

■ Studi di Impresa

Studio n. 150-2008/I

Nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazioni pubblica (il nuovo testo dell'art. 2449 c.c.) (*)

(Approvato dalla Commissione studi d'Impresa il 30 ottobre 2008)

Sommario: Premessa; 1. Ambito soggettivo di applicazione della norma; 2. La modifica dell'art. 2449 e la tendenza del legislatore a disincentivare il ricorso alle società partecipate; 3. L'intervento della Corte di Giustizia sull'art. 2449 c.c. e la procedura di infrazione; 4. L'art. 13 della legge Comunitaria. Verso la fine dei "poteri speciali"? a) le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio; 5. La nomina di amministratori da parte del socio pubblico nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio; 6. La possibile concorrenza del modello s.r.l. I diritti particolari e la serializzazione delle partecipazioni

Premessa

La modifica dell'art. 2449 c.c. ⁽¹⁾ ad opera del comma 1 dell'art. 13 della legge Comunitaria per il 2008 (legge 25 febbraio 2008, n. 34) si inquadra in una tendenza del legislatore degli ultimi anni volta a ridimensionare l'influenza della partecipazione pubblica nelle imprese.

L'attuale testo della norma – rubricata «*Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*» – prevede che «Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale.

Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. 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.

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.

Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346. Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti».

Il comma 2 del citato art. 13 prevede, poi, una disposizione transitoria: «Il consiglio di amministrazione, nelle società che ricorrono al capitale di rischio e nelle quali sia prevista la nomina di amministratori ai sensi dell'articolo 2449 del codice civile, nel testo vigente anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge, adegua lo statuto entro otto mesi da tale data, prevedendo che i diritti amministrativi siano rappresentati da strumenti finanziari, non trasferibili e condizionati alla persistenza della partecipazione dello Stato o dell'ente pubblico, ai sensi dell'articolo 2346, sesto comma, del codice civile. Scaduto il predetto termine di otto mesi, perdono efficacia le disposizioni statutarie non conformi alle disposizioni dell'articolo 2449, come sostituito dal comma 1».

1. Ambito soggettivo di applicazione della norma

Sia nella formulazione originaria che in quella novellata, l'art. 2449 c.c. riferisce il suo ambito applicativo alle società per azioni con partecipazione dello Stato o di altri enti pubblici ⁽²⁾.

Per poter circoscrivere l'ambito soggettivo di applicazione della norma è necessario, pertanto, in primo luogo, muovere da un tentativo di definizione. Stante, tuttavia, l'impossibilità di ricondurre il fenomeno ad unità, per la eterogeneità e disomogeneità della disciplina positiva ⁽³⁾, tale definizione non può che risultare approssimativa: possono, quindi, in linea di massima, considerarsi tali quelle società in cui v'è una partecipazione, più o meno qualificata, di soggetti pubblici al capitale.

Autorevole dottrina ⁽⁴⁾ distingue sul piano definitorio le società pubbliche dalle società a partecipazione pubblica ⁽⁵⁾. Mentre le prime si configurano come società "finte" in quanto enti pubblici con struttura organizzativa societaria, le seconde sono veri e propri enti societari e, quindi, privati, in cui il ruolo dell'ente pubblico è limitato ad una partecipazione azionaria (totalitaria, maggioritaria, minoritaria che sia). La dottrina ⁽⁶⁾ definisce queste ultime come società di diritto singolare o a statuto singolare, in quanto rette da norme implicanti una disapplicazione, più o meno marcata, della disciplina di diritto comune.

Passando dal piano definitorio ad un profilo analitico, si rileva come le società a partecipazione pubblica si differenziano dalle società "ordinarie", oltre che per i soggetti titolari della partecipazione al capitale – che possono essere a) lo Stato, generalmente per il tramite del Ministero dell'economia ⁽⁷⁾, b) altre amministrazioni centrali ⁽⁸⁾; c) le Regioni ⁽⁹⁾; d) gli enti locali ⁽¹⁰⁾ - anche per ulteriori elementi.

In particolare, un primo elemento di specialità si può riscontrare riguardo alla stessa fase genetica ⁽¹¹⁾, per il fatto che è lo stesso legislatore a poter provvedere alla costituzione ⁽¹²⁾ o istituzione ⁽¹³⁾ di determinate società o a disporre la trasformazione di enti pubblici in società ⁽¹⁴⁾ (società coattive); ovvero ad autorizzare un ente pubblico alla costituzione di una determinata società ⁽¹⁵⁾ (società autorizzate); o, infine, ad obbligare l'ente pubblico a costituire una società ⁽¹⁶⁾ (società obbligatorie).

Si suole utilizzare la denominazione di *società legali* quando la costituzione della società è effetto della volontà della legge prima ancora che della volontà dei soci, il che accade nell'ipotesi in cui il legislatore provvede direttamente alla costituzione/istituzione della società ovvero obbliga l'ente pubblico a costituirla. Nell'ipotesi, invece, in cui il legislatore si limiti a concedere una autorizzazione, si parla di *società facoltative* ⁽¹⁷⁾.

Soprattutto nelle società costituite direttamente per volontà della legge, è frequente che la pubblicazione dell'atto legislativo singolare sostituisca gli adempimenti pubblicitari in materia di costituzione della società ⁽¹⁸⁾. Si pone in questi casi il problema delle competenze e delle modalità con cui si può procedere alle eventuali modificazioni statutarie.

Muovendo dall'assunto secondo il quale l'interesse pubblico cui è funzionalizzata l'attività della società è predeterminato legislativamente, è evidente come sia sottratta alla disponibilità dei soci qualsiasi decisione in merito. Ne consegue che non si può provvedere ad una modificazione statutaria attraverso le regole codicistiche (delibera assembleare) dell'oggetto sociale ⁽¹⁹⁾ o di regole inerenti al funzionamento ed alla struttura sociale in cui sia coinvolto l'interesse pubblico. Resta invece di competenza dei soci deliberare in assemblea le modifiche strettamente necessarie, come ad esempio quella di riduzione del capitale per perdite.

In altre circostanze, invece, la legge si limita a stabilire la possibilità per l'ente pubblico di ricorrere allo schema societario. Qui, a differenza delle società di diritto singolare la cui istituzione/costituzione è disposta, imposta o autorizzata per legge, il ricorso allo strumento societario è generalmente contemplato in alternativa ad altri possibili strumenti, ed il carattere di specialità tende, in qualche misura, ad affievolirsi.

È il caso della disciplina dei servizi pubblici locali contenuta testo unico degli enti locali, laddove, nel prevedere le diverse modalità di *Gestione delle reti ed ero-*

gazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (art. 113) e di *Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica* (art. 113-bis e 116) si individua anche la possibilità del ricorso allo strumento societario:

a) per attribuire la proprietà di reti, impianti e dotazioni patrimoniali a società "conferitarie" a capitale interamente (e necessariamente) pubblico (art. 113, co. 13);

b) per realizzare infrastrutture ed altre opere necessarie per lo svolgimento del servizio mediante società "miste" a capitale pubblico anche non prevalente (art. 116);

c) per promuovere la trasformazione o la scissione di aziende speciali preesistenti, con obbligo di dismissione parziale della partecipazione totalitaria (art. 115);

d) per affidare la gestione diretta di reti, di impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico soggette a particolari controlli e vincoli (art. 113, co. 4);

e) per affidare la "titolarità dei servizi" – rispettivamente, in via diretta o sulla base di una gara per la scelta del partner – a società a capitale pubblico totalitario oppure a società miste a capitale pubblico prevalente (art. 113, co. 5) ⁽²⁰⁾.

Deve, peraltro, darsi conto della recentissima introduzione di una nuova disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, contenuta nell'art. 23-bis della legge 6 agosto 2008, n. 133 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*), che ridisegna completamente le norme in tema di affidamento e di gestione di tali servizi, già contenute nel citato art. 113 T.U.E.L. ⁽²¹⁾. La norma ridimensiona sostanzialmente la possibilità del ricorso allo schema della società mista: viene, infatti, prevista, quale opzione ordinaria per l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, quella dell'affidamento con gara (comma 2); mentre il modello dell'affidamento a società miste e quello *in house*, divengono opzionali (comma 3) e richiedono, in ogni caso, che l'ente affidante dia "adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione" (comma 4) ⁽²²⁾.

A fianco della sopra citata previsione generale di cui al T.U.E.L., si collocano anche alcune discipline speciali, riguardanti determinati settori dei servizi pubblici locali (v. art. 18 del D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 422, in materia di trasporto pubblico locale) che vanno ad aggiungere ulteriori elementi di differenziazione, rispetto

alle società di diritto singolare del primo tipo, sia nell'ambito del procedimento di costituzione, che viene maggiormente modellato sulle norme codicistiche, sia nella possibilità di adottare più tipi societari.

Generalmente, infatti, mentre per ciò che concerne le *società di diritto singolare* il tipo prescelto dal legislatore è sempre quello della società per azioni, per le società che operano nel settore dei servizi pubblici è possibile anche il ricorso al tipo società a responsabilità limitata.

La scelta fra i due tipi più ricorrenti (s.p.a. o s.r.l.) è in tal caso rimessa all'ente pubblico ⁽²³⁾ e dipende, evidentemente, da molteplici fattori, che non si esauriscono nella maggiore o minore capitalizzazione della società ma, più ragionevolmente, dalla necessità di conformarne la struttura organizzativa e finanziaria alle esigenze e agli scopi dell'ente partecipante, tenuto conto dell'ampio spazio che il legislatore riconosce, soprattutto dopo la riforma del diritto societario, all'autonomia privata.

Si tende, viceversa, ad escludere la possibilità di ricorrere al modello della società in accomandita per azioni, in cui i soci accomandatari rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali e i soci accomandanti sono obbligati nei limiti della quota di capitale sottoscritta (art. 2462 cod. civ.). Il problema di compatibilità è essenzialmente rappresentato proprio dal fatto che l'accomandatario assume la responsabilità illimitata e che è tenuto in tale veste a sopportare il rischio di spese di ammontare non predeterminabile.

Oltre alle società di capitali, in alcuni settori è peraltro previsto anche il ricorso allo schema della società cooperativa, fenomeno per lo più riscontrabile nell'ambito della disciplina dei servizi pubblici ⁽²⁴⁾. Così come non mancano disposizioni che richiamano la forma consortile ⁽²⁵⁾.

La possibilità del ricorso a molteplici modelli societari implica necessariamente un'analisi della applicabilità dell'art. 2449 c.c. anche a tipi sociali diversi dalla s.p.a..

A tale riguardo va ricordato come la riforma del diritto societario abbia prodotto una vera e propria emancipazione della disciplina della s.r.l. da quella della s.p.a., attraverso una notevole riduzione delle disposizioni di rinvio alle norme sulle società azionarie. All'indomani della riforma, ci si è pertanto chiesti se l'art. 2449 c.c. trovi ancora applicazione nelle s.r.l. Si rileva, in proposito, come la s.r.l. designata nella riforma presenti un carattere "ibrido" sia sul piano strutturale che su quello della disciplina applicabile che rende più difficile dare una risposta positiva. Sul piano strutturale, la s.r.l. si colloca, infatti, in una posizione intermedia fra le società personali e quelle di capitali, tanto che lo spostamento verso l'una o l'altra categoria viene a determinarsi sulla base della concreta struttura dell'impresa (di modeste dimensioni o, all'opposto, impresa medio-grande). Sul piano delle norme

applicabili, se da un lato non v'è più la possibilità di un ricorso generalizzato delle regole proprie della s.p.a. nei limiti della compatibilità tipologica, dall'altro lato si registra un ampliamento dei modelli con i quali colmare le eventuali lacune di disciplina con la possibilità di attingere anche alla disciplina delle società personali.

Per un verso, infatti, la portata generale dell'art. 2449 c.c. sembra fare optare per una astratta applicabilità in via analogica. Per altro verso, si pone il problema della sua compatibilità con la disciplina della s.r.l., ed in particolare con l'espressa previsione generale dell'art. 2468 c.c. che ammette l'attribuzione di particolari diritti anche di natura amministrativa a determinati soci ⁽²⁶⁾. Sul punto, tuttavia, si tornerà più dettagliatamente nel prosieguo.

Non v'è alcun dubbio, peraltro, che la norma si applichi anche alle società cooperative e alle società consortili che abbiano adottato il modello della s.p.a.

2. La modifica dell'art. 2449 e la tendenza del legislatore a disincentivare il ricorso alle società partecipate

Come si è in precedenza accennato, l'intervento del legislatore con la legge Comunitaria del 2008 si inserisce in un più ampio complesso di norme che, negli ultimi anni, è stato caratterizzato soprattutto dalla tendenza a disincentivare il ricorso alle società a partecipazione pubblica, vuoi limitandone l'operatività, vuoi riducendo le prerogative del socio pubblico.

a) Nel primo ambito – norme volte a limitare la partecipazione pubblica – si possono ulteriormente distinguere:

a1) le disposizioni che pongono una limitazione all'attività delle società

a2) quelle che stabiliscono un divieto di partecipazione ed un correlativo obbligo di dismissione delle partecipazioni già detenute.

b) Nel secondo ambito – norme che riducono le prerogative del socio pubblico – possono essere ricomprese:

b1) la modificazione dell'art. 2449 c.c.

b2) quelle disposizioni che in tempi recenti hanno limitato il numero degli amministratori di nomina pubblica.

Appartiene alla categoria delle disposizioni che pongono una limitazione all'attività delle società l'art. 13, del D.L. 4 luglio 2006, n. 223 convertito in Legge 4 agosto 2006, n. 248, il quale, con l'esplicita finalità di «evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori», stabilisce che «*le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgi-*

mento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, *devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti*». Si prevede, inoltre, che tali società siano «*ad oggetto sociale esclusivo*» e non possano agire in violazione dell'obbligo di "esclusiva" ⁽²⁷⁾.

In sostanza, ferma restando la disciplina dei servizi pubblici locali (che trovano una loro regolamentazione nel testo unico degli enti locali e sono espressamente esclusi dalla norma), si prevede un limite all'operatività della società *per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti (amministrazioni pubbliche regionali e locali, n.d.r.) in funzione della loro attività e, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza* ⁽²⁸⁾.

Alla previsione dell'art. 13 del decreto legge 223, si è più recentemente affiancata la disciplina dell'art. 3, commi 27 e ss., della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), la quale, con le medesima finalità della norma del 2006 («al fine di tutelare la concorrenza e il mercato») impone alle amministrazioni pubbliche il divieto di «costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». Mentre «è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni» pubbliche nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza. Peraltro «l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti» di funzionalità rispetto alle finalità istituzionali.

Qualora, poi, rispetto alle partecipazioni già detenute, si riscontri l'insussistenza di tali presupposti, è previsto un obbligo di dismissione delle partecipazioni secondo procedure di evidenza pubblica.

Rispetto alla normativa del 2006, nella finanziaria 2008 la limitazione è, se si vuole, ulteriore, posto che essa non riguarda tanto l'attività della società (non si impone, in altre parole, una limitazione all'ambito operativo) ma pone un divieto per l'ente pubblico a partecipare a tutte le società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi *non strettamente necessarie* per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Ad un primo esame della norma, quindi, sembrerebbe che, al di là delle finalità enunciate, il legislatore abbia voluto restringere ancor più la capacità dell'ente pubblico, consentendo la partecipazione solo laddove si tratti di società *strettamen-*

te necessarie al perseguimento dei fini istituzionali. Il che, quindi, implica una valutazione nel merito in ordine alla sussistenza del nesso di strumentalità della società costituenda con le finalità proprie dell'ente.

In attesa degli sviluppi che sul piano giurisprudenziale genererà anche quest'ultima disposizione, non resta che prendere atto delle difficoltà interpretative. Ciononostante, sul piano operativo, si può trarre un'indicazione rilevante dal disposto del comma 28 dell'art. 3, laddove si prevede che l'assunzione o il mantenimento delle partecipazioni devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27.

I soggetti cui spetta il controllo in merito alla conformità o meno della partecipazione (assunta o mantenuta) alle finalità istituzionali dell'ente sono gli organi competenti (dell'amministrazione). Spetta a questi ultimi svolgere la difficile valutazione – non solo di legittimità ma soprattutto di merito – in ordine alla riconducibilità o meno dell'iniziativa in esame all'ambito delle attività di produzione di beni e di servizi *strettamente necessarie* per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Cercando di individuare il regime sanzionatorio ricollegabile alla previsione in esame, si riscontra una responsabilità di tipo erariale nei confronti dell'organo gestionale che decide l'assunzione ed il mantenimento della partecipazione e dell'organo di controllo che lo autorizza. Se ne dovrebbe desumere, inoltre, per il notaio che procede alla stipula dell'atto costitutivo (o dell'atto di trasferimento delle partecipazioni), l'obbligo soltanto di verificare la sussistenza della suddetta autorizzazione e che la stessa appaia motivata sul piano della consequenzialità logica, non potendo lo stesso sindacare sul merito della valutazione ivi espressa in ordine alla necessità rispetto ai fini istituzionali. Né, d'altra parte, sembra che il divieto possa tradursi, sul piano civilistico, nella nullità per illiceità dell'oggetto sociale ex art. 2332, comma 2, c.c. anche perché illiceità non è l'attività, quanto semmai la partecipazione dell'ente alla società.

La norma pone un divieto che, in quanto tale, genera responsabilità in capo ai rappresentanti dell'ente che in violazione dello stesso partecipino alla costituzione di una società con un'attività non strettamente funzionale agli scopi istituzionali dell'ente. Se ne dovrebbe desumere, comunque, che il notaio che ricevesse un atto costitutivo di società contrario al disposto del comma 27 dell'art. 3 non sarebbe responsabile ex art. 28 l.n., laddove i competenti organi abbiano autorizzato la partecipazione.

Appartiene, invece, alla categoria di disposizioni tese a ridurre le prerogative del socio pubblico, il disposto del comma 227 dell'art. unico della Legge 24 dicembre 2003, n. 350, che ha modificato il disposto dell'art. 2 del D.L. 31 maggio 1994, n. 332 recante "Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di parteci-

pazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni convertito dalla legge 30 luglio 1994, n. 474”.

Il testo originario della norma da ultimo citata, tipico caso di *golden share*, prevedeva nell’ambito dei *poteri speciali* riconosciuti allo Stato nelle società oggetto di privatizzazione, la possibilità di introdurre nello statuto una clausola che riconosceva il potere di «nomina di almeno un amministratore o di un numero di amministratori non superiore ad un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco».

