

PARERE

1.- La richiesta di modifica statutaria

L'amministratore delegato di Cassa Depositi e Prestiti ("CDP") e il Direttore generale della Direzione VII Finanza e Privatizzazioni del Ministero dell'Economia e delle Finanze ("Tesoro"), hanno inviato al Presidente di Eni S.p.A ("Eni") una lettera congiunta, nella loro qualità di legali rappresentanti degli azionisti Tesoro e CDP - titolari rispettivamente di una partecipazione nel capitale sociale di Eni pari al 4,3353% e al 25,7604% - nella quale chiedono, ai sensi dell'art. 2367 cod. civ., al Consiglio di amministrazione di Eni che l'assemblea, chiamata ad approvare il bilancio d'esercizio dell'anno 2013 e a deliberare il rinnovo delle cariche sociali per scadenza di mandato, venga convocata anche in sede straordinaria per discutere e deliberare l'introduzione nello statuto sociale di una clausola in materia di requisiti di onorabilità dei componenti del consiglio di amministrazione e connesse cause di ineleggibilità e decadenza ("Clausola") secondo il testo riportato nella Relazione illustrativa ("Relazione"), predisposta dagli stessi azionisti, in ottemperanza alle previsioni di cui all'art. 125-ter, comma 3, del Decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58 ("TUF") (1).

(1) Il testo della Clausola di cui si propone l'introduzione nello statuto di Eni (affidando al consiglio di amministrazione il compito di individuare la sua collocazione all'interno dello statuto e di adeguare le *policy* del gruppo ai principi in essa espressi, in caso di approvazione) è il seguente: «1. Costituisce causa di ineleggibilità o decadenza per giusta causa senza diritto al risarcimento danni, dalle funzioni di amministratore l'emissione a suo carico di una sentenza di condanna, anche non definitiva, e fatti salvi gli effetti della riabilitazione, per taluno dei delitti previsti: (a) dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa e dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari, di strumenti di pagamento; (b) dal titolo XI del libro V del codice civile e dal regio decreto 16 marzo 1942, n. 267; (c) dalle norme che individuano i delitti contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'economia pubblica ovvero in materia tributaria; (d) dall'articolo 51, comma 3 - bis, del codice di procedura penale nonché dall'art. 73 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. 2. Costituisce altresì causa di ineleggibilità l'emissione del decreto che disponga il giudizio o del decreto che disponga il giudizio immediato per taluno dei delitti di cui al comma 1 lettere a), b), c) e d), senza che sia

Gli azionisti in questione invitano inoltre il Consiglio di amministrazione a formulare l'ordine del giorno dell'assemblea chiamata ad approvare il bilancio di esercizio in modo che l'argomento da deliberare in sede straordinaria sopra indicato «venga trattato prima di quello di parte ordinaria concernente il rinnovo del Consiglio di Amministrazione» e segnalano l'opportunità che la proposta «venga evidenziata anche in relazione al processo

intervenuta una sentenza di proscioglimento, anche non definitiva, ovvero l'emissione di una sentenza di condanna definitiva che accerti la commissione dolosa di un danno erariale. 3. Gli amministratori che nel corso del mandato dovessero ricevere la notifica del decreto che dispone il giudizio o del decreto che dispone il giudizio immediato per taluno dei delitti di cui al comma 1, lettere a), b), c) e d), ovvero di una sentenza di condanna definitiva che accerti la commissione dolosa di un danno erariale devono darne immediata comunicazione all'organo di amministrazione, con obbligo di riservatezza. Il consiglio di amministrazione verifica, nella prima riunione utile e comunque entro i dieci giorni successivi alla conoscenza dell'emissione dei provvedimenti di cui al primo periodo, l'esistenza di una delle ipotesi ivi indicate. Nel caso in cui la verifica sia positiva, l'amministratore decade dalla carica per giusta causa, senza diritto al risarcimento danni, salvo che il consiglio di amministrazione, entro il termine di dieci giorni di cui sopra, proceda alla convocazione dell'assemblea, da tenersi entro i successivi sessanta giorni, al fine di sottoporre a quest'ultima la proposta di permanenza in carica dell'amministratore medesimo, motivando tale proposta sulla base di un preminente interesse della società alla permanenza stessa. Se la verifica da parte del consiglio di amministrazione è effettuata dopo la chiusura dell'esercizio sociale, la proposta è sottoposta all'assemblea convocata per l'approvazione del relativo bilancio, fermo restando il rispetto dei termini previsti dalla normativa vigente. Nel caso in cui l'assemblea non approvi la proposta formulata dal consiglio di amministrazione, l'amministratore decade con effetto immediato dalla carica per giusta causa, senza diritto al risarcimento danni. 4. Fermo restando quanto previsto dai precedenti commi, l'amministratore delegato che sia sottoposto: (a) ad una pena detentiva o (b) ad una misura cautelare di custodia cautelare o di arresti domiciliari, all'esito del procedimento di cui all'articolo 309 o all'articolo 311, comma 2, del codice di procedura penale, ovvero dopo il decorso dei relativi termini di instaurazione, decade automaticamente per giusta causa, senza diritto al risarcimento danni, dalla carica di amministratore, con contestuale cessazione delle deleghe conferitegli. Analoga decadenza si determina nel caso in cui l'amministratore delegato sia sottoposto ad altro tipo di misura cautelare personale, il cui provvedimento non sia più impugnabile, qualora tale misura sia ritenuta da parte del consiglio di amministrazione tale da rendere impossibile lo svolgimento delle deleghe conferite. 5. Ai fini del presente articolo, la sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale è equiparata alla sentenza di condanna, salvo il caso di estinzione del reato. 6. Ai fini dell'applicazione del presente articolo, il consiglio di amministrazione accerta la sussistenza delle situazioni ivi previste, con riferimento a fattispecie disciplinate, in tutto o in parte, da ordinamenti esteri, sulla base di una valutazione di equivalenza sostanziale».

