

CAPITOLO I

I POTERI SPECIALI DI NOMINA PUBBLICA «DIRETTA» ALLE CARICHE SOCIALI: PROFILI NORMATIVI E PRIMA RICOSTRUZIONE DELLA FATTISPECIE

SEZIONE I

L'evoluzione del quadro normativo e prime considerazioni di taglio prevalentemente esegetico

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo originario. – 2. Le novità introdotte con la riforma delle società di capitali e, successivamente, con l'art. 3, 1° comma, d.l. 15 febbraio 2007, n. 10 e con l'art. 13, 1° comma, legge 25 febbraio 2008, n. 34. – 3. L'attuale formulazione dell'art. 2449 c.c. e la disciplina dei poteri speciali di nomina pubblica nelle società «chiuse». Necessità di una prima lettura, in chiave ancora solo esegetica, delle innovazioni introdotte e rinvio, per le ulteriori questioni, sistematiche e applicative, ai capitoli successivi. – 3.1. La disciplina (per equiparazione) della scadenza del mandato dei componenti di nomina pubblica diretta. – 3.2. Il principio di proporzionalità tra seggi e partecipazione azionaria. – 3.3. La riduzione della partecipazione dell'ente pubblico sotto la soglia di proporzionalità rispetto al numero di componenti già dallo stesso nominati in via diretta. – 3.4. L'assenza di previsioni di carattere «transitorio». – 4. I poteri speciali di nomina pubblica diretta nelle società «aperte» e i due strumenti «di diritto comune» in cui gli stessi possono oggi essere «incorporati»: strumenti finanziari partecipativi e azioni di categoria speciale. – 4.1. A) L'incorporazione dei diritti di nomina in strumenti finanziari partecipativi: (i) se esista, e in quale misura, un tetto massimo al numero di seggi attribuibili. – 4.2. (ii) Il concorso con gli eventuali titolari di altri strumenti finanziari partecipativi. – 4.3. (iii) La piena natura di «diritto comune» degli strumenti finanziari partecipativi di cui all'art. 2449, 4° comma, c.c. – 4.4. (iv) La natura di «diritto speciale» degli strumenti finanziari partecipativi di cui alla disciplina transitoria (art. 13, 2° comma, legge n. 34/2008). – 4.5. B) L'incorporazione dei diritti di nomina in una speciale categoria azionaria: (i) allocazione della competenza e *favor* deliberativo in relazione alla decisione di emettere azioni speciali, riservate allo Stato o ad enti pubblici, recanti il diritto prioritario di nomina diretta alle cariche sociali; necessità di intendere i precetti contenuti nell'art. 2449, 4° comma, 2° e 3° periodo, come recanti una disciplina meramente «transitoria». – 4.6. (ii) Ulteriori questioni di sistema circa la natura giuridica di tale categoria azionaria.

1. Il quadro normativo originario

Le norme dedicate in termini generali alla fattispecie della c.d. nomina pubblica «diretta» alle cariche sociali di società per azioni erano originariamente contenute nella Sezione XII («Delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici») del Capo V («Della società per azioni») del Titolo V («Delle società») del Libro V («Del lavoro») del codice civile: Sezione che, a sua volta, comprendeva l'art. 2458, rubricato «Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici»¹, l'art. 2459, relativo agli «Amministratori e sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici»² e l'art. 2460, sulla «Presidenza del collegio sindacale»³.

La materia, peraltro, era oggetto di specifica considerazione anche nell'art. 2461 («Norme applicabili»)⁴, che esauriva il contenuto della Sezione XIII, dedicata alle «Società di interesse nazionale» e che, da una parte, operava un rinvio all'intera disciplina del Capo V, e dunque anche alle norme collocate nella Sezione XII dello stesso capo, e, dall'altra, circoscriveva il rinvio medesimo alla condizione della «compatibilità» «con le disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa [...] la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti».

Un riferimento agli artt. 2458 e 2459 si leggeva altresì negli artt. 2383, 1° comma, e 2400, 1° comma, c.c., i quali, dopo aver fissato il principio per cui la nomina degli amministratori e dei sindaci spetta all'assemblea, facevano «salvo il disposto degli artt. 2458 e 2459».

Analogo meccanismo era (e, come si vedrà, è tuttora) previsto per le socie-

¹ Il tenore della norma era il seguente: «Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, l'atto costitutivo può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci» (1° comma).

«Gli amministratori e i sindaci nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati» (2° comma).

«Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea» (3° comma).

² Secondo il quale «Le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche nel caso in cui la legge o l'atto costitutivo attribuisca allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori o sindaci, salvo che la legge disponga diversamente».

³ La norma stabiliva che «Qualora uno o più sindaci siano nominati dallo Stato, il presidente del collegio sindacale deve essere scelto tra essi».

