

# CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

**Studio n. 5618/I**

## **Riflessi della riforma sull'amministrazione delle società di persone**

*Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 31 marzo 2005*

### **1. Introduzione**

Il processo di integrazione europea ha spinto il nostro legislatore ad un continuo confronto con altri e diversi ordinamenti giuridici, inducendolo a constatare che sempre più numerosi sono i paesi nei quali le partecipazioni a società personali sono aperte a chiunque (oltre alle *partnerships* americane e britanniche, si ricordi anche l'esperienza francese e ancor più, quella tedesca <sup>(1)</sup>) e, nello stesso tempo, a prendere una posizione in merito.

L'intervento muove esattamente dalla disposizione legislativa di cui all'art. 2361 c.c., che, così come modificata dal decreto legislativo n. 6 del 17 gennaio 2003, si ritiene di notevole interesse proprio per la portata innovativa del suo contenuto.

Com'è noto, la riforma ha mantenuto il divieto di assumere partecipazioni in altre imprese quando *"per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato nello statuto"* (1° comma) <sup>(2)</sup>, e ha, invece, aggiunto al testo normativo della disposizione in esame il 2° comma, stabilendo espressamente che *"l'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall'assemblea e di tali partecipazioni gli amministratori devono dare una specifica informazione nella nota integrativa del bilancio"*. La norma – richiamata per analogia a proposito della società in accomandita per azioni (cfr. art. 2454 c.c.) – ha definitivamente posto termine al dibattito in ordine alla legittimità o meno dell'assunzione da parte di una società di capitali della qualità di socio

in una società di persone <sup>(3)</sup>, cui l'opposta regola non esplicitamente enunciata, ma di fatto esistente, aveva dato luogo.

In virtù del nuovo dettato normativo è, pertanto, consentita alle s.p.a. e alle s.a.p.a. l'assunzione di partecipazioni in società in nome collettivo, in accomandita semplice, sia come accomandanti che come accomandatari <sup>(4)</sup>, nonché l'assunzione di partecipazioni in società semplici <sup>(5)</sup>.

Analoga possibilità di intervenire in una qualsiasi società di persone, in qualità di socio illimitatamente responsabile, è, altresì, da riconoscere alla società a responsabilità limitata in virtù dell'art. 111 *duodecies* delle disp. att. cod. civ. il quale così recita: "*Qualora tutti i loro soci illimitatamente responsabili, di cui all'art. 2361, comma secondo, del codice, siano società per azioni, in accomandita per azioni o società a responsabilità limitata, le società in nome collettivo o in accomandita semplice devono redigere il bilancio secondo le norme previste per le società per azioni; devono inoltre redigere e pubblicare il bilancio consolidato come disciplinato dall'art. 26 del decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127, ed in presenza dei presupposti ivi previsti*".

Non si discute, almeno in questa sede, dei rilievi che si possono muovere al contenuto di tali disposizioni e relativi sia alla validità dell'acquisto della posizione di socio illimitatamente responsabile anche in difetto di una delibera assembleare ( art. 2361, 2° comma c.c.), sia alle regole sui bilanci (art. 111 *duodecies* disp. att.), quanto dell'alterazione, che inevitabilmente ne è derivata, al quadro delineato per i tipi personali di società.

## **2. La società di capitali – amministratore di società di persone: ricognizione del problema e sua attuale ammissibilità.**

Ammessa la possibilità che una società di capitali partecipi ad una società di persone, non si può fare a meno di chiedersi se le sia, altresì, consentito di rivestire, in quanto tale, la carica di amministratore della società partecipata. In tal senso la legge non prevede nulla, almeno espressamente, ma, tenuto conto delle suindicate novità legislative e delle ulteriori disposizioni vigenti, non può che dedursi una soluzione positiva al problema. In particolare, l'art. 2318, 2° comma c.c. in materia di s.a.s., fissa il principio che "*l'amministrazione della società può essere conferita soltanto ai soci accomandatari*". Quindi, laddove una società di capitali partecipi ad una società in accomandita semplice, in qualità di socio accomandatario, proprio

perché tale, potrebbe assumere la carica di amministratore. A maggior ragione, poi, quando l'unico o tutti i soci accomandatari siano società di capitali.

Sembra ragionevole pensare che ciò valga anche per gli altri modelli personali, quindi tanto per la società semplice quanto per la società in nome collettivo. Se, allora, una società di capitali può divenire socia di una società di persone, non c'è alcun motivo per non ammettere che la prima possa assumere la qualità di amministratore della seconda. Vale da conforto a quanto appena detto, la disposizione di attuazione al codice (art. 111 *duodecies*), già richiamata, dal cui contenuto – riguardante l'ipotesi in cui tutti i soci chiamati a rispondere col loro intero patrimonio siano società di capitali, per dedurre l'obbligo della partecipata di redigere il bilancio secondo gli schemi fissati per il tipo azionario – emerge l'ammissibilità di una società di persone, i cui amministratori siano società di capitali.

Il problema della nomina di una persona giuridica quale amministratore di una società, risulta affrontato in passato dalla dottrina, seppur con riguardo alle società di capitali, ma i principi enucleati appaiono, a maggior ragione oggi, estensibili alle società di persone. In particolare, l'opinione di gran lunga dominante aveva espresso forti obiezioni al riguardo, ritenendo non solo, che la carica di amministratore sarebbe esclusivamente riservata a "persone fisiche", ma, altresì, che la società verrebbe di fatto amministrata dagli amministratori della società-socia, "ossia da soggetti scelti da terzi, sostituibili ad opera di terzi e revocabili da costoro" <sup>(6)</sup>, con conseguente inammissibile esautoramento del diritto dei soci della prima di amministrare o scegliere i propri amministratori.