di presentazione delle liste per la nomina del nuovo Consiglio di Amministrazione al fine di consentire ai soci di valutare le conseguenze in termini di eleggibilità e di decadenza derivanti dalla eventuale approvazione della clausola statutaria».

Nella Relazione si precisa che la richiesta è formulata «*in attuazione di quanto previsto nella Direttiva del Ministro dell'Economia e delle Finanze al Dipartimento del Tesoro emanata in data 24 giugno 2013, in ordine all'adozione di criteri e modalità per la nomina dei componenti degli organi di amministrazione e di politiche per la remunerazione dei vertici aziendali delle società controllate direttamente o indirettamente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze*» ("la Direttiva Ministeriale") e che la clausola, di cui gli azionisti CDP e Tesoro chiedono l'introduzione, è volta a rafforzare i requisiti di onorabilità contemplati per gli amministratori di società con azioni quotate dal combinato disposto degli artt. 147-*quinquies* e 148, comma 4, del TUF, nonché dell'art. 2 del Decreto del Ministro della Giustizia 30 marzo 2000, n. 162 («*Regolamento recante norme per la fissazione dei requisiti di professionalità e onorabilità dei membri del collegio sindacale delle società quotate da emanare in attuazione all'art. 148 TUF*», "Decreto 30 marzo 2000, n. 162").

2.- L'attuale normativa in materia di requisiti di onorabilità per le società quotate

L'art. 147-*quinquies* del TUF dispone che: «*1. I soggetti che svolgono funzioni di amministrazione e direzione devono possedere i requisiti di onorabilità stabiliti per i membri degli organi di controllo con il regolamento emanato dal Ministro della giustizia ai sensi dell'articolo 148, comma 4. 2. Il difetto dei requisiti determina la decadenza dalla carica*».

L'art. 148, comma 4, del TUF stabilisce che: «*Con regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, dal Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti la Consob, la Banca d'Italia e l'Isvap, sono stabiliti i requisiti di onorabilità e di professionalità dei membri del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione. Il difetto dei requisiti determina la decadenza dalla carica*».

Il Decreto 30 marzo 2000 n. 162, per quel che qui rileva, dispone all'art. 2 che: «1. La carica di sindaco delle società indicate dall'art. 1, comma 1, non può essere ricoperta da coloro che: (a) sono stati sottoposti a misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria ai sensi della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni ed integrazioni, salvi gli effetti della riabilitazione; (b) sono stati condannati con sentenza irrevocabile, salvi gli effetti della riabilitazione: 1) a pena detentiva per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria e assicurativa e dalle norme in materia di mercati e strumenti finanziari, in materia tributaria e di strumenti di pagamento; 2) alla reclusione per uno dei delitti previsti nel titolo XI del libro V del codice civile e nel regio decreto 16 marzo 1942, n. 267; 3) alla reclusione per un tempo non inferiore a sei mesi per un delitto contro la pubblica amministrazione, la fede pubblica, il patrimonio, l'ordine pubblico e l'economia pubblica; 4) alla reclusione per un tempo non inferiore ad un anno per un qualunque delitto non colposo. 2. La carica di sindaco nelle società di cui all'articolo 1, comma 1, non può essere ricoperta da coloro ai quali sia stata applicata su richiesta delle parti una delle pene previste dal comma 1, lettera b), salvo il caso di estinzione del reato» (sottolineatura aggiunta).