⁴ A tenore della quale «Le disposizioni di questo capo si applicano anche alle società per azioni d'interesse nazionale, compatibilmente con le disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti».

Sulla norma v., anche per ogni ulteriore riferimento, l'approfondita monografia di F. SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano, 2003.

tà cooperative dall'art. 2535, 3° e 4° comma, c.c.⁵, ma con alcune divergenze nella formulazione e nella portata delle disposizioni. In particolare, diversamente dalle previsioni in tema di società per azioni, è qui consentita la nomina pubblica extra-assembleare solo della minoranza degli amministratori⁶; non si fa menzione dell'organo di controllo⁷; è prevista esclusivamente la nomina di fonte statutaria⁸; e non vi è alcun riferimento al potere di revoca degli organi in tal modo nominati e al principio della parità di condizione giuridica tra i membri di nomina pubblica e quelli di emanazione assembleare⁹.

A questa, che costituiva la «disciplina generale» della fattispecie in esame, doveva (e deve tuttora) poi aggiungersi una ormai copiosissima legislazione di diritto speciale o singolare, con la quale talora si è fatto diretto ricorso al meccanismo della nomina pubblica di fonte legale e talaltra si è imposta o si è di-

⁵ Secondo cui «La nomina di uno o più amministratori o sindaci può essere attribuita dall'atto costitutivo allo Stato o ad enti pubblici» (3° comma), ma «In ogni caso la nomina della maggioranza degli amministratori e dei sindaci è riservata all'assemblea dei soci» (4° comma).

⁶ Sul punto cfr. G. MARTINI, *Aspetti pubblicistici della nomina extra-assembleare di amministratori e sindaci nelle imprese cooperative*, in *Giur. it.*, 1968, IV, c. 274; G. MINERVINI, *Amministratori e sindaci di società cooperative nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Foro it.*, 1959, IV, c. 219 s., secondo il quale la ratio di tale deroga risiederebbe nell'obiettivo di garantire che le delibere collegiali possano essere approvate anche con il solo voto dei membri di nomina assembleare: nella medesima prospettiva, pertanto, sarebbe legittima la clausola statutaria che riservasse la presidenza del consiglio di amministrazione ad uno dei componenti di nomina assembleare, a patto che «i limitati poteri del presidente escludano la violazione del principio della prevalenza della volontà degli amministratori di nomina assembleare» (*ivi*, c. 220 s.).

⁷ Ma in favore di una lettura estensiva v. G. DI CECCO, *La governance delle società cooperative: l'assemblea*, in AA.VV., *La riforma delle società cooperative*, a cura di R. GENCO, Milano, 2003, p. 142.

⁸ Si tratta, tuttavia, di differenza solo apparente, non potendosi escludere che una legge speciale possa attribuire ugualmente tale potere ad un ente pubblico: cfr., nello stesso senso, A. BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Artt. 2511-2548, Milano, 1988, sub art. 2535, p. 737 ss.; ID., *Le società cooperative*, Torino, 1995, p. 262; G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Libro V, *Del lavoro*, Artt. 2511-2545, Bologna-Roma, 1999, p. 602; cui *adde*, per taluni casi specifici, V. GIORGI, *Gli organi della società cooperativa*, nella *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, *Società cooperative e mutue assicuratrici*, a cura di A. BASSI, Torino, 1999, p. 452; A. CECCHERINI, *Le società cooperative*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XVIII, Torino, 1999, p. 250.

⁹ Generalmente si ritiene, tuttavia, che alle cooperative fosse e sia applicabile per analogia il complesso di disposizioni dettate in tema di nomina pubblica diretta nelle società per azioni e che, dunque, gli amministratori nominati dallo Stato o dagli enti pubblici possano essere revocati soltanto da questi ultimi: G. MINERVINI, *Amministratori e sindaci*, cit., c. 218; G. MARTINI, *Aspetti pubblicistici*, cit., c. 274; A. BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, cit., p. 738; ID., *Le società cooperative*, cit., p. 262; G. BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, cit., p. 602; L.F. PAOLUCCI, *Le società cooperative*, Milano, 1999, p. 109.

Per una diversa ricostruzione v. invece V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, pp. 276 s. e 282.

sciplinata l'attribuzione (obbligatoria o, secondo i casi, facoltativa) per via statutaria degli speciali poteri di nomina di amministratori e sindaci di singole società determinate o di insiemi o tipologie di società, individuate con criteri stabiliti in relazione a specifiche e articolate finalità di politica legislativa¹⁰.