La modifica del 2003 – che ha limitato il *potere speciale* alla sola «nomina di un amministratore senza diritto di voto» - si era resa necessaria per il contrasto del testo originario con la disciplina comunitaria, tenuto anche conto delle diverse interpretazioni date dalla Corte di Giustizia Europea riguardo alla possibile violazione delle norme relative alla libera circolazione dei capitali ⁽²⁹⁾.

Nella stessa prospettiva si inserisce l’abrogazione dell’art. 2450 c.c. – che prevedeva la nomina e la revoca con metodo *extra-assembleare*, nelle ipotesi in cui la legge o lo statuto riservassero allo Stato o a enti pubblici la nomina e la revoca di amministratori e sindaci anche in mancanza di una partecipazione al capitale - ad opera dell’art. 3 del decreto legge 15 febbraio 2007, n. 10, convertito in legge 6 aprile 2007, n. 46.

Nell’ambito delle norme che limitano le prerogative del socio pubblico vanno poi annoverate – sebbene motivate più da ragioni di risparmio di spesa che di tutela della libera circolazione e della concorrenza – quelle disposizioni che hanno comportato il contingentamento del numero di amministratori di nomina pubblica.

Il fine del contenimento della spesa pubblica costituisce, infatti, il *leit motiv* dei commi da 459 ⁽³⁰⁾ a 461 ⁽³¹⁾ e da 721 a 735 ⁽³²⁾, dell’art. 1 della legge finanziaria per il 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296), e i commi da 12 a 17 dell’art. 3 della legge finanziaria per il 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244) ⁽³³⁾. Diverse sono state le tecniche utilizzate al riguardo dal legislatore.

In alcune ipotesi, infatti, si è espressamente prevista, insieme alla riduzione del numero dei componenti l’organo amministrativo della società, anche la immediata cessazione dalla carica degli amministratori ed il termine entro il quale si dovrà provvedere alla nomina del nuovo organo, non ponendosi così alcun problema di diritto transitorio (è il caso di Sviluppo Italia e delle società separate costituite dall’ENEL S.P.A. per lo smantellamento delle centrali elettronucleari dismesse, la chiusura del ciclo del combustibile e le attività connesse e conseguenti, anche in consorzio con altri enti pubblici o società che, se a presenza pubblica, possono anche acquisirne la titolarità, cui è dedicato il comma 459 della finanziaria per il 2007) ⁽³⁴⁾.

In altri casi, invece, la disciplina ha dato luogo a non poche incertezze. In particolare, il comma 729 dell’art. 1 della legge finanziaria per il 2007 dispone che «Il

numero complessivo di componenti del consiglio di amministrazione delle società partecipate totalmente anche in via indiretta da enti locali, non può essere superiore a tre, ovvero a cinque per le società con capitale, interamente versato, pari o superiore all'importo che sarà determinato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie locali, di concerto con il Ministro dell'interno e con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-città e autonomie locali, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Nelle società miste il numero massimo di componenti del consiglio di amministrazione designati dai soci pubblici locali comprendendo nel numero anche quelli eventualmente designati dalle regioni non può essere superiore a cinque. Le società adeguano i propri statuti e gli eventuali patti parasociali entro tre mesi dall'entrata in vigore del citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri» ⁽³⁵⁾.

Tale normativa, se da un lato prevede espressamente un termine per l'adeguamento (22 novembre 2007), dall'altro lato non chiarisce quale sia la sorte degli organi amministrativi in carica il cui numero di componenti ecceda quello massimo previsto dalla legge ⁽³⁶⁾. Peraltro, le stesse difficoltà interpretative sugli aspetti di diritto transitorio generate da queste disposizioni sembrano riproporsi anche in relazione al novellato art. 2449 c.c.

3. L'intervento della Corte di Giustizia sull'art. 2449 c.c. e la procedura di infrazione.

Il vecchio testo dell'art. 2449 c.c. ha subito un doppio vaglio di legittimità a livello comunitario, al fine di valutarne la conformità sia al principio della libertà di stabilimento ex art. 43 del Trattato, sia al principio della libera circolazione dei capitali ex art. 56 del Trattato.

La norma si inquadra nella più generale tematica dei «poteri speciali», affrontata sia dalla Corte di Giustizia che dalla Commissione.

Per «poteri speciali» debbono intendersi tutti quei diritti speciali connessi ad una particolare tipologia di azioni, e ciò a prescindere dalla fonte (codice o legge speciale) che li contempla.

Nell'esperienza italiana, il loro utilizzo si riscontra soprattutto laddove si è trattato di riconoscere allo Stato, nella privatizzazione di imprese o enti pubblici economici operanti in settori altamente strategici, speciali diritti di veto o poteri speciali per decisioni importanti delle società privatizzate attraverso il ricorso ad azioni speciali o *golden share* ⁽³⁷⁾.

Tali prerogative si sostanziano, generalmente, nel riconoscimento del gradimento per l'assunzione di partecipazioni rilevanti, o in un diritto di veto per deliberazioni di scioglimento della società, di trasferimento dell'azienda e di fusione o, in-

fine, in un particolare sistema di nomina dei componenti l'organo amministrativo (38).

Si tratta, in ogni caso, di strumenti attraverso i quali i pubblici poteri intervengono nell'attività di società che rivestono un interesse strategico per l'economia nazionale, allo scopo di imporre gli obiettivi di politica economica (39); la legittimità di tali poteri sul piano comunitario, si giustifica, secondo la costante interpretazione della Corte, solo laddove, in primo luogo, si persegua un interesse pubblico generale meritevole di tutela e, in secondo luogo, si rispetti un "principio di ragionevolezza" la cui espressione è costituita dalla proporzionalità tra potere esercitato e risultati da perseguire (40).

Già con la sentenza del 23 maggio 2000, causa C- 58/99, si registra un'interpretazione giurisprudenziale che sancisce i requisiti di legittimità in base ai quali determinare il contenuto dei poteri speciali in sede nazionale, e precisamente: devono applicarsi in modo non discriminatorio; devono essere giustificati da motivi imperativi di interesse generale; devono essere idonei a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e non devono andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo (41).

A seguito di tale pronuncia, il legislatore nazionale è intervenuto sulla materia dei poteri speciali con l'art. 4 commi 227-231 della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria per il 2004) che ne limita l'uso ai casi in cui sarebbero minacciati gli interessi vitali dello Stato (42) e con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 giugno 2004, che ne fissa i criteri.

Il decreto prevede che spetta al Presidente del Consiglio dei Ministri di individuare le società operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, e degli altri pubblici servizi, nelle quali lo statuto deve inserire, dopo la perdita del controllo da parte dello Stato, i "poteri speciali"; tali poteri, inoltre, devono essere esercitati, «limitando il loro utilizzo ai soli casi di pregiudizio degli interessi vitali dello Stato».

Tuttavia siffatto adeguamento è stato ritenuto insufficiente, per la eccessiva genericità, tanto da comportare la decisione della Commissione di deferire l'Italia alla Corte di Giustizia (procedura di infrazione 859 del 2006) (43), giudicando troppo permissivo il provvedimento in esame che avrebbe dovuto invece limitare il ricorso ai "poteri speciali" ai soli specifici casi in cui esso fosse richiesto da ragioni di ordine pubblico, sicurezza pubblica, salute pubblica e difesa, con l'obiettivo di proteggere alcune attività economiche nei casi in cui sarebbero minacciati gli interessi vitali dello Stato.

Con specifico riguardo alla disciplina sulla nomina e sulla revoca degli amministratori nelle società partecipate, l'Italia è stata oggetto della procedura di infrazione n. 2006/2104 ex articolo 226 del Trattato, che ha dato luogo ad un primo, par-

ziale, adeguamento con l'abrogazione dell'art. 2450 c.c., ed ha aperto la strada ad un più ampio intervento che ha coinvolto anche l'art. 2449 c.c.

Contemporaneamente, la Corte di Giustizia si è espressa sulla compatibilità di quest'ultima norma c.c. con l'ordinamento comunitario, nei procedimenti riuniti ai sensi dell'art. 234 CE, nn. C-463/04 e C-464/04 terminati con sentenza della Sez. I, del 6/12/2007 ⁽⁴⁴⁾, che ha recepito le osservazioni che sul punto ha formulato l'Avvocato Generale Poiares Maduro.

La questione proposta ⁽⁴⁵⁾ atteneva al possibile contrasto fra l'art. 2449 c.c. con l'art. 56 CE, il quale vieta, in maniera generale, le restrizioni ai "movimenti di capitali" tra gli Stati membri ⁽⁴⁶⁾.

In sostanza, secondo la Corte, l'art. 2449 c.c. si configura come una «restrizione» ai sensi dell'art. 56, n. 1, CE, come tale dovendosi intendere una misura nazionale idonea ad impedire o a limitare l'acquisizione di azioni nelle imprese interessate o che possano dissuadere gli investitori degli altri Stati membri dall'investire nel capitale di queste ultime ⁽⁴⁷⁾.

L'art. 56, n. 1, CE, tutela, infatti, i «movimenti di capitali», ossia gli investimenti di qualsiasi tipo effettuati dalle persone fisiche o giuridiche aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l'impresa cui tali fondi sono destinati per l'esercizio di un'attività economica. Nell'ipotesi di partecipazioni in imprese nuove o esistenti l'obiettivo del legislatore comunitario di creare o mantenere legami economici durevoli presuppone che le azioni detenute dall'azionista conferiscano a quest'ultimo, a norma delle disposizioni di legge nazionali sulle società per azioni, la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di tale società o al suo controllo.

Pertanto, una norma come l'art. 2449 c.c. – che consente agli azionisti pubblici di beneficiare della possibilità di partecipare all'attività del consiglio di amministrazione di una società per azioni con maggiore rilievo – riconosce loro uno strumento che fornisce la possibilità di esercitare un'influenza che va al di là degli investimenti effettuati.

In virtù del riconoscimento del potere di nomina degli amministratori attribuito al socio pubblico esclusivamente in forza del disposto dell'art. 2449, e che non compete, invece, ai soci privati secondo le regole societarie comuni, si realizza un'ingiustificata disparità di trattamento tra azionisti pubblici e azionisti privati.

Tale disparità può pertanto provocare negli imprenditori stranieri un effetto dissuasivo all'investimento nella società.

La Corte individua ulteriori punti critici della normativa italiana nella mancanza di un limite al numero degli amministratori che possono essere direttamente nominati dallo Stato o da un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di una società per azioni; ed inoltre, con riferimento alla fattispecie oggetto della cau-

sa principale, nella possibile combinazione della nomina diretta ex art. 2449 c.c. con il *diritto speciale*, ai sensi dell'art. 4 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, dello Stato e degli enti pubblici di partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati ⁽⁴⁸⁾.

Infine, si rileva come l'art. 2449 c.c. non sottoponga a nessuna condizione - quali possono essere ragioni di ordine pubblico e di sicurezza, o motivi imperativi di interesse generale, che giustifichino una limitazione della libera circolazione dei capitali ai sensi dell'art. 58 CE - l'inserimento nello statuto di una società per azioni di un diritto per lo Stato o per un ente pubblico che hanno partecipazioni in quest'ultima di nominare direttamente uno o più membri del consiglio di amministrazione.

Quindi - conclude la Corte - l'art. 56 CE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una disposizione nazionale, quale l'art. 2449 del c.c. italiano, secondo cui lo statuto di una società per azioni può conferire allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di tale società la facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori.

Tale norma - in particolare quando combinata con il disposto dell'art. 4 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, nella sua attuale versione, che conferisce allo Stato o all'ente pubblico in parola il diritto di partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati da esso stesso - consente allo Stato o all'ente pubblico di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale della società.

4. L'art. 13 della legge Comunitaria. Verso la fine dei "poteri speciali"?

a) le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio

Le indicazioni emerse dai citati precedenti comunitari sono state recepite con la previsione dell'art. 13 della legge comunitaria per il 2008 e la conseguente modifica del disposto dell'art. 2449 c.c..

Il nuovo testo della norma distingue sul piano della disciplina applicabile fra società con partecipazione pubblica che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, cui sono dedicati i primi due commi, e società partecipate che fanno ricorso al [mercato del] capitale di rischio, cui è dedicato l'ultimo comma, e per le quali è dettata anche una specifica disposizione di diritto transitorio (art. 13, comma 2, della legge Comunitaria).

Conviene pertanto esaminare separatamente le due ipotesi.

Per quanto riguarda le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, è opportuno, in primo luogo, precisare che, sotto il profilo sistematico, la norma costituisce, all'interno dell'ordinamento societario, una deroga espressa alle regole di diritto comune dettate in materia di nomina degli organi di amministrazione.

ne e controllo.

Per la regola generale di diritto comune, infatti, la nomina degli organi sociali deve avvenire necessariamente in sede assembleare, secondo le modalità di voto previste dalla legge, ovvero stabilite statutariamente, ai sensi dell'art. 2368 c.c.. Quest'ultima disposizione, nel prevedere che "per la nomina alle cariche sociali lo statuto può stabilire norme particolari", permette di regolamentare il sistema di nomina alle cariche sociali con meccanismi ⁽⁴⁹⁾ tali da consentire anche alle minoranze "forti" di nominare propri rappresentanti. Tradizionalmente si nega che tale previsione – che viene solitamente messa in relazione con il meccanismo del voto di lista ⁽⁵⁰⁾ - possa escludere la competenza dell'assemblea a deliberare collegialmente la nomina delle cariche sociali ⁽⁵¹⁾ e quindi si estenda fino a riconoscere la nomina extra-assembleare per previsione statutaria, ammessa quindi solo per le ipotesi espressamente previste dalla legge, fra cui rientra, appunto, l'art. 2449 c.c.. In deroga alla disciplina di diritto comune, l'art. 2449 c.c. riconosce, infatti, ai soci pubblici delle società partecipate, quale prerogativa speciale, il diritto di nomina diretta alle cariche sociali. Tale facoltà, attribuita a livello legislativo ai soli soci pubblici delle società partecipate, è supplementare - e in certi casi alternativa, come verrà specificato in seguito – al ricorso per i soci pubblici alle norme di diritto comune.

Alla luce del principio di proporzionalità sancito dalla Corte di Giustizia nella sentenza esaminata, il nuovo testo dell'art. 2449 c.c. recependo il dettato comunitario dispone che se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale.

Si tratta ora di verificare come opera sul piano pratico il principio di proporzionalità – alla cui radice si colloca il principio plutocratico che dovrebbe informare la *governance* delle società capitalistiche ⁽⁵²⁾ - analizzando singole possibili fattispecie che si possono prospettare all'operatore di diritto ⁽⁵³⁾.

In primo luogo, occorre muovere dalla considerazione che, se lo statuto tace sul punto, il singolo socio può avere la certezza di poter designare amministratori (esercitando il diritto di voto in assemblea) solo laddove detenga la maggioranza assoluta del capitale (50% più una azione) in quanto tutti i membri degli organi sociali saranno espressione della maggioranza assembleare.

Nel caso in cui il socio pubblico detenga la maggioranza assoluta del capitale e nello statuto non sia previsto alcun sistema alternativo per la nomina delle cariche sociali, pertanto, è di tutta evidenza come non sussista alcun interesse al ricorso alla nomina diretta ex art. 2449 c.c. ⁽⁵⁴⁾, avendo già, quale socio di maggioranza, secondo le norme di diritto comune, il potere di nominare in assemblea l'intero organo

di amministrazione e di controllo ⁽⁵⁵⁾.

Laddove la partecipazione detenuta dall'ente pubblico, al contrario, non sia maggioritaria, occorre analizzare le varie ipotesi che si possono presentare sul piano applicativo.

a) Se il socio pubblico detiene una partecipazione al capitale inferiore alla maggioranza assoluta, ma tale comunque da assicurargli una maggioranza relativa (ad esempio socio pubblico con partecipazione pari al 40% e pluralità di soci privati con partecipazioni inferiori) ed in assenza di previsioni statutarie come quelle del voto di lista, derogatorie del principio plutocratico sancito dall'art. 2368 c.c., le regole ordinarie dovrebbero consentirgli normalmente la nomina (assembleare) di tutti i componenti l'organo amministrativo, specie laddove i soci privati non siano in grado di coalizzarsi e raggiungere così una maggioranza assoluta.

Per garantire, in ogni caso, al socio pubblico – anche a fronte del rischio del coalizzarsi dei soci privati – la nomina di componenti dell'organo amministrativo, può esservi l'interesse ad introdurre nello statuto una clausola ai sensi dell'art. 2449 c.c.. In tal caso, tuttavia, si dovrebbe comunque tener conto del principio di proporzionalità, sicché, nell'esempio riferito, ed ipotizzando un numero fisso di componenti l'organo amministrativo pari a cinque, si potrebbe riservare al socio pubblico la nomina diretta (al massimo) di due di essi ⁽⁵⁶⁾.

Come si vedrà nel prosieguo, appare opportuno, per il rispetto del suddetto principio, prevedere sempre un numero fisso dei componenti l'organo amministrativo, dovendosi, d'altra parte, tener anche conto delle disposizioni che impongono un numero massimo di amministratori di nomina pubblica.

b) Se il socio pubblico ha una partecipazione tale da costituire "maggioranza relativa" e lo statuto prevede anche il sistema del voto di lista ⁽⁵⁷⁾, il rispetto del principio di proporzionalità andrà vagliato considerando il numero complessivo di amministratori direttamente nominati ed il numero di quelli eletti tramite il sistema delle liste ⁽⁵⁸⁾. Ipotesi, questa, che coincide con quella portata davanti alla Corte di Giustizia nel caso AEM. È di tutta evidenza, infatti, come il principio di proporzionalità sancito a livello comunitario abbia una portata generale ed inderogabile, anche al fine di evitare facili elusioni della norma. Non è ammissibile, pertanto, interpretare il disposto dell'art. 2449 c.c. nel senso che la proporzionalità operi e debba operare solo per i membri di nomina diretta. Al contrario, dovranno essere considerati ai fini della proporzione tutti i membri che il socio pubblico ha diritto di nominare sia in sede assembleare con il ricorso al sistema del voto di lista, sia in sede extra-assembleare con la nomina diretta ex art. 2449 c.c.. Si finirebbe altrimenti per ricreare la stessa fattispecie ritenuta in contrasto con il diritto comunitario, già oggetto della sentenza della Corte di Giustizia sopra esaminata. Volendo ancora prospettare un esempio concreto, ipotizzando anche qui un c.d.a. composto da 5 membri e

con una compagine di 5 soci, di cui uno pubblico, con partecipazione del 40% e quattro soci privati, se si prevede la nomina diretta ai sensi dell'art. 2449 c.c. di due componenti l'organo amministrativo, al socio pubblico dovrebbe essere inibita la presentazione di proprie liste.

c) Se il socio pubblico ha una partecipazione minoritaria non costituente "maggioranza relativa" e lo statuto prevede anche il sistema del voto di lista, valgono sostanzialmente le stesse regole di cui sopra. Ipotizzando sempre un c.d.a. composto da 5 membri e con una compagine di 5 soci, di cui uno pubblico, a partecipazione paritaria (20% ciascuno), sarebbe certamente conforme al dettato dell'art. 2449 c.c. una previsione statutaria che, a compensazione della nomina diretta da parte del socio pubblico del "proprio" amministratore, inibisse allo stesso socio pubblico di presentare una propria lista in assemblea. Viceversa, laddove la partecipazione non fosse paritaria (es. socio pubblico con partecipazione al 5%), la previsione di un sistema come quello sopra ipotizzato non supererebbe il vaglio di conformità al principio di proporzionalità.