3.- La Direttiva Ministeriale

La Direttiva Ministeriale, richiamata dagli azionisti CDP e Tesoro, dispone che «per quanto attiene ai requisiti di eleggibilità e le ipotesi di decadenza, il Dipartimento del Tesoro, in occasione dei rinnovi degli organi di amministrazione delle società direttamente controllate, vorrà assicurare che esse provvedano a modificare i propri statuti inserendo la clausola di cui all'allegato della presente direttiva (...). Con riferimento alle società controllate dallo Stato con titoli azionari quotati nei mercati regolamentati, il Dipartimento del Tesoro, in occasione dei rinnovi dei relativi organi di amministrazione, vorrà promuovere la formulazione di una proposta di modifica statutaria nei termini indicati e invitare ad adeguare la policy di gruppo ai medesimi principi» (p. 2).

La clausola proposta con la Direttiva Ministeriale è del seguente tenore:

«1. Costituisce causa di ineleggibilità o decadenza per giusta causa senza diritto al risarcimento danni, dalle funzioni di amministratore l'emissione a suo carico di una sentenza di condanna, anche non definitiva, per taluno dei delitti previsti:

(a) dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa e dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari, di strumenti di pagamento;

(b) dal titolo XI del libro V del codice civile e dal regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

(c) dalle norme che individuano i delitti contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'ordine pubblico, contro l'economia pubblica ovvero in materia tributaria;

(d) dall'articolo 51, comma 3 - bis, del codice di procedura penale nonché dall'art. 73 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309.

2. Costituisce altresì causa di ineleggibilità l'emissione del decreto che dispone il giudizio o del decreto che dispone il giudizio immediato per taluno dei delitti di cui al comma 1 lettere a), b), c) e d) ovvero di una sentenza di condanna definitiva che accerti la commissione dolosa di un danno erariale.

3. Gli amministratori che nel corso del mandato dovessero ricevere la notifica del decreto che dispone il giudizio o del decreto che dispone il giudizio immediato per taluno dei delitti di cui al comma 1, lettere a), b), c) e d), ovvero di una sentenza di condanna definitiva che accerti la commissione dolosa di un danno erariale devono darne immediata comunicazione all'organo di amministrazione, con obbligo di riservatezza. Il consiglio di amministrazione verifica, nella prima riunione utile e comunque entro i dieci giorni successivi alla conoscenza dell'emissione dei provvedimenti di cui al primo periodo, l'esistenza di una delle ipotesi ivi indicate e convoca, entro 15 giorni, l'assemblea, al fine di deliberare in merito alla permanenza nella carica dell'amministratore, formulando al riguardo una proposta motivata che tenga conto di un possibile preminente interesse della società alla permanenza stessa. Nel caso in cui l'assemblea non deliberi la permanenza dell'amministratore, quest'ultimo decade automaticamente dalla carica per giusta causa senza diritto al risarcimento danni.

4. Fermo restando quanto previsto dai precedenti commi, costituisce causa di ineleggibilità o decadenza automatica per giusta causa, senza diritto al risarcimento danni, dalle funzioni di amministratore con deleghe operative la situazione di sottoposizione ad una misura cautelare personale, tale da rendere impossibile lo svolgimento delle deleghe, all'esito del procedimento di cui all'articolo 309 o all'articolo 311, comma 2, del codice di procedura penale, ovvero dopo il decorso dei relativi termini di instaurazione.

5. Agli effetti della presente disposizione, la sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale è equiparata alla sentenza di condanna».

4.- Il quadro legislativo e regolamentare in tema di requisiti di onorabilità

Sia la Direttiva Ministeriale, sia la proposta di modifica statutaria degli azionisti Tesoro e CDP contengono un inasprimento delle regole in materia di requisiti di onorabilità, rispetto non solo alle disposizioni applicabili agli amministratori e sindaci di società quotate, ma anche a quelle specifiche previste per gli esponenti bancari (Decreto 18 marzo 1998, n. 161, «Regolamento recante norme per l'individuazione dei requisiti di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali delle banche e delle cause di sospensione, ai sensi dell'art. 26 TUB»), e per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso SIM, società di gestione del risparmio e SICAV (Decreto 11 novembre 1998, n. 468, «Regolamento recante norme per l'individuazione dei requisiti di professionalità e di onorabilità dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso SIM, società di gestione del risparmio e SICAV, ai sensi dell'art. 13 TUF») - [i "Regolamenti"]⁽²⁾.

