

Convegno *Verso il nuovo diritto societario. Dubbi ed attese, Firenze, 16 novembre 2002*

PROF. AVV. FRANCESCO CORSI

1.- In primo luogo voglio ringraziare il Notariato per avermi coinvolto in quest'iniziativa che ha avuto, mi pare, un esito brillantissimo. Devo dire che il Notariato è sempre all'avanguardia quando si tratta di affrontare le novità legislative, e in questo caso lo è un po' per forza di cose perché, come ha detto all'inizio il notaio Mascheroni, questa riforma lo vede in prima linea, ed anzi, come ha rincarato il dott. Benedetti nel suo intervento introduttivo, rappresenta per il notariato una vera avventura.

Quali sono le caratteristiche della riforma? Secondo me, il punto centrale sta nell'aver assunto un'ottica focalizzata sull'impresa; ed è anche per questo, io credo, che il nuovo Governo ha potuto far proprio un progetto che era nato con il Governo precedente ma già perseguiva quegli obiettivi di valorizzazione e promozione dell'impresa che evidentemente si ponevano e si pongono come prioritari nel tempo presente.

Ed era l'ora! L'impresa è sempre rimasta sotto le righe nella nostra disciplina codicistica, dove questo termine ricorre come connotazione generica nei titoli e nelle rubriche, ma poi la disciplina è appuntata sull'imprenditore, cosa che impedisce di cogliere appieno la sua complessa unità, di renderla diretta destinataria di regole giuridiche e ha dato vita ai noti problemi di imputazione dell'attività, di cui è espressione la annosa polemica sull'imprenditore occulto.

L'esistenza delle società in qualche modo stempera questa problematica perché dà luogo ad una forma surrettizia di soggettivazione dell'impresa. Mi sembra ormai evidente che le società altro non sono che forme di organizzazione dell'impresa. Questa ottica non era propria del legislatore del '42, impostato piuttosto a vedere la società come soggetto, suscettibile di acquistare la qualifica di imprenditore se e quando esercitasse un'attività d'impresa. Alla domanda se venga prima la società o venga prima l'impresa oggi la risposta mi sembra molto chiara: viene prima l'impresa. La società, di regola, altro non è che una forma di organizzazione dell'impresa medesima.

E quali sono i punti emergenti di questa forma di organizzazione dell'impresa? Sono fondamentalmente due: uno si traduce nel termine (ahimè inglese) di "governance"; l'altro si traduce nelle possibili forme di finanziamento dell'impresa. Sono questi i due punti cardine della disciplina attuale delle società.

2.- Della "governance" oggi qui si è molto parlato, perché c'è molto da dire. Essa attiene da un lato al rapporto tra gestore e controllore, e dall'altro al rapporto tra gestore e assemblea.

Le problematiche più grosse girano attorno ai tre modelli di amministrazione e controllo nella s.p.a.

Sulla traccia di esperienze straniere (tra l'altro rivelatesi in tempi recenti non particolarmente brillanti) si è così voluto offrire due schemi alternativi al nostro classico sistema di distinguere un organo amministrativo da un organo di controllo rappresentato dal collegio sindacale. Francamente di fronte a queste novità, quali emergono dal progetto, io mi sento tradizionalista. Il modello attualmente vigente, con la netta distinzione delle funzioni, continua ad apparirmi – nonostante tutti i suoi difetti – il più confacente ad una sana strutturazione della "governance" societaria. Degli altri due, ed in particolare di quello monistico, qui si è detto in modo critico, ed io lo condivido. Bisogna pensare che quando il controllo deve nascere all'interno dello stesso organo amministrativo si crea fatalmente quella sovrapposizione di cui il dottor Rordorff ci

ha detto con estrema chiarezza.

E ciò è nella natura stessa delle cose. L'atteggiamento di base tra chi agisce e chi ne controlla l'attività è infatti strutturalmente diverso. L'Amministratore nello svolgimento della sua funzione deve sistematicamente procedere a scelte imprenditoriali per il concretamento dell'attività d'impresa. Egli ha di fronte una gamma di soluzioni possibili e la sua attività può tradursi in moltissime e varie forme. Il controllore no; il controllore di fronte alla scelta che è stata fatta deve appunto semplicemente controllare che essa sia conforme alla legge.

Tanto per rendere il concetto in un'immagine abbastanza elementare, l'amministratore gestisce tanto l'acceleratore quanto il freno, il controllore gestisce solo il freno. L'amministratore può (anzi deve) essere creativo, il controllore mai (ne può solo nascere un "teorema" accusatorio). Sono e debbono essere due atteggiamenti mentali diversi. La sovrapposizione di funzioni, che nei due sistemi alternativi si viene a creare tra l'amministratore che controlla l'attività d'un altro amministratore, ma che nello stesso tempo è in grado di sostituirsi a lui, e perfino di dargli gli input è una commistione che considero negativa.

