



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

Studio n. 227-2017/I

Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica: note a margine dell'art. 3 T.U.S.P.

Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 5/10/2017

Approvato dal CNN il 26-27/10/2017

Lo studio in sintesi (abstract): *Il Testo unico delle società a partecipazione pubblica introduce significative limitazioni all'autonomia delle pubbliche amministrazioni. Il lavoro studia alcune di queste limitazioni.*

In particolare, le pubbliche amministrazioni non possono che partecipare a determinati tipi di società e, se vi partecipano in modo o misura tale da potervi esercitare il controllo, non possono sfruttarne integralmente le potenzialità riservate in generale dal diritto societario alla autonomia statutaria di ciascuno di quei tipi. In primo luogo, si tenta di stabilire analiticamente a quali i tipi di società può partecipare una pubblica amministrazione e, per converso, a quali non è possibile che vi partecipi. In secondo luogo, si cerca di chiarire come tale limitazione si spieghi a livello di sistema. In terzo luogo, si prova a rispondere alle seguenti domande: (i) cosa succede se la pubblica amministrazione costituisce una società di un tipo non consentito? (ii) cosa succede se ne acquista una partecipazione? (iii) cosa succede se la società alla quale legittimamente partecipa si trasforma in un tipo sociale diverso da quelli consentiti? In quarto ed ultimo luogo, lo studio si concentra sulle limitazioni poste all'autonomia statutaria in punto di scelta delle soluzioni organizzative in tema di controllo.

Sommario: *1. Premessa; 2. Tipi di società ammessi; 3. La violazione del divieto e le sue conseguenze; 4. Sistemi di controllo nelle società partecipate; 5. La ridotta autonomia del socio pubblico e la autonomia statutaria delle società partecipate.*



1. Premessa

Il Testo unico delle società a partecipazione pubblica (T.U.S.P.) prevede significative limitazioni all'autonomia delle pubbliche amministrazioni. Alcune di queste limitazioni sono contenute nell'art. 3 T.U.S.P., al quale sono dedicate queste osservazioni.

In particolare, le pubbliche amministrazioni non possono che partecipare a determinati tipi di società e, se vi partecipano in modo o misura tale da potervi esercitare il controllo, non possono sfruttarne integralmente le potenzialità riservate in generale dal diritto societario alla autonomia statutaria di ciascuno di quei tipi. In questo secondo senso, potrebbe pensarsi che si tratta di disposizioni che incidono anche sulla autonomia statutaria delle società a controllo pubblico; ma una tale prospettazione, come si cercherà di mostrare in seguito, non è da preferirsi.

Ad ogni modo è consigliabile procedere analiticamente: dapprima, analizzando e cercando di collocare nel sistema la norma di cui al primo comma, e, poi, quelle di cui al secondo, posto che esse si distinguono nettamente anche nella appena accennata prospettiva; non fosse altro perché mentre la limitazione di cui al primo comma vale per ogni partecipazione pubblica (e quindi a prescindere dalla significatività ed entità della stessa), le regole di cui al secondo comma valgono – come si diceva – solo per società a controllo pubblico.

Sempre a riprova della significatività e ampiezza delle limitazioni imposte, si rammenta preliminarmente che esse si applicano non solo alle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, ma altresì ai «loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti», alle «autorità portuali» e soprattutto a tutti «gli enti pubblici economici» (che, come tali, sono estranei alla nozione di pubblica amministrazione di cui al d.lgs. n. 165 del 2001): questa è infatti l'ampia definizione di amministrazione pubblica dettata dal T.U.S.P. (anche) ai fini dell'applicazione dell'art. 3 [art. 2, comma 1, lett. a), T.U.S.P.].

In passato disposizioni particolari volte a limitare la tipologia delle società suscettibili di essere partecipate dall'ente pubblico erano state dettate (talora facendo riferimento alla sola società per azioni tal'altra a società per azioni e a società a responsabilità limitata) con riguardo ai soli enti pubblici territoriali o locali (e si vedano, ad esempio, gli artt. 22 della l. 28 giugno 1990, n. 142, e 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali»).