Soluzione negativa che, secondo taluno <sup>(7)</sup>, veniva ulteriormente avvalorata dal dato positivo. Vale a dire, dalla norma ritenuta dal carattere non eccezionale in materia di cooperativa (art. 2535, 1° comma c.c. vecchio testo), che, per l'appunto, individuava un principio generale, nella parte in cui consentiva, oltre ai soci, solo "ai mandatari di persone giuridiche socie" di divenire amministratori. Amministratori, dunque, erano le persone fisiche-mandatari e non le persone giuridiche-mandanti, le quali si limitavano a designare o proporre le prime <sup>(8)</sup>. In sintesi, la persona giuridica socia non poteva, in quanto tale, essere nominata amministratore, ma poteva individuare persone fisiche mandatari, rendendole così eleggibili alla carica, fermo restando che in tanto esse divenivano amministratori, secondo le regole generali, in quanto nominate dall'assemblea della cooperativa.

La nomina di un mandatario, infatti, non rappresentava un'eccezione alla regola della nomina assembleare. Se da un lato si consentiva alla persona giuridica di essere adeguatamente rappresentata nel consiglio di amministrazione, dall'altro il

rappresentante veniva comunque nominato dall'assemblea della società cooperativa, mentre la persona giuridica socia, si ripete, si limitava a segnalare il nominativo (9).

Se ciò fosse vero, le conclusioni *de quibus* dovrebbero essere tenute ferme anche dopo la riforma, ora cioè, che l'art. 2542, 2° comma c.c., prevede che la "maggioranza degli amministratori è scelta tra i soci cooperatori ovvero tra le persone indicate dai soci cooperatori persone giuridiche". La norma, diversa nella forma (è, infatti, da dire che la nuova dizione ha quanto meno superato il problema, in precedenza dibattuto, sul significato dell'espressione "mandatario di persona giuridica" (10)) sarebbe, nella sostanza, identica al suo precedente.

Laddove, dunque, si concordasse con tale interpretazione si dovrebbe concludere nel senso dell'applicazione di tali disposizioni oltre l'ambito delle cooperative e, quindi, anche nel caso di cui si discorre.

Nell'ipotesi in cui una società di capitali assuma una partecipazione, o anche tutte, in una società di persone e le venga attribuita l'amministrazione, sarebbe inevitabile applicare per analogia la norma dettata per le società cooperative (art. 2542, 2° comma c.c.) e ritenere che amministratori di una simile società di persone saranno le persone fisiche, *designate* dalle società di capitali socie (11).

La gestione della partecipata verrebbe, anche in questo caso, affidata ad un mandatario della persona giuridica socia, la quale provvederebbe autonomamente a nominare e revocare tale suo rappresentante, senza che gli altri partecipanti alla società di persone possano in alcun modo opporsi a questa sostituzione, salvo che si siano riservati una facoltà di assenso nell'atto costitutivo. In concreto, l'amministrazione sarebbe, attribuita ad un soggetto estraneo alla compagine sociale e che gli altri soci non hanno eletto (12).

Tuttavia la tesi non si rivela convincente. Infatti, anche ammesso che il legislatore con le disposizioni richiamate, abbia voluto escludere la conferibilità della carica di amministratore alla stessa persona giuridica socio cooperatore, lo avrebbe fatto secondo una ragione strettamente connessa con la funzione mutualistica della cooperativa, e ad essa circoscritta. Gli amministratori della cooperativa devono, almeno per la loro maggioranza, essere portatori degli interessi di categoria di cui la cooperativa è espressione e, perciò, devono essere soci cooperatori o, nelle cooperative con partecipazione di persone giuridiche o nelle quali queste siano le uniche socie, persone fisiche *indicate* dalle persone giuridiche socie.

Si consideri, poi, che le cooperative risentono della caratterizzazione tipologica propria delle società per azioni, connotate secondo regole corporative. In tali tipi di

società, l'assemblea quale organo deputato a scegliere gli amministratori, non può essere privata di tale diritto.

Ciò non vale, invece, nelle società di persone nelle quali valgono principi diversi. In queste ultime, innanzitutto, il "rischio" dei soci di non poter scegliere gli amministratori non sarebbe evitato nei casi in cui sia prevista l'attribuzione dei poteri di amministrazione a tutti i soci ed, altresì, la libera circolazione delle partecipazioni sociali (in deroga all'art. 2252 c.c.): in tali ipotesi, infatti, l'acquirente-nuovo socio sarebbe investito del potere di amministrare la società senza essere stato scelto dagli altri soci.

Ancora, nessuno ha mai dubitato circa la legittimità di una clausola contenuta nel contratto di società di persone che riservi ad un solo socio il diritto di scegliere l'amministratore, così come oggi consentito nelle società a responsabilità limitata dall'art. 2468, 3° comma c.c. (*"Resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società ..."*). Si avrebbe, in tale ipotesi, una rinuncia da parte degli altri soci al diritto di scegliere gli amministratori della società.

Trasponendo tali considerazioni al problema oggetto d'esame, risultano superate le obiezioni circa l'ammissibilità dell'attribuzione dell'amministrazione alla persona giuridica-società di capitali.

Si potrebbe, inoltre, ritenere che le norme di cui agli artt. 2535, 1° comma c.c. (vecchio testo) e 2542, 2° comma c.c. (nuova versione) siano volte non tanto a restringere la cerchia degli eleggibili bensì ad ampliarla. Le persone giuridiche socie potrebbero essere elette amministratori in quanto già rientranti nella prima categoria, quella dei "soci", così come potrebbero, altresì, procedere alla individuazione di un mandatario anche non socio, sul cui nominativo si esprimerà l'organo assembleare.

Il disposto degli articoli ora richiamati, potrebbe essere interpretato nel senso che può essere nominata amministratore sia la persona giuridica socia sia colui che la persona giuridica abbia designato e delegato a rappresentarla nei suoi rapporti di socio.