Nelle ipotesi sub b) e c), quindi, la soluzione pratica è quella di "bloccare" la composizione numerica dell'organo amministrativo in funzione della partecipazione al capitale del socio pubblico e contestualmente inibire la partecipazione di quest'ultimo alla nomina assembleare a fronte del riconoscimento di una nomina diretta proporzionale alla partecipazione al capitale ⁽⁵⁹⁾.

d) Se, infine, il socio pubblico detiene una partecipazione minoritaria e non v'è un sistema del voto di lista, ma lo statuto si limita a prevedere la clausola ai sensi dell'art. 2449 c.c., occorre verificare concretamente la proporzionalità, calibrando il numero degli amministratori direttamente nominabile con la partecipazione al capitale sociale.

In conclusione, qualsiasi sia l'ipotesi considerata, valorizzando la portata della disposizione che consente "norme particolari" per la nomina delle cariche sociali, si possono prevedere clausole che:

- nel presupposto di una composizione numerica fissa del consiglio di amministrazione; e
- nel rispetto del principio della proporzionalità della partecipazione pubblica;
- consentano la nomina (e la revoca) extra-assembleare del componente o dei componenti di designazione pubblica; e
- al contempo, considerato "esaurito" il diritto di voto connesso alle azioni in mano pubblica ⁽⁶⁰⁾, escludano ai sensi del comma 3 dell'art. 2368 c.c. la partecipazione all'assemblea del socio pubblico, non computando peraltro le relative azioni ai fini della regolare costituzione dell'assemblea.

Invero, rispetto alle fattispecie prese in considerazione dalla giurisprudenza ante riforma ⁽⁶¹⁾, nell'ipotesi al vaglio ci si trova in presenza di una "norma partico-

lare” che ha il proprio fondamento in una “ipotesi espressamente prevista dalla legge”.

Occorre chiedersi a questo punto quali siano le conseguenze in caso di mancato adeguamento.

In primo luogo, si sottolinea come la norma in oggetto sia stata inserita nel sistema al fine di adeguare il nostro ordinamento ai principi comunitari. Ne discende quindi una portata certamente precettiva tale da comportare l’immediata invalidità delle clausole statutarie da essa difformi ⁽⁶²⁾.

Tuttavia, il sistema, come già rilevato anche in altre occasioni, è in grado di reagire senza provocare l’impasse della società, attraverso il meccanismo della c.d. sostituzione automatica di clausole ⁽⁶³⁾.

Si dovranno, pertanto, ritenere espunte dallo statuto tutte quelle clausole attuative del vecchio testo dell’art. 2449 c.c., ma difformi dal nuovo, e sostituite dagli ordinari criteri di nomina assembleare degli amministratori. ⁽⁶⁴⁾

Per evitare le conseguenze della sostituzione automatica, che di fatto priverebbe il socio pubblico con partecipazione minoritaria di qualsiasi potere di nomina di amministratori, non v’è quindi altra strada che l’adeguamento dello statuto ⁽⁶⁵⁾ al principio di proporzionalità, sempre che questo sia possibile in ragione della non eccessiva esiguità della partecipazione pubblica.

Resta da esaminare un ulteriore profilo, legato all’incidenza della nuova disposizione rispetto ai rapporti di amministrazione in corso.

E’ utile al riguardo muovere un’analisi in parallelo con quanto è recentemente avvenuto con la disposizione che ha imposto la riduzione del numero di amministratori nelle società a partecipazione pubblica (comma 729 dell’art. 1 della legge finanziaria per il 2007).

A tal riguardo si è sostanzialmente concluso nel senso che, nelle società a partecipazione pubblica totalitaria, il mutamento della composizione numerica dell’organo amministrativo implica una decadenza *ex lege* degli amministratori in carica, ovvero una loro revoca implicita con decorrenza immediata degli effetti ed incidenza sui rapporti in corso ⁽⁶⁶⁾.

Nelle società a partecipazione pubblica non totalitaria, la circostanza che il contingentamento riguardasse soltanto i componenti l’organo amministrativo di designazione pubblica (e che, quindi, l’adeguamento non comportasse necessariamente una riduzione del numero complessivo di amministratori, che avrebbe potuto anche restare invariato) portava a diversa conclusione (permanenza in carica del c.d.a. “ridotto”) ⁽⁶⁷⁾.

Tali conclusioni non sembrano riproponibili nell’ipotesi al vaglio, in quanto, pur non discutendosi la natura precettiva della novella, l’incidenza sembra potersi limi-

tare alla sola procedura di nomina dell'amministratore e non anche al rapporto di amministrazione.

Si può concludere, pertanto, nel senso che il procedimento di nomina in quanto fenomeno già verificatosi, non può essere travolto retroattivamente dall'entrata in vigore di una nuova disposizione. La nomina di amministratori in carica nominati con metodo extra-assembleare anche in violazione del principio di proporzionalità prima dell'entrata in vigore della nuova norma, resta pertanto efficace e quindi i rapporti in essere permarranno sino alla loro naturale scadenza.

E' necessario, tuttavia, a questo punto, muovere un ultimo rilievo in ordine alla differente incidenza della norma rispetto al procedimento di nomina e a quello di revoca. Quanto alla revoca diretta, infatti, la norma in oggetto si limita a stabilire che i consiglieri o i sindaci di nomina extra-assembleare "possono essere revocati soltanto dagli organi che li hanno nominati".

Ci si domanda allora se sia possibile in relazione alla revoca diretta prescindere dal principio comunitario di proporzionalità o se invece, come per la nomina diretta, ciò comporterebbe violazione dell'art. 56 del Trattato. ⁽⁶⁸⁾

Si rileva, al riguardo, che l'attribuzione del potere di revoca degli amministratori esclusivamente all'ente nominante ha in qualche modo l'effetto di «sganciare» la responsabilità dei primi dal controllo che l'art. 2383 c.c. riconosce in generale all'assemblea, determinando un privilegio immutabile, o anche solo difficilmente modificabile da parte degli altri azionisti, se non attraverso investimenti assai rilevanti, analogamente a quanto rilevato dalla Corte di Giustizia con riferimento alla nomina ⁽⁶⁹⁾.

Sembrirebbe, pertanto, in linea con la *ratio* della norma sostenere che la proporzionalità debba sussistere sia in sede di nomina che in sede di revoca extra-assembleare degli organi sociali.

Questo comporta tuttavia non poche difficoltà sul piano pratico.

A titolo esemplificativo, si ipotizzi il caso di un consigliere nominato con metodo extra-assembleare, nel settembre 2007 e quindi nel vigore della precedente disciplina, membro di un c.d.a. composto di cinque membri e con scadenza nel 2010 ⁽⁷⁰⁾. Poniamo, inoltre, che l'ente pubblico avesse una partecipazione al capitale sociale inferiore al 20%, tuttora rimasta invariata. Per quanto sopra detto, la nomina resterebbe efficace e il rapporto in essere permanerebbe sino alla sua naturale scadenza, in quanto disciplinata dalla precedente normativa.

Al contrario, la procedura di revoca ricadrebbe, temporalmente sotto l'efficacia del nuovo regime normativo, e, pertanto, ove si volesse revocare gli amministratori in carica, sebbene questi siano stati nominati direttamente con metodo extra-assembleare, si pone il problema se si debbano seguire le regole dettate per la revoca ordinaria prevista dall'art. 2383, comma 3, c.c..

Qualora si ritenga operante il principio comunitario della proporzionalità anche in relazione alla revoca diretta, allora non potrà che optarsi per tale conclusione e ritenere che gli amministratori di nomina diretta possano essere revocati solo dall'assemblea secondo le norme di diritto comune, non essendo ammesso un potere di revoca extra-assembleare in assenza di proporzionalità.

Il tenore letterale della norma induce, tuttavia, a riconoscere la prevalenza del principio secondo cui è il soggetto che ha nominato ad aver diritto di revoca ⁽⁷¹⁾.

Ne consegue, secondo quest'ultima impostazione, che gli amministratori di nomina diretta, attualmente in carica e nominati nel vigore della precedente disciplina, potranno essere revocati solo dal socio pubblico che li ha nominati, anche nei casi in cui il loro numero non rispetti la proporzionalità con la partecipazione al capitale detenuta dall'ente revocante.

5. La nomina di amministratori da parte del socio pubblico nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio

Nella struttura dell'art. 13 della Legge Comunitaria si può individuare una seconda parte tutta dedicata alla nomina da parte del socio pubblico di componenti dell'organo amministrativo ⁽⁷²⁾ nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ⁽⁷³⁾.

Si tratta, in particolare, dell'ultimo comma dell'art. 2449 c.c. novellato e del comma 2 dello stesso art. 13, norme che presentano non poche difficoltà sul piano interpretativo.

Si pensi al probabile refuso contenuto nell'ultimo comma dell'art. 2449, nella parte in cui si riferisce alle "società che ricorrono al capitale di rischio" (l'espressione corretta, dovrebbe essere, infatti, "società che ricorrono al *mercato del* capitale di rischio").

Tale disciplina può ulteriormente suddividersi in una parte, per così dire, di normativa "a regime", rappresentata dall'ultimo comma dell'art. 2449 c.c., e in una norma transitoria, il comma 2 dell'art. 13.

Per quanto concerne la disciplina "a regime", si dispone, anzitutto, che «Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346».

L'espressa previsione della possibilità di emettere strumenti finanziari partecipativi ⁽⁷⁴⁾, invero, potrebbe apparire, ad un primo esame, di per sé superflua ⁽⁷⁵⁾, in quanto già ai sensi dell'art. 2346 c.c., tale facoltà è riconosciuta a tutte le società per azioni. Va ricordato come nell'ambito della disciplina del comma 6 dell'art. 2346 c.c. lo strumento finanziario partecipativo possa essere fornito oltre che di diritti patrimoniali anche di diritti amministrativi, escluso comunque il voto nell'assemblea

generale degli azionisti.

Esso, quindi, costituisce un mezzo per consentire a coloro che partecipano alla società una rappresentatività all'interno dell'organo amministrativo.

La disciplina degli strumenti partecipativi presenta alcuni problemi di coordinamento al suo interno, posto che se da un lato l'art. 2346 comma 6 vi ricollega "diritti patrimoniali o anche amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti", dall'altro lato l'art. 2351, comma 5, c.c. prevede che essi "... possono essere dotati del diritto di voto su argomenti specialmente indicati".

Il coordinamento fra queste due disposizioni viene operato da autorevole dottrina ⁽⁷⁶⁾, anche sulla scorta della Relazione alla riforma ⁽⁷⁷⁾, nel senso di riconoscere ai loro possessori il diritto di voto *nella loro assemblea speciale* ⁽⁷⁸⁾ in ordine, fra l'altro, alla "nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco" (art. 2351, comma 5, c.c.).

Non può invece essere attribuito, in nessun caso, ai possessori degli strumenti partecipativi il diritto di voto nell'assemblea degli azionisti, *in concorso con gli stessi*, e quindi neanche per le deliberazioni che hanno ad oggetto la nomina degli "altri" amministratori ⁽⁷⁹⁾.

La possibilità del ricorso agli strumenti partecipativi era già stata oggetto di approfondimento, nell'ambito delle società "miste", da parte della dottrina ⁽⁸⁰⁾ che ne aveva sottolineato la concorrenzialità rispetto alle azioni con prestazioni accessorie, giudicandoli, peraltro, "scarsamente appetibili per il *partner* privato, il quale ambisce a rivestire nella società mista un ruolo pienamente imprenditoriale, eccedente la semplice collaborazione tecnica, ove non abbinati a un investimento azionario" ⁽⁸¹⁾.

Il comma 4 dell'art. 2449, c.c., nel contesto in cui è inserito, sembrerebbe collegare al possesso degli strumenti partecipativi da parte del socio pubblico il potere di nomina diretta degli amministratori in alternativa alla creazione di speciali categorie di azioni ⁽⁸²⁾.

La *ratio* della previsione del ricorso agli strumenti partecipativi è, tuttavia, di difficile comprensione: verosimilmente il legislatore ha fatto ricorso ad essi tenuto conto del fatto che si tratta di uno strumento già previsto dall'ordinamento con cui si può attribuire ai possessori il diritto di nomina extra-assembleare degli amministratori, pur sottovalutandosi, con ogni probabilità, la circostanza che gli strumenti in oggetto hanno natura di finanziamenti esterni della società e nascono come mezzi per permettere alla stessa di ricevere nuovi apporti.

In sostanza, sembrerebbe che il legislatore abbia inteso incorporare i "particolari diritti" (e, quindi, la nomina diretta degli amministratori) in uno strumento che può esser sì dotato di "diritti amministrativi", ma che si connota, ordinariamente, quale mezzo di finanziamento della società.

Invero, dal tenore letterale della disposizione, non sembrerebbe, peraltro, preclusa la possibilità che tali strumenti siano attribuiti, oltre che allo Stato e agli altri enti pubblici (cui invece sono espressamente destinate le speciali categorie di azioni, v. *infra*), anche ai soci privati.

La previsione degli strumenti finanziari partecipativi pone, inoltre, il problema, sul quale si tornerà nel prosieguo, della necessità o meno di ulteriori apporti da parte del soggetto cui essi vengono attribuiti.

Come si è detto, a fianco degli strumenti partecipativi, è previsto il ricorso anche alla creazione di speciali categorie di azioni.

Nell'ambito della riforma del diritto societario, si è, da un lato, sancita espressamente l'*atipicità* delle categorie speciali di azioni (art. 2348, comma 2, c.c.) e, dall'altro lato, si sono aumentate le "possibilità di forgiare il contenuto delle azioni dotate di diritti diversi, sia sul piano dei diritti amministrativi (con particolare riferimento al diritto di voto, che diviene un elemento "naturale" ma non più necessario della partecipazione azionaria, quanto meno per metà del capitale sociale), sia sul piano dei diritti patrimoniali" ⁽⁸³⁾.

Anche in tal caso si rileva la conformità della previsione ai principi comunitari, trattandosi di strumenti privatistici nella disponibilità di tutti i soci, senza discriminazioni in ordine alla natura pubblica o privata e quindi anche alla nazionalità degli stessi.

Peraltro, il ricorso alle categorie di azioni è agevolato dal legislatore: ordinariamente si dovrebbe far ricorso ad una previsione statutaria la cui introduzione è di competenza dell'assemblea straordinaria, mentre nell'ipotesi in esame il procedimento prende impulso dall'iniziativa del Consiglio di Amministrazione e si conclude con una delibera assunta con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, fermo restando il necessario consenso del socio pubblico cui la speciale categoria di azioni è destinata.

L'agevolazione risulta ancor più evidente nella norma transitoria di cui al comma 2 dell'art. 13.

In esso, infatti, si dispone che "il consiglio di amministrazione, nelle società che ricorrono al capitale di rischio e nelle quali sia prevista la nomina di amministratori ai sensi dell'articolo 2449 del codice civile, nel testo vigente anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge, adegua lo statuto entro otto mesi da tale data, prevedendo che i diritti amministrativi siano rappresentati da strumenti finanziari, non trasferibili e condizionati alla persistenza della partecipazione dello Stato o dell'ente pubblico, ai sensi dell'articolo 2346, sesto comma, del codice civile. Scaduto il predetto termine di otto mesi, perdono efficacia le disposizioni statutarie non conformi alle disposizioni dell'articolo 2449, come sostituito dal comma 1".

Fermo restando l'ambito soggettivo di applicazione (le società di cui all'art.

2325-*bis*, c.c.), la disposizione prevede in sostanza un procedimento ulteriormente agevolato di adeguamento statutario.

Si deve trattare, anzitutto di società che già rechino nello statuto clausole conformi al vecchio testo dell'art. 2449 c.c., destinate a perdere di efficacia decorsi otto mesi dall'entrata in vigore della legge comunitaria.

La norma riconosce la possibilità di un adeguamento statutario direttamente da parte del consiglio di amministrazione attraverso l'introduzione nello statuto della possibilità di emettere strumenti finanziari in favore del socio pubblico, nei quali andranno a confluire i diritti di nomina dei componenti l'organo amministrativo già riconosciuti all'ente pubblico ai sensi dell'art. 2449 c.c. vecchio testo.

La permanenza di tali diritti amministrativi è però condizionata alla sussistenza della partecipazione del socio pubblico al capitale sociale, evitandosi in tal modo il rischio di una surrettizia reintroduzione dell'abrogato disposto dell'art. 2450 c.c. con diritto di nomina dell'amministratore attribuito ad un soggetto che non sia socio.

Rispetto al disposto di cui alla prima parte dell'ultimo comma dell'art. 2449 c.c., è di tutta evidenza la natura transitoria della disposizione che giustifica la ulteriore semplificazione sul piano procedimentale.

Essa, infatti, nel rimettere la decisione agli amministratori, costituisce una notevole deroga rispetto alle modalità tradizionali di modifica dello statuto, di competenza dell'assemblea straordinaria. Si tratta, peraltro, di una previsione non nuova nel nostro ordinamento; basti pensare alla competenza all'adeguamento attribuita agli amministratori in via generale dall'art. 2365 c.c. e riconosciuta anche dalla disposizione transitoria di cui all'art. 223-*bis* disp. att. c.c.

Resta da sottolineare come la formulazione della norma sembra imporre agli amministratori un obbligo di adeguamento entro otto mesi (l'utilizzo dell'indicativo "adeguano" è solitamente letto nel senso imperativo di "devono adeguare") ⁽⁸⁴⁾.