2. Tipi di società ammessi

La norma di cui al primo comma è senz'altro la più significativa. Di ciò deve essersi reso conto lo stesso legislatore, quando ha richiamato nella rubrica dell'articolo solamente il suo contenuto e non anche quello del secondo comma.

Con tale disposizione si statuisce, con sufficiente chiarezza, che tutte le pubbliche amministrazioni (e si è visto nel par. 1 che cosa con ciò deve intendersi) possono essere socie (o titolari di strumenti finanziari che conferiscano diritti amministrativi) solo di società per azioni e



società a responsabilità limitata, con la conseguente sicura inclusione tra le stesse di tutte le relative «varianti», «sottospecie» e «sottotipi» (come sono stati di volta in volta qualificati dagli interpreti: si pensi alle società con azioni quotate o alle *start-up* innovative costituite in forma di società a responsabilità limitata), e con la altrettanto sicura preclusione della possibilità di prendere parte a società semplici, società in nome collettivo, società in accomandita semplice.

In termini generali, è apparso intuitivo che tale limitazione trovi la sua ragione nella esigenza di evitare che il socio pubblico possa assumere posizioni da cui ne consegua una sua responsabilità illimitata per le obbligazioni della società; e questo anche perché «l'assunzione della qualifica di socio illimitatamente responsabile è incompatibile con le regole e con la funzione autorizzatoria del bilancio di previsione degli enti in regime di contabilità finanziaria» ⁽¹⁾. Tuttavia, senza naturalmente volersi negare che tale deve essere stata la intenzione del legislatore, la norma può spiegarsi anche alla luce del fatto che le società per azioni e le società a responsabilità limitata sono quelle con il modello di amministrazione e controllo più formalizzato e, già solo per questo, più adatto alla partecipazione di una pubblica amministrazione: in particolare, il socio pubblico – in quanto amministrazione pubblica o comunque ente pubblico – non potrebbe assumere quel ruolo imprenditoriale con spiccata rilevanza personale che è, invece, presupposto alla partecipazione in società di persone (oltre che alla posizione di socio accomandatario); e di ciò pare che possa aversi riprova nella circostanza che, per quanto riguarda la società a responsabilità limitata, altra norma del T.U.S.P. (e cioè l'art. 11, comma 5) si incarica di escludere che le stesse società possano essere amministrate con il regime disgiuntivo o congiuntivo, e cioè secondo un modello che è proprio e caratteristico delle società di persone. Si tratta, dunque, di una conferma che, ai fini della limitazione di cui all'art. 3, comma 1, rileva non solo il regime della responsabilità limitata (che, peraltro, può essere perduto anche tra le società di capitali, in caso di società unipersonali che non abbiano ottemperato ai relativi obblighi: cfr. artt. 2325, comma 2, e 2462, comma 2, cod. civ.) ma anche il carattere schiettamente corporativo, con previsione di articolata organizzazione, rigida suddivisione di competenze e funzioni tra uffici, irrilevanza della persona del socio nella conduzione degli stessi e, in generale, nella organizzazione della società.

Tanto stabilito su di un piano generale, può poi specificarsi che la preclusione di cui alla disposizione in commento dovrebbe valere anche con riferimento alle *società in accomandita per azioni*. Benché sia vero che queste sono pur sempre società azionarie, il riferimento del legislatore alla «società per azioni» (almeno se tecnicamente inteso) non appare infatti idoneo a ricomprenderle in quel diverso tipo ⁽²⁾. D'altra parte, se si fosse voluto consentire alle amministrazioni pubbliche di prendere parte ad una accomandita per azioni, sarebbe stato probabilmente coerente con la *ratio* della norma (di cui si è appena detto) limitare espressamente tale possibilità al ruolo di socio accomandante.

