

NUOVI STATUTI E RIFLESSI SU CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE ED ASSEMBLEE

Convegno Villa Gualino 20-21 Ottobre 2003

Le norme specificamente rivolte alle società pubbliche

Il punto di partenza per esaminare i possibili contenuti degli statuti delle società a partecipazione pubblica, con particolare riguardo alla governance, è naturalmente costituito dalla norme che la nuova disciplina societaria dedica espressamente a tale tipologia di società ossia gli articoli 2449 e 2450 c.c. che disciplinano rispettivamente la nomina diretta di amministratori, membri del consiglio di sorveglianza e sindaci all'interno delle società per azioni ove vi sia, o anche ove non vi sia, una partecipazione pubblica.

Basta confrontare tali nuove norme con quelle precedenti (art. 2458, 2459 e 2460 c.c.) per rendersi conto di quanto poco innovativo sia stato il legislatore (ed anche molto indicativo della sostanziale mancanza di attenzione del legislatore su tali norme è la relazione al decreto legislativo che tace completamente sul punto); in realtà, lo spirito che sembra animare la riforma sul punto è che la disciplina comune delle società per azioni debba applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, salvo ove diversamente previsto.

Tuttavia tale scelta del legislatore può far sorgere qualche problema e qualche dubbio (soprattutto – ma non solo – in relazione alla necessità di aggiornamento che invece era resa necessaria sulla base dei nuovi principi e modelli di amministrazione societaria).

Il nuovo 2449 c.c. corrisponde quasi esattamente al vecchio 2458 c.c. salvo per due precisazioni:

- a) la facoltà di nomina diretta è stata estesa, oltre che ai ruoli di amministratori e sindaci , anche ai membri del consiglio di sorveglianza (ossia all'organo di controllo del sistema dualistico);
- b) sono espressamente fatte salve le disposizioni delle leggi speciali.

Il nuovo 2450, I comma, c.c., corrisponde esattamente al primo comma al vecchio articolo 2450 c.c. (salva ancora una volta la precisazione che la nomina diretta può riguardare anche i membri del consiglio di sorveglianza); il secondo comma corrisponde invece esattamente al vecchio articolo 2460 (e qui è invece rimasto il solo riferimento ai sindaci, senza alcuna menzione del consiglio di sorveglianza). E' bene ricordare che l'art. 2450, II comma c.c., come il vecchio articolo 2460 c.c., si limita a prevedere che, ove uno o più sindaci siano nominati dallo Stato, il presidente del collegio sindacale deve essere scelto tra essi.

Le nuove norme ci debbono indurre alcune riflessioni.

In primo luogo appare del tutto incomprensibile l'accorpamento dell'art. 2459 e 2460 c.c. in un unico articolo (il 2450 c.c.). Tale modifica apre la possibilità di una diversa interpretazione letterale rispetto alla normativa previgente: ossia che il principio della scelta del Presidente del Collegio Sindacale all'interno dei membri scelti dallo Stato si applichi al solo caso regolato dal nuovo articolo 2450 c.c. ossia al caso di nomina diretta da parte dello Stato quando questi non abbia una partecipazione nella società (interpretazione impossibile con le vecchie norme, in cui la disposizione era statuita in un separato articolo – il 2460 c.c.- rispetto a quelli che regolavano le nomine in presenza o in assenza di partecipazioni – art. 2458 e 2459 c.c.). Se l'innovazione era voluta, non si comprende la possibile ratio di una tale innovazione; ma è probabile che essa non dipenda da una espressa scelta del legislatore, ma semplicemente da una involontaria scelta redazionale; si dovranno forse tentare – se possibili – interpretazioni correttive (comunque dubbiose in quanto si espongono alla critica di estendere a fattispecie diverse norme di portata chiaramente eccezionale)¹.

Ma le norme in questione fanno sorgere dubbi soprattutto con riferimento alle fattispecie che non disciplinano².

¹ Ed in effetti sotto la vigenza delle precedenti norme si era escluso che tale privilegio potesse competere ad enti pubblici diversi dallo Stato: si veda la successiva nota 3.

² Si noti che il legislatore non ha colto neanche l'occasione per risolvere i problemi interpretativi che le vecchie norme ponevano:

