

Audizione

informale sull'Atto del Governo 297 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica)
Martedì 7 giugno 2016

Ufficio di Presidenza delle Commissioni congiunte affari costituzionali del Senato e bilancio della Camera

**Schema di decreto legislativo recante
*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124, Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche***

I. Introduzione.

1. A nome dell'Associazione nazionale magistrati ringrazio le Commissioni ed i loro Presidenti per l'audizione informale.

Come è noto, l'ANM non rappresenta interessi soggettivi degli associati, i quali svolgono una pubblica funzione indipendente ed imparziale e sono portatori di interessi che si risolvono interamente con quelli della funzione svolta. L'attenzione per lo schema di decreto legislativo in esame risiede dunque nell'interesse a fornire un contributo tecnico ad una sistemazione legislativa che, facendo ordine nella disciplina, prevenga i conflitti e favorisca la legalità.

Sarà depositato un breve scritto, cosicché potrà essere ora più sintetica.

2. Potrebbe dirsi che le società pubbliche costituiscano quasi un ossimoro, considerati i caratteri propri, da un lato, dell'impresa, volta alla realizzazione di fini "egoistici", sia pure nel necessario rispetto degli interessi dei cd. *stakeholders*, ossia tutti coloro che entrano in contatto con l'impresa senza detenerne le leve di comando, quali i soci di minoranza, i creditori esterni, i dipendenti; e, dall'altro lato, della pubblica amministrazione, retta dai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, con il pubblico funzionario per definizione deputato alla "cura dell'interesse altrui".

Nella risoluzione delle questioni che si sono poste negli ultimi decenni, a fronte di una legislazione copiosa e segmentata, le due “anime” di tale strumento giuridico sono emerse in molte occasioni: dalla costituzione della società alla circolazione delle partecipazioni, dalla nomina e revoca degli organi alla loro responsabilità, dall’organizzazione interna ai contratti con i terzi, dalla responsabilità amministrativa da reato degli enti alla loro fallibilità.

Che il richiamato ossimoro abbia dato ampia prova epifanica di sé è certo, essendo negli anni sorte molte società a partecipazione pubblica e prodotta una legislazione ingente.

Tuttavia, tale regolazione giuridica è stata spesso uno strumento d’intervento economico, ispirato da esigenze contingenti e senza adeguata programmazione di lungo periodo: una prassi normativa talora improntata all’uso della regola giuridica incurante del quadro generale in cui essa è destinata a calarsi, a scapito di una pur sempre indispensabile visione sistematica dell’ordinamento, in tal modo rendendo più arduo il sedimentarsi di un’interpretazione giurisprudenziale che lo riconduca a coerenza. Eppure, come si è scritto, “il diritto ha delle proprie ragioni, che talvolta l’economia non intende” (R. Rordorf, *A quindici anni dal testo unico della finanza*, in *Foro it.*, 2013, V, 271): esso non può prescindere cioè da un quadro di principî e di criteri riconducibili ad un’impostazione sistematica, mentre lo stesso “diritto vivente” (l’opera della giurisprudenza) – cui si richiede coerenza e prevedibilità, anche a fini di uguaglianza – è destinato fatalmente a generare un tasso d’incertezza e di confusione intollerabile, ove non possa ancorarsi ad un impianto sistematico.

3. Il decreto si propone lodevolmente di risistemare in modo tendenzialmente completo la legislazione delle società partecipate, mediante un testo di respiro sistematico, che fino ad oggi le numerose, ma disorganiche disposizioni riguardanti in modo specifico tali società non hanno avuto.

L’idea sottesa è che il mercato – in cui anche le società pubbliche entrano e operano – non è un dato di natura, ma un *locus artificialis* che necessita di regole giuridiche e di un apparato di controlli e sanzioni che dia effettività a quelle regole.

È un dato di fatto che l’intreccio di posizioni soggettive abbia indotto, nelle società partecipate, ad interferenze fra giudice ordinario e giudice amministrativo, cui lo schema di decreto meritoriamente cerca di fornire una soluzione.

