

*Piergaetano Marchetti*

### **ALCUNI LINEAMENTI GENERALI DELLA RIFORMA**

1. Dal punto di vista strutturale il sistema societario delle società di capitali, quale disegnato dalla riforma, si fonda essenzialmente su due tipi di società: la società a responsabilità limitata e la società per azioni.

Per ciascuno dei due tipi viene dettata una disciplina che tendenzialmente vorrebbe essere esaustiva e autosufficiente.

Si innova quindi rispetto alla situazione attuale, ove nel Codice Civile si dà una disciplina compiuta per la società per azioni applicabile alla Srl, in sostanza, per tutto quanto non espressamente derogato.

La società per azioni nel vecchio sistema, era il prototipo della società per capitali. La società a responsabilità limitata era concepita fondamentalmente a immagine e somiglianza della società per azioni: si parlava di una piccola Spa. Ci si interrogava quindi sulla reale utilità di questo tipo di società.

Con la riforma ciascuno dei due tipi di società di capitali, la Srl e la Spa, ha una propria netta fisionomia normativa.

La società per azioni, a struttura più complessa e con una disciplina a maggior tasso di inderogabilità, si attaglia, alle imprese medio-grandi che si rivolgono al mercato o che potrebbero rivolgersi al mercato. La società per azioni è insomma un tipo societario adatto, ma non solo, per le cosiddette “società aperte”.

La società a responsabilità limitata è invece tipicamente (ma non solo: e lo vedremo tra poco) destinata a piccole-medie imprese a struttura proprietaria chiusa.

Non vengono tuttavia previsti particolari requisiti (numero dei soci, dimensioni, salvo il capitale minimo che è differenziato – 10.000 euro per la Srl e 120.000 euro per la Spa – ) per l’accesso all’un tipo o all’altro di società di capitali.

Più semplicemente, l'unico vincolo è rappresentato dal fatto che chi intende quotarsi o comunque fare appello al mercato di capitali di rischio deve adottare la forma di Spa. La Srl infatti può emettere titoli di debito, titoli obbligazionari, che tuttavia possono essere sottoscritti da investitori qualificati. La Srl non può emettere titoli rappresentativi del capitale di rischio e quindi non può comunque raccogliere capitale di rischio neppure presso gli investitori qualificati sui mercati. La Srl quindi non può rivolgersi al mercato dei capitali di rischio e non può neppure rivolgersi direttamente al mercato del capitale di credito.

Ciò detto, va precisato che, fermo il capitale minimo differenziato, nulla vieta che una piccola impresa con un numero ristretto di soci adotti la forma di Spa. Nulla vieta neppure a una grande impresa che non intende rivolgersi al mercato, o meglio che non intende rivolgersi direttamente al mercato, di adottare la forma di Srl.

Acclarato che l'appello al mercato è un elemento differenziale per il ricorso all'uno o all'altro tipo di società, mentre non lo è, nè può esserlo, la dimensione, prima di esaminare quali altre variabili possono consigliare il ricorso all'uno o all'altro tipo, occorre ancora ricordare che neppure all'interno della sottocategoria delle Spa che facciano ricorso al mercato del capitale di rischio vi è assoluta uniformità di disciplina. Vi sono norme, ad esempio, molte delle norme del decreto legislativo n.58/1998 che rimangono in vigore ove non espressamente derogate dalla riforma, che si applicano alle società quotate, ma non alle società con azioni diffuse fra il pubblico, ma non quotate.

La disciplina che si delinea con la riforma è quindi - in prima approssimazione - una disciplina in realtà a quattro livelli: il livello delle Srl, il livello delle Spa che facciano o meno ricorso al mercato del capitale di rischio, il livello delle Spa che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il livello delle Spa che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio attraverso la quotazione in un mercato regolamentato, cioè, come si suol dire, il livello delle società quotate in borsa.

Ma si tratta solo di una prima, e non appagante, approssimazione.

Avverto infatti e richiamo l'attenzione su questo punto, che, a ben guardare, non è neppure corretto parlare di due tipi (rigidi) - Spa e Srl - con uno dei due, la Spa, poi articolato nelle tre varianti della Spa quotata, della Spa non quotata ma con titoli diffusi, della comune Spa.

Il nuovo diritto societario amplia notevolmente l'autonomia statutaria, seppure con diversa intensità, in tutti i tipi e sottotipi che disegna. Pertanto, quando si parla di un tipo di società, di un blocco di disciplina, si fa riferimento a tipi e blocchi in concreto plasmabili e articolabili in un altissimo numero di applicazioni. Così, ad esempio, l'autonomia della Srl è tale per cui, e lo vedremo anche tra poco, si potrà, lavorando su tale autonomia, costruire in concreto una ricca tipologia di esemplari di Srl. Insomma, la riforma consentirà di costruire "vestiti (società) su misura", in un numero di taglie ben superiore a quanto oggi possibile. Ciò vale soprattutto per la Srl, ma, seppure in minor grado, anche per la Spa: basti pensare alla alternativa tra vari sistemi di amministrazione e controllo previsti dalla riforma.