D'altronde, anche parte della dottrina si era favorevolmente espressa in ordine all'assunzione da parte delle persone giuridiche di funzioni amministrative. In quanto dotate, di una generale capacità di agire, potrebbero divenire titolari di tutti i rapporti disciplinati nell'ordinamento. Né, in senso contrario, rileverebbe la presenza nel codice di alcune disposizioni, tra cui l'art. 2380 *bis* c.c., che utilizzando il termine "persona" non necessariamente designa la persona fisica, o ancora, gli artt.

2382 e 2286 c.c., sulle cause di decadenza ed ineleggibilità dell'amministratore, nonché di esclusione del socio, che sarebbero semplicemente inapplicabili quando a ricoprire la carica di amministratore fosse chiamata una società.

Così come non sarebbero di ostacolo a tale ammissibilità le disposizioni penali comportanti pene restrittive della libertà personale per determinati reati commessi dagli amministratori, perché, nel caso di società amministratore, le pene troverebbero comunque una persona fisica imputabile <sup>(13)</sup>.

L'art. 2383, 4° comma c.c., poi, terrebbe senz'altro presente solo l'ipotesi dell'amministratore persona fisica, prescrivendo che *"entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina gli amministratori devono chiederne l'iscrizione nel registro delle imprese indicando per ciascuno di essi il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza, nonché a quali tra essi è attribuita la rappresentanza della società, precisando se disgiuntamente o congiuntamente"*. Poiché, però, dall'esame condotto non risulta che vi siano nel nostro ordinamento impedimenti rilevanti ad ammettere la figura della società amministratore, non sarà certo l'articolo in questione a creare delle difficoltà.

La società nominata amministratore dovrà, quindi, chiedere l'iscrizione della nomina, indicando la propria denominazione e la propria sede.

Si impone, a questo punto, un'ulteriore riflessione. Per quanto sia legittima, infatti, l'assunzione della carica di amministratore da parte di una persona giuridica, restano comunque notevoli le complicazioni derivanti dall'inserimento di un ordinamento societario in un altro, ed alle quali, tra l'altro, il legislatore della riforma non sembra aver prestato adeguata attenzione.

L'attribuzione del potere di amministrare dipenderebbe da un lato dall'ordinamento della società partecipata – che lo conferirebbe, appunto, ad una persona giuridica – dall'altro lato dall'ordinamento della società partecipante – cui spetterebbe determinare, poi, la persona fisica che in concreto lo eserciterà.

In questo senso, c'è da chiedersi se la persona fisica che di fatto eserciterà il potere di amministrare, potrà coincidere con la persona fisica amministratore della partecipante o se, invece, la persona giuridica nominata amministratore dovrà *designare* un terzo per l'esercizio di tale potere.

In altri termini, occorre accertare in base a quali regole si dovrà determinare la persona fisica che in concreto eserciterà il potere di amministrazione: le regole organizzative proprie delle società di capitali o, invece, altre regole, comunque, rinvenibili nel sistema legislativo.

In particolare, esiste una norma che consente espressamente, ma per il

G.E.I.E.<sup>(14)</sup>, di nominare amministratore “anche” la persona giuridica, sia essa membro o meno del gruppo, in qualità sia di unico amministratore sia di uno degli amministratori, insieme ad altre persone giuridiche o fisiche, il quale nello svolgere le proprie funzioni, dovrà ovviamente avvalersi dell’attività di una persona fisica (“un rappresentante”); ove nulla fosse disposto, l’esercizio della funzione gestoria della persona giuridica amministratore potrebbe essere affidato, di volta in volta, a qualsiasi soggetto incaricato da quest’ultima, sempre, però, nel rispetto delle formalità pubblicitarie di cui al 2° comma dell’art. 5.

Dispone, infatti, l’art. 5 del d.lgs. 23 luglio 1991, n. 240, emanato in attuazione del regolamento comunitario relativo all’istituzione del G.E.I.E., che *“Può essere nominato amministratore anche una persona giuridica, la quale esercita le relative funzioni attraverso un rappresentante da essa designato. Nel caso di cui al comma 1°, devono essere depositati presso il registro delle imprese la denominazione e la sede della persona giuridica amministratore, nonché il cognome, il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza del rappresentante designato. Il rappresentante assume gli stessi obblighi e le stesse responsabilità civili e penali previste a carico degli amministratori persone fisiche, ferma restando la responsabilità solidale della persona giuridica amministratore”*<sup>(15)</sup>.

Quanto alla natura giuridica del rappresentante *designato* e, quindi, al rapporto che si instaura con la persona giuridica amministratore, non essendovi alcuna precisazione nella disciplina comunitaria e italiana<sup>(16)</sup>, si è sostenuto che il termine “rappresentante” non qualifica tale rapporto, prima della designazione e a prescindere da essa; bensì definisce in modo tecnico il rapporto giuridico che sorge proprio in virtù della designazione. Il rappresentante designato sarà un mandatario con rappresentanza: eserciterà l’attività di amministrazione in nome e per conto della persona giuridica amministratore che lo ha designato.

La designazione del rappresentante persona fisica costituisce, dunque, un atto di amministrazione della persona giuridica nominata amministratore: ne consegue che la competenza, all’interno della persona giuridica amministratore, ad effettuare la designazione spetta all’organo cui è affidata l’amministrazione.

Non sembrerebbe, poi, potersi ricavare dalla norma un vincolo di stabilità o un obbligo di durata del rapporto fra la persona giuridica ed il rappresentante. Il contratto di mandato che si conclude tra essi non deve avere necessariamente la stessa durata della carica di cui è stata investita la persona giuridica. Nessuna norma imperativa impone una durata minima della designazione, né impedisce che, ferma restando la carica di amministratore della persona giuridica, possa di volta in volta

cambiare la persona del rappresentante designato <sup>(17)</sup>.