Alla formulazione di tale quadro normativo si addivenne avendo ben presente il dibattito politico e scientifico che si era sviluppato attorno a talune concomitanti esperienze legislative straniere¹¹. Netta ed evidente, in particolare, è l'assonanza con la disciplina dettata negli artt. 762 e 926 del codice svizzero delle obbligazioni (*Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936*), rispettivamente dedicati ai poteri speciali di nomina pubblica diretta nelle società per azioni¹² e nelle società cooperative¹³, che dichiaratamente costituirono il modello di riferimento nei lavori preparatori per il codice civile¹⁴ ed il cui contenuto e la cui stessa formulazione letterale, difatti, appaiono largamente equivalenti a quelli di cui agli originari artt. 2458-2459 e 2535 c.c.¹⁵. Il che consentirà, nel corso del lavoro, di cogliere utili e si-

¹⁰ Per una rassegna di tali ipotesi e delle differenti finalità di politica legislativa ad esse sottese cfr. V. DONATIVI, *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica «diretta» alle cariche sociali*, in *Riv. società*, 1998, p. 1258 ss. e ID., *Rassegna legislativa e statutaria in tema di nomina pubblica alle cariche sociali ex artt. 2458-2459 c.c. nelle società a partecipazione regionale e nel nuovo assetto dell'azionariato provinciale e comunale*, in *Riv. dir. impr.*, 1999, p. 309 ss.

¹¹ Come agevolmente documentabile già attraverso i numerosi riscontri di R. RAVÀ, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 333 ss.

¹² Art. 762 OR, nel 7° Abschnitt, relativo alla «Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts» del Titel XXVI, dedicato alla Aktiengesellschaft.

¹³ Art. 926 OR, nel 9° Abschnitt, parimenti intitolato alla «Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts», del Titel XIX, relativo alla eingetragene Genossenschaft.

¹⁴ Come efficacemente dimostrato attraverso l'articolata ricostruzione dei lavori preparatori svolta da G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 45 s.

¹⁵ L'art. 762 Abs. 1 OR, difatti, come il nostro originario art. 2458, 1° comma, c.c., prevede che «Haben Körperschaften des öffentlichen Rechts wie Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde ein öffentliches Interesse an einer Aktiengesellschaft, so kann der Körperschaft in den Statuten der Gesellschaft das Recht eingeräumt werden, Vertreter in die Verwaltung oder in die Revisionsstelle abzuordnen, auch wenn sie nicht Aktionärin ist». Per alcune differenze, dovute anche alla revisione intervenuta nel 1991, cfr. *infra*, sez. II, par. 6.2.

L'Abs. 2, come il nostro originario art. 2458, 2° comma, stabilisce che «Bei solchen Gesellschaften sowie bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen, an denen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts als Aktionär beteiligt ist, steht das Recht zur Abberufung der von ihr abgeordneten Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle nur ihr selbst zu».

E l'Abs. 3, come il nostro originario art. 2458, 3° comma, prescrive che «Die von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordneten Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle haben die gleichen Rechte und Pflichten wie die von der Generalversammlung gewählten» (la norma proseguiva con la precisazione «[...] sind aber als Verwaltungsräte von der Pflicht zur Hinterlegung von Aktien befreit», soppressa con la riforma del 1991, in connessione con l'abrogazione delle disposizioni sull'obbligo di deposito cauzionale delle azioni: cfr. E. HOMBURGER, *Leitfaden zum neuen Aktienrecht*, Zürich, 1991, p. 115).

gnificative occasioni di comparazione tra i due ordinamenti, nonché di fare tesoro, accanto e ad integrazione dei risultati cui è pervenuta la dottrina italiana, degli ulteriori spunti interpretativi e sistematici frutto della copiosa e raffinata elaborazione dedicata all'argomento in esame dalla letteratura svizzera.

2. *Le novità introdotte con la riforma delle società di capitali e, successivamente, con l'art. 3, 1° comma, d.l. 15 febbraio 2007, n. 10 e con l'art. 13, 1° comma, legge 25 febbraio 2008, n. 34*

L'impianto normativo codicistico in materia di nomina pubblica diretta alle cariche sociali è stato, recentemente, più volte emendato.

Una prima occasione è stata la riforma delle società di capitali, dove tuttavia le modifiche sono state prevalentemente formali e di mero coordinamento sistematico con altre e più sostanziali novità introdotte, nel substrato normativo in cui la fattispecie qui in esame si inserisce, dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6¹⁶.

In primo luogo, si è imposta una rinumerazione della Sezione (che da XII è divenuta XIII, così come la Sezione XIII, che conteneva il vecchio art. 2461, è divenuta XIV) e degli articoli, che hanno assunto i numeri 2449 e 2450 (così come il vecchio art. 2461 è divenuto l'attuale art. 2451)¹⁷.

A differenza della normativa italiana, invece, l'art. 762 OR contiene anche un Abs. 4, in cui si precisa che «Für die von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordneten Mitglieder haftet die Körperschaft der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern gegenüber, unter Vorbehalt des Rückgriffs nach dem Recht des Bundes und der Kantone». Ma sul punto v. *infra*, sez. II, par. 8.

