dovrebbe giungersi ad una soluzione articolata del problema. Ed infatti, nel caso della s.r.l. gestita da un consiglio di amministrazione, con clausola di rappresentanza congiunta, l'atto gestorio compiuto dal singolo consigliere senza il necessario consenso degli altri rappresentanti legali risulterà *inopponibile* al terzo e la società sarà comunque vincolata, eccetto il caso dell'*exceptio doli*, in applicazione del principio contenuto nell'art. 2475-*bis*, 2° comma, c.c. E questi principi dovrebbero applicarsi anche al caso di s.r.l. nella quale il regime di amministrazione *congiuntiva* non sia "generale", ma sia previsto solo per *determinati atti*. In altri termini, nelle ultime due ipotesi non vi sono ragioni per non ritenere applicabile alla s.r.l. le medesime regole in tema di s.p.a. A tale

¹²⁶ Sui *limiti legali* di rappresentanza degli amministratori di società di capitali, v. *ex multis* G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁶, cit., 376 s. e note 56-58, ove ampi riferimenti.

¹²⁷ In tal senso cfr., P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, cit., 153 s.; V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e di rappresentanza degli amministratori*, cit., 149 s. e nota 66, ove ulteriori richiami di dottrina e giurisprudenza.

proposito, infatti, è stato autorevolmente sostenuto che la clausola di rappresentanza congiuntiva resti comunque *inopponibile* ai terzi, salvo il caso dell'*exceptio doli* previsto per le limitazioni *volontarie* di rappresentanza dall'art. 2384, 2° comma, sia quando l'attribuzione in forma congiunta riguardi la rappresentanza generale, sia quando essa sia limitata solo per determinati atti¹²⁸. Soluzione, quest'ultima, recentemente ribadita nella giurisprudenza di legittimità¹²⁹, e coerente con l'esigenza di tutela dell'affidamento dei terzi e della certezza e rapidità dei traffici giuridici, che domina l'intera disciplina della rappresentanza nelle società di capitali.

Discorso diverso riguarda il caso di s.r.l. con regime "generale" di amministrazione congiuntiva *ex art. 2258 c.c.* Qui, infatti, l'atto gestorio compiuto dal singolo amministratore infedele senza il necessario consenso degli altri e senza che ricorrano i presupposti di cui all'art. 2258, 3° comma, sarà opponibile ai terzi, e pertanto la società non risulterà vincolata, se dimostra l'assenza di *buona fede* del terzo, che conosceva o avrebbe dovuto conoscere l'opzione per il modello di gestione congiuntivo. Ciò in quanto in tale modello la *titolarità* del potere gestorio spetta alla pluralità di soggetti che, però, per legge devono necessariamente concorrere per l'adozione dell'atto di gestione ad *esercizio* congiunto, come prescritto dall'art. 2258 c.c., applicato alla s.r.l. in virtù del rinvio *ex art. 2475, 3° comma*¹³⁰.

¹²⁸ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁶, cit., 375, nota 52; M. MONTANARI, *La clausola di rappresentanza congiuntiva nelle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 18 ss.; nonché *amplius* M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali*, cit., p. 20 ss. del dattiloscritto.

¹²⁹ Cass., 12 aprile 2001, n. 5468, in *Giur. it.*, con nota di CERRATO; Cass., 22 giugno 2005, n. 13442, in *Mass. Foro it.*, 2005.

¹³⁰ In questo senso, con specifico riferimento all'ipotesi qui in commento v., con ampia motivazione, M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali*, cit., p. 25 ss. del dattiloscritto, il quale configura l'art. 2258 c.c. come norma specifica che, applicata alla s.r.l. con amministrazione congiuntiva, consente di opporre ai terzi il conseguente vincolo di rappresentanza congiuntiva, una volta eseguita la pubblicità nel registro delle imprese. E tale conclusione risulta altresì coerente con la prima direttiva comunitaria di armonizzazione del diritto societario (già 68/151/Cee, recentemente rinumerata: ed oggi 2009/101/CE), la quale – nell'introdurre la più severa disciplina sulla inopponibilità dei limiti di rappresentanza nelle società di capitali – lasciava liberi gli Stati membri di prevedere, con espressa previsione di legge, l'opponibilità del vincolo di rappresentanza congiuntiva, se pubblicato (così, il nuovo art. 10, 3° comma, della direttiva cit.).