In primo luogo non è previsto alcunché in relazione al sistema monistico. Poteva essere certamente opportuno prevedere la possibilità di nomina diretta dei membri del comitato di controllo o prevedere che, in caso di nomina pubblica degli amministratori di una società retta dal modello monistico, almeno uno degli amministratori di nomina pubblica rientrasse nel comitato di controllo. Il mancato inserimento di tale precisazione normativa lascia aperto il dubbio esegetico sulla legittimità di clausole, all'interno del modello monistico, che sottraggano – in parte o in tutto – al consiglio di amministrazione la scelta dei membri del comitato di gestione (in sé e per sé l'art. 2409-septiesdecies, I comma, c.c. non consente espressamente una deroga statutaria e si tratta quindi di valutare se la norma abbia o meno natura imperativa, questione che resta allo stato aperta)³. E si noti che il problema non è certo semplificato dal disposto dell'art. 223 septies, II comma, disp. att. c.c. ove è previsto che *‘Ogni riferimento al collegio sindacale o ai sindaci presente nelle leggi speciali è da intendersi effettuato anche al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione o ai loro componenti, ove compatibile con le specificità di tali organi’*. Laddove una legge speciale (statale) preveda la nomina diretta del collegio sindacale per categorie di società ciò potrà essere interpretato come una possibilità di inserire – attraverso

-
- a) Se la revoca dei sindaci o dei membri di sorveglianza effettuata dagli enti pubblici possa avvenire senza giusta causa. Si tratta di un tema molto delicato in quanto dalla soluzione deriva la maggiore o minore stabilità e conseguentemente la maggiore o minore indipendenza dell'organo di controllo.
 - b) se la revoca del sindaco di nomina pubblica diretta da parte dell'ente pubblico che lo ha nominato fosse o meno soggetta al decreto di approvazione del Tribunale. Sul punto l'unico precedente noto aveva escluso tale necessità: *“Il decreto, con il quale il rappresentante di un ente pubblico ha revocato i sindaci di una società per azioni, in forza del potere derivantegli, a norma dell'art. 2458 c.c. e dallo statuto, non è soggetto all'approvazione del tribunale, prevista dall'art. 2400 c.c., alla quale la società non ha, peraltro, alcun interesse se l'efficacia del decreto è stata cautelativamente sospesa dal giudice amministrativo.”* Tribunale Bologna, 5 giugno 2001, Società' 2001, 948 nota (SALAFIA). Al di là delle perplessità che tale norma fa sorgere de iure condito, de iure condendo si poteva forse precisare la necessità di tale decreto, per non porre un socio con un potere di revoca diretto ed incondizionato sull'organo di controllo. Ora nella nuova disciplina il medesimo problema interpretativo si pone, oltre che con riferimento ai sindaci, anche con riferimento ai membri del consiglio di sorveglianza;
 - c) se è possibile una revoca per giusta causa o per effetto della proposizione di una azione di responsabilità da parte dell'assemblea nei confronti degli amministratori nominati da enti pubblici. Sul punto non vi sono precedenti, ma la dottrina che si era posta il problema non era sul punto concorde.
 - d) Se l'amministratore revocato senza giusta causa dall'ente che lo ha nominato ha o meno diritto al risarcimento del danno (come l'amministratore revocato senza giusta causa dall'assemblea).

³ Benché il problema interpretativo si ponesse in termini molto diversi è bene ricordare che la clausola statutaria che – in analogia all'art. 2460 c.c. – prevedeva che il presidente del collegio sindacale di una società a partecipazione pubblica fosse individuato nel sindaco nominato da un ente pubblico diverso dallo Stato è stata considerata invalida (cfr. *“A norma dell'art. 2460 c.c. è illegittima la clausola statutaria che impone la scelta del presidente del collegio*

l'art. 223 septies, II comma, disp. att. c.c.- tale clausola nello statuto? Ovvero si dovrà operare con patti parasociali o , più semplicemente, non adottare il sistema monistico? Si può forse utilizzare la norma per interpretare gli artt. 2449 e 2450 c.c.? Si tratta di problemi che restano aperti, anche se mi pare dubbio che il citato art. 223 septies, II comma, disp. att. c.c. possa essere usato per correggere le norme del codice civile.

In secondo luogo nulla è espressamente previsto con riferimento al consiglio di gestione del sistema dualistico: è possibile – in tale silenzio - una nomina diretta dei membri del consiglio di gestione nel sistema dualistico? Si tratta invero di comprendere se con il riferimento alla possibilità della nomina diretta di 'amministratori' si debba intendere anche la possibilità di nomina diretta dei membri del consiglio di gestione. Orbene da un punto di vista letterale le norme del codice sul consiglio di gestione non ci aiutano: i membri del consiglio di gestione sono invero denominati "*componenti del consiglio di gestione*" o direttamente "*consiglieri di gestione*", mai amministratori⁴. Tenderei ad ammettere la possibilità di una clausola di nomina diretta, superando la difficoltà letterale, giacché – dopo tutto – i membri del consiglio di gestione sono – a tutti gli effetti – degli amministratori⁵ e dunque non si vedrebbe alcuna ragione per non applicare anche a loro il principio della nomina diretta. Tuttavia dubbi rimangono poiché si potrebbe essere tentati di dare un senso al silenzio del legislatore e dunque intendere che nel sistema dualistico il rapporto consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione sia una caratteristica qualificante ed esclusiva e dunque che la nomina diretta all'interno del consiglio di gestione altererebbe tale struttura essenziale (in particolare sarebbe alterato il potere di nomina e revoca proprio del consiglio di sorveglianza che sarebbe uno degli elementi qualificanti del sistema di gestione e controllo del sistema dualistico).

sindacale tra i sindaci la cui nomina e' riservata ad ente pubblico diverso dallo Stato, avente o non una partecipazione azionaria" Tribunale Cassino 12 aprile 1991, Riv. notar. 1991, 1432.).