La designazione non produce, però, gli effetti dell'indicazione delle persone fisiche prevista dall'art. 2542, 2° comma c.c. in tema di cooperative. In tali società, infatti, l'indicazione serve a consentire all'assemblea della cooperativa di nominare gli amministratori, mentre nel G.E.I.E. la nomina è già avvenuta con la scelta della persona giuridica, la quale solo al fine dell'esercizio concreto della funzione amministrativa ha l'obbligo di indicare un rappresentante.

La designazione prevista in materia di G.E.I.E. si può spiegare con l'intento del legislatore di agevolare i terzi nell'individuazione del soggetto che di fatto esercita i poteri di amministrazione, in considerazione del carattere personalistico e della marcata matrice contrattuale, che fanno del G.E.I.E. un fenomeno associativo così peculiare, da non consentirne l'identificazione né con le cooperative, né con il consorzio, con il quale peraltro condivide numerosi elementi strutturali e funzionali <sup>(18)</sup>, né tanto meno con le società.

La disciplina dettata dal legislatore riflette queste sue particolarità. Pertanto, pur essendone consentita l'integrazione in via interpretativa, proprio con il richiamo alle disposizioni delle società personali e di capitali, sarebbe quanto mai strano, pensare che il legislatore abbia voluto dettare una disciplina sistematica (anziché eccezionale), indicativa di principi generali, in quanto tale applicabile al caso oggetto d'analisi <sup>(19)</sup>.

Tanto l'art. 2542, 2° comma c.c. (ex art. 2535, 1° comma c.c.), quanto l'art. 5 d.lgs. 240/91, hanno una ragion d'essere nel proprio ambito di riferimento e non oltre. Ciò significa, che *nominata* amministratore di una società di persone la società di capitali partecipante, non sarà necessario che la stessa proceda ogni volta all'ulteriore *indicazione* di un "mandatario" o alla *designazione* di un "rappresentante", secondo le regole proprie delle cooperative o del G.E.I.E. <sup>(20)</sup>. Sarà, invece, sufficiente, che la società chieda l'iscrizione della nomina, indicando la propria denominazione e la propria sede, secondo le regole proprie delle società di capitali. La *nomina* conferisce alla società di capitali, in quanto tale, la carica ed automaticamente al suo amministratore *pro tempore* <sup>(21)</sup> l'esercizio concreto delle relative funzioni amministrative <sup>(22)</sup>.

### **3. Il problema dell'amministratore estraneo.**

Posto, dunque, che società di capitali possono partecipare a società di persone (ex artt. 2361 c.c. e 111 *duodecies* disp. att. c.c.) ed in quanto tali amministrarle,

si potrebbe porre il problema che ad amministrare la società di persona sia un terzo non socio. Vale a dire, la persona fisica che di volta in volta ricopre la carica di amministratore della società di capitali partecipante.

E' questo un falso problema, in quanto amministratore della società di persone partecipata resta sempre la società di capitali partecipante, che in concreto nell'espletamento dell'incarico si avvale, e non potrebbe essere diversamente, del proprio organo amministrativo; ma il dubbio costituisce, comunque, lo spunto per affrontare l'ulteriore problema dell'amministrazione della società di persona affidata ad un terzo non socio.

Il punto è assai controverso. La soluzione, positiva o negativa, del problema dipende sostanzialmente sia dalla opinione che si ha in tema di fonte del rapporto amministrativo, sia dalla natura giuridica allo stesso attribuita.

In particolare, sfavorevolmente si esprime chi conviene sul fatto che il socio possa rinunciare al suo diritto di amministrare solo a favore di altri soci, in virtù sia del collegamento del potere di amministrare alla qualità di socio, sia dell'inderogabilità della responsabilità personale dei soci amministratori per le obbligazioni sociali <sup>(23)</sup>. Il legislatore collega la responsabilità personale alla rappresentanza della società. Coloro che agiscono sono responsabili personalmente e solidalmente per le obbligazioni sociali (art. 2267, 1° comma c.c.); e poiché non è ammissibile che un terzo estraneo assuma responsabilità personale per la sua attività di mandatario con rappresentanza, si deve concludere nel senso che il potere di rappresentanza, a sua volta espressione del potere di amministrare, possa essere conferito solo ai soci <sup>(24)</sup>.

Si invoca, altresì, la norma di cui all'art. 2295 n. 3 c.c., laddove la locuzione "amministrazione" è preceduta da quella "soci" ovvero la circostanza per cui una disposizione quale l'art. 2380 c.c. – il quale esplicitamente prevede che nelle società di capitali "l'amministrazione della società può essere affidata a non soci" – non è ripetuta per le società personali.

Di opinione contraria, invece, è chi ritiene che la qualità di amministratore non sia un connotato naturale della qualità di socio e che la fonte del rapporto di amministrazione sia diversa da quella del rapporto di società <sup>(25)</sup>.

Nelle società di persone il potere-dovere di amministrazione non è elemento del rapporto sociale, ma di un diverso rapporto, quand'anche a quello collegato, la cui disciplina è desumibile dalla normativa sul mandato (art. 2260, 1° comma c.c.).

Al riguardo, neppure pacifica è la configurazione del rapporto di amministrazione quale rapporto di mandato. Per un verso, infatti, il richiamo sarebbe giustifi-

cato dal fatto che era questo l'istituto preesistente che meglio si adattava ad inquadrare il rapporto d'amministrazione, per altro, invece, tale assimilazione non sarebbe corretta visto che i poteri e i doveri degli amministratori sarebbero, per più aspetti, più ampi di quelli di un mandatario <sup>(26)</sup>. Sarebbe preferibile, definirlo come un rapporto atipico sottoposto alla disciplina del mandato, se non diversamente disposto <sup>(27)</sup>. Non si avrebbe, quindi, un rinvio *sic et simpliciter* alle norme sul mandato, perché occorrerebbe non solo individuare le disposizioni applicabili, ma, anche verificare che sull'argomento non esista già un più specifico e diverso trattamento. Chiaramente, consentendo l'affidamento dell'amministrazione ad un estraneo, il richiamo al mandato sarebbe certo più appropriato.