Se è assai positiva l’idea di una “codificazione” della disciplina, parimenti lo è l’esordio dello schema di decreto, laddove – quale vero proclama sistematico – enuncia il criterio interpretativo disvelante la *ratio legis* (art. 1, 2° comma) e l’applicabilità, in via di principio, del codice civile e delle altre leggi regolatrici delle società poste al di fuori del codice stesso (art. 1, 3° comma): in entrambi i casi, quale guida per l’interpretazione del decreto.

Come il codice del consumo o il codice di diritto industriale affondano le fondamenta nel diritto civile, i cui istituti presuppongono e senza il quale non

sarebbero comprensibili ed applicabili, così pure il decreto legislativo – quasi un “Codice delle società pubbliche” – si cala nel diritto dei contratti e dei commerci, quale ideale sviluppo, adeguato al correre dei tempi ed alla complessità del corpo sociale, di quegli art. 2458-2461 (ora, art. 2449-2451) c.c. che, nel codice civile del 1942, ponevano l’esigua disciplina delle società pubbliche e che il decreto lascia permanere, quale sorta di anello della catena che aggancia la nuova disciplina al sistema comune delle società commerciali.

Il nuovo decreto disegna, infatti, un quadro di regole delle società pubbliche che tocca tutti i profili rilevanti dell’organizzazione societaria: la costituzione della società, la compravendita delle partecipazioni, il voto in assemblea, la responsabilità degli organi amministrativo e sindacale, la contabilità, alcune operazioni e decisioni straordinarie.

4. Qualche problema, peraltro, si potrebbe ancora porre – atteso il nostro sistema di giurisdizione ordinaria, amministrativa e contabile – in taluni peculiari snodi.

Si pensi, così, alla stipulazione dell’atto costitutivo della società ed alla manifestazione del voto in assemblea, sottoposti dal decreto alla previa emissione di un atto amministrativo deliberativo: dove si dovrà distinguere il momento pubblico anteatto da quello privato conseguente (art. 7).

E si pensi alle azioni di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci della società partecipata. Qui, il “diritto vivente” ha fissato alcuni principî, che il decreto legislativo sembra voler recepire richiamando, in via generale, il sistema della responsabilità civilistica degli organi societari (art. 2392 ss. c.c.), cui affianca l’azione per danno erariale innanzi al giudice contabile: ma dove si crea più di qualche incertezza, come oltre si dirà, onde occorre ridurre al massimo i conflitti ed assicurare la certezza del diritto (art. 12).

Qui si vuole osservare come il giudice contabile beneficia indubbiamente dell’iniziativa del pubblico ministero, il quale garantisce l’esercizio dell’azione pubblica, laddove un analogo meccanismo non è previsto per le azioni di responsabilità innanzi al giudice ordinario.

Vi è allora forse da considerare la possibilità di introdurre all’art. 69 c.p.c. la legittimazione attiva del pubblico ministero in sede civile, perché insti per il risarcimento del danno in favore della partecipata, attesi i rilevanti interessi pubblici coinvolti nelle società partecipate.

Né potrebbe dirsi che la figura del p.m. attore sia eterodossa in ambito societario ed in genere commerciale, essendo già ampiamente collaudata proprio in questo settore, dove sono immanenti interessi pubblici di regolazione del mercato e del loro bilanciamento con l’autonomia privata d’impresa (cfr. art. 2098, 2409, 2487, ultimo comma, c.c.; art. 166 d.lgs. n. 58 del 1998, testo unico dell’intermediazione finanziaria; 122 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, codice della proprietà industriale; art. 6, 7, 162, 173, 180, 202 l. fall.; art. 82, 132-*bis* d.lgs. n. 385 del 1993, testo unico bancario), senza considerare le numerosissime disposizioni sul p.m. interveniente.

Potrebbe, invero, ritenersi integrato, come i nostri giuristi ci insegnano, uno di quei “*casi, in cui è particolarmente intenso l’interesse pubblico alla situazione sostanziale e alla sua tutela [onde], la legge, per l’ipotesi che il titolare del diritto resti inerte, o manchi un titolare del diritto o la persona in grado di farlo valere, attribuisce al P.M. un potere autonomo di agire per far valere quel diritto in sostituzione o in vece di chi non può o non vuole farlo valere [...]. La legge attribuisce, insomma, al P.M., un’autentica legittimazione ad un’azione che, in quanto riguarda diritti che non sono, ovviamente, del P.M. ma altrui, è legittimazione straordinaria*” (così C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, 2015, cap. IX, § 61).