Diversamente dal nostro art. 2535, 3° e 4° comma, c.c., invece, l'art. 926 OR detta disposizioni sostanzialmente identiche a quelle contenute nel citato art. 762 OR, dal quale, nella versione originaria, antecedente alla revisione del 1991, si discostava esclusivamente per qualche lieve differenza redazionale (per la quale v., per tutti, M. GUTZWILLER, *Zürcher Kommentar*, Band IV: *Obligationenrecht*, 6. Titel: *Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung*, Band 2, Zürich, 1974, p. 931 ss.) e, dopo la revisione, per il fatto che non è stata apportata una modifica analoga a quella che ha condotto, nel testo dell'art. 762 OR, a consentire l'attribuzione statutaria di poteri speciali di nomina esclusivamente «in die Verwaltung oder in die Revisionsstelle», restando tuttora possibile che i poteri di nomina pubblica valgano «in die Verwaltung und in die Kontrollstelle» (sul punto cfr., anche per maggiori indicazioni, M. WERNLI, Sub Art. 926, in *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Artt. 530-1186 OR*, herausgegeben von H. Honsell, N. P. Vogt, R. Watter, Basel und Frankfurt am Main, 1992, p. 1725, N. 3, nonché, *amplius, ibi*, p. 1724 ss., N. 1 ss.).

¹⁶ Cosa diversa sono le ricadute indirette che sulle società a partecipazione pubblica sono derivate dal nuovo impianto normativo e di sistema, per le quali v. per tutti A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. società*, 2004, p. 842 ss.

¹⁷ Naturalmente sono stati coerentemente aggiornati anche i rinvii contenuti negli artt. 2383, 1° comma, e 2400, 1° comma, c.c.

Nel contempo, si è altresì proceduto ad un assorbimento della previsione originariamente contenuta nell'(autonomo) art. 2460 nel corpo del nuovo art. 2450 (con aggiunta di un 2° comma che invero non compariva nel vecchio art. 2459)¹⁸.

Sul piano contenutistico, si registra invece, innanzitutto, la sostituzione della locuzione «atto costitutivo» con quella di «statuto», in armonia con la più generale opzione terminologica (e nel contempo concettuale) operata dal d.lgs. n. 6/2003, con cui la seconda espressione è stata preferita ogni qualvolta ci si riferisca, invece che al documento recante la manifestazione della volontà negoziale dei soci fondatori, a quello che incorpora le regole di organizzazione e di funzionamento della società.

Si tratta, dunque, di correzione meramente formale e stilistica. La stessa, tuttavia, non è del tutto priva di rilevanza sostanziale, poiché consente di fugare definitivamente il dubbio, che avrebbe potuto manifestarsi in via interpretativa¹⁹, che poteri speciali di nomina pubblica diretta possano essere attribuiti esclusivamente in sede costitutiva o con modificazione statutaria deliberata col consenso unanime dei soci rappresentanti l'intero capitale sociale²⁰.

Altra novità di ordine contenutistico concerne l'aggiunta, accanto ad amministratori e sindaci, anche dei componenti del consiglio di sorveglianza (negli artt. 2449 e 2450, nonché, in sede di rinvio, anche nel corpo dell'art. 2409-*duodecies*, 2° comma, c.c.²¹), all'evidente fine di rendere applicabile il congegno della nomina pubblica diretta anche nel caso di società che abbia optato per un sistema di amministrazione e controllo di tipo «dualistico».

Analogo richiamo non si è reputato necessario introdurre – per lo meno te-

Analogia rinumerazione si registra anche in materia di società cooperative, dove il vecchio art. 2535 è ora divenuto l'art. 2542. Da rilevare, altresì, che le previsioni originarie sono state riprodotte senza alcuna modificazione testuale, anche se non appaiono più distribuite in due distinti commi (il 3° e 4° comma del vecchio art. 2535), ma in due periodi di un unico comma (il 5° comma del nuovo art. 2542).

¹⁸ Il che, per vero e pacificamente, non avrebbe comportato alcuna conseguenza sul piano interpretativo o applicativo. Ma in senso contrario v. L. SALERNO, *La nomina di amministratori e sindaci da parte dello Stato e degli enti pubblici: l'art. 2449 c.c. ai tempi della riforma*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 465, secondo cui lo spostamento della disposizione all'interno dell'art. 2450 avrebbe invece condotto alla conseguenza della riduzione del suo campo di applicazione alle sole ipotesi di cui allo stesso art. 2450 e non anche a quelle di cui all'art. 2449.

¹⁹ E sul quale v., invero, *infra*, cap. III, par. 2.1.

²⁰ Presumibilmente nello stesso senso può essere letta l'affermazione di G.M. PANINI, *Sub art. 2449*, in AA.VV., *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI-V. SANTORO, vol. 2/II, Torino, 2003, p. 1039, secondo cui «La modifica non è solamente terminologica, ma ha un preciso obiettivo: garantire maggiore autonomia alla società. Ciò in quanto lo statuto, a differenza dell'atto costitutivo, è sottoposto a vincoli e limiti legislativi meno stringenti».