Entrambi i Regolamenti, nel definire i requisiti di onorabilità - il cui difetto, ai sensi rispettivamente degli artt. 26 TUB e 13 TUF, comporta la decadenza automatica dalla carica - ricollegano, con riguardo a determinati reati, la decadenza al solo caso in cui vi sia stata una sentenza irrevocabile⁽³⁾, così come - s'è già visto - anche le disposizioni dettate per le società quotate (Decreto 30 marzo 2000, n. 162, art. 2, applicabile ex art. 147-*quinquies* TUF

(2) Sulla coerenza della normativa regolamentare con i principi costituzionali, peraltro, attenta dottrina non ha mancato di sollevare dubbi: MAZZINI, *Requisiti di professionalità e di onorabilità degli esponenti aziendali*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio, Santoro, Bologna, vol. 1, 2003, p. 394 ss., ivi a p. 397; ZANOTTI - BELLÌ, *Profili penalistici in tema di requisiti di onorabilità per esponenti e partecipanti al capitale di banche e sim*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1999, I, p. 448 ss., ivi alle pp. 452-453. Cfr. *infra* nota (9).

(3) Art. 5. (Decreto 18 marzo 1998, n. 161) *Requisiti di onorabilità - 1. Le cariche, comunque denominate, di amministratore, sindaco e direttore generale in banche non possono essere ricoperte da coloro che: (...) c) sono stati condannati con sentenza irrevocabile ...*. Art. 3. (Decreto 11 novembre 1998, n. 468) *Requisiti di onorabilità - 1. Le cariche, comunque denominate, di amministratore, sindaco e direttore generale nelle SIM, SGR e SICAV non possono essere ricoperte da coloro che: (...) c) sono stati condannati con sentenza irrevocabile (...).*

anche agli amministratori di società quotate). La scelta di limitare le fattispecie rilevanti ai fini della decadenza alle ipotesi di condanna "irrevocabile" è stata evidentemente considerata rispondente a un elementare principio di civiltà giuridica, sancito a livello costituzionale, stante la presunzione di innocenza (4).

I Regolamenti in questione hanno introdotto per la prima volta in materia societaria l'istituto della "sospensione" dalla carica (5) individuando, tra le cause di sospensione dalle funzioni di amministratore, sindaco e direttore generale, anche l'ipotesi di «condanna con sentenza non definitiva ...» a determinati reati (art. 6, Decreto 18 marzo 1998, n. 161; art. 4, Decreto 11 novembre 1998, n. 468).

Si è osservato come la sospensione abbia natura di misura precauzionale, perché è destinata a incidere su soggetti «ancora protetti dalla presunzione costituzionale di non colpevolezza» (6). Il meccanismo della sospensione consente alla società di verificare se la permanenza in carica del soggetto risponda all'interesse sociale. La condanna con sentenza non definitiva infatti non porta all'automatica decadenza dalla carica, ma al suo verificarsi la società è chiamata a decidere se allontanare o meno il soggetto che ne sia destinatario (7).

(4) In questo senso CAVALLI, *Art. 148*, in *Testo Unico della Finanza*, Commentario diretto da Gian Franco Campobasso, Torino, **, 2002,, p. 1208 ss., ivi alla p. 1230.

(5) GIANNELLI, *Autonomia statutaria e sospensione degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 1186 ss.; PORTALE, "Sospensione delle funzioni" di amministratore di società bancaria e disciplina societaria, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p. 377 ss.; FERRO LUZZI, *Sulla "sospensione" di amministratori e sindaci*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 1225 ss.; SALAFIA, *Sospensione dalla carica di amministratore, sindaco, direttore generale di Banche e SIM*, in *Società*, 1998, p. 752 ss.; CABRAS, *Sospensione ed autosospensione di amministratori e sindaci nelle società esercenti il credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, p. 685 ss.; WEIGMANN, *Commento all'art. 9 legge 5 luglio 1991, n. 197*, in *Nuove leggi civili*, 1993, p. 1078 ss.

(6) MAZZINI, *op. cit.*, p. 412; DE LILLO, *Requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza degli esponenti aziendali*, in *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Padova, 2012³, tomo I, p. 309 ss., ivi alla p. 319.

(7) Oltre alla condanna con sentenza non definitiva, sono indicate tra le cause di sospensione anche: «b) l'applicazione su richiesta delle parti di una delle pene di cui

Entrambi i Regolamenti precisano che: *«il consiglio di amministrazione iscrive l'eventuale revoca dei soggetti, dei quali ha dichiarato la sospensione, fra le materie da trattare nella prima assemblea successiva al verificarsi di una delle cause di sospensione ...»*.