Tuttavia, l'appena affermata esclusione non vale per (eventuali) società in accomandita per azioni quotate; ed infatti l'art. 1, comma 5, T.U.S.P. prevede che le disposizioni del decreto si



applicano alle società quotate «solo se espressamente previsto», e non è previsto che l'art. 3 si applichi alle società quotate. Si propende quindi per ritenere sempre ammissibile la partecipazione dell'amministrazione pubblica alla società quotata (tanto per azioni, come è ovvio, e cooperative per azioni quanto eventualmente, in accomandita per azioni).

Ancora più problematico è stabilire se tra i tipi ammessi rientrano le *società* per azioni o a responsabilità limitata *di diritto straniero*; per meglio dire quei modelli organizzativi che, seppure diversi dalle nostrane società per azioni e a responsabilità limitata, ne rappresentano il corrispondente in altri ordinamenti. Anche qui una interpretazione letterale non potrebbe che condurre a soluzione negativa, dal momento che «*società per azioni*» e «*società a responsabilità limitata*» a stretto rigore non sono né possono essere – almeno nella prospettiva del nostro legislatore – che quelle italiane; e, tuttavia, non può sfuggire che, almeno con riferimento ai più o meno corrispondenti modelli dei diritti societari degli altri stati membri dell'Unione europea, il divieto apparirebbe ben poco giustificato – anche in considerazione della armonizzazione in atto proprio tra i diritti delle società di capitali della UE; né si potrebbe dire sicuramente legittimo alla luce dell'art. 54 T.F.U.E. e di altri principi generali dell'Unione. In questa prospettiva, sarebbero forse da ammettersi, per fare un esempio non troppo peregrino, la partecipazione della Provincia autonoma di Bolzano a una *Aktiengesellschaft* o a una *GmbH* di diritto austriaco o del Comune di La Thuile a una *société à responsabilité limitée* o a una *société anonyme* di diritto francese.

A più forte ragione è da ritenersi che la posizione per così dire trascendentale del diritto europeo rispetto al diritto vigente in Italia non consente di escludere dal novero dei *tipi* sociali cui le amministrazioni pubbliche possono partecipare quelli *genuinamente comunitari* (purché – ben si intende – sussista la equiparazione con i tipi di diritto interno ammessi): ci si riferisce quindi, allo stato della legislazione europea, alla *Societas europea* (che è comunque una società azionaria) e alla *Società cooperativa europea*.

Pacifico è che nel novero delle società cui è ammessa la partecipazione pubblica rientrano le società consortili (costituite in forma di società per azioni, società a responsabilità limitata o di società cooperativa) e le società cooperative. A tale risultato interpretativo era già possibile pervenire sulla base del testo dell'art. 3, comma 1, nella prima versione approvata dal Consiglio dei ministri: «Le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata»; il riferimento alla *forma* era infatti più che sufficiente per ricomprendere nel rinvio anche le società con causa consortile (che pacificamente non rappresentano un tipo) e, seppure con qualche maggiore forzatura, anche le società con causa mutualistica ⁽³⁾. Ad ogni buon conto, la versione della disposizione poi pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale*, e dunque vigente, risolve espressamente il dubbio ⁽⁴⁾.

Più di qualche dubbio parrebbe invece sussistere con riferimento alla possibilità per l'ente pubblico di partecipare a (*società*) *mutue assicuratrici*; quantomeno nella misura in cui si ritengono



un tipo autonomo rispetto alla società cooperativa, la quale, come si è visto, è esplicitamente ammessa ⁽⁵⁾. Ma su tale perplessità sarebbe errato indulgere: per un verso, si tratta di ipotesi di scuola quella della partecipazione di ente pubblico alla mutua; per altro verso, e ciò che più conta, si tratta comunque di organizzazioni che ripetono in tutto e per tutto il modello cooperativo (e finiscono quindi per rimandare residualmente a quello azionario: si confrontino i noti rinvii di cui agli artt. 2547 e 2519, comma 1, cod. civ.).