II. Osservazioni ai singoli articoli.

1. Art. 1 (*Oggetto*).

“2. *Le disposizioni contenute nel presente decreto sono applicate avendo riguardo all’efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica*”.

La clausola generale del 2° comma, la quale richiama le *rationes* sottostanti – efficienza della gestione, concorrenza, riduzione spesa pubblica – è da condividere, quale criterio interpretativo delle singole disposizioni, atto ad integrare la *ratio legis ex art. 12 disp. prel. c.c.*

Essa, infatti, si pone in coerenza con la delega di cui all’art. 18, 1° comma, l. n. 124 del 2015, il quale richiama altresì la “*chiarezza della disciplina*”.

“3. *Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e in leggi speciali*”.

Parimenti opportuna è la norma di chiusura di cui al 3° comma: a sottolineare che le società pubbliche, sebbene abbiano in parte uno statuto speciale rispetto alle ordinarie s.p.a. e s.r.l. in ragione della natura del socio, rientrano poi nei generali tipi delle società di capitali di cui al codice civile.

Peraltro, risulta troppo generico il riferimento alle “*leggi speciali*”: occorre precisare “*leggi speciali di diritto privato*” o “*altre leggi civili speciali*”.

“4. *Restano ferme:*

a) le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano 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;”

Si potrebbe anteporre la parola “*ulteriori*” all’espressione “*specifiche disposizioni*”, ad evidenziare che esse non pongono interamente fuori gioco il testo unico, ma sono norme speciali parzialmente derogatorie in ragione delle peculiarità delle fattispecie regolate, salvo il coordinamento.

Quanto all’esistenza di leggi speciali che regolano le cd. società “*di diritto singolare*”, non pare auspicabile che tali discipline siano materialmente ricondotte entro il testo unico, che ne verrebbe appesantito, con compromissione del fine della chiarezza che la stessa legge delega richiama (art. 18, 1° comma, nell’*incipit*): semmai, si dovrebbero richiamare *nominatim* le leggi speciali concernenti le cd. società di diritto singolare, non “coordinate” dal presente testo unico e che il medesimo dunque lascia permanere.

“6. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell’economia e delle finanze o dell’organo di vertice dell’amministrazione partecipante, motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, anche al fine di agevolare la quotazione ai sensi dell’articolo 18, può essere deliberata l’esclusione totale o parziale dell’applicazione delle disposizioni del presente decreto a singole società a partecipazione pubblica”.

Il comma comporta una eccessiva indeterminatezza sulla disciplina regolante alcune società, con il rischio di perdere il quadro sistematico ed i fini cui è preordinato.

L’art. 18, 1° comma, lett. *a*), della legge delega individuava diversi “*tipi di società*” (che non sono, peraltro, *tipi* diversi in senso proprio, ma mere varianti dei due ammessi, s.p.a. e s.r.l.), sulla base di differenti criteri, quali l’oggetto (“*attività svolte*”), gli interessi sottesi, l’entità del pacchetto azionario, il “*peso*” nella società (“*qualità della partecipazione*”), la partecipazione diretta o indiretta, la quotazione.

Ragioni di certezza del diritto dunque consigliano che le deroghe alla disciplina civilistica comune – nel rispetto del “principio di proporzionalità” (di matrice europea) richiesto dalla legge delega – siano esposte nello stesso decreto legislativo, senza un rinvio così generale ad un futuro decreto.

Le grandi partizioni dovrebbero essere quella delle società a partecipazione pubblica a disciplina prevalentemente privatistica (società con azioni quotate, s.p.a. non quotate, s.r.l.) e società a disciplina dai più forti

connotati pubblicistici che ammette deroghe anche radicali al diritto commerciale generale (società di diritto singolare, società cd. strumentali e *in house*).

Infatti, la connotazione degli interessi generali, dei quali la pubblica amministrazione non cessa di essere portatrice, si riflette sui fenomeni negoziali, tanto da incidere sulla causa stessa del contratto di società: la quale ne viene mutata.