La sospensione prelude dunque a un'ipotesi di revoca nel caso in cui l'assemblea non ritenga rispondente all'interesse sociale la permanenza del soggetto nella carica. Al verificarsi dell'ipotesi di sospensione, il consiglio deve porre la questione all'ordine del giorno della prima assemblea successiva al verificarsi della causa di sospensione.

Anche le più recenti norme in materia di incandidabilità (a cariche elettive e di governo) e di inconfiribilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni prevedono solo l'ipotesi in cui sia intervenuta una sentenza di condanna.

Il d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, recante *«Disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi»* ⁽⁸⁾ prevede quale ipotesi di incandidabilità la *«condanna definitiva»* a determinati reati (art. 1), ovvero, quale ipotesi di sospensione la *«condanna non definitiva»* (artt. 8, 11).

Il d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, recante *«Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico»* prevede, tra le cause ostative, l'intervento di una condanna, *«anche con sentenza non passata in giudicato»* (art. 3, comma 1).

5.- Nullità della Clausola per contrasto con norme imperative di rango costituzionale e comunitario

Il dettato della clausola statutaria di cui si propone l'introduzione si espone a molteplici profili di invalidità.

all'art. 3 comma 2 [nel decreto 18 marzo 1998, n. 161, il riferimento è all'art. 5 comma 2], con sentenza non definitiva; c) l'applicazione provvisoria di una delle misure previste dall'art. 10, comma 3, della legge 19 marzo 1990, n. 55, e successive modificazioni e integrazioni; d) l'applicazione di una misura cautelare di tipo personale».

⁽⁸⁾ Decreto legislativo emanato a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190, recante *«Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione»*.

È opportuno, innanzitutto, premettere che il codice civile riconosce all'autonomia statutaria la possibilità di «*subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza*» (art. 2387, comma 1, cod. civ.), ulteriori rispetto a quelli previsti dal legislatore all'art. 2382 cod. civ..

Il problema, considerato il carattere afflittivo della disciplina della ineleggibilità e decadenza di cui si propone l'introduzione, è quello dei possibili vincoli all'autonomia statutaria ⁽⁹⁾: lo statuto infatti, soggiace ai limiti previsti dal codice civile per gli atti di autonomia privata, in particolare a quelli che derivano da norme imperative e dall'ordine pubblico.

Ai soci spetta la facoltà di introdurre criteri ulteriori di eleggibilità alle cariche sociali «*con l'unico limite rappresentato dal contrasto con le norme di ordine pubblico o di rango costituzionale*» ⁽¹⁰⁾. Lo statuto, infatti «*può identificare criteri autonomi al riguardo, con il limite delle norme di ordine pubblico*» ⁽¹¹⁾.

I principi costituzionali costituiscono norme imperative ⁽¹²⁾ o, comunque, assumono rilevanza in relazione alla nozione di ordine pubblico ⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ In analogia materia, la dottrina ha dubitato della legittimità di delegare alla potestà regolamentare l'individuazione dei requisiti di professionalità ed onorabilità degli esponenti bancari. Tale scelta «*devolve in toto a regolamenti ministeriali una materia che tocca la capacità e la libertà di autodeterminazione delle persone*». Così, MAZZINI, *op. cit.*, p. 396. E, con specifico riferimento ai requisiti di onorabilità, è stato sottolineato che «*l'aver agganciato l'onorabilità all'esistenza di specifiche cause che la escludono, di natura indiscutibilmente penale, riapre il problema (e non lo chiude) se si sia in presenza di materia penale, questa sì certamente coperta da riserva assoluta*» osservando, infine, che «*anche uno sguardo superficiale dell'attuale disciplina regolamentare convince immediatamente che si è in presenza di conseguenze automatiche di provvedimenti della giurisdizione penale, in guisa di preclusioni che limitano notevolmente ed in molteplici direzioni l'attività del condannato*» ZANOTTI - BELLI, *op. cit.*, pp. 452-453.

⁽¹⁰⁾ LANDINI, *Commento sub art. 2387*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, I, Padova, 2005, p. 715 ss., ivi alla p. 718.

⁽¹¹⁾ SANDULLI, *Commento sub art. 2387*, in *La riforma delle società*, Commentario a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, I, p. 435 ss., ivi alla p. 437.

⁽¹²⁾ Per l'imperatività delle norme contenute negli articoli costituzionali v. SACCO, in *Trattato di diritto privato*, Vol. X, *Obbligazioni e Contratti*, II, diretto da Rescigno, Torino, 2002. DE NOVA, «*The law which governs this agreement is the law of the Republic*

Tale lettura ha trovato riscontro anche in alcune pronunce della Cassazione, le quali, nel censurare la sentenza impugnata che non aveva «dichiarato la nullità della clausola statutaria», hanno statuito che l'autonomia privata non può prevedere una disciplina in contrasto con norme imperative contenute nella Costituzione ⁽¹⁴⁾.