²¹ A tenore del quale «Fatta eccezione per i primi componenti che sono nominati nell'atto costitutivo, e salvo quanto disposto dagli artt. 2351, 2449 e 2450, la nomina dei componenti del consiglio di sorveglianza spetta all'assemblea [...]».

stualmente – per i componenti del consiglio di gestione del sistema dualistico, nonché per i componenti del consiglio di amministrazione e del comitato per il controllo sulla gestione del sistema «monistico», ma il riferimento ai primi, già peraltro implicito nell'espressione «amministratori», si riscontra testualmente nell'art. 2409-*novies*, 3° comma, c.c., che nel prevedere che i primi componenti del consiglio di gestione sono nominati nell'atto costitutivo e che i successivi sono nominati dal consiglio di sorveglianza, fa testualmente «salvo quanto disposto dagli artt. 2351, 2449 e 2450»²².

Ultima novità era infine rappresentata dall'introduzione di un 2° periodo nel 3° comma dell'art. 2449, con cui il legislatore, dopo aver affermato (come già faceva il vecchio 3° comma dell'art. 2458) che i soggetti nominati dallo Stato o dagli enti pubblici «hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea», aveva ritenuto opportuno precisare che «Sono salve le disposizioni delle leggi speciali»²³. E si trattava dell'unica novità cui fosse possibile – come quasi unanimemente rilevato dai primi interpreti – attribuire una valenza sostanziale e non meramente formale, essendo ragionevole ritenere che la stessa non avesse inteso solo e genericamente rammentare che esiste una legislazione speciale che spesso deroga al regime di diritto comune, ma avesse anche il fine di rafforzare, proprio attraverso l'enfasi posta sul carattere speciale (e, si intende, «derogatorio») della legislazione extracodicistica in argomento, la portata generale del principio di parificazione dei componenti di nomina pubblica diretta a quelli di emanazione assembleare²⁴.

Di ben maggiore portata sono le novità introdotte più di recente, ad opera, prima, dell'art. 3, 1° comma, d.l. 15 febbraio 2007, n. 10 («*Disposizioni volte a*

²² Il riferimento ai componenti del consiglio di amministrazione nel sistema monistico deve, poi, reputarsi senz'altro contenuto nella genericità dell'espressione «amministratori» utilizzata dall'art. 2449 c.c., oltre che nella esplicita equiparazione di cui all'art. 223 *septies* disp. att. trans. Più incerta e problematica appare, invece, la questione se sia possibile applicare la norma anche ai componenti del comitato per il controllo sulla gestione: sul punto si veda *infra*, sez. II, par. 6.3.

²³ La precisazione, come si dirà qui in appresso, è poi caduta con l'ultima riformulazione dell'art. 2449 c.c.

²⁴ Tutt'altro che indifferente, in questa prospettiva ermeneutica, è la stessa circostanza che la previsione in esame non fosse stata collocata in un separato 4° comma, ma fosse divenuta un 2° periodo del 3° comma (circostanza non sempre colta dai primi commentatori, spesso al riguardo caduti nella svista di descrivere la norma come collocata in un separato, ma in realtà inesistente, 4° comma).

Cfr. correttamente, per tutti, M. BERTUZZI, Sub *artt.* 2449-2450, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, vol. VII, Milano, 2003, p. 208 s.; B. PETRAZZINI, Sub *artt.* 2449-2450, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, vol. II, Bologna, 2004, p. 1696 s.; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. società*, 2005, p. 4; R. RORDORF, *Le società «pubbliche» nel codice civile*, in *Società*, 2005, p. 427; L. SALERNO, *La nomina*, cit., p. 466.

Per una posizione più articolata v. invece C. CAVAZZA, Sub *artt.* 2449-2450, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, vol. II, Padova, 2005, p. 1709 ss.

dare attuazione ad obblighi comunitari ed internazionali»), conv. in legge 6 aprile 2007, n. 46; e, successivamente, dell'art. 13, 1° comma, legge 25 febbraio 2008, n. 34 [«Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenza dell'Italia alle Comunità europee (Legge comunitaria 2007)»].

Con il primo, invero, è stata disposta l'abrogazione dell'art. 2450 c.c., con conseguente caduta della previsione relativa ai poteri speciali di nomina diretta alle cariche sociali in favore di enti pubblici non titolari di partecipazioni azionarie nella società; e con contestuale caduta anche della norma (che, come si è detto, era stata spostata dall'originario art. 2460 al nuovo 2° comma dell'art. 2450) che prevedeva che il presidente del collegio sindacale dovesse essere scelto tra i sindaci nominati dallo Stato²⁵. Con il secondo, poi, è stato ampiamente rimaneggiato il contenuto dell'art. 2449 c.c.