⁴ E si noti che la previsione dell'ultimo comma dell'art. 2380 c.c. ("*Salvo che sia diversamente stabilito, le disposizioni che fanno riferimento agli amministratori si applicano a seconda dei casi al consiglio di amministrazione o al consiglio di gestione*") sembra riferirsi ed applicarsi esclusivamente alle disposizioni della sezione VI-bis.

⁵ Anche il riferimento all'art. 223 septies, I comma, disp. att. c.c. può aiutare in tal senso, anche se ho delle perplessità ad applicare tale norma quando il codice abbia fatto espresso riferimento ai soli membri del consiglio di sorveglianza.

Ma al di là di quanto sopra indicato, la carenza più rilevante mi pare essere il mancato inserimento di un potere di nomina diretto del revisore esterno, mancanza che si riflette ovviamente su tutti i modelli di amministrazione e controllo.

L'unica possibilità per assicurare all'ente pubblico la nomina diretta dei soggetti che esercitano il controllo contabile è quella di costituire una società secondo il modello tradizionale il cui statuto attribuisca il controllo contabile al collegio sindacale, di nomina pubblica diretta (parziale o totale).

Ci si può comunque chiedere – pur nel silenzio degli art. 2459 e 2460 c.c. – se una clausola statutaria che preveda la nomina del revisore o della società di revisione da parte di un ente pubblico sarebbe valida ed ammissibile in una società non quotata. In verità la competenza assembleare è stabilita dall'art. 2364, I comma, n. 2 c.c., dall'art. 2364 bis, comma I, n. 5 c.c. e dall'art. 2409-quater c.c.. In particolare tale ultima norma non sembra lasciare spazio a deroghe statutarie: infatti è addirittura specificato la nomina assembleare del revisore è derogata nel caso di costituzione della società (*“Salvo quanto disposto dal numero 11) secondo comma dell'art. 2328 c.c.”*). Se riteniamo che il principio della esclusiva sovranità dell'assemblea sia ancora un principio dominante il sistema societario italiano⁶ che può essere derogato solo ove la legge espressamente lo consenta, si deve concludere che una clausola statutaria che rimetta la nomina del revisore ad un ente pubblico sia del tutto illegittima.

Se tale è la nuova normativa di diritto societario si impone una riflessione su quelle norme di diritto pubblico che impongono, in particolare, la presenza di sindaci nominati da enti pubblici in società non controllate o, addirittura, neanche partecipate da enti pubblici. Tali norme si potranno ancora considerare rispettate, nella sostanza, ora che ai sindaci potrebbe non più competere il controllo contabile? Tenuto conto degli ampi poteri di controllo riconosciuti ora ai sindaci (compresa l'adeguatezza del sistema contabile della società) si dovrebbe probabilmente concludere che gli interessi pubblici sottesi alla necessità – nei singoli casi di specie – della nomina di almeno un

⁶ Come nel precedente ordinamento: cfr. *“Le clausole statutarie che prevedono la parziale o totale sottrazione all'assemblea del potere di nomina dell'organo amministrativo a favore di determinati gruppi di soci devono*

sindaco da parte di enti pubblici siano comunque ampiamente salvaguardati. D'altro canto nelle società concessionarie pubbliche di autostrade quotate in cui determinate norme imponevano la nomina di una minoranza di sindaci pubblici⁷, tale scissione tra controllo legale e gestionale e controllo contabile si è già verificato in passato (ossia dal 1998, anno di entrata in vigore della riforma Draghi) senza che siano mai stati sollevati problemi.

Si dovranno comunque esaminare caso per caso le specifiche situazioni normative al fine di verificare che gli interessi sottesi alla riserva di nomina pubblica dei sindaci siano comunque, nella sostanza, raggiunti e salvaguardati anche nel caso in cui ai sindaci non competeva più il controllo contabile.

Autonomia statutaria, poteri assembleari e tutela della minoranza

L'ampiezza di autonomia statutaria pone un delicato problema per la tutela delle minoranze. Infatti maggiore autonomia societaria si traduce in maggiore possibilità da parte dell'assemblea straordinaria di cambiare le regole del gioco, mentre si gioca, con deliberazioni a maggioranza. Invero l'autonomia e la libertà contrattuale si accompagnano solitamente al principio di unanimità ossia alla ovvia conseguenza che la modifica del contratto richiede il consenso di tutti i partecipanti al contratto.