In conclusione, allora, l'atto gestorio compiuto dall'amministratore infedele di s.r.l. quando la società abbia adottato il regime di amministrazione consiliare con clausola di rappresentanza congiunta (ovvero il modello congiuntivo, ma solo per determinati atti) è assoggettato alla medesima disciplina già vista a proposito dell'atto compiuto dall'amministratore disgiunto in violazione del diritto di opposizione: il limite è inopponibile al terzo e la società resta comunque vincolata dall'atto compiuto dall'amministratore infedele, ai sensi dell'art. 2475-*bis*, 2° comma.

Per converso, se la s.r.l. abbia adottato il regime (generale) di amministrazione congiuntiva, trova applicazione la disciplina, più favorevole per il terzo, prevista dall'art. 2266 per le società di persone.

A conferma di questa impostazione, possono essere richiamati anche taluni spunti comparatistici. In particolare, la disciplina della *GmbH* tedesca prevede che «la società è rappresentata processualmente e stragiudizialmente dagli amministratori» (§ 35, Abs. 1, *GmbHG*) e «se non è disposto diversamente, la dichiarazione negoziale deve essere resa o la sottoscrizione deve essere apposta da tutti gli amministratori» (§ 35, Abs. 2, *GmbHG*). Il sistema legale di rappresentanza è, quindi quello congiuntivo (*Gesamtvertretung*), analogamente a quanto previsto per la *Aktiengesellschaft*, nella quale la rappresentanza spetta al *Vorstand* nel suo complesso e, se lo statuto non prescrive diversamente, deve essere esercitata congiuntamente da *tutti* i consiglieri di gestione (§ 78, Abs. 2, *AktG*)¹³¹. Al di là di queste particolarità, è generalmente confermata nei tipi corrispondenti alla nostra s.r.l. la regola della inopponibilità dei limiti statutari. E ciò non solo nell'ordinamento tedesco (ed infatti, nella *GmbH* i limiti alla rappresentanza derivanti dallo statuto hanno efficacia meramente obbligatoria e non sono opponibili ai terzi: «*Gegen dritte Personen hat eine Beschränkung der Befugnis der Geschäftsführer, die Gesellschaft zu vertreten, keine rechtliche Wirkung*»: così il § 37, Abs. 2, *GmbHG*), ma anche nella *GmbH* svizzera (art. 814, *OR*)¹³², nonché nella

¹³¹ Per quanto riguarda la disciplina della *GmbH*, cfr. K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*⁴, cit., 1074 ss.; U.H. SCHNEIDER, in SCHOLZ, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*⁹, I, Köln, 2000, § 35, Rdn. 51, 1470 ss. Sulla *Aktiengesellschaft*, cfr. U. HÜFFER, *Aktiengesetz*⁷, München, 2006, § 78, 400 ss.

¹³² In Svizzera, l'art. 814, Abs. 1, *OR* sancisce che ad ogni amministratore della *GmbH* spetta il potere di rappresentanza (*Vertretung der Gesellschaft*). Sebbene l'art. 814, Abs. 2, *OR* dia la possibilità di disciplinare diversamente la rappresentanza, le eventuali limitazioni statutarie (con cui si subordinano determinati atti alla rettifica da parte dei soci) non sono in linea di principio opponibili ai terzi: ciò in virtù dell'art. 814, Abs. 4, *OR* che rinvia espressamente alle norme in tema di società anonima (art. 718-a

société à responsabilité limitée francese (art. L. 223-18, al. 6, *cod. comm.*) e nella *sociedad de responsabilidad limitada* spagnola (art. 63.1 *LSRL*)¹³³.

16. La distinzione tra amministrazione congiuntiva a maggioranza e consiglio di amministrazione a collegialità “attenuata”.

CO). Sulla norma, cfr., anche per ulteriori riferimenti, R. SIFFERT – M.P. FISCHER – M. PETRIN, *Stämpflis Handkmmntar zum GmbH-Recht (Art. 772-827 OR)*, Bern, 2008, Art. 814, 281 ss. È, tuttavia, controverso se i terzi siano privati della protezione della buona fede derivante dalla iscrizione delle limitazioni nel registro delle imprese (e v. A. PETITPIERRE-SAUVAIN, *Vers une révision du droit suisse des sociétés*, in *Riv. soc.*, 2007, 599; P. BÖCKLI, *Das neue schweizerische GmbH-Recht-Was ist wirklich neu? Ein Uebersicht*, in P. BÖCKLI – P. FORSTMOSER (Hrsg.), *Das neue schweizerische GmbH-Recht*, Zürich-Basel-Genf, 2006, 34).