Ciò premesso, la Clausola pare violare i principi costituzionali: in particolare, la disciplina in esame si pone in contrasto con il principio di presunzione di innocenza (rectius di non colpevolezza) sancito dall'art. 27, comma 2, della Costituzione, - se non anche laddove conferisce rilevanza ad una sentenza "non definitiva" - certamente con riferimento al meccanismo che prevede come causa di ineleggibilità e di decadenza l'emissione del decreto che dispone il giudizio (ordinario o immediato), in assenza, quindi, di un accertamento di responsabilità (commi 2 e 3 della Clausola).

La giurisprudenza della Corte Costituzionale è in proposito assai significativa. La Consulta ha infatti dichiarato illegittima, in virtù del combinato disposto degli articoli 2, 27 e 51 Cost., la «*non candidabilità alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali di coloro per i quali (...) è stato disposto il giudizio*», prevista dall'art. 15, comma 1, lettera e) della l. 55/1990 e ha messo in proposito in evidenza che «*la previsione della ineleggibilità, e della conseguente nullità dell'elezione, è misura che comprime, in un aspetto essenziale, le possibilità che l'ordinamento costituzionale offre al*

of Italy»: il contratto alieno, in *Dir. comm. Intern.*, 2007, p. 3 e ss.: «Sacco ha eretto un ampio inventario di norme costituzionali che proteggono l'autonomia contrattuale, e di valori protetti. E la giurisprudenza ordinaria ha avuto occasione di dare diretta rilevanza a norme costituzionali in materia di contratto, anche tramite la nozione di ordine pubblico, che già nel 1966 Rescigno indicava come il mezzo attraverso il quale attribuire efficacia ai diritti fondamentali nei rapporti privati. Penso alla decisione in cui la nullità della vendita di macchina utensile priva di dispositivo antinfortunistico viene comminata per contrarietà ai principi di ordine pubblico "tra i quali vanno ravvisate le esigenze di tutela della salute dei cittadini (art. 32 Cost.) e del lavoro (art. 35 Cost.)" o alla decisione in cui la nullità della clausola del "titolo di studio massimo" viene pronunciata per violazione dell'art. 34, comma 3, Cost.»(enfasi aggiunta).

⁽¹³⁾ RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 1 ss., ivi alla p. 33.

⁽¹⁴⁾ Nel caso di specie si trattava dell'art. 36 Cost: v. Cass. civ., sez. lav., 02.09.1995, n. 9290; in senso conforme Cass. civ., sez. lav., 21.11.2012, n. 20418.

cittadino di concorrere al processo democratico. Chi è sottoposto a procedimento penale, pur godendo della presunzione di non colpevolezza ai sensi dell'art. 27, secondo comma, della Costituzione, è intanto escluso dalla tornata elettorale: un effetto irreversibile che in questo caso può essere giustificato soltanto da una sentenza di condanna irrevocabile». Alla luce di ciò «la sancita ineleggibilità assume i caratteri di una sanzione anticipata, mancando una sentenza di condanna irrevocabile e, nel caso di semplice rinvio a giudizio, addirittura prima che il contenuto dell'accusa sia sottoposto alla verifica dibattimentale». Pertanto, continua la Corte, «sono dunque evidenti l'incongruenza e la sproporzione di una misura irreversibile come la non candidabilità, in forza di quei presupposti ai quali la legge attribuisce fisiologicamente - ove sopravvenuti - l'effetto meramente sospensivo» (15).

Applicando il principio espresso dalla Corte Costituzionale all'ipotesi in esame è facile rilevare che anche la disciplina prevista nella Clausola finisce per comprimere, in contrasto con le garanzie costituzionali, le capacità e la libertà di autodeterminazione che l'ordinamento riconosce al singolo: così come per la fattispecie esaminata dalla Consulta, le regole contenute nei commi 2 e 3 della proposta di modifica dello statuto prevedono che l'effetto afflittivo irreversibile scaturisca dal solo decreto che dispone il giudizio (o da quello che dispone il giudizio immediato) in assenza, quindi, di un accertamento della responsabilità penale. Il contrasto con il principio di non colpevolezza comporta dunque la nullità della Clausola per contrarietà a norme imperative (costituzionali) o all'ordine pubblico.

Oltre che in contrasto con norme di rango costituzionale, la Clausola solleva dubbi di compatibilità anche con le norme della Convenzione Europea sui diritti dell'Uomo (CEDU).