Nella vecchia disciplina⁸ la modificabilità dello statuto a maggioranza da parte dell'assemblea trovava due rimedi sostanziali:

- a) nella rigidità delle norme legali, che limitavano la possibilità di modifiche allo statuto;
- b) nell'introduzione da parte della giurisprudenza di requisiti di unanimità per talune modifiche di carattere strutturale (ad esempio trasformazioni eterogenee; inserimento di clausole di prelazione o di altre clausole limitative della circolazione delle azioni).

considerarsi radicalmente nulle e, quindi, non omologabili" Tribunale Verona, 11 dicembre 1992 Società' 1993, 950 osser. (RICCARDELLI)

⁷ Si tratta esattamente della legge 28 aprile 1971 n. 287.

⁸ Rimane comunque, come nella vecchia disciplina, la possibilità di impugnare le deliberazioni per il c.d. "abuso di maggioranza".

Entrambi i precedenti rimedi sono venuti meno. Infatti da un lato l'ampia autonomia statutaria consente l'inserimento di clausole che possono modificare in profondità la disciplina societaria. Dall'altro lato il rimedio che il nuovo art. 2437 c.c. prevede per le variazioni più rilevanti delle regole statutarie è il recesso e non il consenso unanime nella deliberazione.

Dunque particolare attenzione deve essere posta a tutela della minoranza per evitare che le regole del gioco vengano cambiate anche perché il rimedio del recesso può non essere – in certi casi - in alcun modo funzionale alla tutela degli interessi pubblici coinvolti.

E si deve rilevare come sia certamente possibile dare agli statuti un assetto disciplinare tale che non possa essere modificato senza lo specifico consenso dell'ente pubblico quando questi abbia una partecipazione anche minoritaria. Sotto questo profilo la situazione non può considerarsi innovata rispetto al precedente diritto vigente. Ora come allora è infatti previsto che lo statuto possa prevedere maggioranze più elevate per l'assemblea straordinaria.(cfr. i vecchi art. 2368, II comma, c.c. e 2369, III comma, c.c. e ora l'art. 2369, III comma, c.c.)⁹. Se dunque l'ente pubblico partecipa con una quota che non sia irrisoria, è possibile che l'ente pubblico prefiguri una struttura di amministrazione e gestione che la maggioranza semplice non può intaccare.

Inoltre sempre a presidio della intangibilità delle regole del gioco incorporate nello statuto si può evitare di avvalersi della libertà statutaria consentita dall'art. 2365, II comma c.c. che consente il trasferimento di talune competenze addirittura dall'assemblea straordinaria al consiglio di amministrazione. L'elencazione delle materie è un'ulteriore conferma dell'intenzione del legislatore – rilevabile in vari punti della riforma - di concentrare maggiori poteri in capo all'organo di amministrazione; le possibili attribuzioni riguardano¹⁰:

- la fusione tra società controllante e controllata nei casi di cui agli artt. 2500 e 2500 *bis*;

⁹ Resta presumibilmente esclusa, anche nella nuova disciplina, la possibilità di prevedere l'unanimità (cfr. nel vecchio codice: "E' nulla la clausola statutaria di una società per azioni che prescriba il consenso unanime dei soci per le modificazioni dell'atto costitutivo" Cassazione civile, sez. I, 15 aprile 1980 n. 2450, Giur. comm. 1982, II,468).

¹⁰ Resta comunque fermo quanto disposto dagli artt. 2420 *ter* e 2443 in tema di emissioni di obbligazioni convertibili e il relativo corrispondente aumento del capitale sociale e diaumento del capitale sociale fino ad un limite determinato, per un periodo massimo di cinque anni dalla data di iscrizione della società nel Registro delle Imprese o dalla successiva deliberazione.

- l'istituzione e la soppressione di sedi secondarie;
- l'indicazioni degli amministratori che hanno la rappresentanza della società;
- la riduzione del capitale in caso di recesso del socio;
- l'adeguamento dello statuto alle norme di legge;
- il trasferimento della sede sociale all'interno del territorio nazionale

Si tratta infatti anche di deliberazioni molto delicate come il trasferimento della sede (in altro Comune, diverso rispetto a quello che partecipa alla società) o l'adeguamento dello statuto alle norme di legge (naturalmente la delicatezza sorge quando l'adeguamento non sia meramente automatico ma richieda anche scelte discrezionali) o ancora la fusione di società che siano state acquistate (con l'impatto conseguente sui conti e sulla responsabilità della società).