A proposito dell'autonomia statutaria, o contrattuale (per la Srl) che dir si voglia, mi pare doverosa un'avvertenza. La autonomia tecnicamente, nella nuova disciplina, assume (principalmente) quattro forme.

- a) La legge tace e quindi rimette la scelta all'autonomia (si pensi al funzionamento dell'organo amministrativo che era, e resta, disciplinato nei minimi termini; si pensi alla disciplina del processo decisionale in forma non assembleare nella Srl appena abbozzato dal legislatore della riforma).
- b) La legge detta alcune alternative entro le quali le parti possono o debbono scegliere (modelli di amministrazione e controllo nella Spa).
- c) La legge dà una regola applicabile nel silenzio delle parti, ma essa è in tutto o in parte derogabile - c.d. tecnica dell'opt out - (si pensi alla disciplina dei quorum).
- d) La legge prevede una regola, applicabile tuttavia solo su espressa scelta in tal senso: tecnica dell'opt in (ad esempio allorchè si prevede che, oltre ai casi di recesso previsti dalla legge, si possano prevedere altre ipotesi di recesso espressamente nominate; ed ancora si pensi all'indicazione che sia per le riunioni assembleari sia per quelle consigliari si può prevedere la partecipazione con mezzi di comunicazione a distanza).

**2.** Occorre ancora avvertire che il nuovo quadro tipologico adottato dalla riforma, con ampie autonomie e con la accentuata fisionomia delle Srl come società di persone a

responsabilità limitata non più appiattita ma fortemente diversificata dalla Spa, avrà, ritengo, non pochi riflessi non solo sull'utilizzo, ma anche sul piano dell'interpretazione della disciplina.

Mi limito a segnalare due aspetti.

In primo luogo, occorrerà grande cautela nell'affermare, anche in difetto di espressa facoltà di deroga, il carattere inderogabile delle norme.

Ad esempio, non sono affatto convinto, in assenza di una previsione quale quella dell'ultimo comma dell'attuale art. 2437 ("è nullo ogni patto che esclude il diritto di recesso o ne rende più gravoso l'esercizio"), seppur (ma significativamente in modo limitato) ripresa solo all'art. 2437 u.c., della inammissibilità dell'eliminazione pattizia delle cause di recesso che il legislatore ritiene (art. 2473) "in ogni caso" competere nella Srl stessa.

Nella Spa, poi, la clausola di (prescritta) inderogabilità del recesso non è testualmente riferita all'ipotesi del terzo comma (durata a tempo indeterminato) e neppure (per relationem) a quella del quinto comma (casi di recesso speciali per le società soggette ad attività di direzione e coordinamento). A fronte di disposizioni che non incidono (e se incidono, incidono in senso, per così dire negativo) nè sulla tutela dei creditori, nè sui sistemi dei controlli, della pubblicità, dei diritti di terzi non vedo come l'autonomia organizzativa (seppure, durante società, con il voto unanime o salvo recesso) non possa incidere su di un modello legislativo da considerarsi (ancora) di default.

In secondo luogo, e qui mi riferisco soprattutto alle Srl, occorrerà andare assai cauti nell'applicare, ove occorra far ricorso all'analogia ed ai principi generali che reggono la materia, alla disciplina della Spa, piuttosto che a quella delle società di persone. Alla materia "analogica" della Spa si farà tendenzialmente ricorso quando si tratta di problematiche che sotto qualche aspetto coinvolgono la tutela dei creditori e dei terzi; alla disciplina delle società di persone, viceversa, si guarderà quando si tratti di materia funzionale al carattere personalistico della nuova Srl.

Così, ad esempio, soprattutto se in concreto la Srl sia "plasmata", in modo da accentuarne le caratteristiche pensionistiche, alla disciplina della società di persone penso ci si potrà ispirare per interpretare la avara disciplina della morte del socio nella Srl.

In particolare, mi sembra che nel caso di intrasferibilità per causa di morte, sia essa dettata in termini generali e assoluti, sia essa lo sbocco concreto di determinati limiti e condizioni piuttosto che ad una facoltà (rinunziabile dai titolari del diritto) di recesso si sia in presenza di un presupposto di obbligatoria liquidazione della quota al quale gli eredi non possono sottrarsi se non con il consenso di soci superstiti. Parimenti, riterrei del tutto ammissibile una previsione di scioglimento della società per la morte di un socio (o di questo o quel socio), salva la decisione dei superstiti di limitarsi a liquidare la quota o continuarla con uno o più o tutti gli eredi.