Infine:

(i) da quanto previsto dal primo comma dell'art. 3 non discendono preclusioni alla partecipazione ad associazioni (riconosciute e non riconosciute) di diritto privato, fondazioni o enti (pubblici) a base associativa, anche qualora gli stessi dovessero svolgere ad uno o altro titolo attività di impresa [così espressamente l'art. 1, comma 4, lett. b), T.U.S.P.] e neppure a consorzi, G.E.I.E., reti di imprese o a contratti associativi diversi da quelli di società;

(ii) e comunque è sempre possibile che leggi speciali e anche «regolamenti governativi o ministeriali» nel disciplinare «società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse» derogino al numero chiuso dei modelli organizzativi utilizzabili [cfr. art. 1, comma 4, lett. a), T.U.S.P.].

Per quanto invece attiene al profilo obbiettivo, si consente che la partecipazione nei tipi di società ammessi possa avvenire, non solo attraverso l'acquisto o la sottoscrizione di partecipazioni al capitale (azioni o quote), ma anche attraverso strumenti finanziari partecipativi [cfr. la nozione di «partecipazione» di cui all'art. 2, comma 1, lett. f), T.U.S.P.].

La partecipazione, intesa come appena illustrato, può essere di qualsiasi entità: e quindi il socio pubblico, oltre ad essere socio di controllo, potrà anche essere o divenire l'unico azionista o l'unico quotista.

Ovviamente, non si pone un problema di preclusione nella sottoscrizione o nell'acquisto di obbligazioni, titoli di debito o altri strumenti finanziari che non conferiscano diritti amministrativi: non trattandosi di «partecipazioni» ai sensi del T.U.S.P. non è ammissibile pensare che per le stesse operi alcuna preclusione, posta la generale capacità delle amministrazioni pubbliche.

3. La violazione del divieto e le sue conseguenze

Nei termini che si è cercato di ricostruire con una qualche analiticità nel paragrafo precedente, il primo comma dell'art. 3, nel consentire solo certe partecipazioni, pone in realtà un divieto con riferimento a quelle negli altri tipi sociali. Si tratta allora di stabilire le conseguenze del mancato rispetto della norma, e cioè del divieto.

Il discorso si concentra sul piano del diritto societario, dandosi per scontato che sottoscrizione o acquisto di partecipazioni non consentite che si risolvano in un danno per l'ente pubblico costituiscono fonte di responsabilità amministrativa ed erariale ⁽⁶⁾. Il problema pare



potersi utilmente articolare nei seguenti interrogativi: cosa succede se la pubblica amministrazione costituisce una società di un tipo non consentito? cosa succede se ne acquista una partecipazione? cosa succede se la società alla quale legittimamente partecipa si trasforma in un tipo sociale diverso da quelli consentiti?

Si tratta di questioni alle quali deve risponderci sulla base delle regole del diritto societario, le quali mutano o possono mutare a seconda del tipo di società e della legislazione che di volta in volta dovesse, in ipotesi, venire in rilievo. Si impone, pertanto, una risposta analitica.

3.1. Per quanto attiene al divieto di costituzione, il suo mancato rispetto comporta l'applicazione di disposizioni differenti a seconda che si riferisca a società di persone, a società di capitali diverse da quelle consentite (società in accomandita per azioni) o a società di diritto straniero (nella misura in cui non si ritenga che rientrino tra quelle ammesse).