Esigenze statutarie delle società pubbliche e nuovo codice

Anche se il legislatore in sede di riforma non aveva a cuore le problematiche proprie del settore delle società pubbliche (ricondotto – come si è detto – alla disciplina delle società private), tuttavia alcune delle riforme introdotte e, in particolare, l'ampliata libertà statutaria consentono la costruzione di statuti societari in cui possono essere meglio riflesse le esigenze proprie degli enti pubblici. Nelle pagine che seguono l'esame sarà comunque limitato, prevalentemente, alle società costituite secondo il modello tradizionale

Vediamo specificamente quali possono essere e storicamente nel passato sono state le esigenze che gli enti pubblici hanno ritenuto rilevanti per le società da loro partecipate o controllate e che si è avuto sempre interesse a trasformarle in regole sociali (trasformazione sempre possibile al legislatore statale anche in deroga alle norme societarie vigenti, ma in linea di principio sottratta al legislatore regionale che non poteva e non può alterare le norme civilistiche¹¹).

¹¹ Sotto le vecchie norme costituzionali la Corte Costituzionale aveva avuto modo di precisare che: *“Sono illegittimi, per violazione degli art. 14 e 17 dello statuto della regione siciliana, in relazione al limite del diritto privato posto alle competenze legislative regionali, le disposizioni dell'art. 5 comma 1, 2 e 3 nonché dell'art. 6 comma 5 l. reg. sic. 19 giugno 1991 n. 39, in quanto volte a regolare rapporti interni alla struttura societaria che soltanto il*

Rafforzamento dei principi di trasparenza

Un primo strumento di trasparenza, utilizzato dal legislatore statale, era quello di imporre la revisione contabile e la certificazione dei bilanci di esercizio ad opera di una società di revisione, anche quando questo non era previsto dalle norme societarie. Tale obbligo costituisce una maggior garanzia di correttezza dell'informazione di bilancio. Tale strumento è ora a disposizione del socio pubblico che voglia avvalersene: la nomina di un revisore esterno è infatti la regola all'interno della società per azioni ed i compiti di tale revisore appaiono coincidenti con quelli propri di un revisore di una società quotata (si confrontino l'art. 2409-ter con l'art.155,I e II comma e con l'art. 156, I comma del D.Lgs 24 febbraio 1998, n. 58).

Se non appare possibile rimettere la nomina direttamente all'ente pubblico (come si è visto supra), non parrebbe vietato dalle nuove norme inserire nello statuto che il revisore esterno sia obbligatoriamente una società di revisione, magari precisando che oltre all'iscrizione nell'apposito albo tenuto dal Ministero della Giustizia, la predetta società sia iscritta all'albo speciale tenuto dalla Consob ai sensi dell'ar. 161 del D.Lgs 24 febbraio 1998, n. 58.

Un secondo tipico elemento di trasparenza è l'imposizione in capo al consiglio di amministrazione di un obbligo di rendicontazione più intenso ed analitico al socio pubblico (talora le leggi statali hanno anche imposto alle società di predisporre dei bilanci revisionali). Sul punto la nuova disciplina non sembra portare innovazioni rispetto alla normativa precedente, salvo quanto si dirà infra sull'esercizio da parte di un ente pubblico del potere di direzione e coordinamento. L'unica osservazione da rilevare è che, nel modello dualistico, il potere dei soci di avere informazioni appare notevolmente affievolito: lo si comprende sia dai minori poteri assembleari di cui all'art. 2364-bis c.c. sia soprattutto dalla circostanza che tale assemblea non discute e non approva il bilancio (in relazione a cui la giurisprudenza ha collegato in gran parte il potere di informazione del socio), ma si limita a prendere atto di una relazione scritta del consiglio di sorveglianza

legislatore nazionale puo' disciplinare al fine di assicurare la necessaria uniformita' di trattamento in tutto il territorio nazionale." Corte costituzionale 5 febbraio 1992 n. 35, Foro it. 1992, I,1047. Con le attuali norme nulla è

“sull’attività di vigilanza svolta, sulle omissioni e sui fatti censurabili rilevati” (così l’art. 2409-terdecies, comma I, lett. f). La scelta del modello dualistico comporta – mi sembra - una limitazione dei diritti di informazione dell’ente pubblico socio.

Garanzie particolari di professionalità, onorabilità ed indipendenza

Una norma particolarmente rilevante, quale norma di regolamentazione del potere amministrativo di nomina degli amministratori, è la possibilità, introdotta dall’art. 2387 c.c. di inserire nello statuto specifici requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza. In altri termini si può predeterminare, quale regola di governo della società e naturalmente in funzione delle effettive esigenze della società, che possano divenire amministratori solo coloro che rispondano a determinati requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza e tale norma statutaria acquisisce una notevole efficacia in quanto il citato art. 2387 c.c. richiama, in tal caso, come applicabile il disposto dell’art. 2382 c.c. che comporta non solo il divieto di nomina dei soggetti privi dei requisiti previsti dallo statuto, ma anche la successiva decadenza qualora detti requisiti vengano meno nel corso dell’esercizio della carica.