**3.** Prima di riflettere sulle specificità, pensiamo a qualche tratto comune.

A tal riguardo, occorre anzitutto sottolineare come ormai entrambi i tipi di società di capitali consentono la limitazione della responsabilità all'impresa individuale, sia "l'individuo" persona fisica, sia un soggetto di altra natura (società, ovviamente comprese).

Gli unici requisiti richiesti per accedere, in caso di unicità di socio, alla responsabilità limitata, sono rappresentati, da un lato, dagli adempimenti pubblicitari al registro delle imprese circa la sussistenza del requisito unipersonale, dall'altro, dal versamento dell'intero capitale sottoscritto. Non si richiede più, come è oggi invece richiesto per la Srl unipersonale a responsabilità limitata, che l'unico socio sia persona fisica, nè che un socio possa partecipare solo a una società (oggi solo Srl) unipersonale con responsabilità limitata. Una persona fisica, una società per azioni, una Srl, possono dunque con la riforma assumere la veste di unico socio di n altre Spa o Srl, senza per ciò assumere responsabilità illimitata.

L'ampio riconoscimento della società unipersonale a responsabilità limitata non deve far pensare che sia chiuso il capitolo della ricerca del socio tiranno, del tentativo, che di regola si manifesta in sede concorsuale, di coinvolgere una responsabilità illimitata del socio o di terzi, indipendentemente al ricorrere delle fattispecie di responsabilità sociale di soggetti diversi dagli amministratori.

Si deve ricordare, a tal riguardo, come la riforma, allo stato di bozza di decreto legislativo, prevedeva (art. 2497) una responsabilità a carico di chi (si badi: di chiunque)

eserciti a qualunque titolo - e quindi anche in fatto - attività di direzione e coordinamento di una società allorchè cagioni ai soci di questa, agendo in violazione dei principi di corretta gestione, un danno "al diritto all'utile ed alla valorizzazione della partecipazione sociale", nonchè nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata dall'integrità patrimoniale.

Era facile osservare come si profilasse una responsabilità (ovviamente, sempre che si possa invocare una mala gestio) a carico del socio unico che, secondo lo schema tipico della holding, e secondo quello che pare essere il naturale contenuto della posizione di controllo, esercitasse influenza dominante sulla gestione della società cui partecipa. Il testo finale della riforma (il definitivo art. 2497, primo comma) rettifica il tiro in quanto la responsabilità (ora per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione) è sancita solo in capo alle società o gli enti che esercitino attività di direzione e coordinamento di altre società e agiscano nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione. Siffatta (e tutta da verificare) distinzione non esclude affatto la possibilità di risalire a responsabilità del socio unico in forma societaria.

L'ampia formulazione della norma, che al secondo comma estende la responsabilità in via solidale a chi, a chiunque, "abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito (a chi: a chiunque) ne abbia consapevolmente tratto beneficio", apre poi scenari che possono coinvolgere la responsabilità di cerchie ben più ampie della figura limite del socio unico: dalla persona fisica che co-gestisce la società socio unico alle coalizioni di soci riuniti in un patto di sindacato "di gestione" e di controllo, al creditore "forte" che chieda al socio unico o di controllo di far concedere ad una società del gruppo diversa da quella finanziata una garanzia a proprio favore che non trovi contropartita in vantaggi compensativi per la società che la garanzia concede, e così via.

La disciplina nella Srl (art. 2467) della postergazione (in alcuni casi almeno) del rimborso del finanziamento, e la tutt'altro che improbabile estensibilità analogica della norma alla Spa, aprono ulteriori scanri che andranno ad iscriversi nella annosa vicenda, tutt'altro che conclusasi, del superamento dello schermo della personalità giuridica della società unipersonale.

La "caccia" alle responsabilità "atipiche", ad una sussidiarietà non prevista dalla legge, ha sempre un costo ed un rischio; un costo ed un rischio che un'analisi della giurisprudenza sulle tematiche latu sensu del socio occulto dimostra agevolmente quanto siano alti. Si profila allora (e riprendo un felice spunto di Zonarone), contrariamente a quanto potrebbe a prima vista sembrare, una funzione "concorrenziale" della società in nome collettivo rispetto alla nuova (e non personalistica) Srl, potendo proprio la prima essere più appetibile ai creditori per la maggior area di responsabilità cui i terzi possono fare affidamento.