Quanto alla possibile responsabilità degli amministratori in caso di mancato adeguamento, deve rilevarsi come l'espunzione dallo statuto della regola di privilegio potrebbe corrispondere ad una scelta organizzativa della società. Tuttavia, quanto meno per gli amministratori in carica di nomina pubblica, potrebbero ricorrere i presupposti per una responsabilità di tipo amministrativo afferente ai rapporti interni con l'ente designante.

Resta, allo stato attuale, aperto il problema della necessità che gli strumenti finanziari attribuiti al socio pubblico per mantenere le sue prerogative in ordine alla nomina privilegiata dei componenti degli organi di amministrazione e controllo sia subordinata o meno ad apporti ulteriori rispetto ai conferimenti a capitale già eseguiti o se sia possibile rivalutare come tali crediti già vantati dal soggetto pubblico nei confronti della società.

Sotto tale profilo, l'emissione degli strumenti finanziari partecipativi – che ricordiamo può essere rimessa al consiglio di amministrazione in sede di adeguamento – non sembra necessariamente subordinata ad una contropartita (rappresentata dalla raccolta di capitale di credito o di rischio), laddove tali strumenti si limitino ad incorporare il diritto di nomina diretta del componente l'organo amministrativo ⁽⁸⁵⁾.

In ogni caso la norma impone il consenso del socio pubblico.

Appare difficile prescindere da tale consenso anche:

- laddove si opti per una riduzione reale del capitale con conversione delle azioni in strumenti finanziari partecipativi. La dottrina ⁽⁸⁶⁾, infatti, ammette una riduzione reale che incida sulle partecipazioni di alcuni soltanto dei soci, a patto che vi sia il loro consenso che opera come rinuncia al principio di parità di trattamento fra i soci ⁽⁸⁷⁾, ovvero

- si compensino i crediti finanziari vantati dal socio pubblico con la sottoscrizione di strumenti finanziari partecipativi.

Ne deriva, quindi, che il potere/dovere di adeguare lo statuto attribuito dalla disposizione transitoria agli amministratori è sostanzialmente subordinato al consenso del socio pubblico, la cui partecipazione azionaria si "trasforma" in strumenti finanziari partecipativi o al quale è richiesto un ulteriore apporto in termini di capitale o di compensazione del credito.

Consenso che è necessario anche laddove le azioni "ordinarie" in mano pubblica siano convertite in azioni di categoria speciale.

Sembra, infine, opportuno sottolineare come, alla stessa stregua di quel che avviene nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, anche in quelle che vi fanno ricorso, l'attribuzione di un potere di nomina diretta, per mezzo degli strumenti finanziari o delle azioni di categoria speciale, da parte del socio pubblico di uno o più amministratori debba essere proporzionale alla partecipazione al capitale.

Invero, il ricorso agli strumenti finanziari e alle azioni di categoria per assicurare al socio pubblico la nomina diretta del componente dell'organo amministrativo non appare casuale: si tratta, infatti, di strumenti dell'autonomia privata, a disposizione di chiunque, e non solo del socio pubblico.

Non v'è dubbio che, in tal caso, il ricorso agli strumenti finanziari presenti una notevole anomalia rispetto alla ordinaria funzione di mezzo di finanziamento della società svolta dagli stessi. Tuttavia, il loro utilizzo, se si tiene comunque conto della proporzionalità con la partecipazione al capitale, non può realizzare violazione dei principi comunitari.

Ma ciò implica che, laddove si sia scelta la via degli strumenti finanziari partecipativi, il socio pubblico debba continuare a mantenere la partecipazione al capita-

le, altrimenti reintroducendosi surrettiziamente un sistema analogo a quello contemplato dall'abrogato art. 2450 c.c. E ciò nonostante che il riferimento alla persistenza della partecipazione dello Stato o dell'ente pubblico al capitale e alla intrasferibilità degli strumenti sia contenuto nella sola norma transitoria (il comma 2, dell'art. 13). Una volta incorporato il diritto amministrativo nello strumento partecipativo, è evidente, tuttavia, che per non alterare la "proporzionalità" con la partecipazione al capitale, le azioni in mano pubblica dovrebbero essere "neutralizzate" ai fini del calcolo dei quorum costitutivi e deliberativi dell'assemblea chiamata ad eleggere gli "altri" amministratori.

Laddove, invece, si sia scelta la strada della conversione delle azioni in mano pubblica in azioni di categoria, sempre rispettando la proporzionalità con la partecipazione al capitale, il sistema sembra connotarsi di minori complicazioni, ed è sostanzialmente analogo a quello delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

6. La possibile concorrenza del modello s.r.l. I diritti particolari e la serializzazione delle partecipazioni

L'introduzione di un limite allo strumento della nomina diretta degli amministratori stimola l'interprete a verificare la possibilità di ricorrere a schemi alternativi che garantiscano una rappresentatività del socio pubblico all'interno dell'organo gestorio, avendo tuttavia presente quanto affermato dalla giurisprudenza comunitaria e quanto recepito dal legislatore interno con il nuovo testo dell'art. 2449 c.c.

Ci si riferisce, in particolare, alla possibilità di ricorrere al tipo s.r.l., che, dopo la riforma del diritto societario, si connota per la particolare flessibilità e per l'ampio margine lasciato all'autonomia statutaria.

Tali caratteristiche possono, peraltro, ulteriormente rilevare anche al fine di vagliare la utilizzabilità del modello in relazione alla difficile compatibilità del tipo s.p.a. con le conclusioni cui perviene la giurisprudenza in tema di affidamenti *in house* e di "controllo analogo" ⁽⁸⁸⁾.

Rispetto alle caratteristiche che la giurisprudenza interna e comunitaria richiedono per il legittimo affidamento, si evidenziano, infatti, molteplici profili di incompatibilità di alcuni caratteri tipizzanti il modello azionario:

a) il limite quinquennale all'intrasferibilità delle azioni ex art. 2355-bis, c.c., che contrasta con il principio secondo cui lo statuto della società *in house* non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati;

b) la netta demarcazione di competenze dell'organo gestorio e dell'assemblea dei soci e la "svalutazione" del rilievo che le autorizzazioni di quest'ultima hanno rispetto al compimento di atti di gestione da parte degli amministratori, laddove nelle

società *in house* debbono invece riconoscersi all'ente pubblico controllante l'esercizio di poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale

che non sembrano egualmente (o perlomeno nella stessa misura) riscontrabili ove si faccia ricorso al tipo s.r.l. ⁽⁸⁹⁾.

Prescindendo, in questa sede, da tali problematiche – tenuto anche conto del fatto che la società *in house* dovrebbe connotarsi per la partecipazione pubblica totalitaria, senza partenariato privato - interessa, ai nostri fini, il disposto dell'art. 2468, comma 3, c.c., il quale, in deroga al principio secondo cui "i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta" consente di attribuire a singoli soci "particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili".

Si è pertanto recentemente sottolineata l'appetibilità del modello proprio laddove vi sia una partecipazione pubblica, potendo, ad esempio, riconoscersi al socio privato una partecipazione agli utili percentualmente superiore alla quota posseduta, ovvero parametrata al conseguimento di dati obiettivi economico-imprescindibili-finanziari, o creando altri incentivi; mentre al socio pubblico si potrebbero attribuire particolari diritti riguardanti l'amministrazione, come il diritto di nomina degli amministratori, il diritto di veto su alcune operazioni, diritti di informazione preventiva ⁽⁹⁰⁾.

La previsione di particolari diritti, peraltro, comporta di per sé una certa stabilità nella composizione della compagine sociale, dato che, secondo parte della dottrina, la loro attribuzione determinerebbe una limitazione nella circolazione della partecipazione. Infatti, la personalizzazione della quota renderebbe intrasferibile ad altri soggetti la partecipazione con quelle caratteristiche ⁽⁹¹⁾, il che si traduce nella possibilità di mantenere l'equilibrio nei rapporti endo-societari.

In altre parole, se il socio la cui partecipazione è connotata da particolari diritti trasferisce la propria quota, tali diritti "particolari" cessano in conseguenza del trasferimento e non permangono in capo all'acquirente. Ne deriva, altresì, che non sarebbe consentito differenziare *categorie* di partecipazioni, e queste, in quanto attribuite *al singolo socio* risentirebbero di limitazioni alla loro circolazione: la trasmissione della partecipazione sarebbe sì possibile, ma determinerebbe comunque l'estinzione di quelle particolari prerogative.

Per altri, viceversa, l'autonomia privata può anche disporre la *trasferibilità* della *partecipazione cui ineriscano i diritti particolari* senza che questi, a seguito del trasferimento, vengano meno, in mancanza di una norma imperativa ostativa ⁽⁹²⁾

Aderendo a questa diversa impostazione, è chiaro come l'attribuzione di particolari diritti, ove non accompagnata dalla necessaria *personificazione* della partecipazione, non si tradurrebbe in un sistema tale da garantire un sostanziale mante-

nimento dello *status quo*.

Invero, sulla questione della circolazione delle partecipazioni (e sui relativi limiti) v'è da rilevare che se da un lato, prescindendo dalla attribuzione di diritti particolari ex art. 2468 c.c., i limiti alla circolazione possono estendersi sino alla intrasferibilità della partecipazione ⁽⁹³⁾, dall'altro lato ogni trasferimento della quota di partecipazione deve necessariamente tener conto delle modalità attraverso le quali il socio privato ha fatto il suo ingresso nella società.

Ciò vale, in particolar modo, per le società che operano nel settore dei servizi pubblici locali, laddove, quando non si tratti di società *in house*, la scelta del socio privato avviene secondo procedure di evidenza pubblica imposte dal legislatore comunitario che vanno necessariamente osservate nell'ipotesi in cui questi voglia o debba procedere al trasferimento della propria partecipazione.

Ma, d'altra parte, la stessa partecipazione pubblica potrebbe a sua volta esser oggetto di clausola di intrasferibilità. Il partner privato potrebbe, in questo caso, avere tutto l'interesse a garantire il mantenimento del già citato equilibrio endosocietario, sia attraverso la previsione della clausola di intrasferibilità (che comunque legittima il recesso), sia attraverso l'attribuzione dei "particolari diritti" al socio pubblico. Ne deriverebbe, tuttavia, impossibilità per quest'ultimo di procedere alla dismissione della propria partecipazione ove da una fase di "privatizzazione formale" si intendesse passare alla "privatizzazione sostanziale" con trasferimento dell'intero capitale detenuto.

In linea generale, il "diritto particolare" si presta anche ad esser interpretato come "diritto alla nomina diretta di un amministratore" ⁽⁹⁴⁾: l'art. 2479 c.c. riserva infatti alla competenza dei soci la decisione in ordine alla nomina degli amministratori (ma v. anche l'art. 2475 c.c., che richiama la decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479 c.c., "salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo"). Nessun problema, pertanto, dovrebbe porsi laddove la partecipazione si connoti per l'attribuzione del diritto particolare alla nomina diretta dell'amministratore, posto che comunque questa competerebbe ad un soggetto "socio" in quanto titolare della partecipazione, con pieno rispetto dei citati artt. 2475 e 2479 c.c. ⁽⁹⁵⁾.

Si tratta ora di verificare se l'esistenza di una clausola siffatta nell'atto costitutivo di una s.r.l. con partecipazione pubblica – che attribuisca il diritto particolare alla nomina diretta in forza dell'art. 2468 c.c. – si ponga in contrasto con il diritto comunitario.

Al riguardo sembra possibile escludere una conflittualità con il principio di libera circolazione dei capitali e di libertà di stabilimento, in quanto:

a) l'art. 2468, comma 3, c.c. è norma che non si rivolge (a differenza dell'art. 2449 c.c.) ai soli soci pubblici, e non crea una discriminazione già sul piano normativo sulla base della nazionalità dei soggetti;

b) la previsione, nell'atto costitutivo, di particolari diritti amministrativi, anche laddove questi siano attribuiti a soli soci pubblici, è atto dell'autonomia contrattuale con cui i soci dispongono liberamente della "proporzionalità".

L'utilizzo di uno strumento dell'autonomia privata, che è a disposizione di chiunque, da parte del socio pubblico non può realizzare violazione dei predetti principi comunitari a meno che non si dica che è lo stesso strumento ad esser in contrasto con l'ordinamento a prescindere dal suo utilizzatore.

Anzi, è proprio la previsione di cui all'art. 2468, comma 3, c.c., che ha spinto parte della dottrina ad una critica nei confronti della pronuncia della Corte di Giustizia laddove sottovaluta l'esistenza di tale norma quale possibile deroga in favore di soci pubblici come privati alla proporzionalità dei "diritti amministrativi" rispetto alla partecipazione al capitale ⁽⁹⁶⁾.

Sotto tale profilo, peraltro, sembra possibile il ricorso a clausole che prevedano una serializzazione delle quote di partecipazione dei soci in funzione dei loro requisiti soggettivi.

Deve comunque muoversi dall'assunto per cui il tenore del comma 3 dell'art. 2468 c.c. ed il suo riferirsi ai "singoli soci" esprime l'accentuazione in senso personalistico della partecipazione sociale e, quindi, la sua soggettivizzazione: riferimento perfettamente coerente al sistema nel quale è inserito e che vale ad escludere la possibilità di immaginare che l'attribuzione di particolari diritti conduca alla creazione di categorie di quote, obiettivamente dotate di diritti particolari ⁽⁹⁷⁾, diversi da quelli inerenti le altre partecipazioni, a prescindere dalle persone dei rispettivi titolari ⁽⁹⁸⁾.

La possibilità di prevedere nell'atto costitutivo una distinzione per "serie di partecipazioni" in funzione dei requisiti soggettivi, valorizzando le peculiarità di coloro che ne possono esser titolari, sembra particolarmente adatta alla s.r.l. partecipata da enti pubblici, specie laddove si preveda anche quali siano le "soglie" di partecipazione che devono far capo rispettivamente al socio pubblico ed al partner privato.

Ciò in quanto si ritiene, da parte di autorevole dottrina, che la soppressione o la modifica del carattere "serializzato" delle quote, cioè dei particolari *requisiti statutari soggettivi* legittimanti l'acquisto e/o la detenzione della partecipazione nella s.r.l., in relazione al peculiare oggetto della società medesima, non sia assoggettato al principio di maggioranza alla stregua di qualunque altra vicenda modificativa. Tali variazioni (per esempio, l'incremento o la riduzione dell'aliquota massima di capitale sociale detenibile da parte di una data categoria di soci), infatti, alterano profondamente gli interessi in gioco e producono ripercussioni notevoli, se pure *indirette*, sulle partecipazioni dei soci, modificandone le prerogative implicitamente derivanti dall'assetto statutario complessivo. Ne deriva, pertanto, la necessità del "consenso

unanime" dei soci ⁽⁹⁹⁾.

Tale distinzione per serie delle partecipazioni, potrebbe, peraltro, esser accompagnata dalla previsione del diritto alla nomina degli amministratori da parte dei rispettivi titolari senza violare numericamente il principio di proporzionalità.

Elisa Puglielli e Antonio Ruotolo

(*) Pur essendo il presente studio frutto del lavoro comune degli autori, i paragrafi 1, 2 e 4 sono da attribuirsi ad Antonio Ruotolo; i paragrafi 3 e 5 ad Elisa Puglielli; il paragrafo 6 ad entrambi.

1) L'art. 2449 c.c., nella sua versione anteriore alla legge Comunitaria stabiliva che "Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza.

Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati.

Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Sono salve le disposizioni delle leggi speciali".

In generale, sulla portata della norma anteriormente alla riforma, DONATIVI, *Esperienze applicative in tema di nomina "diretta" alle cariche sociali*, in *Riv. Soc.*, 1998, 1258. Va ricordato come la dottrina fosse divisa fra i sostenitori della prospettiva pubblicistica o funzionalista, da un lato, secondo i quali nel rapporto fra amministrazione nominante ed amministratore nominato prevale la natura pubblicistica, sicché il primo potrebbe impartire al secondo direttive vincolanti, rapporto destinato a prevalere su quello, privatistico, che intercorre fra società ed amministratore; ciò si rifletterebbe anche sull'atto di nomina e di revoca, che, nel silenzio dello statuto, avrebbe quindi natura di atto amministrativo, che non necessita di ratifica o di approvazione da parte dell'assemblea (ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. Dir. civ.*, 1968, II, 262; OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblicistici della società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1960, 1043; CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Tratt. Colombo -Portale*, 4, Torino, 1991, 8. E, dall'altro lato, coloro che escludono la duplicità del rapporto (pubblicistico e privatistico) in capo agli amministratori di nomina pubblica, riguardo ai quali, specie dopo la riforma del diritto societario che ha riformulato l'art. 2449, c.c., l'unica differenza rispetto a quelli di nomina assembleare concerne solo la fonte dalla quale discende il proprio incarico e che semmai sono più sensibili agli interessi di cui è portato l'ente pubblico nominante. Tale sensibilità si traduce nel controllo – esercitabile con la loro presenza all'interno dell'organo amministrativo – sulla correttezza dell'operato e sul perseguimento dell'interesse sociale e conseguentemente dell'interesse pubblico (DE MURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 581 ss., spec. 586 s. Fra i sostenitori di tale tesi, CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 8, Torino, 1992, 138; PERICU, *sub artt. 2449-2450*, in Niccolini – Stagno d'Alcontres, *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, II, 1296 s.; IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005, 1 ss.; GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 117 ss.).