Si tratta di uno strumento particolarmente rilevante per consentire all’ente pubblico di preordinare in modo oggettivo e imparziale i requisiti minimi degli amministratori delle società pubbliche.

Possibilità di esprimere efficaci indirizzi gestionali da parte del socio pubblico nella dialettica socio – amministratore e assemblea-amministratore

Il socio di maggioranza pubblica poteva e può utilizzare il suo dominio assembleare, eventualmente combinato con il diritto di nomina diretto di amministratori, per esercitare di fatto un potere di direzione e coordinamento.

In tal modo gli enti pubblici possono assumere una responsabilità ai sensi dell’art. 2497, I comma, c.c. ed in generale si pongono svariate problematiche sull’applicabilità della disciplina dei gruppi ai gruppi al cui vertice ci sia un ente pubblico (si pensi solo ai riflessi sulla responsabilità contabile dell’ente).

Ma tale discussione esula dal tema della presente relazione. La norma più rilevante in questo quadro è quella contenuta nel secondo comma dell'art. 2497-sexies, c.c.: *“Le disposizioni del presente capo si applicano altresì a chi esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti”*.

Sembra dunque possibile l'inserimento di clausole negli statuti che espressamente sottopongano la società in questione all'altrui direzione e coordinamento. Tale possibilità sembrerebbe ora concessa anche a soggetti che abbiano nella società una partecipazione minoritaria o nessuna partecipazione all'interno della società. Risulta difficile, allo stato, comprendere come possa di concreto operare una tale clausola o quali possano essere i suoi contenuti. Come è stato notato in passato, il potere di direzione e coordinamento, esercitato da una società controllante, è l'effetto di una situazione di fatto e si esercita in contesti strani alle formali decisioni societarie. Come, in assenza del potere proprio del socio di controllo, possa statutariamente prevedersi un tale controllo non è facile da comprendere. Forse l'indicazione della legge va interpretata non nel senso che è possibile inserire clausole atipiche di direzione e coordinamento, ma che quando in funzione di clausole legittime (ad esempio diritti di veto assembleari; nomina diretta da parte di ente pubblico della maggioranza degli amministratori) un socio esercita di fatto tale direzione e coordinamento scatta l'applicabilità della disciplina dei gruppi.

Strumenti meno innovativi per consentire l'influenza del socio pubblico sono comunque modificati ed influenzati dal nuovo codice. Si è già ricordato che mentre l'art. 2364 c.c. nella vecchia versione consentiva che determinate decisioni gestionali fossero rimesse alla deliberazione assembleare, ora tale possibilità non v'è più e l'influenza che può essere statutariamente rimessa all'assemblea appare ridotta alla previsione di meri diritti di veto (*“L'assemblea ordinaria ... delibera ... sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti”*, art. 2364, I comma, n. 5 c.c.). Se dunque l'influsso dell'assemblea, che può essere statutariamente previsto, si è ridotto ad un mero

comma II, lett. I).

diritto di veto si è tuttavia esteso l'ambito dei soci che può beneficiarne che, infatti, può comprendere anche i soci di minoranza. Nella precedente disciplina era infatti molto dubbio che si potesse, in generale, innalzare i quorum costitutivi e deliberativi dell'assemblea ordinaria¹². Ora l'art.2369, III comma, c.c. prevede espressamente, con riferimento all'assemblea ordinaria e straordinaria, sia in prima sia in seconda convocazione, che *“lo statuto può richiedere maggioranze più elevate, tranne che per l'approvazione del bilancio e per la nomina e revoca delle cariche sociali”*, mentre nel vecchio codice mancava tale specificazione con riferimento all'assemblea ordinaria. E' dunque possibile che lo statuto preveda che determinate decisioni gestionali vengano assunte solo se approvate dall'assemblea ordinaria con maggioranza qualificata così da consentire un sostanziale diritto di veto al socio di minoranza (ed in ipotesi al socio di minoranza pubblico).

Si noti che con il nuovo codice non è più possibile che gli amministratori convochino l'assemblea per sottoporre alla sua approvazione decisioni gestionali, la sottoposizione ad autorizzazione dell'assemblea è possibile solo ove tale necessità sia prevista dallo statuto. Tale modifica legislativa pone in imbarazzo soprattutto gli amministratori di società pubbliche: invero nelle normale vita delle società in situazioni particolarmente difficili gli amministratori delle società possono chiedere indirizzi e conferme al proprio socio di controllo o di riferimento (che se non li esenta dall'azione di responsabilità, la rende del tutto improbabile salvo il caso di dissesto sociale). Tuttavia gli enti pubblici non danno pareri o indirizzi se non previa delibera degli organi competenti e ciò può avvenire solo mediante formale richiesta di voto nell'ambito di una assemblea. Nel precedente codice tale richiesta era legittimata e formalizzata dall'art. 2364 c.c., anche a prescindere da una qualche previsione statutaria in tal senso; ora la richiesta non trova più alcun fondamento legittimo