Sempre nell'ottica di individuare, per ora, tratti comuni innovativi nei due tipi di società, vorrei ricordare come il principio della indistribuibilità del capitale faccia un sostanziale passo indietro. Sia nella Spa, sia nella Srl, infatti, sarà consentito (artt. 2445 e 2482) senza particolari motivazioni, che pure peraltro devono essere offerte, ridurre il capitale rimborsando i soci o liberandoli da versamenti ancora dovuti, salvo l'opposizione dei creditori: opposizione vincibile, ma non necessariamente a seguito della prestazione di una garanzia, dato che il tribunale potrà limitarsi a dichiarare infondata l'opposizione. La via maestra della riduzione del capitale sarà quella, nella Spa dell'acquisto o annullamento delle azioni proprie. Ma la riduzione del capitale potrà altresì, salva sempre l'opposizione dei creditori, e salva però sempre la necessità della deliberazione assembleare, essere utilizzata per far fronte al recesso o, nella Srl, alla morte del socio, ove non sia prevista la successione nella quota da parte degli eredi.

Certo, la struttura finanziaria diventa assai più flessibile. La nuova disciplina della riduzione reale del capitale, da un lato, consente di non mantenere immobilizzato capitale esuberante, dall'altro e proprio per ciò, può essere uno stimolo (per i soci, nelle quotate: per il mercato) all'afflusso (ove occorra) di nuovo capitale di rischio stante la prospettiva di un recupero nel caso di eccedenza per l'impresa e quindi di impieghi più convenienti di risorse (divenute) improduttive.

A proposito del recesso, è noto, già ne ho fatto cenno, che l'istituto trova nella riforma un nuovo favore, essendo generosamente utilizzato non solo nella Srl, ma anche nella Spa.

Il recesso viene subordinato alla mancata opposizione dei creditori. Ma tra il tradizionale interesse al mantenimento dell'integrità patrimoniale dell'organico produttivo (che

aveva spinto il legislatore del 1942 a ridurre al minimo i casi di recesso) e quello alla mobilità dell'investimento e della ricchezza, oggi il legislatore privilegia la seconda (e cioè la convenienza di mercato) pur con la mediazione del mancato assorbimento della quota del recedente dagli altri soci, da terzi, dalla (nelle Spa) società stessa.

A parte le considerazioni già svolte sulla derogabilità, a mio avviso, in limiti ben maggiori di quanto si possa, a prima vista, ritenere, a proposito del recesso va osservato che la nuova disciplina solo in apparenza, attraverso l'allargamento dell'istituto, rafforza la tutela individuale ed introduce una maggior componente personalistica nella disciplina. A ben vedere, infatti, in molti casi il recesso è - si veda, in particolare, il recesso nell'ipotesi di modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione (art. 2437 primo comma lettera g), ovvero il recesso in caso di vincoli alla circolazione delle azioni - costituisce la misura correttiva dell'introduzione di regole, di chiara ispirazione capitalistica, di disponibilità a maggioranza di posizioni in precedenza qualificate in termini di diritti individuali. Si rendono così forse possibili, con il "prezzo" del recesso, a maggioranza profondi mutamenti nelle stesse strutture degli assetti proprietari quali conversioni obbligatorie in azioni senza voto od a voto limitato. Ed è proprio questa connotazione capitalistica che, in definitiva, il recesso può assumere ciò che rafforza la mia propensione a considerarlo derogabile nella Srl che, in tal modo, forse e spesso recupererebbe, conformemente ad una matrice fondamentale "del tipo", più personalizzazione.

**4.** Arriviamo ora al tema delle funzionalità dei modelli societari rispetto ad alcune tipologie di "bisogni" dell'impresa.

Iniziamo dalla società per azioni, per osservare come la funzionalità del tipo all'esigenza ovvero al desiderio di raccogliere sul mercato finanziario o, meglio, tra il pubblico, capitali di rischio o di credito che essi siano (con tutta la relatività che la distinzione oggi, con l'avvento, forse il dominio dei c.d. strumenti finanziari ibridi, assume) è la prima ragione, ma non esaurisce certo le ragioni che possono spingere ad adottare o a consigliare la Spa.

Vi è un secondo ordine di ragioni che possono indurre alla scelta della Spa, anche se non si intende andare sul mercato.

La Spa è comunque un tipo sociale funzionale ad un'impresa di grandi dimensioni che necessita di un'articolata e robusta provvista di mezzi finanziari ed apporti di vario genere anche, ripeto, senza ricorrere al pubblico diffuso. La nuova Spa consente oggi di coinvolgere o associare finanziatori, fornitori di capitali, e fornitori in genere di risorse strumentali all'attività di impresa (e anzitutto i fornitori non solo di lavoro dipendente, ma di lavoro autonomo e intellettuale, così come i fornitori di intangibles), in pluralità di forme e con titoli variamente selezionati e privilegiati, per così dire, sia sotto il profilo del rischio in relazione ai profitti e di garantire tali soggetti attraverso l'attribuzione, in presa diretta sull'organizzazione dell'ente ed il suo patrimonio, di diritti patrimoniali e partecipativi.