Nel caso delle società di persone, si tratterà anzitutto di vedere se la partecipazione dell'ente pubblico sia da considerarsi essenziale o meno (art. 1420 cod. civ.). Nella prima ipotesi il contratto dovrà ritenersi invalido, con la conseguenza, però, che dovrà procedersi alla liquidazione della società (con salvezza dei rapporti nel frattempo conclusi in nome della stessa e fermo restando l'obbligo di conferimento, sulla falsariga di quanto espressamente disposto dall'art. 2332 cod. civ. per le società di capitali): ciò discende dalla applicazione del diritto (comune) delle società, oltre che da quanto disposto dall'art. 7, comma 6, secondo periodo, T.U.S.P. Nella seconda ipotesi (quella, cioè, della inessentialità della partecipazione pubblica che è ipotesi certamente assai più rara) non potrà ritenersi invalido l'intero contratto sociale ma solo la singola partecipazione, in quanto contraria a norma imperativa. Con la ulteriore conseguenza che tale partecipazione dovrà essere liquidata con le modalità di cui all'art. 24, comma 5, T.U.S.P. (e cioè secondo la disciplina del recesso; così espressamente l'art. 7, comma 6, primo periodo, T.U.S.P.) ⁽⁷⁾, sempre che non sia stato possibile alienarla (il che, trattandosi in ipotesi di società di persone, è peraltro del tutto implausibile che possa avvenire).

Nel caso, invece, delle società con personalità giuridica italiane (e quindi, in sostanza, solo s.a.p.a. non quotate e società di mutua assicurazione) sicuramente non potrà dirsi ricorrere una ipotesi di «nullità della società», dato che i suoi presupposti sono tassativamente indicati dall'art. 2332 cod. civ. (e prima ancora nella prima direttiva comunitaria in materia di società di capitali) e tra essi non vi rientra la partecipazione da parte di un soggetto che non avrebbe potuto detenerla. La partecipazione illegittimamente sottoscritta dalla amministrazione pubblica dovrà essere ceduta e, ove ciò non sia fatto, dovrà essere liquidata ai sensi del già citato art. 7, comma 6, primo periodo, T.U.S.P. Questo sempre che la partecipazione pubblica non sia da stimarsi essenziale ai fini del raggiungimento dell'oggetto sociale, nel qual caso si applicherebbe il regime speciale di cui al secondo periodo del comma 6 dell'art. 7 del T.U.S.P.



Per le società di diritto straniero, infine, dovrà vedersi cosa dispone la relativa *lex societatis*, che però tra i paesi dell'Unione europea è conforme, in virtù della opera armonizzatrice svolta sulla base della ricordata direttiva, ai principi posti dal nostro art. 2332 cod. civ.; con la conseguenza di non potersi sicuramente predicare una ipotesi di "nullità della società".

3.2. Per quanto riguarda acquisti di partecipazioni (in società già costituite, quindi), il discorso è diverso da quello sin qui svolto. È vero, infatti, che la norma, anche per come letteralmente espressa, parrebbe posta non ai fini della validità degli atti, ma piuttosto indirizzata a stabilire un canone di corretta azione della pubblica amministrazione; tuttavia, il legislatore ha previsto che la «invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'acquisto della partecipazione rende inefficace il contratto di acquisto della partecipazione medesima» (art. 8, comma 2, T.U.S.P.). Stando così le cose, ovunque ci sia un atto di acquisto (che doveva essere preceduto da una deliberazione dell'ente) esso non produrrebbe effetti e, volendosi, potrebbe anche dirsi sanzionato in termini di nullità virtuale ⁽⁸⁾.

Alla ipotesi di acquisto di partecipazione deve anche equipararsi quella di sottoscrizione di partecipazioni emesse all'esito di un aumento del capitale in virtù della lettera dell'art. 8, comma 1, T.U.S.P. («le operazioni, anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale o partecipazione a operazioni straordinarie, che comportino l'acquisto da parte di un'amministrazione pubblica di partecipazioni in società già esistenti...»).

Si deve però anche considerare che un atto negoziale di acquisto (e quindi la correlativa decisione dell'ente) può anche mancare, come nel caso in cui lo Stato si trovi a succedere *ex lege* (in base all'art. 586 cod. civ.) a un soggetto che abbia partecipazioni (in società di capitali) non detenibili dalla pubblica amministrazione in forza della previsione dell'art. 3, comma 1, T.U.S.P. In questi (rari) casi, non potendosi l'acquisto considerarsi inefficace, le partecipazioni dovranno essere alienate o in alternativa si dovrà procedere allo scioglimento, liquidazione ed estinzione della società partecipata.