Entrambi sono intervenuti al dichiarato fine di provvedere all'adeguamento, *in parte qua*, dell'ordinamento italiano a quello comunitario e, segnatamente, agli orientamenti della Commissione e della Corte di giustizia in materia (*in primis*, ma non solo) di libertà di movimento dei capitali (art. 56 Tratt. CE²⁶), potenzialmente ostacolata e pregiudicata da previsioni nazionali, come quella dell'art. 2450 c.c. o del testo originario dell'art. 2449 c.c., recanti un privilegio in favore della mano pubblica che, laddove sganciato da una corrispondente partecipazione azionaria (art. 2450 c.c.) o comunque non sottoposto ad alcun limite e non subordinato ad alcuna particolare condizione (vecchio art. 2449 c.c.), consente, da solo o in combinazione con altri strumenti legali o statutari, di conseguire un potere di controllo potenzialmente «ingiustificato» e «sproporzionato», in guisa tale da dissuadere potenziali investitori ad impiegare i propri capitali nella sottoscrizione o nell'acquisto di azioni di una società nella quale siano presenti siffatti poteri speciali in favore dello Stato o di enti pubblici²⁷.

²⁵ Norma la cui sopravvivenza alla riforma del diritto societario aveva invero sollevato critiche: v. per tutti, A. PERICU, Sub *artt. 2449-2450*, in AA.VV., *Società di capitali*, a cura di G. NICCOLINI-A. STAGNO D'ALCONTRES, vol. III, Napoli, 2004, p. 1313 s.

In chiave critica opposta, rileva invece F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, sez. IV, tomo X, Torino, 2009, p. 474, che l'abrogazione della norma sulla presidenza del collegio sindacale sarebbe stata effettuata in modo quasi accidentale, in quanto, essendosi trovata nel corpo dell'art. 2450 c.c., sarebbe semplicemente rimasta «travolta» dall'abrogazione di quest'ultimo.

²⁶ Il riferimento è per vero anche all'art. 43 Tratt. CE, in tema di libertà di stabilimento, anche se il profilo centrale resta quello di cui all'art. 56.

²⁷ Per la ricostruzione di tali orientamenti e, in particolare, per un commento puntuale alla sentenza della Corte giust., Sez. I, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04, *Federconsumatori e altri c. Comune di Milano* (pubblicata, tra le altre, in *Foro it.*, 2008, IV, c. 67 ss. e in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 925 ss.), v. per tutti, anche per ogni ulteriore riferimento, F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, cit., p. 255 ss., nonché p. 268 ss. per una più ampia disamina della giurisprudenza comunitaria in materia di poteri speciali; M.C. CORRADI, *La proporzionalità tra partecipazione e «potere di controllo» nell'art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2008, II,

3. *L'attuale formulazione dell'art. 2449 c.c. e la disciplina dei poteri speciali di nomina pubblica nelle società «chiuse». Necessità di una prima lettura, in chiave ancora solo esegetica, delle innovazioni introdotte e rinvio, per le ulteriori questioni, sistematiche e applicative, ai capitoli successivi*

Rinviando alla sezione II del presente capitolo una più compiuta ricostruzione della fattispecie disciplinata dall'art. 2449 e ai capitoli successivi la discussione in ordine ai profili più propriamente sistematici e concettuali, appare opportuno svolgere, nei paragrafi finali di questa sezione I, alcune considerazioni dedicate eminentemente ad prima lettura, in chiave ancora meramente esegetica, delle principali questioni interpretative e applicative che la nuova formulazione solleva.

Seguendo la partizione introdotta, appunto, con la più recente riforma dell'art. 2449 c.c., occorre allora distinguere la (differente) disciplina dettata a seconda che la società non faccia (parr. 3.1. e 3.2.) o faccia (par. 4 e suoi sottoparagrafi) ricorso al mercato del capitale di rischio²⁸.

p. 932 ss.; I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 581 ss.; C. CAVAZZA, *Golden share, giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell'art. 2450 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 1193 ss., spec. p. 1200 ss.; ID., *Prerogative speciali e società partecipate dai pubblici poteri: il nuovo art. 2449*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 387 ss.; F. GHEZZI-M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. società*, 2008, p. 683 ss.; F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 396 ss.; F.M. MUCCIARELLI, *La sentenza «Volkswagen» e il pericolo di una «convergenza» forzata tra gli ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 273 ss. (in nota alla sentenza della Corte giust., Grande Sezione, 23 ottobre 2007, causa C-112/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Federale di Germania*, *ivi*, p. 262 ss.).

Che la norma, nella sua formulazione precedente, fosse suscettibile di censura per l'assenza di un limite di «proporzionalità» era peraltro già stato osservato anche in dottrina: cfr., per tutti, A. PERICU, *Sub artt. 2449-2450*, cit., p. 1306 s.