Si precisa, però, che a prescindere dalla natura giuridica del rapporto di amministrazione, la qualità di amministratore (trovi fondamento in un atto di nomina o nel dettato suppletivo dell'art. 2257 c.c.) va, comunque, distinta dalla qualità di socio, ed il rapporto di amministrazione è rapporto autonomo e distinto dal rapporto sociale. Si può, infatti, essere soci senza essere amministratori e si può cessare di essere amministratori pur conservando la qualità di socio. E comunque, il rapporto di amministrazione è fonte per l'investito di diritti, poteri, obblighi e responsabilità diversi e distinti da quelli che allo stesso competono come socio <sup>(28)</sup>. Conclusione che merita di essere mantenuta anche nel caso in cui si ritenga che nelle società di persone non sia configurabile un contratto di amministrazione distinto dal contratto di società, dato che è ben possibile che uno stesso contratto dia vita a diversi e distinti rapporti <sup>(29)</sup>. Ritenere, infatti, diversamente, che nelle società di persone si stipulino due contratti strutturalmente distinti – di società, avente come parti i soci *uti singuli* da un lato, e di amministrazione, stipulato tra tutti i soci unitariamente intesi e ciascun singolo amministratore dall'altro – significherebbe applicare alle società personali considerazioni svolte e dimostrate con esclusivo riferimento alle società di capitali. Il che, però, contrasterebbe con le scelte sistematiche operate dal codice agli artt. 2247 ss. c.c., dove le società di persone sono disciplinate prima delle società di capitali.

All'interno dell'unico tipo contrattuale definito nell'art. 2247 c.c., il legislatore ha previsto l'esistenza di autonomi sottotipi, caratterizzati da un progressivo distacco dalla nozione unitaria di cui alla definizione dello stesso art. 2247 c.c.. Di questi, la società semplice e la società in nome collettivo rappresentano i tipi elementari (o prototipi) di società le cui regole di organizzazione sono applicabili tutte le volte in cui non risulti che le parti, nel rispetto di quanto prescritto dalla legge, hanno voluto adottare lo schema corrispondente ad uno dei tipi complessi (società in accomandita semplice, società per azioni, in accomandita per azioni e società a responsabilità

limitata).

La regola ermeneutica impone, quindi, che si muova dal tipo elementare a quello complesso, e non viceversa <sup>(30)</sup>. Semmai, come autorevole dottrina ha correttamente sostenuto <sup>(31)</sup>, si tratterà, di verificare se effettivamente ciò che l'autonomia privata può stabilire con riferimento ai tipi complessi, possa stabilirlo anche per i tipi elementari, essendo i primi dei meri sottoinsiemi dei secondi.

Quanto appena detto, conduce, inevitabilmente a delle riflessioni sulle norme dal cui tenore letterale, sembrerebbe doversi escludere la possibilità che società di persone vengano amministrate da non soci.

Nella specie, per la società in accomandita semplice il legislatore è esplicito: *"l'amministrazione della società può essere affidata soltanto ai soci accomandatari"* (art. 2318, 2° comma c.c.). Questo modello societario è caratterizzato dal fatto che la gestione è e può essere affidata solo ai soci accomandatari. L'uso dell'avverbio assume in modo inequivocabile il significato di una statuizione negativa in ordine all'ammissibilità di amministratori che non siano soci accomandatari. Per il tipo complesso società in accomandita semplice, dunque, sussiste un divieto espresso.

Diversamente per i tipi elementari o sottotipi di società semplice ed in nome collettivo. Il fatto, allora, che non sussista analogha previsione può ragionevolmente indurre alla conclusione che sia indirettamente consentito affidare l'amministrazione ad un non socio.

Per la società semplice, però, sembrerebbe difficilmente superabile l'argomento tratto dall'art. 2267, 1° comma c.c., il quale testualmente dispone che: *"... Per le obbligazioni sociali rispondono inoltre personalmente e solidalmente i soci che hanno agito in nome e per conto della società e, salvo patto contrario, gli altri soci"*. In altri termini, i soci che hanno agito in nome e per conto della società assumono, anche se per patto limitatamente responsabili, responsabilità personale per le obbligazioni sociali. In ogni caso, poi, l'affidamento dell'amministrazione a soci limitatamente responsabili per patto nulla proverebbe, per il semplice fatto che si tratta pur sempre di affidamento di funzioni amministrative a soci: non mancherebbe, quindi, il presupposto sostanziale che è alla base del potere di direzione e cioè l'interesse nell'impresa sociale <sup>(32)</sup>.

Ora, la presenza di un patto di limitazione e l'eventuale attribuzione ad un terzo dell'amministrazione farebbe inevitabilmente saltare la regola. Non essendo l'amministratore socio non potrebbe essere chiamato a rispondere illimitatamente. In pratica, si configurerebbe una società nella quale tutti i soci godrebbero della limitazione di responsabilità, in aperto contrasto con la lettera della legge. Né può

dirsi che il terzo diverrebbe in tal caso responsabile illimitatamente, perché ciò, sarebbe contro il disposto dell'art. 2267 c.c., che prevede tale responsabilità solo per i soci.

Tali conclusioni non valgono, invece, per le società semplici in cui i soci non abbiano previsto un patto limitativo della responsabilità. Di contro, nel caso in cui i soci abbiano stipulato tale patto ed eventualmente attribuito l'amministrazione e la rappresentanza della società ad un estraneo, ci si potrebbe semmai interrogare circa l'efficacia nei confronti dei terzi di tale patto limitativo della responsabilità.