¹³³ Nell’ordinamento spagnolo particolare attenzione è dedicata al regime della rappresentanza, che l’ art. 62.2 *LSRL* variamente configura, a seconda dei diversi modelli gestorî. Ed infatti, in caso di *administrador único*, la rappresentanza spetta necessariamente a quest’ultimo in via esclusiva; nell’ipotesi di *varios administradores solidarios*, il potere spetta disgiuntamente a ciascuno di essi (e l’eventuale clausola statutaria difforme non è opponibile ai terzi, avendo un valore meramente interno); invece, in presenza di *varios administradores conjuntos*, la rappresentanza è esercitata *mancomunadamente*, ossia in comune da almeno due degli amministratori nella forma prevista dallo statuto (che potrebbe anche esigere un numero superiore o la totalità); infine, se esiste un *Consejo de administración*, il potere di rappresentanza spetta al consiglio stesso, ma lo statuto può affidarne l’esercizio ad uno o più membri a titolo individuale o congiunto. L’art. 63 *LSRL* specifica, poi, l’ambito della rappresentanza, che si estende a tutti gli atti compresi nell’*objecto social*: l’eventuale estraneità dell’atto è tuttavia inopponibile al *tercero de buena fe y sin culpa grave* (art. 63.2 *LSRL*). Anche le limitazioni derivanti da clausole statutarie o decisioni dei soci sulla diversa distribuzione dei poteri di rappresentanza, pur se iscritte nel *Registro Mercantil*, hanno efficacia meramente interna (art. 63.1 *LSRL*). In argomento, v. F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*², Cizur Menor (Navarra), 2005, 55 ss. e 527 ss.; A. PÈREZ DE LA CRUZ, *Órganos sociales; modificación de estructura; cuentas anuales. La SRL «nueva empresa»*, in G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Derecho mercantil*⁹, I, Barcelona, 2004, 456 ss.; J. BARBA DE VEGA, *Junta General. Administradores*, in R. BERCOVITZ-A. CANO (Coord.), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*², Cizur Menor (Navarra), 2006, 380-385; R. URÍA – A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999, 1129 ss.; J.L. IGLESIAS – J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los órganos sociales de las sociedades anónima y limitada*, in A. MENÉNDEZ (Director), *Lecciones de Derecho Mercantil*⁵, Cizur Menor (Navarra), 2007, 414 s.; M.A. CUENCA GARCÍA, *El órgano de administración de la sociedad de responsabilidad limitada*, cit., 455 ss.

Nell'esame del sistema congiunto di amministrazione della s.r.l., merita di essere approfondito – da ultimo – il problema sistematico della delimitazione delle differenze di fattispecie tra *amministrazione congiuntiva* ed *amministrazione collegiale*¹³⁴.

Esso presenta tratti di novità nell'ambito della s.r.l. riformata, poiché per la prima volta nel nostro ordinamento il legislatore ha espressamente disciplinato il ricorso alternativo ai due modelli nell'ambito del medesimo tipo sociale.

Dall'esame delle caratteristiche funzionali dei sistemi di gestione in discorso emerge una *duplice caratteristica* che differenzia il consiglio di amministrazione dall'amministrazione congiuntiva, in riferimento alle due componenti in cui si sostanzia la funzione amministrativa propriamente detta, ossia quella decisoria-deliberativa e quella rappresentativa.

Per quanto concerne la componente “esterna” della funzione amministrativa, ossia il *potere di rappresentanza* (art. 2475-bis, c.c.), è evidente che nell'amministrazione congiuntiva è necessario che gli amministratori (tutti ovvero la maggioranza), dopo aver deciso l'atto, partecipino al “compimento” dell'atto stesso nei confronti dei terzi; là ove nel modello tradizionale il consiglio di amministrazione si limita a *decidere* l'atto, che sarà poi attuato dal rappresentante legale (o dai rappresentanti legali) della società, normalmente un membro (o più membri disgiuntamente o congiuntamente, secondo quanto previsto nell'atto costitutivo)¹³⁵.

Se, dunque, la distinzione tra amministrazione congiuntiva ed amministrazione collegiale è netta quando si consideri il potere di rappresentanza, essa diventa più sfumata con riferimento alla *funzione gestoria-deliberativa* in senso stretto. E ciò a causa della possibilità, riconosciuta dal nuovo art. 2475, 4° comma, di attenuare il rigore del

¹³⁴ La questione non è nuova, essendosene occupata la dottrina commercialistica anche nel vigore della disciplina previgente. E v., R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 433.