In generale, sui rapporti tra *golden shares* e orientamenti comunitari v. anche, precedentemente, *ex plurimis*, T. BALLARINO-L. BELLODI, *La Golden Share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Riv. società*, 2004, p. 1 ss.; F. SANTONASTASO, *La «saga» della «golden share» tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 383 ss.; e di recente, in nota alla recentissima Corte giust., 26 marzo 2009, C-326/07, I. DEMURO, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri speciali previsti dalla golden share*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 640 ss.; C. SAN MAURO, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di giustizia C-326/07*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, p. 198 ss.; M. CUCINOTTA, *La sentenza della Corte di giustizia 26 marzo 2009 (causa C-326/07): problematiche rilevanti e implicazioni de jure condendo*, *ivi*, p. 229 ss.; nonché, in una prospettiva più allargata, A. GUACCERO [E.J. PAN-M. CHESTER], *Investimenti stranieri e fondi sovrani: forme di controllo nella prospettiva comparata USA-Europa*, in *Riv. società*, 2008, p. 1359 ss., par. 12.

²⁸ Le novità in questione sono riferite alle sole società per azioni e non hanno investito anche

In riferimento alle società per azioni c.d. «chiuse», quindi, può subito prendersi atto che è rimasta immutata la previsione in tema di revoca (che, come nella configurazione normativa originaria, è previsto possa essere disposta esclusivamente dall'ente titolare del potere di nomina), così come quella relativa alla parificazione dei diritti e degli obblighi dei membri di nomina pubblica diretta rispetto a quelli dei membri nominati dall'assemblea, che tuttavia non è più nel 3° comma, ma è diventata un 2° periodo del 2° comma; che non è stata riprodotta la previsione (che il d.lgs. n. 6/2003, come si è visto, aveva introdotto in coda al vecchio 3° comma) di salvezza delle norme contenute nelle leggi speciali, anche se non si tratta di innovazione dotata di una effettiva portata sostanziale²⁹; e che le novità si riconducono, piuttosto, all'introduzione di una disciplina esplicita della scadenza del mandato dei componenti di nomina pubblica diretta (par. 3.1.) e di un limite al numero di seggi che è possibile riservare per via statutaria alla nomina pubblica diretta (par. 3.2.).

3.1. *La disciplina (per equiparazione) della scadenza del mandato dei componenti di nomina pubblica diretta*

Con riferimento alla scadenza del mandato, sono state inserite due nuove disposizioni, secondo cui, rispettivamente, «Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica» (3° periodo del 2° comma); e «I sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza, restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica».

Le disposizioni così inserite non fanno che confermare *in parte qua* il principio della parificazione dei membri di nomina pubblica diretta a quelli di nomina assembleare. E, in tale prospettiva, la norma è stata reputata, dai primi commentatori, come sostanzialmente pleonastica e ridondante³⁰.

È pur vero, tuttavia, che il principio di parificazione è testualmente riferito

l'art. 2542 c.c. in tema di società cooperative: sulla questione della loro possibile estensione anche a queste ultime v. ora C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. società*, 2009, p. 1033 ss.

²⁹ Come giustamente osservato da I. DEMURO, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2009, p. 882, la soppressione (così come, a parere di molti, lo era stata la sua introduzione ad opera del d.lgs. n. 6/2003), deve reputarsi sostanzialmente neutrale e priva di conseguenze sul piano sistematico e applicativo.

³⁰ Così, in particolare, I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario*, cit., p. 593; ID., *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, cit., p. 882.

ai «diritti» e agli «obblighi», mentre la durata in carica e la determinazione della scadenza non hanno necessariamente (o comunque non hanno direttamente e principalmente) a che fare con i diritti e gli obblighi degli amministratori, dei sindaci o dei componenti del consiglio di sorveglianza. Sicché la vera portata della norma è quella di dirimere ogni dubbio sul fatto che la determinazione della durata della carica e del momento di cessazione dalla carica sono insensibili alle modalità con cui i componenti degli organi sociali sono nominati³¹; nonché presumibilmente di impedire l'introduzione in statuto di una clausola che preveda invece una diversa durata della carica o una diversa scadenza dei soggetti di nomina pubblica³². Precisazione che può avere una sua rilevanza se si considera che, come si vedrà diffusamente nel corso del lavoro, l'esercizio dei poteri speciali pubblici di nomina dà luogo – salvo diversa regolamentazione legale o statutaria – all'emanazione di atti di nomina «diretta», che non richiedono di essere ratificati o in altro modo fatti propri dall'assemblea dei soci, ma producono in via immediata il loro effetto, di tal che l'entrata in carica del soggetto nominato si perfeziona con la semplice manifestazione della relativa accettazione. Diversamente dall'ipotesi di diritto comune, pertanto, dove il momento di perfezionamento della carica può divergere esclusivamente in ragione del diverso momento di accettazione o in presenza di una nomina (ordinaria o per cooptazione) di soggetto venuto a cessare prima della scadenza del termine, in questo caso può verificarsi con maggior frequenza (e diventa «normale») l'ipotesi che i soggetti di nomina pubblica entrino in carica in momenti diversi rispetto a quelli di nomina «ordinaria».