¹² Si veda ad esempio la seguente pronuncia: *“Nella società per azioni e' inderogabile il principio per cui l'assemblea ordinaria delibera in seconda convocazione a maggioranza, qualunque sia la parte di capitale rappresentata dai soci intervenuti: e' perciò nulla la clausola statutaria che richiede il voto favorevole di una determinata quota del capitale per approvarne le deliberazioni e nemmeno sarebbe lecito richiedere una maggioranza piu' elevata in seconda convocazione solo per l'elezione alle cariche sociali, o attribuire la nomina di amministratori e sindaci all'assemblea straordinari”* Cassazione civile, sez. I, 14 ottobre 1988 n. 5595, Giur. it. 1989, I,1,672.

e dunque tale strumento di verifica e coordinamento tra amministratore e socio pubblico è venuta meno.

Infine con il nuovo codice è confermata la possibilità di stabilire che le decisioni del consiglio di amministrazione sono assunte con una presenza di membri qualificata e con maggioranze qualificate (cfr. art. 2388, I e II comma, c.c.) anche limitatamente ad alcune materie. Si tratta di una clausola statutaria possibile anche con il codice delle società precedente. Ovviamente la funzione è quella di rendere necessario che anche i consiglieri espressione della minoranza siano coinvolti nella decisione¹³.

Stabilità della compagine societaria

Tipica esigenza pubblicistica è quella di evitare modificazioni della struttura societaria ed evitare che divengano parte della compagine societaria soggetti non graditi. Anche sotto questo profilo i precedenti strumenti possibili a livello statutario (clausole di non mero gradimento e clausole di prelazione) sono stati incrementati.

E' infatti possibile ora inserire anche clausole di mero gradimento (ossia in cui non sono prestabiliti criteri oggettivi in relazione a cui il gradimento può essere rilasciato o meno) in cui tale gradimento sia rimesso ad organi sociali o ad altri soci singolarmente considerati purché sia previsto, a carico della società o del socio, un obbligo di acquisto o, comunque, a favore del socio pregiudicato dall'esercizio del diritto di mero gradimento, un diritto di recesso. Restano chiaramente possibili clausole non di mero gradimento a cui non sarà necessario connettere in alcun modo un obbligo di acquisto o un diritto di recesso.

Inoltre è ora possibile, per un periodo di cinque anni dalla costituzione della società o dalla data in cui è approvata dall'assemblea straordinaria la relativa clausola statutaria, che sia vietato ogni

¹³ Ovviamente la parte pubblica può assicurarsi una nomina di una minoranza di amministratori sia tramite l'istituto della nomina diretta sia tramite l'inserzione nello statuto di clausole di voto di lista (certamente possibili anche sotto il nuovo codice).

trasferimento delle partecipazioni sociali¹⁴. Tale disposizione potrà essere utilmente utilizzata per stabilizzare sul breve periodo le compagini sociali anche delle società pubbliche.

Allontanamento dalla finalità lucrativa e dalle norme sulla liquidazione

Non è possibile costituire società per azioni senza scopo di lucro e che, pertanto, non prevedano la distribuzione di utili e del residuo patrimonio ai soci. Tale possibilità non è stata inserita nel nuovo codice, anche se l'esigenza di costituire società senza scopo di lucro è stata più volte espressa proprio e soprattutto con riferimento alle società pubbliche o che svolgono una attività di mercato interesse pubblico. In qualche legge speciale è prevista espressamente la possibilità di costituire società senza scopo di lucro (si pensi all'art. 61, I comma, del D.Lgs 24 febbraio 1998 n. 58 che prevede che le società di gestione dei mercati regolamentati possano assumere la veste di società senza scopo di lucro), ma non è riconosciuta una facoltà di carattere generale.

Diritti di uscita dei soci pubblici

Infine un ultimo problema che in passato non poteva avere una specifica soluzione statutaria era quella del diritto di uscita. In sostanza l'unico modo possibile era quello di assicurarsi un'opzione di vendita sulla base di un contratto extra sociale.

Tale possibilità è ora certamente estesa soprattutto con riferimento alle clausole di recesso che possono essere inserite in statuto e, comunque, al diritto di recesso che può derivare dalla circostanza che la società sia stata stipulata per una durata indeterminata.

Norme statutarie di semplificazione in materia di assemblee

Infine, in conclusione, può essere opportuno ricordare brevemente alcune norme di semplificazione che possono essere introdotte nello statuto.