¹³⁵ In altri termini, la decisione gestoria assunta dal consiglio di amministrazione (a collegialità *piena* o *attenuata*) sarà attuata da quelli tra gli amministratori cui spetta la rappresentanza, il che potrà avvenire disgiuntamente o congiuntamente; per converso, l'atto deciso in regime di amministrazione congiuntiva sarà necessariamente attuato dagli stessi amministratori che lo hanno deciso e sempre in maniera congiunta. Da questa differenza, come si è visto (§ 15), si giustifica la diversa soluzione riguardo all'opponibilità dell'atto compiuto dal singolo amministratore in regime congiunto, rispetto all'atto compiuto dal singolo consigliere in violazione della clausola di rappresentanza congiuntiva.

procedimento collegiale, prevedendo con apposita clausola statutaria che le decisioni del consiglio di amministrazione siano adottate con le modalità della «*consultazione scritta*» e del «*consenso espresso per iscritto*». Anticipando la conclusione che qui si tenterà di dimostrare, si può dire che solo nel modello consiliare tutti i componenti dell'organo gestorio devono poter partecipare alla decisione, in modo che non vi siano dubbi circa la paternità dell'atto gestorio in capo a tutti i consiglieri (con ciò che ne consegue in termini di responsabilità amministrativa nei confronti della società). Questa caratteristica è, invece, assente nell'amministrazione congiuntiva a maggioranza, dove la decisione può essere presa anche all'insaputa della minoranza (con conseguente possibile deresponsabilizzazione degli amministratori che non abbiano partecipato all'assunzione dell'atto).

Per dimostrare l'assunto, è necessario indagare più da vicino le caratteristiche della collegialità c.d. "attenuata", al fine di chiarire come anche in essa trovi applicazione – almeno in astratto – il principio di "ponderazione collettiva della decisione", assente, invece, nel modello congiuntivo a maggioranza.

Attraverso il riconoscimento, *ex art. 2475, 4° comma*, della possibilità che il consiglio di amministrazione adotti le delibere mediante la «*consultazione scritta*» o il «*consenso espresso per iscritto*», il legislatore della riforma ha ulteriormente perseguito l'intento di semplificazione dell'organizzazione interna della s.r.l.¹³⁶.

¹³⁶ Ed infatti, il modello legale di *amministrazione collegiale* (art. 2475, commi 3° e 4°) subisce nella s.r.l. non solo un ridimensionamento, data la possibilità di optare per i due regimi congiuntivo e disgiuntivo, ma si presenta altresì a struttura notevolmente elastica. Nel silenzio dell'atto costitutivo, il regime legale-dispositivo del consiglio di amministrazione resta quello della *collegialità "piena"*, ma è fatta salva la possibilità di adottare convenzionalmente varie forme di collegialità "attenuata", fino a prevedere l'assunzione delle decisioni con modalità diverse ed informali, che prescindono del tutto dal metodo collegiale, quali la «*consultazione scritta*» ed il «*consenso espresso per iscritto*», entrambe caratterizzate dall'assenza di convocazione in un'unica unità spazio-temporale, e consistenti nella raccolta del consenso da parte di ciascun consigliere fino al raggiungimento del *quorum* deliberativo richiesto.

In particolare, la *consultazione scritta* consiste nella predisposizione di un documento che viene fatto circolare tra tutti i consiglieri in un unico esemplare (o che viene loro trasmesso in più esemplari identici), affinché ciascuno di essi – se non voglia astenersi – esprima la propria dichiarazione (adesione o rifiuto) sull'argomento oggetto della decisione, in calce al documento stesso. Essa è generalmente indicata come metodo del *referendum*, poiché ha per oggetto un testo non modificabile (proposta di decisione consiliare), che il singolo amministratore ha solo la facoltà di approvare o respingere. Il *consenso per iscritto* si risolve, invece, in una sorta di *carteggio* tra i

Anche per questa via è, inoltre, confermato l'avvicinamento della disciplina della nostra s.r.l. a quella dei tipi corrispondenti negli ordinamenti stranieri. Infatti, la possibilità di derogare al rispetto del metodo collegiale in presenza di un organo pluripersonale è un dato diffuso nel panorama comparatistico, soprattutto con riferimento all'assemblea dei soci¹³⁷, ma anche – nonostante qualche eccezione – relativamente al consiglio di amministrazione¹³⁸.