Le ipotesi di ineleggibilità e decadenza in esame possono essere assimilate a sanzioni di carattere penale, alla luce dei criteri stabiliti dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (16), sia perché si tratta di misure fortemente

(15) Corte cost., 6 maggio 1996, n. 141.

(16) La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha individuato tre criteri per stabilire se una sanzione ha natura penale: (i) qualificazione dell'illecito nel diritto interno dello Stato parte, (ii) natura dell'illecito, (iii) gravità della sanzione (sentenza 9 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, parr. 82 e 83). Il primo criterio non è

afflittive che comportano discredito sociale e pongono dubbi sulla onorabilità dei soggetti interessati, sia perché riguardano proprio conseguenze di provvedimenti della giurisdizione penale che incidono notevolmente sulla capacità e libertà del singolo. Assume pertanto rilevanza anche la violazione del principio della presunzione di innocenza sancito anche dall'art. 6 CEDU (17).

Un ulteriore profilo di contrasto con il dettato costituzionale - e, precisamente, con gli artt. 3 e 24 della Costituzione - può essere ravvisato poi nella parte in cui la clausola statutaria prevede l'operare della causa di ineleggibilità e decadenza anche con riferimento alle sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti emesse prima dell'introduzione della Clausola (comma 5).

La Consulta infatti ha dichiarato l'incostituzionalità, per violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione, di una disposizione transitoria che, nel prevedere l'applicazione retroattiva della novella legislativa, aveva *«radicalmente innovato la disciplina che l'imputato aveva avuto presente nel ponderare l'opportunità di addivenire al patteggiamento»*, sulla scorta della considerazione che *«la componente negoziale propria dell'istituto del patteggiamento (...), postula certezza e stabilità del quadro normativo che fa da sfondo alla scelta compiuta dall'imputato e preclude che successive modificazioni*

cumulativo rispetto agli altri, per cui una sanzione può essere considerata di natura penale anche laddove non sia qualificata come tale dal diritto interno (*ex pluribus* sentenza 9 ottobre 2003, *Ezeh e. Connors c. Regno Unito*, parr. 82-86). In base al criterio della natura dell'illecito, sono considerate "penali" le norme che, indirizzandosi ad una generalità di destinatari, risultano caratterizzate da un contenuto sostanzialmente punitivo e/o da una dimensione intrinsecamente afflittiva (sentenza 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*, par. 54). Quanto alla gravità della sanzione, occorre considerare l'entità della sanzione concretamente afflitta e le sue ripercussioni sul soggetto che la subisce (sentenza 24 settembre 1997 *Garyfallou Aebe c. Grecia*, parr. 33 e 34).

(17) La presunzione d'innocenza esige che *«i membri dell'organo giudicante non partano dall'idea preconcepita che il prevenuto (abbia) commesso il reato per cui lo si persegue»* (*ex multis* sentenza del 6 dicembre 1988, *Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna*, par. 77). Tale presunzione risulta violata ogniqualvolta la decisione giudiziaria relativa ad un imputato rifletta la "sensazione" che sia colpevole, senza che la sua colpevolezza sia stata legalmente stabilita in precedenza.

legislative vengano ad alterare in pejus effetti salienti dell'accordo suggellato con la sentenza di patteggiamento» ⁽¹⁸⁾. La Corte Costituzionale ha posto l'accento sull'essenza negoziale del c.d. "patteggiamento": non sarebbe conforme ai parametri costituzionali di cui agli artt. 3 e 24 della Costituzione la modifica, unilaterale e *in pejus*, del quadro alla base dell'accordo e l'applicazione retroattiva di misure inibitorie che l'imputato non ha potuto considerare al momento della rinuncia al suo diritto di difesa.

L'autonomia privata, nell'introdurre ulteriori requisiti di onorabilità per gli amministratori, incontra pertanto anche questo limite invalicabile. Una diversa soluzione si porrebbe d'altra parte in contrasto anche con i principi di legalità e di irretrattività ai sensi dell'art. 7 ("*nulla poena sine lege*") della CEDU.

6.- La nullità della Clausola (comma 3) per contrasto con la disciplina inderogabile dell'ordinamento societario

Con riferimento al terzo comma, vi è poi un altro profilo di nullità, per contrasto con la disciplina inderogabile dell'ordinamento societario.