A fronte del conferimento imputabile a capitale e soggetto al rischio di impresa, la partecipazione al rischio ed all'utile non è più modulabile solo attraverso gli strumenti del privilegio nella attribuzione dell'utile o della quota di liquidazione o della postergazione nelle perdite o nella quota di liquidazione. Accanto al privilegio ed alla postergazione tradizionali e tradizionalmente correlati ai risultati complessivi dell'impresa societaria, che a loro volta assumono la configurazione di categorie generali e aperte suscettibili di una ricchissima tipologia applicativa, accanto, dicevo, al privilegio ed alla postergazione tradizionali, appare oggi la partecipazione selettiva ed il privilegio e la postergazione selettiva ai risultati di specifici comparti dell'attività di impresa. La società può emettere azioni fornite di diritti correlati ai risultati dell'attività sociale in un determinato settore: recita l'art. 2350 secondo comma. E non vedo motivo per non prevedere anche all'interno delle azioni correlate, azioni correlate privilegiate o postergate.

I diritti patrimoniali sui risultati non sono più riservati a chi, attraverso il conferimento a capitale, si associa al rischio di impresa. Anche chi conferisce lavoro dipendente o autonomo senza conferimento di altre utilità economiche, anche meri finanziatori, possono essere variamente associati ai risultati d'impresa.

La tecnica del, chiamiamolo, coinvolgimento organico di questa vasta gamma di soggetti e posizioni avviene secondando il sempre crescente trend della mobiliarizzazione

della ricchezza, attraverso la cartolizzazione, cioè l'incorporazione dell'apporto e dei corrispettivi in documenti (spesso destinati alla circolazione: è questo un capitolo ancora tutto da studiare nella riforma) cartolari.

Accanto alla figura tradizionale dell'azione tipicamente riservata a chi fornisce conferimenti imputabili a capitale, accanto alla categoria delle obbligazioni, che pure essa si articola e arricchisce a seconda dei prenditori (si profila una disciplina particolare, talvolta, per gli obbligazionisti investitori istituzionali), appare la categoria ampia, aperta, degli strumenti finanziari variamente partecipativi accessibili alla varia gamma di soggetti che forniscono prestazioni, apporti, non imputati a capitale. E la "partecipazione" che connota siffatta posizione valica i confini della partecipazione patrimoniale per occupare la cittadella, tradizionalmente dominio esclusivo dei soci, dei diritti amministrativi, voto compreso.

L'individuazione delle materie, delle sedi, delle modalità con cui può essere attribuito ed esercitato il diritto di voto da parte dei titolari di strumenti finanziari costituisce una delle zone meno nitide della riforma. Fra i molti aspetti da precisare al riguardo vi è quello di stabilire se il voto attribuibile, o meglio il voto cui si possa attribuire rilevanza amministrativa generale, sia il voto di categoria. La risposta al quesito consentirà di stabilire se il "diritto di voto su argomenti specificamente indicati" attribuibili a norma dell'art. 2551 quarto comma agli strumenti finanziari, potrà approdare a diritti di voto di una o altra categoria di stakeholders.

A Mario Notari spetterà di portare ordine in questa selva.

Per inciso sottolineo come con tutto ciò sempre più muta l'approccio sistematico e concettuale entro cui qualificare il fenomeno societario. Si ha l'impressione che contrattualismo e istituzionalismo siano pallidi ricordi del passato. Si ha l'impressione per la Spa che misleading sia il voler collegare gli accresciuti spazi attribuiti all'autonomia statutaria ad un rafforzamento della classica concezione contrattualistica. E' sempre più vero, ed è merito di Tombari averlo anche di recente messo in luce, che si sta passando, o si è ormai passati, dal contratto associativo all'associazione, in un reticolo complesso e pluridirezionale, di molteplici contratti con investitori, finanziatori vari, prestatori di lavoro, e così via.

Vi è un terzo ordine di ragioni che possono rendere opportuna la scelta della Spa indipendentemente dal "go public".

La Spa ha una struttura organizzativa più formalizzata, più procedimentalizzata della Srl, una struttura che assicura sia in senso specifico, sia in senso generale e complessivo un maggior (potenziale) livello di controlli, una struttura che si fonda sulla separazione, e quindi sul reciproco bilanciamento, di poteri e funzioni creando un humus complesso ove si può dispiegare una logica di "check and balance", assai più debole, viceversa, nella Srl.

Cerco di spiegarmi con qualche esempio.

Nella Spa vi è una tendenziale netta distinzione tra gestione e assemblea, tra, quindi, la funzione amministrativa ed il controllo, la voce proprietaria. E' la legge delega a sancire come principio direttivo (art. 4 n. 8 lettera c) la definizione della "competenza dell'organo amministrativo con riferimento all'esclusiva responsabilità di gestione dell'impresa sociale". Nella riforma ciò si traduce nella previsione della facoltà per lo statuto di demandare alla assemblea della Spa, al più, mere autorizzazioni per il compimento di determinati atti di gestione (art. 2364, 1 c. n. 5), essendo esclusa, parrebbe, la riserva di determinate decisioni gestorie alla esclusiva ed originaria competenza dell'assemblea ed affermandosi che, quand'anche si preveda la autorizzazione assembleare per il compimento di particolari atti, gli amministratori mantengono integra la responsabilità per gli atti, pur autorizzati, compiuti (cfr. anche l'art. 2380 bis).