membri del consiglio, dal momento che ciascun amministratore formula (sempre per iscritto) un'autonoma dichiarazione di volontà, distinta da quelle provenienti dagli altri consiglieri anche sotto il profilo documentale, con le quali, però, concorre a perfezionare la decisione finale, che si formerà quando le dichiarazioni siano concordanti sotto il profilo del contenuto. In argomento, si veda l'approfondita analisi – in tema di società di persone – di A. MIRONE, *Il procedimento deliberativo*, cit., 16 ss., 179 ss. e 197 ss. Con riferimento alle decisioni dei soci ex art. 2479, 4° comma, cfr. G. SANTONI, *Le decisioni dei soci*, cit., 239 ss.; A. MIRONE, *Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedimentali*, cit., 483 s.; G. GUIZZI, *L'assemblea: ovvero, delle competenze dei soci e del modo di esercitarle nella società a responsabilità limitata riformata (Due esperienze a confronto)*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, I, 35 ss. (da cui si cita) e in *La società a responsabilità limitata in Italia e in Spagna. Due ordinamenti a confronto*, a cura di N. Abriani e J.M. Embid Irujo, Milano, 2008, 347 ss.; M. NOTARI, *Le decisioni non assembleari*, in M. CIAN – G. GIANNELLI – F. GUERRERA – M. NOTARI – G. PALMIERI, *Le decisioni dei soci. Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da C. Ibba e G. Marasà, IV, Padova, 2009, 97 ss.; Cons. nazionale del Notariato, *Studio n. 5489/I/2005* (28 gennaio 2005): *Le decisioni non assembleari dei soci nella s.r.l.*, a cura di C.A. Busi, reperibile sul sito www.notariato.it; M. DE PAOLI, *Sub art. 2479*, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Notari-Ghezzi*, VIII. *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, Milano, 2008, 879 ss.; e, con specifico riguardo alle decisioni degli amministratori, O. CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci di s.r.l. adottate mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto: una semplificazione?*, in *Riv. soc.*, 2005, 161 ss.

¹³⁷ In Germania, in base al § 48, Abs. 2, *GmbH-Gesetz*, la regola del procedimento assembleare è dispositiva e l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni dei soci siano assunte con modalità informali, senza riunione ed anche per corrispondenza, purché il consenso risulti per iscritto. E v., K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*⁴, cit., 1095 ss.; ID., in SCHOLZ, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*⁹, II, Köln, 2000, § 48, 2176 ss.; W. ZÖLLNER, in BAUMBACH/HUECK, *GmbH-Gesetz*¹⁸, München, 2006, § 48, 1588 ss.

In Francia sia nella *sociétés a responsabilité limitée*, che nella *sociétés par action simplifiée*, la legge consente allo statuto di introdurre modalità di adozione delle decisioni dei soci in deroga al principio di collegialità, quali la «*consultation écrite*» o l'atto sottoscritto da tutti i soci, da cui risulti «*consentement de tous les associés exprimé dans un acte*». (art. L. 223-27 *cod. comm.*). Cfr., Y. GUYON, *Droit des affaires*, cit., 538 ss. (§ 507); G. RIPERT – R. ROBLOT, *Les sociétés commerciales*¹⁸, cit., 210 ss. (§ 1322).

Per cogliere la distinzione particolarmente sottile, quasi sfuggente, tra l'amministrazione congiuntiva a maggioranza ed il consiglio di amministrazione che funziona con c.d. metodo a collegialità "attenuata"¹³⁹, occorre evidenziare le differenze strutturali e di natura

Significativa appare, poi, l'esperienza delle *private company* inglesi: dove la legge consente alle *small private companies*, anche senza apposita clausola statutaria, di derogare alle regole collegiali del procedimento deliberativo proprio delle società di capitali e di assumere le decisioni in forma scritta, mediante il c.d. metodo referendario, che prevede la sottoscrizione successiva da parte di ciascun avente diritto (*Section 381-A e 381-C del Companies Act del 1985*). Cfr. L.C.B. GOWER, *Principles of Modern Company Law*⁵, London, 1992, 501 ss.