Io credo che, fin quando non siano ben sperimentati, solo in casi particolarissimi converrà consigliare l'adozione di questi sistemi. Il pericolo è che, specialmente il sistema monistico, attragga soprattutto per il minor costo che può rappresentare.

3.- L'altro aspetto fondamentale, sempre relativamente alla *governance*, è quello del rapporto tra assemblea ed amministratori. E' chiaro che con questa riforma si va verso una prevalenza, non dico una prevaricazione, dell'organo amministrativo sull'organo assembleare. Cosa resta dell'assemblea in questa riforma? Resta relativamente poco, e non di rado si tradurrà in una formalità più di quanto già oggi non avvenga.

Nella s.p.a. le è sottratta la delibera di emissione delle obbligazioni, quella di costituzione di patrimoni separati e, quando sia previsto il consiglio di sorveglianza, le è sottratta fin anche l'approvazione del bilancio. E' evidente che, nell'ottica dell'impresa adottata dal nuovo legislatore, chi conta è chi la gestisce e se anche lo statuto può riservare all'assemblea l'autorizzazione di determinate operazioni (art. 2364, n. 5) questo non scalfisce il principio per cui "gli amministratori hanno l'esclusiva responsabilità della gestione dell'impresa" (cfr. gli artt. 2364, n. 5, e 2380-bis). E si noti, a conferma di questa nuova ottica del legislatore, che qui si parla di "gestione dell'impresa" e non più di amministrazione "della società", come recita invece l'art. 2380 ancora vigente. E' palese che nell'ottica appunto di quest'impostazione chi conta è chi gestisce l'impresa. L'assemblea ha una sua funzione che rimane dietro le righe.

Anche la previsione della possibilità di votare per corrispondenza (art. 2370) concorre a questo risultato. Una volta adottata statutariamente questa possibilità, si profila anche l'ipotesi, teorica sia pure, che tutti i soci ricorrano a questa modalità di voto; dov'è l'assemblea? Cosa rimane del dibattito da cui, secondo gli insegnamenti del buon tempo antico, nasce la volontà sociale? Con buona pace di quanto purtuttavia si legge all'ultimo comma dell'art. 2370: "Chi esprime il voto per corrispondenza si considera intervenuto all'assemblea". Si considera, ma non è.

Nella s.r.l. poi l'assemblea è ridotta a deliberare soltanto nei due soli casi previsti ai nn. 4 e 5 dell'art. 2479.

4.- L'altro punto emergente della organizzazione dell'impresa in forma societaria è rappresentato, come dicevo all'inizio, dall'aspetto del finanziamento. E qui direi che la prassi ci aveva già abituato a veder forgiare figure svariate di finanziamento dell'impresa. Si era partiti nel '42 con le azioni (sia pure di varie categorie), da una parte, e le obbligazioni dall'altra. Poi sono sopraggiunte le obbligazioni convertibili, i *warrants*, e poi la prassi bancaria ha messo in circolazione le obbligazioni subordinate. Ora arrivano anche i non meglio identificati strumenti finanziari, privi del voto in assemblea, ma la cui configurazione è totalmente lasciata alla fantasia statutaria. Direi che qui il ventaglio è grandioso.

Nelle s.r.l. il finanziamento per certi aspetti sfuma quando si ammette il conferimento

d'opera. Confesso che sulla possibilità di valutare il conferimento d'opera rimango molto perplesso, e ancor più lo sono sulla possibilità di sottoporlo a stima. Ci sono dei casi in cui non so se il perito dovrebbe essere un medico legale!

Un ultimo aspetto è quello del recesso. Noi lo vediamo spandere a piene mani in questa riforma. Ma il diritto di recesso, in molte circostanze, fa ai pugni con la tutela delle posizioni dei creditori. E' questa una scelta della quale bisognerà in qualche modo tenere le briglie, in particolare al momento di costituire le società, perché tra l'altro la legge lascia mano libera alla possibilità di prevedere casi di recesso al di là di quanto esplicitamente disciplinato.

5.- Ma le perplessità sono molte e si traducono in dubbi, come recita il titolo di questo convegno. Dubbi che in qualche modo si legano anche alla fretta con cui questo testo è stato redatto (perché il termine assegnato dalla legge delega è stato assai breve per una riforma di queste dimensioni) e alla fretta con cui noi abbiamo dovuto prenderne cognizione.

Mi limito ad indicare qualcuno dei dubbi (forse ingiustificati) che mi sono venuti e che comunicherò poi a Carlo Angelici secondo i suoi desideri.

Agli artt. 2383, comma 2, e 2400, comma 1, si usano due locuzioni diverse per esprimere il medesimo concetto relativamente alla durata in carica degli amministratori e dei sindaci, facendo riferimento, ora, "all'ultimo esercizio della loro carica", ora, "al terzo esercizio della carica". La prima induce ad equivocare sul fatto che la carica si prolunghi così ad un quarto esercizio (forse si potrebbe parlare di "ultimo esercizio del loro incarico"); la seconda trascura che la nomina potrebbe essere stata fatta per un numero inferiore di esercizi.