La possibilità di affidare l'amministrazione ad un non socio è, altresì, consentita nella società in nome collettivo, ove la responsabilità solidale e illimitata di ciascun socio verso i terzi è in ogni caso normativamente garantita (art. 2291, 2° comma c.c.).

Infatti, pur ritenendo che la nomina di un amministratore estraneo costituisca un espediente per eludere il principio della responsabilità personale ed illimitata dei soci per le obbligazioni sociali, nella società in nome collettivo il problema non si porrebbe, perché tutti i soci sono sempre e comunque responsabili personalmente nei confronti dei creditori sociali, siano o meno investiti dell'amministrazione della società. La posizione dei terzi creditori della società non sarebbe perciò in alcun modo compromessa da una clausola statutaria che alla fine riservi l'amministrazione della società ad un terzo.

Anzi, comporterebbe per gli stessi un possibile vantaggio dal momento che, per ogni atto compiuto in nome della società, i creditori potrebbero sempre agire nei confronti dei singoli soci e, qualora il comportamento dell'amministratore estraneo costituisca un fatto illecito, aggredire a titolo di responsabilità extracontrattuale anche il patrimonio personale di quest'ultimo <sup>(33)</sup>.

La nomina dell'amministratore estraneo non priva i soci del potere di direzione dell'impresa comune. E' solo un modo di esercitare tale potere, che può e deve ritenersi perfettamente legittimo in quanto non altera il principio della responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali.

Più che altro, potrebbe configurarsi come un'abdicazione da parte degli stessi soci al potere di amministrare loro riconosciuto.

La tesi <sup>(34)</sup> non pare contestabile sulla base dell'esistenza della norma generale di rinvio di cui art. 2293 c.c., che dispone l'applicabilità diretta alla s.n.c. di tutte le norme in materia di società semplice in quanto le norme, specificamente riferite alla prima, nulla dispongano: è proprio la previsione di cui art. 2291, 2° comma c.c., infatti, ad impedire l'applicazione alla s.n.c., dell'art. 2267, 1° comma seconda

parte c.c. <sup>(35)</sup>.

Venuti meno gli argomenti letterali addotti contro l'ammissibilità di amministratori estranei, risulta facile circoscrivere anche il significato della previsione di cui all'art. 2318, 2° comma c.c., ai sensi del quale nella società in accomandita semplice l'amministrazione può essere attribuita solo ai soci accomandatari. Pur ammettendo che esso stabilisce una vera e propria riserva di competenza gestoria <sup>(36)</sup>, ciò non fa altro che confermare l'esistenza di un carattere tipologico limitatamente al tipo della s.a.s. e, quindi, la sua giusta inclusione nell'ambito dei tipi sociali complessi.

Secondo la sopraindicata regola ermeneutica, pertanto, ciò che è possibile nella società semplice e nella società in nome collettivo può non essere possibile nei tipi complessi; di contro ciò che, invece, è possibile in questi ultimi è sempre possibile anche nelle prime. E, questo, ad ulteriore conferma della tesi che considera tanto la società semplice quanto la società in nome collettivo come dei prototipi, modelli organizzativi, cioè, privi di una caratterizzazione tipologica rispetto alla figura unitaria delineata dagli artt. 2247 ss. c. c. <sup>(37)</sup>.

Un'ultima argomentazione, a sostegno dell'ammissibilità dell'amministratore non socio potrebbe, infine, sempre ricavarsi dalla lettera della legge. E, precisamente, da quelle disposizioni di cui agli artt. 2257, 1° comma c.c. e 2258, 1° comma c.c., rispettivamente relative ai modelli di amministrazione disgiuntiva e congiuntiva, nel contempo invocate a sostegno della tesi contraria, in quanto metterebbero in risalto la connessione tra la veste di socio e quella di amministratore <sup>(38)</sup>.

L'art. 2257, 1° comma c.c. facendo riferimento al caso in cui i soci nulla abbiano previsto chiaramente non potrebbe che attribuire i compiti di amministrazione a tutti i soci. Ma, anche l'art. 2258, 1° comma c.c. deve ritenersi che si riferisca all'ipotesi "normale", in cui l'amministrazione venga affidata a o ai soci in via congiunta. Si consideri, altresì, che anche nelle s.r.l. nel caso di adozione del sistema di amministrazione congiuntiva, viene richiamato l'art. 2258 c.c. (cfr. art. 2475, 3° comma c.c.), chiaramente applicabile solo in parte, laddove gli amministratori fossero scelti fra non soci (ex art. 2475, 1° comma c.c.).

A ben guardare, è pur vero, che l'inciso dell'art. 2257 c.c. ("*Salvo diversa pattuizione ...*"), consente di affermare la derogabilità della disciplina legale, e quindi la possibilità che le parti scelgano un modello alternativo di amministrazione (art. 2258 c.c.); ciò, però, non escluderebbe, che lo stesso inciso possa essere invocato al fine di ammettere la derogabilità non solo quanto ai sistemi amministrativi, ma, anche relativamente ai soggetti cui affidare il potere di amministrazione.