Anche in Spagna la dottrina riconosce la possibilità di decisioni semplificate della *Junta general*. E v., J. BOQUERA MATARREDONA, *Simplificación y facilitación del funcionamiento de la junta general de las sociedades pequeñas y medianas españolas*, in *La società a responsabilità limitata in Italia e in Spagna. Due ordinamenti a confronto*, a cura di N. Abriani e J.M. Embid Irujo, Milano, 2008, 379 ss.; nonché M. BROSETA PONT, *Manual de derecho mercantil*¹⁰, Madrid, 1994, rist. 2000, 372 ss., per la individuazione degli elementi minimi necessari per la imputazione della decisione sociale al gruppo, anziché ai singoli soci. D'altro canto, l'adozione di decisioni assembleari con metodi alternativi a quello collegiale era possibilità già espressamente riconosciuta dall'art. 14 dell'abrogata legge spagnola sulla SRL del 17 luglio 1953 per le sole s.r.l. con meno di 15 soci (su cui v., S.L. CARLON, *Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, in *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial*, Madrid, 1984, XXIII, 171).

¹³⁸ Nell'ordinamento spagnolo, ad esempio, nonostante l'ampia libertà statutaria riconosciuta dalla legge (art. 57.1 *LSRL*) per la regolamentazione del regime di funzionamento del *Cosejo de Administración*, l'orientamento prevalente – con particolare riferimento alle «reglas de convocatoria y constitución del órgano así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría» – tende ad escludere la possibilità di introdurre sistemi di adozione delle delibere «por escrito y sin sesión», in ragione della configurazione del *Cosejo* come «órgano de naturaleza colegial». E v., R. URÍA-A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., 1131; F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores*, cit., 524 ss.

¹³⁹ Come sottolineato dai primi commentatori della riforma. V., *ex multis*, A. MIRONE, *Le decisioni dei soci nella s.r.l.*, cit., 475 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione*, cit., 526; O. CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci*, cit., 149 ss.; G. GUIZZI, *Le decisioni dei soci: profili tipologici*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 1001 ss.; ID., *L'assemblea*, cit., 35 ss.; E. MARCHISIO, *La «deliberazione presa per iscritto» nell'amministrazione della s.r.l.: riflettendo su amministrazione congiuntiva e amministrazione collegiale*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 101 ss. Per le osservazioni evidenziate nel testo non appare, invece, condivisibile l'assimilazione tra i due istituti propugnata da D.U. SANTOSUOSSO, *I sistemi di amministrazione e controllo nel nuovo diritto societario*, cit., 640, il quale configura l'amministrazione congiunta come «un consiglio di amministrazione sui generis», caratterizzato dal necessario rispetto dei meccanismi di funzionamento dell'art. 2258, in deroga ai principi della maggioranza e

giuridica tra i due sistemi e le conseguenti differenze di disciplina, che consentono di mettere in evidenza i vantaggi e i rischi (in una valutazione costi-benefici) della scelta dell'uno o dell'altro modello nelle diverse tipologie della realtà della s.r.l.¹⁴⁰.

Da un punto di vista *strutturale*, sia nell'amministrazione congiuntiva che in quella collegiale vi è una pluralità di soggetti i quali non hanno per legge la possibilità di esercitare separatamente il potere amministrativo con pienezza di poteri, partecipando alla gestione sociale necessariamente in modo collettivo¹⁴¹. Tuttavia, nell'amministrazione collegiale la pluralità di consiglieri, riuniti in collegio, esercita la funzione gestoria mediante *atti collegiali* e secondo un procedimento decisionale scandito da una pluralità di fasi¹⁴². Nell'amministrazione congiuntiva, invece, la pluralità di amministratori pure deve necessariamente agire congiuntamente, ma senza l'osservanza di un

della presenza, propri del modello collegiale (peraltro già concepibile – secondo la prospettiva in esame – ai sensi del vecchio art. 2388).

Si consideri, infine, che diventa ancora più difficile individuare una linea di demarcazione tra l'amministrazione congiuntiva *all'unanimità* e il consiglio di amministrazione di s.r.l., nel caso si ammetta la legittimità di una clausola statutaria che imponga il consenso unanime per le deliberazioni di quest'ultimo (cfr. *supra*, § 11, testo e nota 105), come fanno P. MORANDI, *Sub art. 2475*, cit., 1942 e nota 48; A. PICCIAU, *Appunti in tema di amministrazione*, cit., 236.

¹⁴⁰ Accanto ai *vantaggi* in termini di semplificazione derivanti dall'inosservanza del procedimento deliberativo collegiale, il sistema di amministrazione congiunto presenta anche *pericoli*, conseguenti al venir meno della funzione ponderatoria e compositoria che il metodo collegiale comunque assicura. In questi termini, alla vigilia della riforma, M. PERRINO, *La nuova s.r.l. nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1131.