3.3. Infine è a dirsi della ipotesi che la società partecipata sia uno dei tipi ammessi, ma che se ne deliberi la trasformazione in uno di quelli non ammessi. È ovvio che ciò presuppone che la decisione sia stata presa contro il volere del socio pubblico, il quale, allora, potrà e dovrà recedere (salvo pensare che abbia contribuito ad approvare la trasformazione esercitando il voto in modo illegittimo, il che però non potrà tradursi in causa di annullamento della deliberazione).

4. Sistemi di controllo nelle società partecipate

Stabiliti quali sono i tipi di società cui le amministrazioni pubbliche possono partecipare e cosa succede se finisce che, in un modo o nell'altro, le stesse vi partecipino, è giunto il momento di passare a commentare le disposizioni del secondo comma. Si tratta cioè di vedere quali limitazioni



esistono in punto di ricorso ai possibili modelli di controllo tra quelli normalmente lasciati alle opzioni della autonomia (statutaria) rispettivamente di società per azioni e a responsabilità limitata.

Per quanto attiene alle *società per azioni*, non è precluso il ricorso a ciascuno dei tre sistemi di amministrazione e controllo alternativi previsti dal diritto comune. Tuttavia, per quanto concerne le società a controllo pubblico (non quindi tutte le società a partecipazione pubblica), mentre il sistema c.d. tradizionale, nella sua variante con organo amministrativo monocratico, è destinato a rappresentare il modello normale, quelli dualistico e monistico potranno essere utilizzati solo ove ricorrano specifiche ragioni ed esigenze legate alla adeguatezza organizzativa; ragioni che debbono altresì sussistere anche qualora l'assemblea, nell'ambito del modello tradizionale, opti per un consiglio di amministrazione in luogo dell'amministratore unico (e per più esatta disamina del rapporto tra la ipotesi "normale" e quelle "eccezionali" cfr. l'art. 11, commi 2 e 3, T.U.S.P.)⁽⁹⁾. Inoltre, sempre nelle «società per azioni a controllo pubblico la revisione legale dei conti non può essere affidata al collegio sindacale» (art. 3, comma 2, secondo periodo, T.U.S.P.), sicché essa resta disciplinata così come dettato dal d.lgs. n. 39 del 2010⁽¹⁰⁾.

Il risultato cui si perviene è, dunque, che tra le società a controllo pubblico quelle azionarie dovranno in ogni caso nominare, oltre all'organo di controllo interno, un revisore legale o una società di revisione mentre per quelle a responsabilità limitata è sufficiente la nomina o del collegio sindacale o del sindaco unico o del revisore legale dei conti⁽¹¹⁾.

Resterebbe allora da stabilire se queste regole valgano anche per le società cooperative a partecipazione pubblica. Chi si è opportunamente posto il problema⁽¹²⁾ lo ha risolto negativamente sulla base dell'argomento letterale della mancata espressa deroga per le società cooperative intese come tipo ulteriore rispetto a quelli menzionati dall'art. 3, comma 2, T.U.S.P. In realtà, tale spiegazione potrebbe apparire formalistica e non pienamente soddisfacente, sia in considerazione del fatto che sopravvaluta il dato letterale di una legge tutt'altro che ineccepibile dal punto di vista tecnico⁽¹³⁾, sia, soprattutto, alla luce della circostanza che la cooperativa è pur sempre un tipo di società largamente disciplinato sulla base di un rinvio alla disciplina delle società per azioni (art. 2519, comma 1, cod. civ.). Parrebbe allora opportuno in primo luogo sottolineare che la ipotesi di soggezione a controllo di una cooperativa è indubbiamente accaduto (assai più) difficile (di quanto non sia nelle società di capitali); e quindi, sotto questo riguardo, il caso di una cooperativa a controllo pubblico diverrebbe in pratica ben più raro, con la conseguenza che nei casi normali non si darebbe comunque il presupposto per attivare le regole di cui all'art. 3, comma 2, T.U.S.P. (e cioè il controllo pubblico). Ma in seconda battuta, ove il caso effettivamente si desse, perché per esempio tutti i soci della cooperativa o la loro maggioranza (per teste) fosse costituita da enti pubblici legati tra loro da un accordo parasociale, bisognerebbe giungere a ritenere operanti le prescrizioni e le limitazioni di cui al secondo comma in parola, in quanto pur sempre società azionaria (o, alternativamente in base ad una opzione statutaria, società regolata