2) Sul tema, tra i contributi più recenti, ATELLI, *La revoca degli amministratori di s.p.a. partecipate da enti locali è atto di diritto privato*, in *Società*, 2006, 872 ss.; CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 1161 ss.; CIRENEI, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir. comm. int.*, 41 ss.; CONTESSA, *Servizi pubblici locali ed evoluzione giurisprudenziale: quale futuro per il modello societario?* in *Corr. del Merito*, 2005, 1329; DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, 392 ss.; DE MURO, *Brevi note su un'ipotesi di società ("autorizzata" e due volte) "speciale"*,

in *Riv. Giur. Sarda*, 2007, 23 ss.; DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, 561 ss.; FONTANA – ROSSI, *L'ente locale come holding pubblica e il controllo sulle società partecipate*, in *Nuova rass.*, 2006, 2426 ss.; FORLENZA, *Decretata la fine della figura giuridica utilizzata spesso in maniera distorta*, in *Guida al diritto*, 2007, 23, 109 ss.; FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. dell'economia*, 2004, 589 ss.; FRACCHIA, *Studio delle società "pubbliche" e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro it.*, 2005, 38 ss.; GRAZIANO, *La riforma e la controriforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 1369 ss.; GOISIS, *L'applicazione di discipline pubblicistiche a una società in mano pubblica longa manus del socio dominante*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2005, 1195 ss.; GOISIS, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. Cassese, VI, Milano, 2006, 5600 ss.; GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2004, 845; GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2005, 681 ss.; IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. Dir. civ.*, 2006, 145 ss.; IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., 1 ss.; LIPARI, *Le società pubbliche nell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006*, in *Corr. Del merito*, 2007, 111; MAGNOLI, *La riforma del diritto societario (in particolare sull'amministrazione delle società per azione)*, in *Dir. dell'economia*, 2005, 105 ss.; NAPOLITANO, *Le società pubbliche fra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. Soc.*, 2006, 999 ss.; OCCHILUPO, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 63 ss.; PERICU, *Gli organi sociali nelle società pubbliche*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di AMBROSINI, Torino, 2005, 281 ss.; ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, 473 ss.; RORDORF, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Società*, 2005, 423 ss.; SANTONASTASO, *Dalla "golden share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266*, in *Giur. comm.*, 2006, 383 ss.; SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. dell'economia*, 2005, 239 ss.; URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è "casa" per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, 2005, 135 ss.; WEIGMANN, *Le imprese di servizi pubblici locali dopo la riforma societaria*, in *Giur. comm.*, 2005, I. CIRENEI, *La società per azioni a partecipazione regionale tra legislatore comunitario e "legislatori nazionali" nella sentenza della Corte costituzionale n. 35 del 1992: verso la formazione di un diritto societario regionale?*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1993, II, 12; RACUGNO, *Le privatizzazioni nella Regione Sardegna*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 266; SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano, 2002, 267 ss. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 3. SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, in *Società*, 2001, 774

3) L'esperienza normativa degli ultimi anni ha, infatti, evidenziato un continuo affastellamento di leggi tese a disciplinare alcuni settori – si pensi al caso dei servizi pubblici locali – con una sovrapposizione di discipline che avevano la pretesa di assicurare una unitarietà del fenomeno, immediatamente corrette dalla legislazione successiva (con l'adozione del concetto di "servizio di rilevanza economica" in luogo di quello di "servizio di rilevanza industriale"), financo a doversi ricorrere alla decretazione d'urgenza per intervenire nuovamente al fine di correggere quegli aspetti che avrebbero comportato una alterazione delle regole della concorrenza. E tutto ciò senza dimenticare, per stare ancora al settore dei servizi pubblici locali, le diverse discipline speciali attinenti a determinati servizi (ad esempio, per il trasporto pubblico locale) e, da ultimo, l'incerto confine delle competenze legislative delle Regioni in materia a seguito della riforma del titolo V della Carta costituzionale. Non solo. Perché a queste difficoltà interpretative, che già di per se stesse potrebbero indurre l'interprete alla resa, è poi da aggiungersi la notevole incidenza del diritto comunitario codificato e vivente, che spesso è alla base delle norme interne "dell'ultimo momento" la cui effettiva portata è spesso pressoché incomprensibile.

4) IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., 1 s.

5) Si può peraltro ulteriormente distinguere fra società a vocazione tipicamente imprenditoriale (Alitalia, Eni, Enel, Ferrovie dello Stato, Finmeccanica, Poste Italiane) ed altre maggiormente connotate in senso pubblicistico (Anas, Arcus, Cassa Depositi e Prestiti, Coni servizi, Consip, COnsap,

Enav, Istituto Poligrafico dello Stato, Italia lavoro, Rai, Sace, Sogesid, Sogin, Sviluppo Italia). Sul punto, Goisis, *Società a partecipazione pubblica*, cit., 5600.

- 6) IBBA, *Società di diritto speciale*, in *Tratt. Colombo Portale*, 8, Torino, 1992, 526.
- 7) Art. 24, comma 1, lett. a) del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300. In particolare, i diritti dell'azionista Stato sono esercitati dal Ministero dell'economia in Alitalia s.p.a. (d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico), in ANAS s.p.a. (d'intesa con il Ministero delle infrastrutture) in CONI servizi s.p.a., in Consap s.p.a. (d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico), in ENAV s.p.a. (d'intesa con il Ministero dei trasporti), in ENEL s.p.a. (d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico) in ENI s.p.a. (d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico), in Ferrovie dello Stato s.p.a. (d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e con il Ministero dei trasporti), in Finmeccanica s.p.a. (d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico), in Fintecna s.p.a. (d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico), in G.S.E. s.p.a. (d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico), in Sogesid S.p.A. (d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico) e in Italia Lavoro s.p.a. (d'intesa con il Ministero del lavoro) e dal Ministero per i beni e le attività culturali per Cinecittà Holding s.p.a. Peculiari sono le modalità di nomina del c.d.a della RAI - Radiotelevisione Italiana S.p.A.: sette componenti sono indicati, a seguito di elezione, dalla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi; due, fra cui il Presidente, sono indicati dal Ministero dell'economia e delle finanze. La nomina del Presidente diviene efficace dopo l'acquisizione del parere favorevole, espresso a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti, dalla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi. La nomina del Direttore Generale è effettuata dal c.d.a., d'intesa con l'assemblea dei soci.
- 8) Indicativa, per quanto concerne l'individuazione dei soggetti in questione è la previsione di cui al comma 2 dell'art. 1 della legge 165 del 2001, secondo la quale «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le *Camere di commercio*, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300».
- 9) Si tratta di società normalmente istituite da apposite leggi regionali, per l'esercizio di funzioni spesso di natura finanziaria
- 10) Si tratta delle società a partecipazione pubblica locale costituite da comuni, province, comunità montane ed unioni di comuni per la gestione dei servizi pubblici locali ai sensi degli artt. 113 e 113-bis TUEL o delle norme speciali che riguardano i singoli settori)
- 11) Per una rassegna delle singole norme istitutive, sulla quale si tornerà a breve, PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare: rassegna della legislazione 1999-2003*, in *Giornale di dir. amm.* 2004, 372 ss. V. anche, con riferimento alle società costituite o autorizzate con legge regionale, DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, 391 ss.
- 12) V. Art. 8, comma 2, del decreto legge 8 luglio 2002, n. 138, convertito in legge 8 agosto 2002, n. 178, secondo il quale «È costituita una società per azioni con la denominazione «CONI Servizi spa»».
- 13) V. Art. 7 del decreto legge 15 aprile 2002, n. 63, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, L. 15 giugno 2002, n. 112: «Per la valorizzazione, gestione ed alienazione del patrimonio dello Stato e nel rispetto dei requisiti e delle finalità propri dei beni pubblici è istituita una società per azioni, che assume la denominazione di «Patrimonio dello Stato S.p.a.»»
- 14) V. art. 7, comma 1, del decreto legge 8 luglio 2002, n. 138, convertito in legge 8 agosto 2002, n. 178: «...l'Ente nazionale per le strade ANAS è trasformato in società per azioni con la denominazione di: «ANAS Società per azioni - anche ANAS» con effetto dalla data dell'assemblea di cui al comma 7».
- 15) V. art. 10 L. 8 ottobre 1997, n. 352: «Il Ministro per i beni e le attività culturali è autorizzato a costituire, con atto unilaterale, una società per azioni, denominata «Società per lo sviluppo dell'arte, della cultura e dello spettacolo - ARCUS Spa», di seguito denominata «Società», con sede in Roma, avente ad oggetto la promozione e il sostegno finanziario, tecnico-economico e

organizzativo di progetti e altre iniziative di investimento per la realizzazione di interventi di restauro e recupero dei beni culturali e di altri interventi a favore delle attività culturali e dello spettacolo, nel rispetto delle funzioni costituzionali delle regioni e degli enti locali". Nonché art. 8 del decreto legge 15 aprile 2002, n. 63, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, L. 15 giugno 2002, n. 112 "La Cassa depositi e prestiti è autorizzata a costituire, anche con atto unilaterale, una società finanziaria per azioni denominata «Infrastrutture S.p.a.»"

16) V. Art. 3, comma 4 D.lgs. 16 marzo 1999, n. 79: ". Entro il termine di trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto l'ENEL S.p.a. costituisce una società per azioni cui conferisce, entro i successivi sessanta giorni, tutti i beni, eccettuata la proprietà delle reti, i rapporti giuridici inerenti all'attività del gestore stesso, compresa la quota parte dei debiti afferenti al patrimonio conferito, e il personale necessario per le attività di competenza. Con propri decreti il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, sentita l'Autorità dell'energia elettrica ed il gas, entro i trenta giorni successivi alla data dei suddetti conferimenti, dispone gli eventuali, ulteriori conferimenti necessari all'attività del gestore e approva i conferimenti stessi. Lo stesso Ministro determina con proprio provvedimento la data in cui la società assume la titolarità e le funzioni di gestore della rete di trasmissione nazionale; dalla medesima data le azioni della suddetta società sono assegnate a titolo gratuito al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. I diritti dell'azionista sono esercitati d'intesa tra il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato. Gli indirizzi strategici ed operativi del gestore sono definiti dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato. Fino alla stessa data l'ENEL S.p.a. è responsabile del corretto funzionamento della rete di trasmissione nazionale e delle attività di dispacciamento nonché di quanto previsto dal comma 12"; Art. 4, comma 1: ". Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il gestore della rete di trasmissione nazionale costituisce una società per azioni denominata «acquirente unico». La società stipula e gestisce contratti di fornitura al fine di garantire ai clienti vincolati la disponibilità della capacità produttiva di energia elettrica necessaria e la fornitura di energia elettrica in condizioni di continuità, sicurezza ed efficienza del servizio nonché di parità del trattamento, anche tariffario.". Art. 5, comma 1: ". Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il gestore della rete di trasmissione nazionale costituisce una società per azioni denominata «acquirente unico». La società stipula e gestisce contratti di fornitura al fine di garantire ai clienti vincolati la disponibilità della capacità produttiva di energia elettrica necessaria e la fornitura di energia elettrica in condizioni di continuità, sicurezza ed efficienza del servizio nonché di parità del trattamento, anche tariffario.". Art. 13 commi 1 e 2: "1. L'ENEL S.p.a. assume le funzioni di indirizzo strategico e di coordinamento dell'assetto industriale e delle attività esercitate dalle società da essa controllate. Entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto l'assemblea dell'ENEL S.p.a. delibera le conseguenti modifiche statutarie.

2. L'ENEL S.p.a. costituisce società separate per lo svolgimento delle seguenti attività:

- la produzione di energia elettrica;
- la distribuzione di energia elettrica e la vendita ai clienti vincolati;
- la vendita ai clienti idonei;
- l'esercizio dei diritti di proprietà della rete di trasmissione comprensiva delle linee di trasporto e delle stazioni di trasformazione dell'energia elettrica e le connesse attività di manutenzione e sviluppo decise dal gestore ai sensi dell'articolo 3, comma 2;
- lo smantellamento delle centrali elettronucleari dismesse, la chiusura del ciclo del combustibile e le attività connesse e conseguenti, anche in consorzio con altri enti pubblici o società che, se a presenza pubblica, possono anche acquisirne la titolarità"

17) IBBA, *Le società "legali" per la valorizzazione, gestione e alienazione dei beni pubblici e per il finanziamento di infrastrutture: Patrimonio dello Stato e Infrastrutture s.p.a.*, in *Riv. Dir. civ.*, 2004, II, 448.

18) V. art. 7, comma 7 del del decreto legge 15 aprile 2002, n. 63: "La pubblicazione del presente decreto tiene luogo degli adempimenti in materia di costituzione di società per azioni previsti dalle vigenti disposizioni".

19) IBBA, *Le società "legali" per la valorizzazione, gestione e alienazione dei beni pubblici e per il finanziamento di infrastrutture: Patrimonio dello Stato e Infrastrutture s.p.a.*, cit., 450. Infatti, se

la l'istituzione in via legislativa della società è ispirata allo specifico interesse allo svolgimento di quella determinata attività da parte di quella società, è chiaro che tale interesse non è disponibile da parte del socio (ancorché si tratti di un ente pubblico). Conseguentemente, è solo attraverso la legge (la volontà della legge) che si potrà modificare l'oggetto sociale. È pur tuttavia vero che, con riferimento almeno all'ipotesi della trasformazione coattiva, il legislatore non sempre sembra esplicitamente confermare tale assunto (v. art. 7, comma 4, del decreto legge 8 luglio 2002, n. 138, relativamente all'ANAS). Tuttavia si deve tener conto del fatto che, a prescindere dalla natura della norma genetica della società (coattiva, obbligatoria o autorizzativa), le disposizioni in ordine alle modalità di adozione dello statuto sono le più varie: dalla previsione dell'approvazione da parte dell'assemblea (v. art. 8, comma 5, del decreto legge 8 luglio 2002, n. 138 relativamente al CONI), all'approvazione da parte di soggetti estranei alla compagine sociale¹, alla previsione di un procedimento articolato nella stesura dello statuto, approvazione dello stesso da parte di determinati soggetti, approvazione da parte dell'assemblea (v. art. 8, comma 7 del decreto legge 15 aprile 2002, n. 63, relativo a Infrastrutture S.p.a.). Finanche a prevedersi regole diverse riguardanti l'adozione del primo statuto e le sue successive modificazioni (v. art. Art. 5, comma 4, del D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 24 novembre 2003, n. 326 relativo alla Cassa Depositi e prestiti s.p.a.).

- 20)** A tale riguardo sembra opportuno segnalare come la giurisprudenza amministrativa abbia più volte fatto riferimento a tale disciplina quale paradigma del partenariato pubblico privato. Secondo Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603, "il modello delle società miste è previsto in via generale dall'art. 113 c. 5 lett. b) d.lgs. n. 267 del 2000, come modificato dall'art. 14 d.l. n. 269 del 2003 e dalla relativa legge di conversione, n. 326 del 2003, norme che, pur avendo attinenza ai contratti degli enti locali, delineano un completo paradigma, valido anche al di fuori del settore dei servizi pubblici locali. Tale modello vale anche al di fuori del settore dei servizi come si evince dall'art. 1 c. 2 e dall'art. 32 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), che contemplano il caso di società miste per la realizzazione di lavori pubblici e per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica". La condizione perché possa essere ritenuto legittimo il ricorso alla scelta del socio, al fine della costituzione di una società che divenga affidataria dell'esecuzione dell'opera senza necessità di gara, è che, attraverso la procedura, non si realizzi un affidamento diretto alla società mista, ma piuttosto un affidamento con procedura di evidenza pubblica dell'attività operativa della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta all'individuazione di quest'ultimo. Il modello, in altre parole, trae la propria legittimità dalla circostanza che la gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato abbia ad oggetto, al tempo stesso, l'attribuzione dei compiti operativi e quella della qualità di socio".
- 21)** Invero il legislatore demanda poi all'interprete la valutazione di quanta parte dell'art. 113 sia tuttora in vigore. Dopo aver esordito con la previsione di cui al primo comma, secondo cui "*Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili*" (comma 1); il legislatore aggiunge, al comma 11 che "*L'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo*".
- 22)** La portata applicativa della novella – che ben rappresenta la continua evoluzione della normativa in esame – sarà oggetto di un prossimo approfondimento che non è consentito in questa sede sviluppare.
- 23)** Tale possibilità, tuttavia, non è stata sempre pacifica, tanto che prima della Legge 15 maggio 1997 n. 127, dal riferimento alle sole società per azioni contenuto nell'art. 22 lett. e) della legge 142 del 1990 e ribadito dall'art. 12 della Legge 498 del 1992, la giurisprudenza, in sede di omo-

logazione, ne aveva desunto argomenti per negare l'iscrivibilità di società a partecipazione pubblica locale in forma di srl. È il caso dell'Agenda per la promozione della candidatura olimpica Roma 2004 s.r.l., costituita dal Comune di Roma (51% delle quote), dalla locale Camera di commercio (45%) e da altro soggetto (4%), il cui atto costitutivo è stato dichiarato non omologabile dal Tribunale di Roma con decreto 11 aprile 1996, e, successivamente, dalla di Appello di Roma, con decreto 8 giugno 1996. Entrambi i provvedimenti in *Riv. Not.*, 1997, 201 ss., con nota di NICOTRA, *L'oggetto sociale delle società di capitali a partecipazione comunale: servizio pubblico o attività imprenditoriale?*; in *Vita not.*, 1997, 361 ss.; in *Notariato*, 1997, 551 ss., con nota di BARRESI, *Costituzione di società mista in forma diversa dalla s.p.a.*; in *Società*, 1996, 1291 ss., con nota di CABRAS, *Società a partecipazione comunale solo in forma azionaria?*. Oltre all'argomento letterale, ne era stato poi invocato un altro, di carattere sostanziale, costituito dalle minori garanzie che, dal punto di vista strutturale, fornirebbe lo schema della s.r.l. rispetto a quello della s.p.a.. La s.r.l. non è, infatti, istituzionalmente dotata di alcune peculiarità proprie della s.p.a. che sono state giudicate rilevanti per le finalità delle società miste: la spersonalizzazione delle partecipazioni, l'obbligatorietà del collegio sindacale, la necessaria plurilateralità nell'atto costitutivo, il capitale sociale minimo più elevato. E, tuttavia, tali obiezioni sono state considerate, almeno in parte, superabili poiché, per quanto concerne il collegio sindacale, questo può essere previsto come obbligatorio dallo statuto della s.r.l.; per quanto attiene alla unipersonalità, questa è solo eventuale nella s.r.l. e, almeno nella fase successiva alla costituzione, può verificarsi anche nella s.p.a.. Diverso era, invece, l'orientamento del Consiglio di Stato (parere del 2 dicembre 1992, n. 2685/92, in *Cons. Stato*, 1994, I, 284) che, chiamato ad esprimere il proprio parere su quesito del Ministero dell'Interno, ebbe ad affermare che – fermo restando il requisito della prevalenza della partecipazione pubblica nel capitale sociale – “non si ravvisa alcuna diversità apprezzabile, da questo punto di vista, fra la formula della società per azioni e quella della società a responsabilità limitata”, concludendo pertanto nel senso che l'espressione società per azioni non è stata usata dal legislatore in senso stretto e tassativo, ma come genericamente indicativa di varie forme di società di capitali, compresa quella a responsabilità limitata (In dottrina si esprimono in tal senso: CAVAZZUTI, *Forme societarie, intervento pubblico locale e "privatizzazione dei servizi": prime considerazioni sulla nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Giur. It.*, 1991, IV, 248 ss.; RESTA, *Il ricorso alla S.p.a. per la gestione dei pubblici servizi da parte degli enti locali*, in *Cons. Stato*, 1995, II, 1680; VIPIANA, *In tema di società a partecipazione pubblica locale*, in *Diritto dell'economia*, 1992, 369). Successivamente l'art. 22 della legge 142 venne modificato dalla legge 127/1997, sì da risultare del seguente tenore: “i comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme: ...e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati”. In virtù delle modifiche introdotte all'art. 22, lett. e) della legge 142/1990, dalla legge 15 maggio 1997, n. 127, risultava quindi positivamente ammessa la costituzione di s.r.l. da parte degli enti locali per la gestione dei servizi pubblici. Si doveva invece escludere la possibilità per l'ente locale di ricorrere al tipo società a responsabilità limitata per la gestione di servizi pubblici ove la partecipazione pubblica locale al capitale sociale non fosse prevalente. La materia è stata successivamente ripresa dal testo unico sugli enti locali, che fa ormai riferimento generico alle “società di capitali” (cf. art. 113, 113-bis, e 115, sebbene quest'ultimo sia ancora rubricato come *Trasformazione delle aziende speciali in società per azioni*) sicché debbono considerarsi definitivamente superate quelle tesi che escludevano il ricorso al tipo s.r.l., che, peraltro, sembra esser notevolmente appetibile per la possibilità di modellarne la struttura conformandola alle esigenze del socio pubblico partecipante.