La clausola che gli azionisti Tesoro e CDP propongono di introdurre - e che diverge sotto questo profilo dalla clausola formulata nella Direttiva Ministeriale - prevede che gli amministratori che ricevano la notifica del decreto che dispone il giudizio durante il mandato ⁽¹⁹⁾ debbano darne immediata notizia al consiglio di amministrazione, al quale spetta verificarne l'esistenza; la Clausola dispone inoltre che «nel caso in cui la verifica sia positiva, l'amministratore decade dalla carica per giusta causa, senza diritto al risarcimento danni, salvo che il consiglio di amministrazione, entro il termine di dieci giorni di cui sopra, proceda alla convocazione dell'assemblea, da tenersi nei successivi sessanta giorni, al fine di sottoporre a quest'ultima la proposta di permanenza in carica dell'amministratore medesimo, motivando tale

⁽¹⁸⁾ Corte cost., 25 luglio 2002, n. 394.

⁽¹⁹⁾ La clausola indica anche l'ipotesi del ricevimento della notifica del decreto che «*dispone il giudizio immediato per taluno dei delitti di cui al comma 1, lettera a), b), c) e d), ovvero di una sentenza di condanna definitiva che accerti la commissione dolosa di un danno erariale*».

proposta sulla base di un preminente interesse della società alla permanenza stessa».

La proposta contenuta nella Direttiva Ministeriale (cfr. *supra* paragrafo 3), invece (ricalcando la disciplina dei Regolamenti in tema di requisiti di onorabilità per gli esponenti bancari e delle SIM), impone al consiglio di amministrazione, dopo aver ricevuto la notizia del verificarsi del requisito e averne attestato l'esistenza, di convocare un'assemblea ad hoc, affinché sia l'assemblea a valutare la sussistenza di un preminente interesse della società alla permanenza in carica dell'amministratore. Solo a seguito della decisione negativa dell'assemblea, il consigliere "decade" dalla carica - o, più correttamente, si dovrebbe dire, viene "revocato", perché la decadenza è effetto automatico del verificarsi di una situazione non soggetta a una discrezionale valutazione dell'assemblea (20).

Va detto infatti che tale fattispecie è da equiparare più propriamente ad una ipotesi di "sospensione", e non di decadenza automatica, che può dar luogo poi ad una revoca, perché prevede che l'assemblea possa esprimersi, escludendo il venir meno dalla carica se sussiste un preminente interesse sociale alla permanenza del soggetto colpito dall'evento in questione. Non si tratta dunque di un'ipotesi in cui la decadenza si produce per effetto automatico del verificarsi di una determinata circostanza. D'altra parte, come detto, la decadenza non pone alcuna questione in ordine alla possibilità o meno di un risarcimento del danno per l'amministratore cessato - questione che rileva appunto solo in caso di revoca senza giusta causa.

Nel testo proposto dagli azionisti Tesoro e CDP è, come si è visto, lasciata alla valutazione del consiglio di amministrazione la decisione se investire dell'argomento l'assemblea al fine di consentire la permanenza dell'amministratore. Il consiglio di amministrazione, dunque, potrebbe in

(20) «Il consiglio di amministrazione verifica, nella prima riunione utile e comunque entro i dieci giorni successivi alla conoscenza dell'emissione dei provvedimenti di cui al primo periodo, l'esistenza di una delle ipotesi ivi indicate e convoca, entro 15 giorni, l'assemblea, al fine di deliberare in merito alla permanenza nella carica dell'amministratore, formulando al riguardo una proposta motivata che tenga conto di un possibile preminente interesse della società alla permanenza stessa. Nel caso in cui l'assemblea non deliberi la permanenza dell'amministratore, quest'ultimo decade automaticamente dalla carica per giusta causa senza diritto al risarcimento danni».

ipotesi decidere di non convocare l'assemblea, così provocando l'automatica decadenza del consigliere.

In questo modo però verrebbe evidentemente sovvertito il principio della inderogabile competenza dell'assemblea in materia di nomina e cessazione degli amministratori. La previsione, dunque, anche sotto questo profilo, non può che considerarsi nulla, perché le norme che disciplinano la competenza dell'assemblea debbono ritenersi «*inderogabili in quanto sono di ordine pubblico per la loro incidenza su una sfera di interessi generali della collettività*» (21).

7.- Conclusioni

La Clausola presenta i diversi indiscutibili profili di nullità sopra esaminati.

Ad essi si potrebbero aggiungere altri motivi di criticità (come ad esempio l'assoluta tipicità dell'ordinamento delle società quotate e lo stravagante riferimento al danno erariale), che ho preferito tralasciare per non appesantire inutilmente la trattazione.

Milano, 28 marzo 2014


(Guido Rossi)

(21) GIANNELLI, *op. cit.*, p. 1190, in tema di sospensione dalla carica. Nello stesso senso, SIRONI, *Requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, sub art. 2387, p. 277 ss., ivi alla p. 295, ove: «*si esclude con certezza la legittimità della clausola che attribuisca al consiglio di amministrazione il potere di sospendere il consigliere*».