con rinvio residuale al modello della società a responsabilità limitata: art. 2519, comma 2, cod. civ.). Si ritiene in definitiva che tutte le società soggette a controllo pubblico debbano avere (quantomeno) un organo di controllo interno o un revisore.

Comunque, al di là di questa specifica questione, pare potersi concludere che, tanto nel caso della società per azioni quanto in quello della società a responsabilità limitata, l'autonomia del socio pubblico di controllo è, anche sotto i profili di cui si è ora detto, significativamente compressa.

5. La ridotta autonomia del socio pubblico e la autonomia statutaria delle società partecipate

Non è ovviamente questo dei sistemi di controllo l'unico profilo nei riguardi del quale le possibili opzioni a livello statutario del socio pubblico sono limitate [salva l'ipotesi della società *in house*, nei cui confronti si manifesta invece un opposto fenomeno di possibilità e anzi doverosità di superamento dei caratteri essenziali del tipo: e si veda in particolare l'art. 16, comma 2, lett. a), T.U.S.P.]. Si pensi, solo per fare qualche esempio, alle limitazioni in tema di sistemi di amministrazione: nelle società per azioni il ricorso ai sistemi alternativi o a quello tradizionale con consiglio di amministrazione è subordinato all'adozione di una «delibera motivata con riguardo a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi» (art. 11, comma 3, T.U.S.P.), mentre, e ancora più significativamente, nelle società a responsabilità limitata è precluso – come già si disse – fare ricorso a sistemi di amministrazione congiuntiva o disgiuntiva (art. 11, comma 5, T.U.S.P.). Ciò che tuttavia non pare possibile è che ciò si traduca nella creazione di varianti tipologiche a più bassa intensità di autonomia statutaria, dal momento che la eventuale adozione da parte del socio pubblico di scelte statutarie conformi al tipo (per così dirsi di diritto comune) ma contrarie alle norme speciali sulle società a controllo pubblico non si traduce in una ipotesi di invalidità delle clausole. Il mancato rispetto della normativa speciale di cui qui ci si occupa può produrre effetti sul piano della responsabilità civile, amministrativa ed erariale di chi ha, ai vari livelli (societario e amministrativo), contribuito ad adottarle e, comunque, impone una attività positiva per riportare i contratti sociali, gli atti costitutivi e gli statuti a una condizione di conformità rispetto al modello organizzativo delle società a controllo pubblico; non comporta invece una alterazione del modello tipologico di diritto comune⁽¹⁴⁾.

D'altra parte, e in conclusione, non può farsi a meno di rilevare come la disposizione dell'art. 3, e segnatamente il suo primo comma, si ponga in termini fortemente contraddittori rispetto a uno dei principi fondanti dell'ordinamento. Ci si riferisce, come è chiaro, a quello di *autonomia*; autonomia che evidentemente non è solo quella dei privati, ma che anzitutto trova nel dettato della Costituzione riconoscimento in termini di *autonomia pubblica*. In questo senso, quanto ora preveduto dal T.U.S.P. appare già di per sé distonico con le indicazioni del Titolo V della seconda



parte della carta costituzionale, quanto meno quando limita l'autonomia degli enti pubblici locali. Ed è poi in contraddizione con il principio di *autonomia privata* che non appare ragionevole limitare proprio in capo a quei pubblici poteri che, in quanto enti esponenziali, dovrebbero potere usufruire di tutta l'autonomia privata che l'ordinamento riconosce ai soggetti (individuali e collettivi) i cui interessi in generale tali enti sono chiamati a rappresentare e amministrare ⁽¹⁵⁾.