24) V., al riguardo, le disposizioni dettate per il settore del trasporto pubblico locale dal D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 422, (c.d. decreto Burlando) recante *Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'articolo 4, comma 4, della L. 15 marzo 1997, n. 59*. Lo strumento cooperativo è previsto anche dal d.Lgs. 23 maggio 2000, n. 164, recante *Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della L. 17 maggio 1999, n. 144*, il cui art. 15, relativo al *Regime di transizione nell'attività di distribuzione*

- 25)** V., in proposito l'art. 91 *bis* D.P.R. 11 luglio 1980, n. 382 (*Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica*), aggiunto dall'art. 13 l. 9 dicembre 1985, n. 705. In dottrina, sul punto, ROSSI, *La partecipazione delle Università a consorzi e società consortili di ricerca per o sviluppo scientifico e tecnologico in L'attività consortile, Esperienze e prospettive di riforma della disciplina vigente* a cura di F. Di Sabato, Napoli, 1990, 325-334. Più in generale, per la compatibilità dello scopo consortile con la disciplina delle società operanti nel settore dei servizi pubblici locali, NANNI, in *Commento al D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 593 s.
- 26)** Sul dibattito relativo alla applicabilità dell'art. 2449 c.c. anche alle società a responsabilità limitata, COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 627 ss., spec. 630, nt. 17. Le posizioni sono riassumibili in due diversi orientamenti: a) una tesi che era favorevole alla interpretazione analogica o estensiva della norma (SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, cit., 774; CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. Cottino*, Padova, 2007, 26; FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, cit., 601; MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2004, 1514, nt. 90; DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 475); b) una tesi contraria alla analogia, fondata sulla distanza tipologica intervenuta rispetto alla s.p.a. dopo la riforma, pur rilevandosi, da parte di alcuni, una sorta di "compensazione" con i diritti particolari di cui all'art. 2468 (RORDORF, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, cit., 425; CAPO, *Il governo dell'impresa e la nuova era della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 506) nell'ambito della quale alcuni sostenevano, tuttavia, la possibilità di una riproduzione statutaria della norma (PERICU, *sub artt. 2449-2450*, cit., 1305).
- 27)** Per un commento a tale disposizione, LIPARI, *Le società pubbliche nell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006*, in *Corr. Merito*, 2007, 111 ss. Sull'art. 13, recentemente, Cons. Stato, sez. IV, sent. 5 marzo 2008, n. 946, secondo cui le questioni di costituzionalità e di compatibilità con l'ordinamento comunitario sollevate in riferimento all'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, sono manifestamente infondate. La scelta del legislatore di applicare le disposizioni limitative di cui si tratta anche alle società a capitale misto trova il proprio fondamento nel dichiarato intento di tutelare in via primaria l'interesse pubblico su quello privato, rafforzando e tutelando il libero gioco della concorrenza, assicurando una effettiva parità tra tutti gli operatori economici. Da un lato, quindi, l'intervento del legislatore risulta in concreto pienamente conforme al dettato costituzionale essendo rivolto non già a limitare la concorrenza, ma a salvaguardarla in maniera rigorosa, eliminando posizioni di privilegio innegabilmente riconoscibili alle società "pubbliche" a scapito degli operatori privati, allorché operino, come nella specie, quale ente "strumentale" dell'ente pubblico di riferimento, fruendo comunque dei vantaggi inerenti alla stretta contiguità con il detto ente pubblico. Dall'altro lato, poi, va opportunamente ricordato che è la stessa Unione Europea ad aver previsto la necessità per gli Stati membri di provvedere alla regolamentazione dell'accesso al mercato degli appalti pubblici da parte di organismi di proprietà o partecipati da enti pubblici, proprio per evitare distorsioni della concorrenza nei confronti dei soggetti privati (cfr. Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004). In senso parzialmente critico rispetto a tale pronuncia, Guzzo, *I nuovi limiti del "controllo analogo" secondo la più recente teorica del Consiglio di Stato e della Commissione europea*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.
- 28)** Sempre nell'ambito delle disposizioni che pongono limiti alla operatività della società, può annoverarsi anche il comma 9 dell'art. 23-bis della legge 133 del 2008, il quale dispone che "i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al periodo precedente non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro

affidato. In ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica”.

- 29)** Si noti come l’art. 1 del D.M. 10 giugno 2004, attuativo del decreto legge 332 del 1994, abbia limitato, conformemente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, i *poteri speciali* e quindi anche la facoltà di nomina dell’amministratore senza diritto di voto, alla ricorrenza di rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all’ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa, in forma e misura idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi, anche mediante l’eventuale previsione di opportuni limiti temporali, fermo restando il rispetto dei principi dell’ordinamento interno e comunitario, e tra questi in primo luogo del principio di non discriminazione. Per un’ampia disamina dell’evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sui “poteri speciali”, SANTONASTASO, *La “saga” della “golden share” tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 302 ss., spec. 332 ss.
- 30)** “459. Ai fini del contenimento della spesa pubblica, il numero dei membri del consiglio di amministrazione della Società di cui al decreto legislativo 9 gennaio 1999, n. 1, nonché della Società di cui all’articolo 13, comma 2, lettera e), del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, è ridotto a tre. I componenti dei suddetti consigli di amministrazione cessano dall’incarico alla data di entrata in vigore della presente legge ed i nuovi componenti sono nominati entro i successivi quarantacinque giorni. Il limite di tre si applica anche per il numero dei componenti dei consigli di amministrazione delle società di cui al comma 461.
- 31)** 1 461. Sulla base dei contenuti e dei termini fissati con direttiva del Ministro dello sviluppo economico, la Società di cui al comma 460 predispone entro il 31 marzo 2007 un piano di riordino e di dismissione delle proprie partecipazioni societarie, nei settori non strategici di attività. Il predetto piano di riordino e di dismissione dovrà prevedere che entro il 30 giugno 2007 il numero delle società controllate sia ridotto a non più di tre, nonché entro lo stesso termine la cessione, anche tramite una società veicolo, delle partecipazioni di minoranza acquisite; per le società regionali si procederà d’intesa con le regioni interessate anche tramite la cessione a titolo gratuito alle stesse Regioni o altre amministrazioni pubbliche delle relative partecipazioni. Le conseguenti operazioni di riorganizzazione, nonché quelle complementari e strumentali sono esenti da imposte dirette e indirette e da tasse.
- 32)** Si riportano le norme di più stretto interesse: “721. Ai fini del contenimento della spesa pubblica, le regioni, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, adottano disposizioni, normative o amministrative, finalizzate ad assicurare la riduzione degli oneri degli organismi politici e degli apparati amministrativi, con particolare riferimento alla diminuzione dell’ammontare dei compensi e delle indennità dei componenti degli organi rappresentativi e del numero di questi ultimi, alla soppressione degli enti inutili, alla fusione delle società partecipate e al ridimensionamento delle strutture organizzative”.
- “725. Nelle società a totale partecipazione di comuni o province, il compenso lordo annuale, onnicomprensivo, attribuito al presidente e ai componenti del consiglio di amministrazione, non può essere superiore per il presidente all’80 per cento e per i componenti al 70 per cento delle indennità spettanti, rispettivamente, al sindaco e al presidente della provincia ai sensi dell’articolo 82 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Resta ferma la possibilità di prevedere indennità di risultato solo nel caso di produzione di utili ed in misura ragionevole e proporzionata”.
- “726. Nelle società a totale partecipazione pubblica di una pluralità di enti locali, il compenso di cui al comma 725, nella misura ivi prevista, va calcolato in percentuale della indennità spettante al rappresentante del socio pubblico con la maggiore quota di partecipazione e, in caso di parità di quote, a quella di maggiore importo tra le indennità spettanti ai rappresentanti dei soci pubblici”.
- “727. Al Presidente e ai componenti del consiglio di amministrazione sono dovuti gli emolumenti di cui all’articolo 84 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, alle condizioni e nella misura ivi stabilite”.
- “728. Nelle società a partecipazione mista di enti locali e altri soggetti pubblici o privati, i compensi di cui ai commi 725 e 726 possono essere elevati in proporzione alla partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali, nella misura di un punto percentuale ogni cinque punti percentuali di

partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali nelle società in cui la partecipazione degli enti locali è pari o superiore al 50 per cento del capitale, e di due punti percentuali ogni cinque punti percentuali di partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali nelle società in cui la partecipazione degli enti locali è inferiore al 50 per cento del capitale”.

“729. 11 numero complessivo di componenti del consiglio di amministrazione delle società partecipate totalmente anche in via indiretta da enti locali, non può essere superiore a tre, ovvero a cinque per le società con capitale, interamente versato, pari o superiore all'importo che sarà determinato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie locali, di concerto con il Ministro dell'interno e con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-città e autonomie locali, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Nelle società miste il numero massimo di componenti del consiglio di amministrazione designati dai soci pubblici locali comprendendo nel numero anche quelli eventualmente designati dalle regioni non può essere superiore a cinque. Le società adeguano i propri statuti e gli eventuali patti parasociali entro tre mesi dall' entrata in vigore del citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri”.

“730. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano adeguano ai principi di cui ai commi da 725 a 735 la disciplina dei compensi degli amministratori delle società da esse partecipate, e del numero massimo dei componenti del consiglio di amministrazione di dette società. L'obbligo di cui al periodo che precede costituisce principio di coordinamento della finanza pubblica”.

“733. Le disposizioni di cui ai commi da 725 a 730 non si applicano alle società quotate in borsa.”

33)

“12. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 1, commi 459, 460, 461, 462 e 463, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, le amministrazioni pubbliche statali che detengono, direttamente o indirettamente, il controllo di società, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, promuovono entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, nelle forme previste dalla vigente normativa, anche attraverso atti di indirizzo, iniziative volte a: a) ridurre il numero dei componenti degli organi societari a tre, se composti attualmente da più di cinque membri, e a cinque, se composti attualmente da più di sette membri; b) prevedere, per i consigli di amministrazione o di gestione costituiti da tre componenti, che al presidente siano attribuite, senza alcun compenso aggiuntivo, anche le funzioni di amministratore delegato; c) sopprimere la carica di vice presidente eventualmente contemplata dagli statuti, ovvero prevedere che la carica stessa sia mantenuta esclusivamente quale modalità di individuazione del sostituto del presidente in caso di assenza o di impedimento, senza titolo a compensi aggiuntivi; d) eliminare la previsione di gettoni di presenza per i componenti degli organi societari, ove esistenti, nonchè limitare la costituzione di comitati con funzioni consultive o di proposta ai casi strettamente necessari.

13. Le modifiche statutarie hanno effetto a decorrere dal primo rinnovo degli organi societari successivo alle modifiche stesse.

14. Nelle società di cui al comma 12 in cui le amministrazioni statali detengono il controllo indiretto, non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che non siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere permanente e continuativo ovvero che la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante. Nei casi di cui al presente comma gli emolumenti rivenienti dalla partecipazione agli organi della società controllata sono comunque riversati alla società controllante.

15. Le società di cui ai commi da 12 a 18 adottano, per la fornitura di beni e servizi, parametri di qualità e di prezzo rapportati a quelli messi a disposizione delle pubbliche amministrazioni dalla Consip Spa, motivando espressamente le ragioni dell'eventuale scostamento da tali parametri, con particolare riguardo ai casi in cui le società stesse siano soggette alla normativa comunitaria sugli appalti pubblici.

16. Le disposizioni dei commi da 12 a 18 non si applicano alle società quotate in mercati regolamentati, nonchè, relativamente al comma 12, lettera b), alle società di cui all'articolo 1, commi 459 e 461, della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

17. Ai fini di quanto disciplinato dai commi da 12 a 18, alle società di cui all'articolo 1, comma 729, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, continuano ad applicarsi le disposizioni del predetto comma 729, nonché le altre ad esse relative contenute nella medesima legge n. 296 del 2006".

- 34)** Analogamente le disposizioni contenute nella legge finanziaria per il 2008, che in sostanza pongono l'obbligo in capo alle amministrazioni pubbliche statali che detengano, direttamente o indirettamente, il controllo di società, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, di promuovere, entro 90 giorni, iniziative volte a ridurre il numero dei componenti degli organi societari a tre, se composti attualmente da più di cinque membri, e a cinque, se composti attualmente da più di sette membri; a prevedere, per i consigli di amministrazione o di gestione costituiti da tre componenti, che al presidente siano attribuite, senza alcun compenso aggiuntivo, anche le funzioni di amministratore delegato; a sopprimere la carica di vice presidente eventualmente contemplata dagli statuti, ovvero prevedere che la carica stessa sia mantenuta esclusivamente quale modalità di individuazione del sostituto del presidente in caso di assenza o di impedimento, senza titolo a compensi aggiuntivi; e ad eliminare la previsione di gettoni di presenza per i componenti degli organi societari, ove esistenti, nonché limitare la costituzione di comitati con funzioni consultive o di proposta ai casi strettamente necessari. Si tratta di un obbligo a provvedere e sembra plausibile interpretare il disposto del comma 13 ("Le modifiche statutarie hanno effetto a decorrere dal primo rinnovo degli organi societari successivo alle modifiche stesse") nel senso che la riduzione dei componenti, la soppressione della carica di vicepresidente ecc., abbiano effetto dopo la naturale scadenza degli organi in carica.
- 35)** Va peraltro segnalato come la Corte costituzionale, con sentenza n. 159 del 20 maggio 2008, abbia dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 730, della legge n. 296 del 2006 e dell'art. 1 commi 725, 726, 727 e 728 nella parte in cui essi trovano applicazione per gli enti locali delle Province autonome di Trento e di Bolzano, nonché del comma 734, nella parte in cui esso si riferisce alle Regioni e alle Province autonome di Trento e di Bolzano.
- 36)** Sul punto, RUOTOLO, *Gli adeguamenti degli statuti delle società partecipate al comma 729 della legge finanziaria*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studi e materiali*, 2008, 133 ss. Recentemente anche PERLINGIERI, *Sul numero di amministratori nelle società totalmente partecipate da enti locali. Profili di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 729, della l. 26 dicembre 2006, n. 296 (c.d. legge finanziaria 2007)*, destinato agli *Studi in onore di Franco Di Sabato* e di prossima pubblicazione in *Riv. dir. soc.*
- 37)** Per una rassegna delle norme dei Paesi dell'Unione Europea, tutte regolarmente sottoposte al vaglio della Corte di Giustizia, recanti un sistema di *golden shares*, COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, cit., 629.
- 38)** Si può, pertanto distinguere, all'interno dei «poteri speciali» in ragione del tipo di limitazione che comportano, fra restrizioni che colpiscono l'assunzione o l'aumento di partecipazioni nel capitale sociale di un'impresa privatizzata («restrizioni concernenti l'ingresso nel capitale»), e quelle che, attribuendo alle pubbliche autorità poteri di controllo sulle delibere degli organi sociali, incidono sulla gestione stessa della società («restrizioni concernenti la gestione sociale»). Cfr. VITALE, *La Corte di Giustizia "boccia" l'articolo 2449 del codice civile*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2008, 521 ss., spec. 524, che riprende le conclusioni dall'Avvocato generale, Da`maso Ruiz Jarabo Colomer, presentate il 3 luglio 2001, cause C- 367/98, C-483/99, C-503/99, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica Portoghese, Repubblica francese, Regno del Belgio, (punto 20), in <http://curia.europa.eu/it/index.htm>.
- 39)** Così VITALE, *La Corte di Giustizia "boccia" l'articolo 2449 del codice civile*, cit., 524.
- 40)** V., ad esempio, sentenza del 28 settembre 2006, della sez. I della Corte di giustizia, cause C-282/04 e 283/04, Commissione contro Regno dei Paesi Bassi, in <http://curia.europa.eu/it/index.htm>.
- 41)** Sul punto, in questi termini, VITALE, *La Corte di Giustizia "boccia" l'articolo 2449 del codice civile*, cit., 522 s.
- 42)** Art. 4, legge 24 dicembre 2003, n. 350: 227. Sostituisce il comma 1 dell'art. 2, D.L. 31 maggio 1994, n. 332.
228. Il potere di opposizione di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a) e b), del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, come modificato dal comma 227, è esercitabile con riferimento alla singola operazione. Esso è altresì

esercitabile quando la partecipazione, anche attraverso singoli atti di acquisto, registri un incremento pari o superiore alla misura prevista. Tale potere è parimenti esercitabile ogniqualvolta sorga l'esigenza di tutelare sopravvenuti motivi imperiosi di interesse pubblico entro il termine di dieci giorni dal loro concreto manifestarsi. In tale caso l'atto di esercizio del potere statale deve contenere esplicito e motivato riferimento alla data in cui tali motivi si sono manifestati.

229. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con il Ministro delle attività produttive, nonché con i Ministri competenti per settori, sono individuate le società dai cui statuti va eliminata, con deliberazione dell'assemblea straordinaria, la clausola con la quale è stata attribuita al Ministro dell'economia e delle finanze la titolarità di uno o più dei poteri speciali.