- 
- (1) Il richiamo, a riguardo, è al GmbH&Co.KG, modello "ibrido" di società in accomandita semplice (KG) in cui l'(unico) accomandatario è costituito da una persona giuridica, e precisamente da una società a responsabilità limitata (GmbH) o da una società per azioni (AG). Per una valutazione del fenomeno: M. Tessera Chiesa, *La partecipazione delle società di capitali alle società di persone e la nullità del contratto sociale in Italia e in Germania*, in *Giur. it.*, 1998, II, pp. 1086 ss.; R. Genghini, *Spunti per uno studio comparato della partecipazione di società di capitali a società di persone: la GmbH&Co.KG*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 423 ss..
  - (2) In merito all'art. 2361c.c.: AA. VV., *Società per azioni. Azioni, società collegate e controllate, assemblee. La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano 2003, 4, pp. 243 ss.; V. Donativi, *Commento sub art. 2361 c.c.*, in AA. VV., in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli – V. Santoro, Torino 2003, 1, pp. 218 ss..
  - (3) Per un'apertura in tal senso della dottrina: F. Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino 1995, pp. 61 ss.; G. Ferri, *Delle società, Commentario al codice civile* a cura di A. Scialoja – G. Branca, Bologna – Roma 1981, sub art. 2291 c.c., p. 359; F. Galgano, *L'impresa e le società, Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da F. Galgano, Padova 1990, III, 1, pp. 295 ss.; P. Montalenti, *La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice in qualità di accomandante*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 640; S. Satta, *Società di persone tra società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, pp. 1 ss.; *Contra*, R. Costi, G. Di Chio, *Società in generale. Società di persone. Associazioni in partecipazione*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino 1980, pp. 140 ss. Orientata in senso favorevole anche la giurisprudenza di merito: Trib. Torino, decr. 12 novembre 1982; Trib. Udine, decr. 20 gennaio 1984, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 605; Trib. Udine, decr. 9 novembre 1996, in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 747; Trib. Udine decr. 25 novembre 1996, in *Società*, 1997, p. 323. La giurisprudenza di legittimità, invece, si era costantemente espressa in senso negativo, su tutte: Cass. 17 ottobre 1988, n. 5636, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 708; Cass., 16 febbraio 1993, n. 1906, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 779; Cass., 2 gennaio 1995, n. 7, in *Dir. fall.*, 1995, II, p. 545. Per una risistemazione dei vari criteri: G. E. Colombo, *La partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, in *Riv. soc.*, 1998, pp. 1513 ss..
  - (4) In particolare, con la già citata sentenza (la n. 5636 del 17 ottobre 1988) la Cassazione aveva affermato la nullità della partecipazione di una società di capitali in una s.a.s., in veste di accomandante, perché posta in essere in violazione di norme inderogabili. Per ulteriori commenti: G. Ragusa Maggiore, *E' nulla la partecipazione di una società per azioni ad una accomandita semplice?*, in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 315; D. Preite, *Mezzi di tutela per i soci di società di capitali accomandante, alternativi alla dichiarazione di nullità della s.a.s.*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 1369.
  - (5) Sui limiti della partecipazione in società di persone: Sub art. 2361 c.c., in *Codice civile ipertuale. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, a cura di G. Bonilini – M. Confortini – G. Granelli, Torino 2004, pp. 730-731.
  - (6) E. Gliozzi, *Società di capitali amministratore di società per azioni?*, in *Riv. soc.*, 1968, pp. 93 ss; G. Ferri, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da F. Vassalli, Torino 1985, pp. 640

ss.; F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna 1986, pp. 320 ss.; G. Cottino, *Diritto commerciale*, Padova 1987, I, 2, pp. 452 ss.; G. F. Campobasso, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino 1988, 2, p. 312.

- (7) G. Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano 1956, pp. 87 ss..
- (8) G. Marasà, *Poteri e requisiti di eleggibilità degli amministratori di società cooperative*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, pp. 255 ss.; E. Gliozzi, *op. cit.*, p. 138; G. Cottino, *op. cit.*, p. 454; F. Galgano, *op. cit.*, p. 321; G. Minervini, *op. ult. cit.*, pp. 90 ss..
- (9) G. Marasà, *Poteri e requisiti*, *op. cit.*, pp. 256 ss.; G. Minervini, *Gli amministratori*, *op. cit.*, p. 93.
- (10) Sui possibili significati dell'espressione: G. Marasà, *Poteri e requisiti di eleggibilità degli amministratori di società cooperative*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, pp. 260 ss.; C. Tedeschi, *Gli amministratori*, in *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, a cura di G. Marasà, Padova 2004, p. 589.
- (11) F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. III, t. 2, 4° ed, 2004, p. 559.
- (12) G. Cottino – M. Sarale – R. Weigmann, *Società di persone e consorzi*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. III, Padova 2004, p. 152.
- (13) P. Guerra, *Può la carica di amministratore di società essere ricoperta da un'altra società?*, in *Riv. soc.*, 1956, pp. 697-702.
- (14) Per una disamina dell'istituto: P. Masi, *Il gruppo europeo di interesse economico*, Torino 1994; G. F. Campobasso, *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*, Torino 1999, 1, pp. 269 ss.; G. Sideri, *Consorti, Associazioni temporanee d'impresе, G.E.I.E.*, in *Diritto e realtà*, a cura di E. Zanelli, Torino 1994, pp. 216 ss.; G. Sacerdoti, *I caratteri del G.E.I.E. e il suo impiego nell'ordinamento italiano*, in *Giur. comm.*, 1992, pp. 877 ss..
- (15) Sull'amministrazione del G.E.I.E.: F. Fimmanò, *L'integrazione del G.E.I.E. nella realtà giuridica ed operativa italiana*, in *Riv. Not.*, 1992, pp. 812 ss.; D. Corapi, *Amministrazione e rappresentanza nei consorzi senza attività esterna, nelle associazioni temporanee di imprese e nel G.E.I.E.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, pp. 66 ss.; G. A. Tedeschi – G. Torno, *Consorti Riunioni temporanee G.E.I.E.*, in *Cosa & Come*, Milano 1999, pp. 539 – 544 e 575.
- (16) La relazione al d.lgs. afferma: " che il rappresentante persona fisica non è necessariamente legato da rapporti organici o di preposizione con l'ente amministratore", p. 1919.
- (17) Per un commento sull'art. 5 del d.lgs. n. 240 del 1991: M. Notari, *Decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, sub art 5, pp. 1047 ss..
- (18) L'analogia, soprattutto funzionale, con i consorzi, è sottolineata dalla maggioranza degli autori: G. F. Campobasso, *Diritto commerciale, op. cit.*, p. 269; G. Sacerdoti, *I caratteri del G.E.I.E.*, *op. cit.*, pp. 891 ss.; A. Rossi, *Decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, sub art. 1, p. 1020.
- (19) Nello stesso senso, sono da interpretare le disposizioni comunitarie di cui agli artt. 47 del Reg. CE n. 2157/2001 del Consiglio – in *G.U. C.E. n. L 294 del 10/11/2001* – relativo allo Statuto della Società Europea (SE) e 46 del Reg. CE n. 1435/2003 del Consiglio – in *G.U.U.E. n. L 207 del 18/8/2003* – relativo allo Statuto della Società Cooperativa Europea (SCE), le quali, analogamente alla norma sul G.E.I.E. (art. 5 d.lgs. 240/91), prescrivono che la persona giuridica amministratore debba *designare* un rappresentante persona fisica all'atto della nomina, affinché eserciti i poteri di amministrazione. Dunque, sia nell'ipotesi di SE che di SCE, l'imposizione dell'obbligo di procedere a tale ulteriore *designazione*, oltre che soddisfare mere esigenze pubblicitarie, risponde pienamente a quelle che sono le caratteristiche proprie del modello corporativo di società. Il che, ne impedisce chiaramente l'estensione al tipo di società personale oggetto di indagine nel presente studio, il quale, infatti, per quanto partecipato da società di capitali resta pur sempre, da un punto di vista strutturale, una società di persone e, in quanto tale, disciplinata dalle proprie rego-