Ed ancora, nella Spa, seppure con (limitata) facoltà di opt out, il controllo si articola sui due livelli, del controllo sulla gestione e del controllo contabile.

I procedimenti decisionali in generale assumono maggior certezza, ricostruibilità. Il metodo collegiale con relativa verbalizzazione appare inderogabile, seppure con possibile rinuncia al principio dell'unità spaziale (sia per il consiglio, sia per l'assemblea si ammette ormai testualmente la partecipazione mediante mezzi di telecomunicazione). Gli obblighi di motivazione e di disclosure nella gestione amministrativa collegiale e nei confronti dell'organo di controllo, prodromici ad evitare o comunque rendere conoscibili, situazioni conflittuali e funzionali ad assicurare il reciproco controllo in capo a chi partecipa alla gestione collettiva

pur senza deleghe (artt. 2391 e 2381), si irrobustiscono nella Spa rispetto alla vigente disciplina e non trovano corrispondente pieno riscontro (espresso almeno) nella Srl.

Se si tiene conto di tutto ciò, emerge come il ricorso alla Spa da parte di chi pur non intenda andare sul mercato, nè abbia necessità di fruire dell'ampia gamma di strumenti finanziari che la Spa consente di emettere, può giustificarsi con la opportunità e necessità di presentarsi nei confronti di clienti, fornitori, creditori con una struttura particolarmente affidabile sul piano dei controlli, della precisione dei procedimenti, della separazione tra "tasca" del proprietario e patrimonio dell'impresa. Il fatto che il ricorso alla Spa rassicuri i terzi dell'adeguamento alle direttive comunitarie (di regola non vincolanti per la Srl), può avere un'importanza non trascurabile su chi operi in mercati esteri.

Insomma, si profila un utilizzo della Spa come marchio di una certa qualità e di un certo rigore di governance; il che, ripeto, può avere un non trascurabile valore per chi affronti ambienti lontani dalla realtà italiana e non possa contare sui rapporti fiduciarî e le informazioni disponibili per chi opera in uno stesso ambiente.

Assai significativa pare, a tal riguardo, la circostanza che nella Spa (solo nella Spa), ed ora in tutte le Spa, e non più solo in quelle quotate, la istituzione e la funzionalità di un adeguato e preciso "assetto organizzativo, amministrativo e contabile" diventa oggetto primario, tipico, irrinunciabile dei doveri degli amministratori (art. 2381) e dell'organo di controllo (art. 2403). Con il che si induce nei terzi un'attesa di strutturazione dei processi gestori di non poco conto per la scelta del partner in affari.

**5.** Passiamo ora a qualche considerazione in ordine alle esigenze cui dovrebbe rispondere l'utilizzo della Srl. In un'indicazione estremamente semplificata direi che la Srl si addice a una molteplice tipologia di esigenze e così distinguerei:

- a) la Srl di persone fisiche, adatta all'imprenditore persona fisica individuale od a ristretti gruppi di persone, siano o meno tutte interessate alla gestione;
- b) la Srl come forma societaria per joint-venture tra imprenditori (a loro volta, di regola, società);

- c) la Srl (in genere unipersonale) in funzione di divisione di un'impresa (in senso economico) conglomerata o multisettoriale;
- d) la Srl come forma associativa tra socio di capitale ed uno o più prestatori di opera particolarmente qualificato.

Naturalmente le varie esigenze nel caso concreto potranno, come del resto nella Spa, variamente combinarsi e concorrere tra loro.

A seconda della tipologia di esigenze sopra sommariamente delineate si compiranno le scelte che la flessibile disciplina della Srl consente, si farà "l'abito su misura", si adotterà la taglia che conviene. Ad esempio, allorchè si intenda perseguire l'associazione tra un socio di capitale ed un prestatore d'opera, cui si intenda riservare la gestione mantenendo il socio di capitali un potere di mero indirizzo e controllo, si potrà ricorrere al conferimento di mera opera con fideiussione del valore attribuito alla stessa che il nuovo art. 2464 penultimo comma consente, si potranno pattiziamente peraltro commisurare i diritti patrimoniali, come il nuovo art. 2468 pure consente, in misura non proporzionale alla valorizzazione dei conferimenti, così come si potrà riservare, come la medesima norma ancora consente, un potere qualitativamente diverso ai due soci nella gestione (ad esempio, ad uno poteri di gestione ordinaria attiva, all'altro autorizzazioni e pareri) sganciato anche dai reciproci pesi nella attribuzione dei diritti patrimoniali.