230. Con apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta dei Ministri dell'economia e delle finanze e delle attività produttive, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, verranno individuati i criteri di esercizio dei poteri speciali, limitando il loro utilizzo ai soli casi di pregiudizio degli interessi vitali dello Stato (267).

231. Gli statuti delle società nelle quali è prevista la clausola che attribuisce allo Stato i poteri speciali sono adeguati alle disposizioni di cui ai commi da 227 a 230.

43) Consultabile in www.dirittodeiservizipubblici.it.

44) Corte di Giustizia Europea, Sezione I, 6 dicembre 2007, (n. c-464/04), in *Giur. comm.*, 2008, II, 576 ss., con nota di DE MURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*. Per un articolata rassegna delle pronunce in materia, CASTELLANETA, *Il sistema delle golden shares alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Studio 4-2008/A, Approvato dalla Commissione Affari Europei ed Internazionali del Consiglio Nazionale del Notariato il 4 luglio 2008.

45) Il Comune di Milano, socio della AEM, società operante nel settore dei servizi di distribuzione di gas ed energia elettrica, aveva deliberato, nel corso della procedura di privatizzazione, modifiche statutarie che gli attribuivano il diritto alla nomina di un numero di amministratori (un quarto dei membri del c.d.a.), tale da salvaguardare l'interesse dello stesso, in qualità di socio con maggioranza relativa, ad esprimere un numero di amministratori proporzionale alla sua partecipazione. Di fatto, però, per l'effetto congiunto della riserva di nomina diretta e del diritto di partecipare al voto di lista per la designazione degli altri membri del consiglio della società (previsto dallo statuto ai sensi dell'art. 4 della l. 474 del 1994), il comune riusciva a conservare la maggioranza assoluta nel consiglio di amministrazione, pur se, a seguito della cessione delle azioni, lo stesso era destinato a diventare socio di maggioranza relativa.

Il Tar Lombardia (T.A.R. Lombardia [ord.], sez. I, 13 ottobre 2004, n. 175, in *Foro it.*, 2005, III, 38 con nota di FRACCHIA, *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*), ritenendo incompatibile tal disciplina con il disposto dell'art. 56 del Trattato, sollevava la questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato Ce. Per una sintesi della vicenda, v. anche GHEZZI – VENTORUZZO, *Golden share e diritto comunitario: la Corte di Giustizia delle Comunità Europee afferma l'incompatibilità dell'art. 2449 c.c. con il principio di libera circolazione dei capitali nel caso AEM*, in *Riv. Soc.*, 2008, 252 ss., nonché VITALE, *La Corte di Giustizia "boccia" l'articolo 2449 del codice civile*, cit., 520 ss.

46) V., per la giurisprudenza, segnatamente, sentenze 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04, Commissione/Paesi Bassi, Racc. pag. I-9141, punto 18 e giurisprudenza ivi citata, nonché 23 ottobre 2007, causa C-112/05, Commissione/Germania. Per un approfondimento riguardo a tale ultima pronuncia, CASTELLANETA, *Il sistema delle golden shares alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, cit.

47) V. sentenza Commissione/Germania, cit., punto 19 e giurisprudenza ivi citata.

48) Si rileva, inoltre (punti 33 e ss. della sentenza), come il diritto di nomina non sia attribuito direttamente allo Stato o all'ente pubblico dall'art. 2449 c.c., ma necessiti di un'apposita previsione statutaria. Pertanto esso potrebbe esser successivamente soppresso attraverso apposita deliberazione da assumere con le maggioranze qualificate previste per le modifiche statutarie. Tuttavia, anche riconosciuta tale modificabilità, permane astrattamente uno squilibrio nei confronti dell'azionista privato. Infatti, indipendentemente dalla questione se l'azionista pubblico disponga di per sé della maggioranza necessaria per fare inserire nello statuto della società interessata il suo diritto di nomina diretta di amministratori di quest'ultima, o se possa conseguire tale modifi-

ca solo con il concorso di altri azionisti, occorre constatare che è solo in forza della disciplina dell'art. 2449 c.c. , la quale deroga al diritto societario comune, che l'azionista pubblico, a differenza di un'azionista privato, può ottenere che gli sia concesso il diritto di partecipare all'attività del consiglio d'amministrazione con maggiore rilievo rispetto a quanto gli sarebbe normalmente concesso dalla sua qualità di azionista. Anche se un tale diritto di nomina, una volta inserito nello statuto, non è immutabile, dato che, in via di principio, può essere oggetto di modifica in occasione di un'ulteriore revisione dello statuto medesimo, esso tuttavia gode di una protezione relativamente intensa. L'azionista pubblico, infatti, può trarre profitto dalla garanzia di continuità di cui beneficia lo statuto di una società per azioni, in quanto per la modifica di quest'ultimo è di norma necessaria una maggioranza qualificata degli azionisti. Così, anche quando l'azionista pubblico non dispone più successivamente, da solo o con il concorso di altri azionisti, della maggioranza necessaria per ottenere l'attribuzione di un diritto di nomina diretta degli amministratori, segnatamente perché, nel frattempo, ha ridotto la sua partecipazione al capitale della società interessata, esso può tuttavia continuare a godere di un tale diritto. Un investitore potrà avere la certezza di riuscire ad abrogare il diritto di nomina diretta degli amministratori di una società per azioni solamente qualora l'investimento effettuato sia di una rilevanza tale da assicurargli la maggioranza necessaria per modificare lo statuto di detta società, il che può richiedere un investimento ben al di là di quello che, in assenza dell'inserimento del diritto di nomina di cui trattasi nello statuto, gli consentirebbe di partecipare alla società interessata con l'obiettivo di creare o mantenere legami economici durevoli e diretti con quest'ultima, che consentano una partecipazione effettiva alla sua gestione o al suo controllo.

- 49)** V., al riguardo, BUSI, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, cit., 868, e la dottrina ivi citata.
- 50)** Si ritiene che l'art. 2368 c.c. consenta l'adozione del sistema del voto di lista, espressamente previsto per le società quotate dall'art. 148 T.U.F., anche nelle società per azioni chiuse. V. GHEZZI - VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. Soc.*, 2008, 668 ss., 677 e la dottrina ivi citata in nt. 22.
- 51)** Per la sintesi della giurisprudenza su tale profilo, BUSI, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, cit., 869 ss. il quale riassume i tre principi cardine della questione nella competenza esclusiva dell'assemblea, salve le deroghe espressamente previste dalla legge; nella unitarietà del procedimento assembleare di nomina; nella libertà del voto per la nomina.
- 52)** La costituzione politica - la *governance* - delle società di capitali è plutocratica nel senso che il *potere* (soprattutto quello di reclutare gli amministratori) è *in funzione diretta dell'importo della ricchezza investita*. Posto che il capitale sia una grandezza numerica non inferiore alla grandezza pecuniaria della ricchezza investita, la plutocrazia comporta che il potere del socio cresca al decrescere del quoziente del rapporto tra capitale e apporto del socio: in questo senso si è parlato di *funzione organizzativa del capitale*. Così SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla « nuova » società a responsabilità limitata)*, in *Riv. Dir. civ.*, 2003, I, 489 ss., spec. 501.
- 53)** Si rileva che il vaglio comunitario può trovare applicazione solo in relazione alle norme nazionali che possono creare violazione del principio di libera circolazione dei capitali in quanto discriminatorie sul piano della nazionalità. Tali sono quindi quelle norme che riconoscono prerogative speciali ai soci pubblici che hanno necessariamente di nazionalità italiana, discriminando inevitabilmente tutti i soggetti pubblici o privati di nazionalità diversa. Non sono invece sindacabili sotto il profilo comunitario quelle norme che riconoscono indiscriminatamente ed indipendentemente dal requisito della nazionalità, la facoltà di stabilire secondo le normali procedure societarie di diritto comune, prerogative particolari a particolari soci, anche pubblici.
- 54)** In effetti, il ricorso al potere speciale di nomina ex art. 2449 c.c., in tale ipotesi, ha una portata derogatoria del principio plutocratico limitata sul piano sostanziale, poiché essa si risolve nella sottrazione della nomina (e della revoca) al dibattito e all'approvazione assembleare. Sul punto v. GHEZZI - VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, cit., 675.

- 55)** È sostanzialmente questo l'argomento fatto proprio nel comunicato della società AEM il cui statuto aveva dato origine al procedimento culminato con la sentenza della Corte di Giustizia, all'indomani della pubblicazione della stessa, laddove si afferma che, "in seguito alla fusione con ASM, il Comune di Brescia e il Comune di Milano deterranno complessivamente circa il 55,4% del capitale sociale della società post-fusione (che avrà assunto la denominazione di A2A S.p.a.), e precisamente per circa il 27,7% ciascuno", e quindi che "la decisione della Corte di Giustizia non produrrà alcun impatto sul nuovo Statuto della Società che entrerà in vigore con effetto dalla data di efficacia della fusione con ASM. Il nuovo Statuto di A2A S.p.a. prevede che l'art. 2449 del codice civile non sarà applicabile qualora il Comune di Brescia ed il Comune di Milano possiedano complessivamente una partecipazione pari o inferiore al 50% del capitale sociale con diritto di voto".
- 56)** Evidenzia la criticità della norma sotto tale profilo DE MURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, cit., 592 s., per il quale "non si è tenuto conto del fatto che in capo al socio pubblico rimarrebbero anche gli ordinari diritti sociali, che sommati a quelli speciali farebbero venir meno la proporzionalità, che, in ogni caso, è qualcosa di diverso rispetto al censurabile ingiustificabile controllo sproporzionato". Sul punto v. *infra*, nt. 57.
- 57)** Sul tema, LEMME, *Il voto di lista*, in *Riv. Dir. comm.*, 1999, 357 ss.; MARICONDA-GUIDA, *Clausole per la previsione del voto di lista*, in *Notariato*, 1995, 608; TORINO, *Voto di lista. I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, in AA.VV., *Diritto privato Cendon*, XXII, Società, I, Torino, 2004, 415; CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Tratt. Colombo - Portale*, 4, Torino, 1991, 20; RIZZINI - BISINELLI, *Una prima applicazione del voto di lista per il collegio sindacale*, in *Società*, 1999, 981; IRRERA, *Il voto di lista per l'elezione degli amministratori nelle società privatizzate: prima applicazione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1997, 81; COSSU, *Il voto di lista tra minoranza numerica e minoranza sostanziale*, in *Riv. not.*, 2000, 1275; CAMPOBASSO, *Voto di lista e patti parasociali nelle società quotate*, in *Banca borsa e tit. di cred.*, 2003, I, 125; RAGUSA-MAGGIORE, *L'abuso del diritto nelle società per azioni e la tu-tela delle minoranze*, in *Dir. fall.*, 2002, II, 170; RICCARDELLI, *Sottrazione all'assemblea del potere di nomina dell'organo amministrativo*, in *Società*, 1993, 951; BUSI, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, in *Tratt. Picozza-Gabrielli*, Padova, 2008, 866 ss.
- 58)** Per un'interessante disamina di un caso di coesistenza del meccanismo di nomina diretta (ex art. 60 del D.P.R. 2/1957 e artt. 2458 e 2459 c.c., ante riforma) ed il sistema del voto di lista, SPADA, *Cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato*, in *Riv. Dir. priv.*, 2002, 801 ss.
- 59)** E' stata proposta, tuttavia, proprio in relazione a siffatte ipotesi, un'interpretazione più liberale del principio di proporzionalità sancito dalla Corte. V. GHEZZI - VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, cit., 701. Gli AA. sostengono che "la sentenza non parla di principio di proporzionalità, ma di violazione dei principi comunitari se ed in quanto attraverso l'applicazione dell'art. 2449 c.c. si abbia un potere di controllo sproporzionato rispetto alla entità della partecipazione. In altri termini: se è vero che una rappresentanza proporzionale nel consiglio di amministrazione non è certamente sproporzionata, non è detto [...] che una rappresentanza più che proporzionale dia luogo automaticamente ad un potere di controllo sproporzionato."
- L'applicazione di una siffatta impostazione porterebbe ad ammettere ipotesi in cui, pur in assenza di una stretta proporzionalità tra partecipazione al capitale sociale e rappresentanza nel consiglio di amministrazione, non sussista un controllo sproporzionato in capo al socio pubblico e quindi non si possa riscontrare una violazione del principio comunitario in oggetto. Si riporta il seguente esempio. "Si pensi, a titolo esemplificativo, ad una società controllata da un socio privato che detiene il 70% del capitale sociale, e che sia partecipata anche da un socio pubblico, per la parte restante del capitale sociale. Si supponga che lo statuto preveda, in favore di detto ente pubblico, la possibilità di nominare direttamente, ai sensi dell'art. 2449 c.c. due dei dieci componenti del consiglio di amministrazione. La società prevede per la nomina degli amministratori il sistema del voto di lista, assegnando alla lista che risulti vincente 6 amministratori e alla seconda 2 amministratori. In tale ipotesi, pur partecipando alla votazione assembleare, il socio pubblico non godrebbe comunque di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla partecipazione, dato che

la maggioranza degli amministratori risulterebbe comunque nominata dal socio privato che detiene la maggioranza del capitale sociale”.

- 60)** Si è da più parti rilevato come il nuovo testo dell’art. 2449 c.c. - che limita sì i poteri di nomina diretta con il principio di proporzionalità, ma non impedisce agli enti pubblici e allo Stato di votare anche in assemblea per le azioni di cui sono titolari – sfuggirebbe al vincolo comunitario, consentendo, ad esempio in combinazione con il ricorso al voto di lista, la nomina della maggioranza degli amministratori (DEMURO, *L’incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, cit.).
- 61)** Che aveva, ad esempio, negato la legittimità di una clausola che prevedeva la nomina dei due amministratori da parte di due distinti gruppi familiari che rappresentavano l’intero capitale sociale (App. Milano, 27 agosto 1969, in *Giur. it.*, 1970, I, 586) o che riconoscevano il potere di designazione dei membri del c.d.a. a ciascuno dei tre soci fondatori, distintamente uno a testa (Trib. Cassino, 13 ottobre 1989, in *Società*, 1990, 362). Riferimenti in BUSI, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, cit., 870.
- 62)** Nel senso del testo, GHEZZI - VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, cit., 703. Rileva l’insussistenza di una norma che imponga di provvedere ad adeguamenti statutari DEMURO, *L’incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, cit., 594.
- 63)** Fra gli altri, SPADA, *Riflessioni sul regime transitorio del nuovo diritto delle società di capitali*, in *Riv. Not.*, 2003, 635 s
- 64)** In senso contrario, tuttavia, Corte Dei Conti, Sez. Regionale di Controllo Lombardia, Deliberazione n. 46/pareri/2007, 18 ottobre 2007.
- 65)** Dovendosi comunque escludere la possibilità di applicare all’ipotesi in esame l’art. 223-bis disp. att. c.c., che stabiliva *quorum* semplificati, per l’adeguamento alla riforma del diritto societario, posto che la norma aveva da un lato una sua efficacia temporale limitata (il termine ultimo era il 30 settembre 2004), e dall’altro lato essa si riferiva agli adeguamenti alla riforma del diritto societario e, stante la natura delle semplificazioni che comportava rispetto al regime ordinario delle modificazioni statutarie, era norma eccezionale e di stretta interpretazione.
- 66)** Sul punto, RUOTOLO, *Gli adeguamenti degli statuti delle società partecipate al comma 729 della legge finanziaria*, cit., 133 ss.
- 67)** RUOTOLO, *Gli adeguamenti degli statuti delle società partecipate al comma 729 della legge finanziaria*, cit., 133 ss.
- 68)** Per tale rilievo, FRAZZANI-GOBBATO, *Bocciatura europea sulle "golden share" e diritti di voto*, in *Dir. e prat. Soc.*, 11/2008, 33.
- 69)** In questi termini, VITALE, *La Corte di Giustizia "boccia" l'articolo 2449 del codice civile*, cit, 524.
- 70)** Ovviamente la scadenza degli amministratori nominati direttamente dal socio pubblico coincide sempre con la scadenza dell’intero organo, indipendentemente dal fatto che la nomina diretta e quella assembleare non siano state contestuali.
- 71)** In tal senso anche GHEZZI - VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, cit., 703., secondo i quali “atteso che l’art. 2449 c.c., comma 2 – che su questo punto non ha subito alcuna modifica – stabilisce che gli amministratori e i sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono esser revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati, si dovrebbe concludere che le amministrazioni pubbliche nominanti mantengano intatto il potere diretto di revoca. E ciò tanto nel caso in cui la norma statutaria relativa alla nomina non sia stata adeguata al principio di proporzionalità, risultando pertanto nulla, quanto nella situazione in cui essa sia stata adeguata a detto principio, per gli amministratori già in eccedenza al limite della proporzionalità”.
- 72)** Per un’indagine sui sistemi di amministrazione e controllo nelle società a partecipazione pubblica quotate Elefanti –Cerrato, *La governance delle imprese pubbliche locali*, rinvenibile sul sito www.astrid-online.it.
- 73)** Ai sensi dell’art. 2325-bis c.c. tali sono le società con azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante. La misura rilevante è stabilita dell’art. 116 del D.Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (art. 111 bis disp. att. c.c.). Fra le disposizioni che interessano le di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche, si segnala l’art. 16-bis del D.L. 31 dicem-

bre 2007, n. 248, convertito con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 28 febbraio 2008, n. 31, il quale, in tema di responsabilità degli amministratori, prevede che "per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario. Le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto". Sul punto, Santosuosso, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli amministratori (contributo in materia di privatizzazioni e competenza giurisdizionale)*, destinato agli *Studi in onore di Franco Di Sabato*, dattiloscritto consultato per cortesia dell'Autore; Torchia, *La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, e Schlitzer, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art.16 bis del c.d. mille proroghe (d. l. 31/12/ 2007 n. 248 convertito in legge 28/02/2008 n. 31)*, rinvenibili entrambi sul sito www.astrid-online.it.