È opportuno ricordare che la distinzione tra “collegialità” ed “amministrazione congiuntiva” ha formato oggetto di discussione già prima della riforma nell'ambito della s.p.a., a proposito della delega gestoria *ex art. 2381*, 2° comma, c.c., discutendosi in particolare sulle differenze tra comitato esecutivo e pluralità di amministratori delegati con poteri congiunti. In argomento, v. O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., 307 e nota 103.

¹⁴¹ Sono ancora valide le considerazioni di R. BOLAFFI, *La società semplice*, cit., 433; cui *adde*, più di recente, P. SPADA, *Diritto commerciale. II. Elementi*, Padova, 2006, 39 ss.

¹⁴² Tali fasi, almeno nel procedimento a collegialità piena, sono: convocazione, fissazione di un ordine del giorno, riunione, dibattito tra soggetti presenti in unità spazio-temporale (anche se sono ammesse modalità di discussione in video-conferenza), votazione, proclamazione della decisione, verbalizzazione. Per l'approfondimento del tema della collegialità dell'organo amministrativo, v. O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., 243 ss. e 245 nota 5, ove ampi riferimenti.

particolare procedimento, dando luogo a decisioni che si configurano come *atti complessi*.

Tali considerazioni generali necessitano, però, di essere meglio puntualizzate alla luce della nuova disciplina della s.r.l. che prevede espressamente una versione di collegialità c.d. *attenuata* sia per il funzionamento del consiglio di amministrazione (art. 2475, 4° comma, c.c.) che per l'assunzione delle decisioni dei soci (art. 2479, 4° comma, c.c.). Se ne ricava la sensazione che la collegialità non ha un preciso contenuto normativo testuale, potendosi presentare nelle sue applicazioni concrete con modalità più o meno complesse, tra le quali è compito dell'interprete isolare quelle fasi procedurali "essenziali" alla collegialità stessa¹⁴³.

Limitando il discorso all'organo amministrativo della s.r.l., è evidente che in virtù dell'art. 2475, 4° comma, la struttura collegiale risulta oggi compatibile anche con la totale eliminazione delle fasi della convocazione, della riunione e del dibattito, le quali possono essere convenzionalmente sostituite con modalità più snelle, che vanno dalla «consultazione scritta» al «consenso espresso per iscritto»¹⁴⁴.

Il nucleo essenziale delle collegialità, presente anche nelle due forme "attenuate" e che la distingue dall'ipotesi contigua dell'amministrazione congiuntiva a maggioranza, va allora individuato nella imprescindibilità della *ponderazione collettiva della decisione*¹⁴⁵.

¹⁴³ Spunti interessanti in tal senso si ricavano, altresì, dal dibattito pre-riforma sulla categoria delle delibere *inesistenti*, minuziosamente ricostruito da G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*⁵, Torino, 2002, 363, nota 2 e 364, nota 1, cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti. V., inoltre, O. CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, cit., 246; P. SPADA, *Diritto commerciale. II*, cit., 39 s.

¹⁴⁴ Sulle quali (oltre agli Autori citati in nota 136), v. in particolare A. MIRONE, *Le decisioni dei soci nella s.r.l.*, cit., 483 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione*, cit., 526; O. CAGNASSO, *Le decisioni degli amministratori e dei soci*, cit., 160 ss.; G. GUIZZI, *Le decisioni dei soci*, cit., 1009 ss.; ID., *L'assemblea*, cit., 35 ss.; E. MARCHISIO, *La «deliberazione presa per iscritto»*, cit., 107 s.; S. AMBROSINI, *Sub art. 2475*, cit., 1574; P. MORANDI, *Sub art. 2475*, cit., 1940 s.

¹⁴⁵ Relativamente alle decisioni dei soci, l'esigenza di *ponderazione collettiva della decisione* si giustifica alla luce del *diritto alla discussione*, garantito dal metodo collegiale in funzione della tutela degli interessi del socio (anche di minoranza). E v., in generale, G. GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nella società per azioni*, Milano, 1979, 62 ss.; A. CERRAI – A. MAZZONI, *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Riv. soc.*, 1993, 4 ss.; S. ROSSI, *Il voto extrassembleare nelle società di capitali*, Milano, 1997, 108 ss.