Semplificazione delle modalità di convocazione dell'assemblea

¹⁴ Si deve ritenere che l'inserimento possa avvenire a maggioranza e non necessariamente all'unanimità, come si dovrebbe concludere sulla base della giurisprudenza sviluppatasi sotto il previgente codice: invero l'introduzione del vincolo farà sorgere un diritto di recesso da parte dei soci dissenzienti ai sensi dell'art. 2347 c.c.

La nuova normativa ha consentito, in sostituzione dell'obbligo di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, la pubblicazione dell'avviso di convocazione su un quotidiano economico previamente indicato dallo statuto. In ogni caso è stato ribadito l'obbligo di pubblicazione almeno quindici giorni prima di quello fissato per l'adunanza. Nelle società che non fanno ricorso al capitale di rischio, l'autonomia statutaria è stata ulteriormente estesa: v'è infatti la possibilità di introdurre nello statuto forme ancora più semplificate ed economiche di convocazione. I mezzi utilizzabili potranno essere il fax, la posta elettronica e qualsiasi altro mezzo idoneo a dare prova certa agli amministratori dell'avvenuto ricevimento dell'avviso da parte di tutti gli azionisti nel termine di almeno otto giorni prima della data fissata per l'assemblea (è bene ricordare che la disciplina delle s.r.l. richiedeva che l'invio avvenisse otto giorni prima, disinteressandosi del ricevimento).

Semplificazione dei requisiti della'assemblea totalitaria

Il codice consente, senza bisogno di una apposita clausola, che si tengano assemblee totalitarie in presenza di tutti i soci ma solo più con la maggioranza dei membri degli organi di controllo e di amministrazione¹⁵. Si dovrà solo ricordare di modificare le clausole esistenti negli statuti vigenti.

Requisiti di partecipazione all'assemblea

Lo statuto può richiedere che la partecipazione all'assemblea sia condizionato al preventivo deposito delle azioni presso la società e/o presso banche. La relazione alla riforma dà per scontato che sia stato abrogato il requisito del deposito delle azioni cinque giorni prima dell'assemblea statuito dall'art. 4 della legge 1745/1962¹⁶. Non mi pare tuttavia che ci sia stata una abrogazione esplicita e qualche dubbio potrebbe venire che dal nuovo testo dell'art. 2370 c.c. consegua una abrogazione del citato articolo 4.

Modalità di tenuta dell'assemblea

L'ultimo comma dell'art. 2370 c.c. consente che all'assemblea si possa partecipare anche con mezzi di telecomunicazione o mediante espressione del voto per corrispondenza.

¹⁵ Tale assemblea totalitaria parziale era già stata di fatto ammessa da parte della giurisprudenza (che aveva derubricato il vizio da 'nullità' alla mera 'annullabilità').

¹⁶ La violazione del precetto comportava, secondo la giurisprudenza, addirittura la nullità dell'assemblea.

Regolamento assembleare

Infine l'assemblea ordinaria può approvare anche specifici regolamenti assembleari. Si tratta di una previsione che trae origine dalle norme di Corporate Governance di Borsa Italiana s.p.a. che ha invitato le società quotate a procedere all'approvazione di regolamenti assembleari volti a regolamentare gli interventi, le procedura di votazione. Nelle società che non ricorrono al mercato dei capitali di rischio è difficile peraltro comprendere quale sia l'utilità di un tale regolamento (la cui utilità ed efficacia è stata peraltro sottoposta a critiche anche con riferimento alle società quotate). In particolare ci si deve chiedere se la violazione del regolamento assembleare eventualmente deliberato si rifletta sulla validità della deliberazione assunta. Tenuto conto dei dibattiti sulle società quotate e del chiaro disposto dell'art. 2377, I comma, c.c. (*"Le deliberazioni che non sono prese in conformità alla legge e allo statuto ..."*) mi pare da escludere che la violazione si traduca in un vizio di un qualche genere della delibera. Se così è, un regolamento la cui violazione non è sanzionata diventa, nel caso di una società composta da pochi soci, un mero esercizio di retorica ed un inutile dispendio di energie.

Norme statutarie di semplificazione in materia di consiglio di amministrazione

Benché la disciplina del consiglio di amministrazione sia stata innovata e meglio disciplinata rispetto alla normativa previgente, non vi sono rilevanti novità sul piano dell'autonomia statutaria. Si è già accennato che sono ammissibili clausole statutarie che innalzano i quorum costitutivi e deliberativi del consiglio di amministrazione (ma già con la normativa previgente ciò era consentito).

Anche le clausole simul stabunt simul cadent erano già possibili con la precedente normativa e sono possibili ora (ove c'è peraltro una espressa autorizzazione normativa: art. 2386, IV comma, c.c.).

Infine la possibilità di tenere le riunioni dei consigli di amministrazione mediante mezzi di telecomunicazione era già stata ammessa nella normativa previgente (anche se ora la possibilità è espressamente riconosciuta dall'art. 2388, I comma, seconda parte c.c.).