- 74)** Colangelo, *Nuove questioni in tema di società a partecipazione pubblica*, in www.dircomm.it, cit., in critica alla sentenza della Corte di Giustizia, rileva come "questa non considera la categoria dei titolari di strumenti partecipativi i quali, pur non avendo la qualifica di soci, ai sensi dell'art. 2351, 5 comma c.c., in via extra assembleare possono nominare dei membri gestori. Viene così superato il principio organizzativo corporativo-capitalistico in tema di nomina di organi amministrativi".
- 75)** Per De muro, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, cit., 593, "non è semplice capire che necessità ci sia di dire una cosa ovvia".
- 76)** NOTARI, *Le categorie speciali di azioni e gli strumenti finanziari partecipativi nella riforma delle società*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 615 ss.
- 77)** Ove si afferma che "gli strumenti finanziari in questione possono conferire tutti i diritti partecipativi escluso quello del diritto di voto nell'assemblea generale degli azionisti".
- 78)** Diversamente BUSI, *Assemblea e decisioni dei soci nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, cit., 873, secondo il quale o si riconduce il potere di nomina "alla disciplina eccezionale di nomina da parte di terzi, come negli artt. 2449 e 2450, o per non spezzare il principio di unitarietà dell'assemblea, sembra si debba consentire ai titolari di strumenti finanziari l'intervento nella assemblea generale dei soci".
- 79)** NOTARI, *Le categorie speciali di azioni e gli strumenti finanziari partecipativi nella riforma delle società*, cit. 615, MAGLIULO, *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova s.p.a.*, Milano, 2004, 78.
- 80)** GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, cit.
- 81)** Con specifico riferimento alle società in cui lo Stato detiene una partecipazione rilevante (es. ENEL, ENI, Finmeccanica), va ricordata la disciplina introdotta dai commi da 381 a 384 della legge Finanziaria per il 2006 (legge 23 dicembre 2005, n. 266), la quale, sebbene nell'incipit esprima la finalità di favorire i processi di privatizzazione di dette società, prevede, in realtà, un "sistema antiscalata", una "poison pill" (in questi termini, Mucciarelli, *Norme antiscalata: tanta confusione e qualche vero pericolo*, in www.lavoceinfo.it del 24 aprile 2006. Sul punto, *Id. Società privatizzate: un castello inespugnabile*, in www.lavoceinfo.it del 22 gennaio 2008). In essa si prevede che, in caso di offerta pubblica di acquisto, è possibile deliberare un aumento di capitale con cui l'azionista pubblico può accrescere la propria quota di partecipazione vanificando così il tentativo di scalata. In sostanza, si dispone, per le società nelle quali lo Stato detenga una partecipazione rilevante, la possibilità di prevedere statutariamente la facoltà di emettere strumenti partecipativi o di creare particolari categorie di azioni, anche a seguito di conversione di parte delle azioni esistenti. Le assemblee speciali dei titolari di tali azioni o strumenti possono richiedere l'emissione, a favore dei medesimi, di nuove azioni, anche al valore nominale, o di nuovi strumenti finanziari partecipativi muniti di diritti di voto nell'assemblea ordinaria e straordinaria - che, pertanto, appare, ad una prima lettura, in deroga al principio sancito dall'art. 2346, comma 6, c.c. - nella misura determinata dallo statuto, anche in relazione alla quota di capitale detenuta all'atto dell'attribuzione del diritto. Gli strumenti finanziari e le azioni in questione possono essere emessi a titolo gratuito a favore di tutti gli azionisti ovvero, a pagamento (ad un prezzo determinato secon-

do criteri definiti in via generale con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la CONSOB), a favore di uno o più azionisti, individuati anche in base all'ammontare della partecipazione detenuta. Tutti gli strumenti finanziari e le azioni di particolare categoria godono di un diritto limitato di partecipazione agli utili o alla suddivisione dell'attivo residuo in sede di liquidazione. La relativa emissione può essere fatta in deroga al diritto di opzione di cui all'art. 2441 c.c.. Inoltre, le deliberazioni dell'assemblea che creano siffatte categorie di azioni o di strumenti finanziari non danno diritto al recesso. A salvaguardia della posizione dei titolari delle azioni di categoria o degli strumenti finanziari è altresì previsto che l'eventuale modificazione delle clausole statutarie che li disciplinano siano sì modificabili con le maggioranze previste per l'approvazione delle modificazioni statutarie, ma anche che la loro efficacia sia subordinata alla approvazione da parte dell'assemblea speciale dei titolari delle azioni o degli strumenti finanziari. Infine, lo statuto delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio può stabilire, con le maggioranze previste per l'approvazione delle modificazioni statutarie, che l'efficacia delle deliberazioni di modifica delle clausole sui limiti al possesso azionario, previste dall'art. 3 del decreto legge 332 del 1994, decorso il triennio di immodificabilità previsto dalla stessa norma, sia subordinata all'approvazione da parte dell'assemblea speciale dei titolari delle azioni o degli strumenti finanziari. In sostanza, ai possessori degli strumenti finanziari e delle azioni di categoria viene offerto uno strumento che sterilizza l'effetto della eventuale eliminazione del tetto di possesso azionario, la cui efficacia è appunto subordinata alla approvazione delle assemblee speciali. Inoltre, in tal caso, non si applica la norma (sancita dal comma 3 dell'art. 3 del decreto n. 332) che dispone che le clausole che prevedano un limite di possesso decadono comunque allorché il limite sia superato per effetto di un'offerta pubblica di acquisto a condizione che l'offerente venga a detenere, a seguito dell'offerta, una partecipazione almeno pari al settantacinque per cento del capitale con diritto di voto nelle deliberazioni riguardanti la nomina o la revoca degli amministratori o dei componenti del consiglio di gestione o di sorveglianza. In sostanza, il legislatore privilegia la posizione dei soci attuali di dette società, con due "misure preventive di difesa" o "barriere tecniche erette in funzione preventiva per ostacolare eventuali acquisizioni ostili" (su tale concetto, De Sana, *Opa e tecniche di difesa*, Milano, 2003), intervenendo sia attraverso una vera e propria *poison pill* che innalza, allorché sia attivato il meccanismo previsto dal comma 381, la soglia per l'esercizio dell'o.p.a., sia subordinando al consenso dei possessori delle azioni di categoria e degli strumenti finanziari l'eventuale modificazione della clausola sui limiti al possesso azionario. Dunque, pure per tali società – che, tuttavia, non esauriscono il panorama dei soggetti cui l'art. 2449 c.c. può applicarsi – è espressamente prevista l'emissione degli strumenti finanziari partecipativi, ai sensi dell'articolo 2346, sesto comma, del codice civile, a fianco della creazione di categorie di azioni a favore di tutti o di alcuni dei soci attuali, la cui assemblea speciale di categoria può chiedere l'attribuzione di nuove azioni dotate del diritto di voto. Anche con riferimento a tale previsione, non si è mancato di sottolinearne la singolarità, dato che "le società per azioni già possono emettere, sulla base del codice civile, sia azioni speciali sia strumenti finanziari ibridi, e anche legare a titoli speciali una warrant su future emissioni azionarie"(Mucciarelli, *Norme antisalata: tanta confusione e qualche vero pericolo*, cit.). Non è questa la sede per approfondire tale tema, ma basti qui ricordare come, sostanzialmente operi il "sistema antisalata": nell'ipotesi di aumento di capitale riservato ai titolari degli strumenti finanziari, un'eventuale o.p.a. verrebbe sostanzialmente bloccata dal lievitare del costo dell'acquisto generato dalla conversione dei titoli speciali in azioni (Mucciarelli, *Norme antisalata: tanta confusione e qualche vero pericolo*, cit.). È incerto che cosa abbia voluto intendere il legislatore con l'espressione "diritto di richiedere l'emissione, a favore dei medesimi, di nuove azioni, anche al valore nominale, o di nuovi strumenti finanziari partecipativi". Ci si è, infatti, chiesti se ciò significhi attribuire all'assemblea speciale il potere di deliberare l'aumento, lasciando all'assemblea (generale) straordinaria il solo potere di autorizzarlo o se, viceversa, l'assemblea speciale possa solo richiedere all'assemblea generale di deliberare l'aumento. Accedendo a tale seconda ricostruzione, peraltro, la norma mancherebbe di qualsiasi elemento di originalità. Alla luce delle ultime considerazioni, non possono non rilevarsi alcune perplessità in merito alla conformità di tale sistema con i principi interpretativi dettati dalla Corte di Giustizia. Si rileva, in particolare, una possibile discrepanza tra la possibilità per l'ente pubblico, in qualità di detentore di strumenti partecipativi, che attribuiscono il potere di nomina degli amministratori delle società

partecipate prescindendo dalla partecipazione al capitale, con il principio di proporzionalità sancito dalla Corte. Peraltro, che detta materia fosse "sub iudice" lo si desume dalla circostanza che nel testo originario della norma - successivamente modificata dal D.Lgs. 19 novembre 2007, n. 229 di Attuazione della direttiva 2004/25/CE concernente le offerte pubbliche di acquisto - era espressamente avvertita la necessità dell'approvazione comunitaria delle disposizioni previste dai commi da 381 a 383 (Santonastaso, *Dalla "golden share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266, cit. 388 ss.*). Sul tema anche Rossi, *La legge sulla tutela del risparmio e il degrado della tecnica legislativa*, in *Riv. Soc.*, 2006, 1 ss.

- 82)** L'alternatività sembra desumibile dall'utilizzo dell'avverbio "altresì"
- 83)** NOTARI, *Le categorie speciali di azioni e gli strumenti finanziari partecipativi nella riforma delle società*, cit., 615.
- 84)** De muro, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, cit., 594, rileva come non esista né un obbligo, né una necessità di adeguamento; "sicuramente non richiede alcun adeguamento la pleonastica previsione relativa alla applicazione del 6° comma dell'art. 2346 c.c. Non dovrebbe richiedere alcun adeguamento neanche la possibilità per il consiglio di amministrazione di incorporare il potere di nomina in una particolare categoria di azioni. Il dato normativo a tal proposito pare sufficientemente chiaro: *il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea*. Accettando tali considerazioni si può ritenere che non vi è alcun adeguamento da effettuare e che non vi sia alcuna perdita di efficacia delle disposizioni statutarie non adeguate mancando proprio nel dettato normativo una disposizione a cui adeguarsi. Non è previsto alcun adeguamento per le società che non ricorrono al capitale di rischio. Per assurdo, in queste ipotesi, un adeguamento potrebbe essere necessario, in quanto in questo caso il potere di nomina attribuibile al socio pubblico dovrà essere proporzionale alla partecipazione al capitale sociale".
- 85)** In tal senso anche GHEZZI - VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, cit., 705 s.
- 86)** SPOLIDORO, *La riduzione del capitale esuberante*, in *Tratt. Colombo - Portale*, 6*, Torino, 1993, 238 e, dopo la riforma, NOBILI, *La riduzione del capitale*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 3, Torino, 2006, 308
- 87)** Su tale principio, per tutti, ANGELICI, *Parità di trattamento degli azionisti*, in *Riv. Dir. com.*, 1987, I, 1 ss.
- 88)** Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza del Consiglio di Stato - Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1 che individua le condizioni per l'affidamento diretto, soffermandosi in particolare sulla nozione di controllo analogo. In tale pronuncia si rileva, infatti come in ambito comunitario le condizioni poste per rendere legittimo l'affidamento in house, siano rappresentate da: «1) il così detto "controllo analogo a quello svolto sui propri servizi", necessariamente esercitato dall'ente pubblico nei confronti dell'impresa affidataria; 2) il rapporto di stretta strumentalità fra le attività dell'impresa "in house" e le esigenze pubbliche che l'ente controllante è chiamato a soddisfare. La giurisprudenza comunitaria, in particolare, ha utilizzato l'espressione in house providing per identificare il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione: la quale acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara (così detta esternalizzazione) e dunque al mercato (a partire da C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal). In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti. I requisiti dell'in house providing, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno interpretati restrittivamente (C. giust. CE, 6 aprile 2006, C-410/04 e Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007). La sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. Infatti, la partecipazione (pure minoritaria) di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi [C. giust. CE: sez.

II, 19 aprile 2007, C-295/05, Asociación de Empresas Forestales c. Transformación Agraria SA (TRASGA); 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Corame; 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle]. Occorre, quindi, che l'ente possieda l'intero pacchetto azionario della società affidataria (Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; in precedenza Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345 aveva ritenuto che la quota pubblica dovesse essere comunque superiore al 99%). Tuttavia, la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04; Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2007, n. 2932 e 3 aprile 2007, n. 1514), servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. In particolare: a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072); b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514); c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero (C. giust. CE: 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling o Commissione c. Austria; 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen); d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5). In sostanza si ritiene che il solo controllo societario totalitario non sia garanzia della ricorrenza dei presupposti dell'in house, occorrendo anche un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04, società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio). Ne consegue che l'in house esclude la terzietà, poiché l'affidamento avviene a favore di un soggetto il quale, pur dotato di autonoma personalità giuridica, si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell'ente affidante che è in grado di determinarne le scelte, e l'impresa è anche sotto l'influenza dominante dell'ente. Da ultimo (Cons. giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719), sempre in aggiunta alla necessaria totale proprietà del capitale da parte del soggetto pubblico, si è ritenuto essenziale il concorso dei seguenti ulteriori fattori, tutti idonei a concretizzare una forma di controllo che sia effettiva, e non solo formale o apparente: a) il controllo del bilancio; b) il controllo sulla qualità della amministrazione; c) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti; d) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali». Per un primo commento a tale pronuncia, GUZZO, *I nuovi limiti del "controllo analogo" secondo la più recente teorica del Consiglio di Stato e della Commissione europea*, cit.

- 89)** Sul punto, URSO, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urb. e appalti*, 2006, 1417 ss., spec. 1426 ss.
- 90)** IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., 13, GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, cit.
- 91)** ABRIANI ed altri, *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003 217, ROSAPEPE *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione sociale nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 479 ss.; PINNARÒ, *sub art. 2468*, in Niccolini - Stagno d'Alcontres, *Società di capitali, Commentario*, III, Napoli, 2004, 1501; IACCARINO, *Attribuzione del diritto di voto non proporzionale alla partecipazione sociale*, in *Società*, 2008, 31 ss.
- 92)** MALTONI, *sub art. 2468*, in Maffei Alberti, *Il nuovo diritto delle società*, *Commentario*, III, Padova, 2005, 1837; NOTARI, *Diritti "particolari" dei soci e categorie "speciali" di partecipazioni*, in *A.G.E.*, 2003, 69 s.. In tal senso, recentemente, anche Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 46, secondo cui l'art. 2468 - nel regolare l'ipotesi in cui l'autonomia negoziale voglia introdurre deroghe al principio di uguaglianza e di proporzionalità del contenuto delle partecipazioni sociali, le quali, difatti, nel modello legale, attribuiscono ai soci i medesimi diritti, in misura proporzionale alla misura della partecipazione - chiarisce anzitutto che, in linea di principio, l'eventuale deroga all'uguaglianza ed alla proporzionalità dà luogo all'attribuzione di particolari diritti a singoli soci e non già alla creazione di partecipazioni sociali di per sé dotate di diritti diversi rispetto alle altre. Da ciò dovrebbe conseguire che, in mancanza di appositi patti in diverso senso, non solo i diritti particolari sono immodificabili se non all'unanimità - come espressamente dispone il comma 4 -

ma essi sono anche intrasferibili insieme alla partecipazione, la cui alienazione, pertanto, dovrebbe comportare l'estinzione dei medesimi. La massima, pertanto, conclude che l'atto costitutivo può altresì liberamente stabilire sia il regime di circolazione delle loro partecipazioni, sia la sorte dei particolari diritti in caso di alienazione parziale o totale delle partecipazioni medesime, nonché l'eventuale deroga alla norma dettata nell'art. 2468, comma 4, c.c., in base alla quale i particolari diritti "possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci").

- 93)** Salvo il riconoscimento, in tal caso, del diritto di recesso, che può essere esercitato in qualsiasi momento, a meno che non sia previsto, nell'atto costitutivo, un termine, comunque non superiore a due anni, prima del quale il recesso non può essere esercitato: v. art. 2469 c.c.
- 94)** In dottrina, *Cossu, L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, cit. 650 s., ipotizza il possibile contenuto del diritto particolare «Si può pensare, così: 1) al particolare diritto del socio pubblico alla nomina diretta in assemblea, ovvero alla nomina diretta extraassembleare - che avvenga, eventualmente, attraverso una modalità decisionale non collegiale - di uno o più amministratori, e dunque anche alla revoca dei medesimi, salvo che una giusta causa non legittimi alla revoca l'intera assemblea, o comunque la totalità dei soci. Si evidenzia, altresì, la possibilità di ricorrere, là dove la nomina non sia diretta, a meccanismi del genere voto di lista; 2) al particolare diritto ad esprimere il gradimento rispetto alla nomina di uno o più amministratori designati dalla maggioranza dei soci; 3) al particolare diritto ad essere nominato amministratore egli stesso. Si può anche giungere, per questa via, a ipotizzare il particolare diritto del socio pubblico di: 4) nominare - e, dunque, anche revocare, salva l'ipotesi di revoca per giusta causa da parte dell'assemblea, di cui sopra - il massimo numero di amministratori compatibile con i limiti numerici imposti dalla 1. finanziaria 2007. Non si impone, invece, (come prevede per le s.p.a. chiuse l'art. 2449) una proporzionalità del numero di amministratori di nomina pubblica rispetto al capitale detenuto, di modo che anche la totalità degli amministratori potrebbe essere di nomina pubblica; ancora, i particolari diritti a 5) nominare un direttore generale; 6) esercitare un diritto di veto rispetto al compimento di determinate operazioni gestorie, sempre che, ovviamente, non siano riservate agli amministratori, ovvero ai soci, ex art. 2479, comma 2».
- 95)** Anche, in tal caso, quindi, non porrebbe neppure astrattamente un problema di possibile "riesumazione" dell'art. 2450 c.c.
- 96)** Colangelo, *Nuove questioni in tema di società a partecipazione pubblica*, in www.dircomm.it, febbraio 2008.
- 97)** Così MALTONI, *sub art. 2468*, cit., 1838 s., il quale evidenzia come "il concetto di categoria postula un insieme di eguali: può valere per le azioni, normativamente costruite sui principi di uguaglianza, standardizzazione, fungibilità, non per le partecipazioni in società a responsabilità limitata, necessariamente variabili, specifiche, uniche, infungibili"
- 98)** GUERRERA, *Le modificazioni dell'atto costitutivo - Profili generali*, dattiloscritto consultato per cortesia dell'Autore, destinato al *Trattato delle s.r.l.*, diretto da C. Ibba e G. Marasà, vol. IV, Padova, 2008, in corso di pubblicazione.
- 99)** GUERRERA, *Le modificazioni dell'atto costitutivo - Profili generali*, cit.