Mario Stella Richter jr

- 1) Così, ad esempio, M. SCIASCIA, *Ambito della capacità societaria delle pubbliche amministrazioni*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò e A. Catricalà, s.l., 2016, p. 255 ss., a p. 277.
- 2) In senso conforme V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milanofiori Assago, 2016, p. 151, il quale però, pur dando atto che esistono partecipazioni pubbliche in s.a.p.a., considera la questione prevalentemente teorica.
- 3) Con qualche maggior forzatura perché la società cooperativa è da tempo considerata un tipo autonomo, seppure disciplinato attraverso largo rinvio alla disciplina, alternativamente, di società per azioni o a responsabilità limitata; per la travagliata vicenda relativa alla redazione della disposizione cfr. P. PETTITI, *Sub art. 3*, in *Testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, diretto da G. Meo e A. Nuzzo, Bari, 2016, p. 47 ss., a p. 57.
- 4) Seppure con "forme" non molto eleganti: e vedi anche le critiche sul punto di V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 152 s., e P. PETTITI, *Sub art. 3*, cit., p. 58.
- 5) Nel senso che la mutua sia un tipo autonomo, che organizza e dà esecuzione al contratto di assicurazione mutua, e che nel novero dei tipi di società disciplinati dal codice civile si connota «per il profilo partecipativo e per quello finalistico» cfr. N. DE LUCA, *Delle mutue assicuratrici*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna – Roma, 2006, spec. p. 70.
- 6) Così anche V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 153.
- 7) Per la osservazione che tale modalità di risoluzione della sorte delle partecipazioni invalide possa essere considerata l'applicazione di un principio generale più che un regime speciale proprio solo delle società a partecipazione pubblica, cfr. C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Atti di convegno Bari 21-22 ottobre 2016 in ricordo di Luca Buttaro, a cura di S. Fortunato e F. Vessia, Milano, 2017, p. 15 ss., a p. 19 s.
- 8) In questo senso M. SCIASCIA, *Ambito della capacità societaria delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 279 s.
- 9) E cfr., anche per gli ulteriori riferimenti, L. PICARDI, *Strutture e principi di governance*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Milano, 2017, 17 ss., a p. 30 ss., e L. FURGIUELE, *I controlli interni nelle società per azioni a partecipazione pubblica*, *ibidem*, 191 ss., a p. 195 ss. e 224 ss.
- 10) L. FURGIUELE, *I controlli interni nelle società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., pp. 194 e 206 s.
- 11) E per una proposta di spiegazione sul piano sistematico di tale differenza cfr. L. FURGIUELE, *I controlli interni nelle società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., p. 207 ss.
- 12) L. FURGIUELE, *I controlli interni nelle società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., nt. 3 a p. 194 s.
- 13) In tal senso soprattutto C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, cit., p. 15 s.
- 14) Cfr., in termini più generali, C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, cit., p. 18.



CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

- 15)** D'altra parte, per la necessità di introdurre anche nel "diritto societario pubblico" principi e norme intesi a individuare «una *governance* modulata a seconda dell'ambito operativo e dei compiti svolti da ciascuna società», si era già a suo tempo espressa la stessa dottrina amministrativistica: v. G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 999 ss., a p. 1014, sulla base della constatazione che pure per i pubblici poteri si pone il problema di scegliere, tipicamente attraverso il ricorso alla fonte statutaria, la struttura organizzativa più efficiente in relazione agli obiettivi da perseguire.

(Riproduzione riservata)