Ciò attiene alla sua funzione, cioè allo scopo, o causa giuridica, per cui la società è costituita ed è chiamata ad operare, mentre poi le peculiari finalità dell'ente si riflettono altresì sul concreto regime di *governance* della società, quindi sul piano della struttura del soggetto, sino a mettere in discussione i lineamenti tipici di essa.

2. Art. 2 (Definizioni).

La norma contiene, opportunamente, alcune definizioni, sulle quali si svolgono brevi osservazioni.

“b) “controllo”: la situazione descritta nell’articolo 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo”.

L'intento di aggiungere alla fattispecie dell'art. 2359 c.c. un'altra ipotesi di controllo è perseguito mediante la nozione di *“decisioni finanziarie e gestionali strategiche”*, proveniente dal diritto comunitario (da ultimo, direttiva 2014/14/UE).

Si consideri peraltro se, in luogo di tale nozione, possa farsi meglio ricorso ad altre già sperimentate, quali la *“influenza dominante”* dello stesso art. 2359 c.c. o l'*“influenza determinante”* di cui all'art. 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 sull'*antitrust*.

Se il riferimento è al controllo congiunto, inoltre, occorrerebbe specificarlo.

Sarebbe, infine, più corretto eliminare la parola *“unanime”* e sostituire *“tutte le parti”* con *“tutti i soggetti”*.

“h) “servizi di interesse generale”: le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell’ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività, così da garantire l’omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale;

i) "servizi di interesse economico generale": i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato;"

Si tratta di attività che possono essere svolte dalle società a partecipazione pubblica; ma netta è la distinzione tra le stesse, sebbene entrambe legittimanti possibili deroghe alle altre disposizioni del decreto, a norma dell'art. 1, 6° comma.

Si parla, come è noto, di servizi di interesse generale (SIG), distinti tra servizi di interesse economico generale (SIEG) e servizi non economici di interesse generale (SNEIG).

Per le società pubbliche che li svolgano, è giocoforza prevedere norme speciali, in particolare sugli equilibri di bilancio, la ricostituzione del capitale, i doveri degli organi, ecc.: tutte situazioni suscettibili di essere ampiamente influenzate dalla "missione" della società di rendere dati servizi a date condizioni.

La formulazione della lettera *h*) non lascia peraltro comprendere se con essa si intenda la nozione generale di SIG, quale *genus* della *species* di cui alla successiva lettera *i*), oppure se si riferisca ai servizi non economici, in quanto resi senza il rispetto del criterio di economicità.

La definizione di servizi non economici di interesse generale, inoltre, si trova già all'art. 141 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, *Codice del consumo* (Titolo II-bis sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie, inserito dall'art. 1.1, d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130), il quale menziona alla lettera "m) *"servizi non economici di interesse generale": i servizi di interesse generale che non sono prestati a fini economici, a prescindere dalla forma giuridica sotto la quale tali servizi sono prestati, e, in particolare i servizi prestati, senza corrispettivo economico, da pubbliche amministrazioni o per conto delle stesse"*.

Qualora siano questi i servizi contemplati dalla lettera *h*), sarebbe opportuno rendere omogenee le definizioni.

La nozione della lettera *i*) opera testuale riferimento agli art. 14 e 106 TFUE.

"l) "società": gli organismi di cui al titolo V del libro V del codice civile;"

Si suggerisce la sostituzione della parola "organismi" con quella di "soggetti" o "enti".

3. Art. 4 (Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche).

"1. Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni

e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

2. Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate:...”.

La norma pone, al 1° comma, un divieto generale e, al 2° comma, indica le fattispecie invece ammesse.

Sebbene si comprenda il messaggio che detto divieto intende lanciare, tuttavia sembrerebbe per maggiore chiarezza opportuno formulare il 1° comma non come norma di divieto, ma di permesso: *“Le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società nonché acquisire e mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi solo se strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali”.*

In tal modo, sarebbe possibile presentare le fattispecie individuate nel comma 2° come la consequenziale specificazione del comma 1°, ponendo come *incipit* – al posto di *“Nei limiti di cui al comma 1 ecc.”*, che appare superfluo e solo fonte di dubbi interpretativi – il seguente: *“Sono, pertanto, ammesse esclusivamente le seguenti attività:...”.*

“b) progettazione e realizzazione di un’opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell’articolo 172 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; ...

e) servizi di committenza apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all’articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”.