Art. 2391 "Interessi degli amministratori". Qui il discorso potrebbe essere assai lungo.

Mi piace questa disciplina che in qualche modo, come dice Paolo Ferro Luzzi, avrebbe ... eliminato il conflitto d'interessi, perché non si parla di conflitto, ma si parla d'interessi che devono essere rivelati, devono essere manifestati; e ciò appunto anche quando l'interesse non è in conflitto, perché si fa parola di ogni interesse che l'amministratore abbia, per conto proprio o di terzi, in una determinata operazione. E se questo interesse non viene manifestato (e non viene poi opportunamente motivata la deliberazione) la delibera diventa impugnabile. Mi chiedo: l'amministratore è tenuto a questa comunicazione (e quindi la invalidabilità sussiste) anche se egli non partecipa al consiglio (e magari è all'estero in tutt'altre faccende affaccendato)? La conseguenza mi sembra un po' forte.

Art. 2476 "Responsabilità degli amministratori". Qui siamo in tema di società a responsabilità limitata, e in questo articolo è concentrata tutta la disciplina delle responsabilità degli amministratori. È però scappata la responsabilità nei confronti dei creditori: non se ne parla. Mi lascia anche un momento perplesso la possibilità che l'azione possa essere promossa da ciascun socio e quindi anche dal socio infinitesimale. È vero che nella s.r.l. le partecipazioni minimali raramente ricorrono (l'ipotesi più frequente può essere quella di successioni aperte a favore di più eredi, ma questa è anche l'ipotesi in cui frequentemente ricorrono guerre familiari impropriamente combattute sul terreno societario). La norma prevede poi la possibilità che il giudice adotti il provvedimento cautelare di revoca degli amministratori medesimi: non dice che in tal caso egli dovrà anche nominare un amministratore provvisorio. È una disposizione zoppa.

Art. 2478-bis "Bilancio e distribuzione degli utili ai soci". Siamo sempre in tema di società a responsabilità limitata, e non è detto quando l'assemblea debba riunirsi per approvare il bilancio. La cosa è curiosa ma è così. Per la società per azioni il termine risulta dall'art. 2364, che stabilisce che l'assemblea ordinaria deve riunirsi almeno ogni anno, entro i quattro mesi dalla chiusura dell'esercizio. Qui quella norma non è stata ripresa, perché l'approvazione del bilancio è sottratta all'assemblea, ma sul punto tacciono anche gli artt. 2479 e 2479-bis.

Art. 2497: la norma verte in tema di responsabilità nei casi di "direzione e coordinamento di società". Qualcuno ha notato che non usa mai il termine "gruppo". Il testo unico bancario è l'unico che ha avuto il coraggio di parlare esplicitamente di gruppo. Debbo far notare

che il secondo comma, statuendo che risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio, colpisce anche l'amministratore di fatto e il c.d. socio sovrano. Se dunque la norma non parla di gruppo è perché va oltre! Del resto essa si spinge molto avanti anche nella configurazione della fattispecie lesiva, quando parla di lesione cagionata al diritto all'utile. Se esista un diritto all'utile (*sub specie* di utile prodotto) si è discusso tantissimo, come del resto si è addirittura dubitato se dalla partecipazione sociale nascano dei veri e propri diritti per i soci. Ma anche affermare un diritto alla distribuzione dell'utile prodotto (tutto? in percentuale?) può essere pericoloso per molti aspetti. Se non altro perché se le società si autofinanziano forse non fanno male. Anche il diritto alla valorizzazione della partecipazione sociale è concetto assai ampio.

La cosa curiosa poi è che entrambi questi diritti del socio saltino fuori nell'articolo 2497 e non costituiscano una clausola generale del diritto delle società. Se ne deve dedurre che nelle società per azioni che non fanno parte di un gruppo questi diritti non esistono?

6.- Mi fermo qui, auspicando soltanto che si realizzi quello che ho sentito accennare ieri: ossia una possibilità di proroga. Lavorare di fretta non è bello specialmente quando ci si impegna a fondo in un lavoro importante come questo. C'è un proverbio che dice: la gatta frettolosa fece i gattini ciechi. E per il momento qualche gattino cieco francamente ci è scappato! So che, in particolare Angelici e Ferro Luzzi, stanno lavorando di lena e auguro loro di riuscire a limare là dove ce ne è bisogno. Qualche norma è anche curiosa! Ve ne cito una: così com'è, l'articolo 2355 bis sembra far ... morire i titoli azionari, riferendosi (comma 3) alle "clausole che sottopongono a particolari condizioni il trasferimento a causa di morte delle azioni". Se parlasse di "trasferimento delle azioni a causa di morte" saremmo tutti più tranquilli!