le organizzative.

- (20) In senso conforme, per cui il soggetto amministratore è l'ente (la società di capitali-socia) e non una persona da questo indicata: *Società di persone*, in *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari*, Settembre 2004, p. 77.
- (21) A. Candian, *Una persona giuridica in funzione di amministratore di associazione non riconosciuta*, in *Temi* 1959, p. 327.
- (22) Concludendo, se è vero che la nomina attribuisce formalmente la carica di amministratore alla società di capitali-persona giuridica, lo è altrettanto il fatto che è comunque individuabile il soggetto-persona fisica che in concreto eserciterà i poteri di amministrazione, ed al quale, tra l'altro è possibile estendere la responsabilità penale ed applicare le norme ad essa relative (artt. 2626 ss. c.c.). Ciò vale a maggior ragione oggi, che il nuovo art. 2639, 1° comma c.c. prevede, per i reati di cui al titolo XI del libro V del codice civile (comprendente esattamente gli artt. dal 2621 al 2642 c.c.), la perfetta equiparazione al soggetto di diritto "formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile" del soggetto "tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, o che esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione". Il legislatore è, dunque, chiaro nel ritenere penalmente responsabile chi si trova in potere di commettere un reato non solo in base alla sua posizione (qualifica formale), ma anche in base alla funzione che di fatto esercita. Non si intravede alcun ostacolo nel riferire le considerazioni *de quibus* alla fattispecie in esame, e quindi all'amministratore *pro tempore* della società di capitali, che in concreto amministra la società di persone. Per un commento sull'art. 2639 c.c.: A. Rossi, *L'estensione delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, pp. 898 ss.; Id, *Una svolta definitiva nella individuazione normativa della responsabilità penale dei soggetti di fatto?*, in *Soc.*, 2000, pp. 209 ss.; sub art. 2639 c.c., in *Codice civile ipertestuale. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, op. cit., pp. 1650 ss..
- (23) F. Di Sabato, *Manuale delle società*, op. cit., pp. 127-128; F. Galgano, *Degli amministratori di società personali*, Padova 1963, pp. 110 ss.; G. Cottino, *Diritto commerciale*, op. cit., pp. 164 ss.; M. Ghidini, *Società personali*, Padova 1974, pp. 418 ss..
- (24) F. Di Sabato, *Manuale delle società*, op. cit., p. 128.
- (25) G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, op. cit., pp. 101 ss.; P. G. Jaeger – F. Denozza, *Appunti di diritto commerciale*, op. cit., p. 167; P. Spada, *La tipicità delle società*, Padova 1974, pp. 339 ss..
- (26) G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2. *Diritto delle società*, Torino 2202, p. 104.
- (27) F. Di Sabato, *Manuale delle società*, op. cit., p. 129.
- (28) G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, op. cit., p. 103; F. Di Sabato, *Manuale delle società*, op. cit., pp. 124 ss.; in giurisprudenza, Cass. 13.11.1984, n. 5747 e Cass. 28.5.1985, n. 3236, in *Nuova giur. civ.*, 1985, I, 580; Cass. 9.7.1994, n. 6524, in *Giur. comm.*, 1995, II, 821.
- (29) F. Tassinari, *La rappresentanza nelle società di persone*, in *Quad. giur. comm.*, n. 140, 1993, pp. 34 ss..
- (30) F. Tassinari, op. ult. cit., p. 38 sub nota 76.
- (31) P. Spada, *La tipicità delle società*, Padova, 1974.
- (32) V. Buonocore, *Società in nome collettivo*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, (artt. 2291-2312 c.c.), Milano 1995, p. 103.
- (33) F. Tassinari, *La rappresentanza nelle società di persone*, op. cit., p. 149.
- (34) G. F. Campobasso, *Diritto commerciale*, op. cit., p. 103.
- (35) F. Tassinari, *La rappresentanza nelle società di persone*, op. cit., p. 149, sub nota 107.

- (36) F. Tassinari, *op. ult. cit.*, pp. 153 ss..
- (37) F. Tassinari, *op. ult. cit.*, pp. 156-157.
- (38) G. Cottino, *Diritto commerciale*, I, 2, 3° ed., 1994, pp. 161 ss..

*(Riproduzione riservata)*