Occorre rispettivamente riportare l’attuale riferimento, invece che agli art. 172 e 3 dell’abrogato codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, all’art. 193 e 3 del d.lgs. n. 50 del 2016.

“3. Al solo fine di ottimizzare e valorizzare l’utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio, le amministrazioni pubbliche possono, altresì, anche in deroga al comma 1, acquisire partecipazioni in società tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato”.

La norma appare a fattispecie indeterminata, contro il principio di chiarezza delle norme e di certezza del diritto: in particolare, il riferimento all’*“investimento”*, da realizzare mediante conferimento di un bene immobile in società, è del tutto generico; ed esso è foriero di elusioni alla stringente disciplina del decreto

“4. Le società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici hanno come oggetto sociale esclusivo le attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) di cui al comma 2. Salvo quanto previsto al successivo articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti”.

Il comma non appare coerentemente inserito in questo articolo, dato che si occupa non degli oggetti consentiti a tutte le partecipate, ma delle società *in house*, già contemplate altrove: sarebbe forse opportuno spostarlo, ad esempio, nell’art. 16.

4. Art. 5 (Oneri di motivazione analitica e obblighi di dismissione).

“5. Successivamente l’amministrazione invia l’atto deliberativo all’Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può utilizzare i poteri di cui all’articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287”.

La rubrica non è coerente con il contenuto dell’articolo, che non riguarda obblighi di dismissione.

Al 5° comma, si propone di sostituire il verbo *“utilizzare”* con *“esercitare”*.

5. Art. 7 (Costituzione di società a partecipazione pubblica).

“6. Nel caso in cui una società a partecipazione pubblica sia costituita senza l’atto deliberativo di una o più amministrazioni pubbliche partecipanti, o l’atto deliberativo di partecipazione di una o più amministrazioni sia dichiarato nullo o annullato, le partecipazioni sono liquidate secondo quanto disposto dall’articolo 25, comma 5. Se la mancanza o invalidità dell’atto deliberativo riguarda una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell’oggetto sociale, si applicano le disposizioni di cui all’articolo 2332 del codice civile.

7. Sono, altresì, adottati con le modalità di cui ai commi 1 e 2:

a) le modifiche di clausole dell’oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell’attività della società;

b) la trasformazione della società;

c) il trasferimento della sede sociale all’estero;

d) la revoca dello stato di liquidazione”.

5.1. Occorrerebbe adeguare la rubrica al testo dell'articolo, che si occupa anche di alcune deliberazioni straordinarie di modifica dello statuto e della revoca dello stato di liquidazione.

5.2. La prima parte della norma disciplina il momento per così dire preliminare alla costituzione della società, che – essa sottende – avverrà secondo le norme del codice civile: a tal fine, sembra infatti sufficiente il rinvio generale, previsto all'art. 1 del decreto.

La questione del riparto di giurisdizione potrebbe creare contenziosi, posto che la costituzione della società sarà da scindere nei due momenti distinti della deliberazione interna amministrativa e della rappresentazione esterna della volontà al momento della costituzione della società.

Così, se, prima di partecipare alla stipula dell'atto costitutivo è necessario l'atto amministrativo deliberativo della p.a. socia, il cui risultato sarà poi esternato dal soggetto che abbia la rappresentanza dell'ente, tuttavia di fronte al mercato ed agli altri soci e contraenti il consenso della p.a. costituisce atto di privata autonomia, che concorre, volta a volta, a perfezionare il contratto. Ne deriva che questo potrà essere dedotto innanzi al giudice ordinario: su ciò il decreto non sembra lasciare dubbi (anche se alcuni intrecci di competenze giurisdizionali sono prevedibili).

5.3. Mentre il 6° comma per il caso di costituzione senza previa necessaria deliberazione amministrativa richiama la disciplina della liquidazione della quota (e cfr., al riguardo, le osservazioni all'art. 25 circa l'esigenza di disporre uno scioglimento *ex lege* del singolo rapporto sociale) o, ove questa sia essenziale, della liquidazione della società *ex art.* 2332 c.c., invece per alcune deliberazioni straordinarie – modificazione significativa dell'attività sociale, trasformazione, trasferimento della sede all'estero e revoca della liquidazione – nulla dice il 7° comma.