Gli esempi potrebbe continuare. Quello proposto è sufficiente, tra l'altro, a mostrare come, verosimilmente, la nuova Srl sia destinata a sostituire anche la figura, forse ieri più di oggi largamente diffusa, dell'accomandita semplice con socio d'opera.

Il regime diversificato delle quote, la ampia libertà di plasmare le competenze amministrative ed il ruolo (occasioni e modi) dell'intervento decisionale dei soci, il notevole spazio riservato al recesso (prevedibile pattiziamente anche per le c.d. situazioni di stallo tra soci), sono solo alcuni dei profili della disciplina della Srl che con la relativa flessibilità consentono di societarizzare molte, la massima parte delle pattuizioni tipiche di una joint venture.

Emerge così il significato del carattere personalistico della Srl, carattere, che consente di forgiare ad hoc in modo personalizzato le varie posizioni sociali, cioè il fascio di diritti connessi alle singole partecipazioni in funzione delle esigenze dei singoli soci.

Nella Spa anche di oggi e nella stessa vecchia Srl le persone dei soci, cioè le caratteristiche ed esigenze individuali dei vari soci - caratteristiche ed esigenze che possono richiedere differenziazione di diritti e in generale posizioni giuridiche - restavano sullo sfondo. I diritti e gli obblighi dei soci sono oggi il riflesso della titolarità delle azioni o delle quote; i soci restano in certo senso anonimi. Le differenziazioni sono oggi possibili attraverso la categoria di azioni e quote, ma le posizioni soggettive restano sempre in certo senso anonime, standardizzate per tutti i titolari di una stessa categoria. Nella Srl della riforma la prospettiva si inverte. Il socio, ciascun socio, viene, può venire in primo piano e la disciplina della partecipazione segue e si modella in funzione delle concrete esigenze di questo o quel socio.

Tutto ciò può verificarsi, non necessariamente si verifica. Si potranno ancora naturalmente avere Srl con posizioni sociali standardizzate.

Parimenti si potranno avere esemplari di Srl largamente destrutturate, in cui le competenze assembleari siano ridotte al minimo ed in cui non vi sia neppure (art. 2475) la distinzione tra struttura amministrativa e corpo sociale, essendo l'amministrazione affidata direttamente ai soci. E' così corretto affermare (mi riferisco sempre a Zanarone, tra gli altri) che nell'ambito di un tipo societario di capitali con una forte dose di personalizzazione, la flessibilità statutaria consente poi in concreto di forgiare applicazioni concrete in cui si potenziano tutti gli spazi personalistici possibili e applicazioni in cui in concreto ci si riavvicina a modelli capitalistici.

La scelta dell'una o dell'altra strada, Srl individualizzata o standardizzata, destrutturata o strutturata, comporterà varie conseguenze a cascata, ad esempio, in tema di regime della trasferibilità della quota, essendo difficilmente immaginabile un regime di libera trasferibilità per quote i cui diritti siano stati concepiti e costruiti ad personam.

Il carattere personalistico, estremamente flessibile della Srl rende conto di come le posizioni dei soci e l'organizzazione stessa della società sia affidata al contratto sociale e come sia allora naturale che il legislatore della Srl non parli di uno statuto come corpo di norme destinato a disciplinare in modo astratto, depersonalizzato, svincolato dal contingente, la

società. Le regole di funzionamento, di funzionamento di quella concreta realtà societaria, di quell'insieme di soci con nome e cognome, diventa parte (art. 2463 n. 7) del contratto che disciplina la singola società.

Ma il carattere personalistico spiega anche perchè per la Srl non si parli espressamente di patti parasociali.

Le pattuizioni tipiche del patto parasociale possono nella Srl essere largamente assorbite dal contratto sociale. Le caratteristiche del patto parasociale sta appunto spesso anche nel fatto che esso concerne singoli soci, non astrattamente il socio in quanto titolare di azioni. Il contratto sociale della Srl è fisiologicamente orientato, si è detto, proprio in questa direzione e quindi è un contenitore omogeneo rispetto al patto parasociale. Il contratto sociale può recepire anche quelli tra i patti parasociali che riguardano alcuni solo tra gli azionisti, data la possibilità di differenziare che il contratto della nuova Srl consente tra la posizione dei vari azionisti. Certo, anche tutti gli altri debbono accettare le specifiche pattuizioni tra alcuni dei soci. E qui può stare il limite della recepibilità sotto il profilo soggettivo del parasociale nel patto sociale della Srl.

Quanto ai contenuti, considerata la flessibilità che la nuova disciplina assicura in tema di circolazione delle quote, di recesso, di assetti amministrativi e decisionali, vero è che il contratto può, probabilmente, costituire un contenitore idoneo a recepire la massima parte delle clausole tipiche di un patto parasociale.