Ne deriva che, sul piano funzionale, caratteristica connaturata ed indefettibile alla collegialità è la *provocazione al dibattito*, assicurata mediante: *a*) la predisposizione di un *ordine del giorno* (affinché vi sia condivisione tra tutti i consiglieri della materia da decidere); *b*) la *partecipazione* (almeno potenziale) di *tutti* i consiglieri alla discussione (o all’assunzione della decisione per iscritto)¹⁴⁶.

Nella s.r.l. la legge consente che siffatta provocazione al dibattito possa essere ottenuta sia con le tradizionali modalità della collegialità piena, sia con le modalità più snelle e succedanee della collegialità attenuata. In entrambi i casi, l’amministrazione collegiale (piena o attenuata) è caratterizzata da una decisione che – a prescindere dalle modalità di assunzione – è preceduta da un “dibattito” (nelle forme della *discussione orale* o della *consultazione scritta*), a cui devono poter partecipare *tutti* gli amministratori.¹⁴⁷ In ciò sta la differenza con le decisioni congiuntive (a maggioranza), le quali non solo sono caratterizzate da forme procedurali più semplici, ma soprattutto non richiedono la necessaria provocazione al dibattito, per cui ai fini della formazione dell’atto complesso è sufficiente il raggiungimento del *quorum* stabilito, senza necessità di consultare preventivamente tutti gli amministratori.

Se sul piano teorico la differenza è chiara, meno agevole sarà, tuttavia, nella pratica segnare una linea di demarcazione netta tra clausole statutarie che prevedono decisioni congiuntive a maggioranza formate con ricorso al metodo del *referendum* ed un consiglio di amministrazione che adotta le proprie delibere mediante «consenso espresso per iscritto»,

¹⁴⁶ L’essenzialità del carattere di *provocazione al dibattito* nell’organo amministrativo collegiale delle società di capitali si spiega alla luce della *funzione* del metodo collegiale stesso, che, secondo alcuni, consisterebbe nella *composizione* dei conflitti tra interessi contrastanti (N. SALANITRO, *L’invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni*, Milano, 1965, 177 ss.), secondo altri nella garanzia di *unità* della gestione (G. ZANARONE, *La clausola di amministrazione disgiunta*, cit., 136 ss.), ovvero nell’esigenza di *ponderazione* delle decisioni (P. ABBADESSA, *La gestione dell’impresa*, cit., 103), o, infine, nella idoneità ad assicurare il vincolo *solidale* di responsabilità degli amministratori (A. BORGIOI, *La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1978, 1083; V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, 202 ss.). Più di recente, si è affermato che il modulo della collegialità, in realtà, è funzionale a garantire la pluralità degli scopi menzionati, e riassumibili nella gestione *unitaria* e *responsabile* (V. CALANDRA BUONAURA, *Amministrazione disgiuntiva*, cit., 16 ss.; O. CAGNASSO, *L’amministrazione collegiale e la delega*, cit., 250).

¹⁴⁷ Cfr. P. MORANDI, *Sub art. 2475*, cit., 1949.

dal momento che in tale sistema (a differenza della consultazione scritta) maggiori sono i rischi di non assicurare effettivamente il necessario coinvolgimento e la consultazione di *tutti* gli amministratori.

17. Amministrazione congiuntiva e modalità di assunzione delle decisioni nelle materie *ex art. 2475, 5° comma, c.c.*: rinvio.

Un profilo di disciplina assai controverso in tema di amministrazione congiuntiva è rappresentato dal coordinamento con l'art. 2475, 5° comma, c.c., che «in ogni caso» riserva alla «competenza dell'organo amministrativo» la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione e scissione, nonché l'aumento delegato del capitale sociale *ex art. 2481*.

Ed infatti, tale riserva di competenza pone due questioni. La prima, pregiudiziale, attiene alla possibilità che gli amministratori in regime congiunto conservino la *titolarità* del potere gestorio. La seconda attiene alla individuazione delle *modalità* di *esercizio*, e quindi di assunzione delle decisioni nelle materie riservate.

La soluzione ai due problemi dipende dall'inquadramento sistematico dei modelli “alternativi” di amministrazione nella s.r.l., presentando le stesse difficoltà già evidenziate a proposito dell'amministrazione disgiuntiva (§ 10). Tale circostanza suggerisce una trattazione unitaria della questione, anche se – come si vedrà (Capitolo III) – gli esiti non saranno uniformi.