È plausibile, pertanto, che la ragione della precisazione che, a scanso di ogni dubbio, il legislatore ha reputato utile introdurre sia in qualche modo riconducibile alle medesime esigenze che avevano spinto il legislatore della riforma societaria a disciplinare *expressis verbis* il momento di cessazione della carica negli artt. 2383, 2° comma, 2400, 1° comma, 2409 *quater*, 2° comma, 2409 *novies*, 4° comma, 2409 *duodecies*, 3° comma, nonché (con norma di rinvio) 2409 *noviesdecies*, 1° e 2° comma, c.c. Esigenze che, come è stato rilevato in dottrina³³, è agevole individuare in ragioni di efficienza organizzativa, a loro

³¹ Che si trattasse di dubbio legittimo è testimoniato, tra l'altro, dal fatto che non erano mancate, in dottrina, opinioni di tipo completamente diverso: cfr., per esempio, A. PERICU, *Sub artt. 2449-2450*, cit., p. 1313, secondo il quale, in caso di inerzia o ritardo dell'Amministrazione nell'operare la sostituzione dei propri esponenti cessati dalla carica, la ricostituzione dell'organo si sarebbe verificata in modo graduale e non contestuale e il termine di scadenza dei diversi componenti dell'organo non sarebbe stato identico per tutti. In senso contrario v. invece R. RORDORF, *Le società «pubbliche»*, cit., p. 428.

³² Così F. GHEZZI-M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina*, cit., p. 672 e nota 10 (ove riferimenti a un caso in cui lo statuto di una società a partecipazione pubblica che attribuiva poteri di nomina pubblica diretta di amministratori con mandato quinquennale); F. SANTONASTASO, *La «saga» della «golden share»*, cit., p. 507.

³³ Sia consentito rinviare, per ogni ulteriore riferimento, a V. DONATIVI, *Appunti in tema di*

volta legate a due distinti, ma connessi, profili: l'opportunità di far coincidere la scadenza del mandato, piuttosto che con la fine dell'ultimo esercizio del triennio, col momento in cui i preposti hanno presentato all'assemblea quel progetto di bilancio che, con l'allegata relazione sulla gestione, costituisce una sorta di documento informativo sui risultati della gestione svolta nell'esercizio medesimo; nonché l'opportunità di far coincidere la scadenza del mandato col momento in cui l'assemblea, convocata per l'approvazione del bilancio, sarà altresì chiamata a deliberare la nomina dei nuovi preposti. Sotto questo profilo, peraltro, sarà onere della prassi far sì che la nomina dei componenti di provenienza pubblica diretta sia acquisita dalla società preventivamente o contestualmente a quella assembleare, in modo da far coincidere l'entrata in carica dei sostituti con la (simultanea) cessazione dei componenti in scadenza.

3.2. Il principio di proporzionalità tra seggi e partecipazione azionaria

Di ben altra portata è il limite quantitativo introdotto al numero di seggi che è consentito riservare alla nomina pubblica diretta, affidato a un parametro di «proporzionalità» tra numero degli amministratori, sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza la cui nomina può dallo statuto essere riservata allo Stato o a enti pubblici, da un lato, e la «partecipazione al capitale sociale», dall'altro.

La norma, va subito rilevato, è stata giudicata censurabile sotto diversi profili e la sua stessa concreta applicazione può risultare meno chiara ed agevole di quanto non possa *prima facie* apparire.

Innanzitutto, è stato sollevato il dubbio che la soluzione adottata dal legislatore, dichiaratamente volta all'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme comunitarie e agli orientamenti manifestati dalla Commissione e dalla Corte di giustizia, non sia effettivamente in grado di assolvere al compito. E ciò, tra l'altro, per due ordini di ragioni.

La prima è che il principio di «proporzionalità», così come affermato dalla giurisprudenza comunitaria, non potrebbe essere compresso e sacrificato in una logica meramente aritmetica di rapporto tra percentuale della partecipazione al capitale e percentuale dei seggi riservati al potere speciale di nomina diretta, ma imporrebbe piuttosto una considerazione estesa alla presenza o meno di ragioni di «giustificazione» del conferimento del peculiare privilegio e, in un certo senso, di «congruità» tra il privilegio medesimo e i fini (o interessi pubblici) cui lo stesso è preordinato, dovendosi reputare sproporzionato ogni qualvolta lo stesso appaia eccessivo ovvero non strettamente necessario

variazione dei sistemi di amministrazione e di controllo nelle società per azioni, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, p. 78 ss.