Detto ciò sicuramente, pur nel silenzio della legge, non vi sono ostacoli a ritenere validi i patti parasociali nella Srl con un limite di tempo che potrà anche eccedere il quinquennio, ma che sarà assoggettato, ovviamente, alla valutazione dell'art. 1379 cod. civ.

**6.** Al notaio è stato confermato, perchè - recita la Relazione - il sistema "ha dato fondamentalmente buona prova di sè", il compito di controllore di legittimità affidatogli dalla l. 340/2000 senza distinzioni per atti costitutivi e per modifiche statutarie sia di Spa sia di Srl.

Non vorrei più soffermarmi sulle ragioni e sulla difesa della scelta. Mi pare solo di poter affermare come la tesi del mantenimento del controllo giudiziario in funzione del fatto che alla società di capitali si raccorda la responsabilità limitata, non pare proprio convincente. Il

pericolo di abusi della responsabilità limitata sta nei comportamenti gestori, sta nell'informativa contabile, in zone cioè che rappresentano aree di regola sottratte al controllo notarile. Nè mi convince l'argomento che vorrebbe perlomeno limitare alle Spa il controllo giudiziario, stante il carattere di società aperta al pubblico risparmio che essa assume. Al riguardo, occorrerebbe perlomeno limitare la proposta ed il controllo giudiziario solo alle società che in concreto fanno appello al pubblico risparmio. Ma per questo stesso tipo di società è l'informativa al mercato a stimolare reazioni rispetto a clausole di dubbia validità, reazioni che, se hanno un peso, dissuaderanno di fatto, spontaneamente o per la concorrente moral suasion delle Autorità di controllo, al mantenimento delle clausole stesse. Questo, in fatto efficace, controllo diffuso potrebbe venir addirittura meno ove si ritornasse all'apposizione di timbri o marchi di qualità, spesso frettolosamente emessi nel chiuso di una Camera di consiglio magari della sede giudiziaria che, in una perversa concorrenza di competenze, sia ritenuta particolarmente tollerante.

Rimane comunque il filtro disciplinare, che all'autorità giudiziaria stessa in definitiva riapproda, sull'attività del notaio. Rimane soprattutto la mano regolatrice, imparziale e spietata, della responsabilità civile.

Resta a favore della omologazione o in genere di un filtro preventivo di legittimità diverso da quello del notaio l'argomento della prevenzione del contenzioso. Un argomento che tuttavia prova troppo, dal momento che dovrebbe condurre allora al controllo giudiziario dei regolamenti di condominio o dei contratti bancari solo che si svolga una comparazione dell'incidenza percentuale sul contenzioso. Un argomento, quello della prevenzione del contenzioso, che, a mio parere, affonda le radici in una concezione paternalistica del mondo delle imprese e degli investitori (non a caso il procedimento del controllo giudiziario omologatorio è quello della volontaria giurisdizione intesa a tutelare minori e incapaci). Una tesi, quella della prevenzione del contenzioso, che muove dalla rassegnazione sull'inefficienza della giustizia civile e che non crede nell'efficacia regolatoria della stessa pronuncia giudiziaria.

Ho evocato il momento disciplinare sui notai in materia di ricevimento di atti (o, meglio, di iscrizione di atti ricevuti) in materia societaria.

Non vorrei soffermarmi su di un tema sul quale sono stati versati ormai fiumi di inchiostro.

Vorrei solo mettere in guardia dalla sindrome del nuovo, da un atteggiamento che, di fronte ai nuovi spazi, alle praterie che la riforma assegna alle parti ed agli operatori, per timore della censura disciplinare rinunci a percorrere nuove strade, conduce il notaio a rinunciare ad essere il "sarto" delle società in tante taglie funzionali alle molteplici esigenze dell'impresa, per battere le strade consolidate del passato estraendo dall'armadio un vecchio vestito dalle spalle cadenti e dalle maniche fuori misura.

Non per questo il notaio dovrà essere precipitoso e far del nuovo il terreno per avventure e giochi d'azzardo.

La via di uscita è quella della conduzione in sedi scientifiche ed istituzionali - insospettabili perchè operanti al di fuori dell'urgenza e del condizionamento del caso concreto - di un'opera di analisi e di orientamento, anche nella forma delle direttive interpretative. Un'opera che non può esaurirsi con la fase iniziale della riforma, ma che deve essere permanente.

Quest'ombrello, la consapevolezza che la sanzione disciplinare scatta con la manifesta illegittimità della clausola o della delibera, da un lato, la dura e spietata mano della responsabilità civile e della concorrenza di qualità che vivaddio prima o poi dovrà penetrare anche tra la categoria notarile, dall'altro lato, orienti la categoria verso un comportamento difficile sì, responsabile sì, ma non avventuroso nè conservatore.