Quid iuris, dunque, qualora manchi o sia viziata la deliberazione amministrativa precedente e, tuttavia, la società deliberi tali modificazioni, col voto (deve ritenersi) determinante della p.a.?

Con una previsione *ad hoc* si potrebbe allora statuire l'inefficacia *erga omnes* della deliberazione sociale assunta in tale situazione, onde spetterebbe al giudice civile accertare incidentalmente il vizio dell'atto deliberativo, la cui legittimità si configura come condizione di efficacia della delibera medesima.

Ciò sarebbe coerente con quanto prescrive l'art. 8, 2° comma, per l'acquisto di partecipazioni, ove manchi o sia viziato l'atto amministrativo (“*L'eventuale mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'acquisto della partecipazione rende inefficace il contratto di acquisto della partecipazione medesima*”) e l'art. 10, 3° comma, per la vendita della partecipazione (“*La mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'alienazione della partecipazione rende inefficace l'atto di alienazione*”).

della partecipazione”), mentre l’art. 9, 8° comma, ha previsto l’invalidità della nomina o revoca degli organi ai sensi dell’art. 2449 c.c. (“*Nei casi di cui al comma 7, la mancanza o invalidità dell’atto deliberativo interno di nomina o di revoca rileva come causa di invalidità dell’atto di nomina o di revoca anche nei confronti della società*”).

Si potrebbe altresì prevedere il rilievo d’ufficio di tale vizio, ove risultante *ex actis* (ove ciò non derivi *ex se*, essendo la sussistenza del previo atto deliberativo della p.a. un elemento costitutivo dell’efficacia della deliberazione assembleare).

La deliberazione sociale è atto endosocietario, onde una simile disciplina non sarebbe neppure in contrasto con gli art. 2384 e 2475-ter c.c., i quali fissano la regola della inopponibilità a terzi di vizi dell’atto, salvo l’agire intenzionalmente in danno.

6. Art. 8 (Acquisto di partecipazioni in società già costituite).

“2. L’eventuale mancanza o invalidità dell’atto deliberativo avente ad oggetto l’acquisto della partecipazione rende inefficace il contratto di acquisto della partecipazione medesima”.

Similmente a quanto proposto con riguardo all’art. 7, si potrebbe prevedere il rilievo d’ufficio dell’inefficacia.

“3. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche all’acquisto, da parte di pubbliche amministrazioni, di partecipazioni in società quotate, unicamente nei casi in cui l’operazione comporti l’acquisto della qualità di socio”.

Posto che qualsiasi “acquisto” di partecipazioni comporta anche l’“acquisto” della qualità di socio, si propone di scrivere: “*comporti l’ingresso nella società*” oppure “*comporti l’acquisto, per la prima volta, della qualità di socio*”.

7. Art. 9 (Gestione delle partecipazioni pubbliche).

“1. Per le partecipazioni pubbliche statali i diritti dell’azionista sono esercitati dal Ministero dell’economia e delle finanze, di concerto con altri ministeri competenti per materia, individuati dalle relative disposizioni di legge o di regolamento ministeriale.

2. Per le partecipazioni regionali i diritti dell’azionista sono esercitati dalla Presidenza della regione, salvo diversa disposizione di legge della regione titolare delle partecipazioni.

3. Per le partecipazioni di enti locali i diritti dell'azionista sono esercitati dal sindaco o dal presidente o da un loro delegato.

4. In tutti gli altri casi i diritti dell'azionista sono esercitati dall'organo amministrativo dell'ente”.

Nei primi quattro commi, si potrebbe parlare più genericamente di “diritti di socio”, tenuto conto del tipo s.r.l.

“6. La violazione delle disposizioni di cui ai commi da 1 a 5 e il contrasto con impegni assunti mediante patti parasociali non determinano l'invalidità delle deliberazioni degli organi della società partecipata, ferma restando la possibilità che l'esercizio del voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme generali di diritto privato”.

Il comma appare contraddittorio, dapprima sembrando escludere l'“invalidità” dell'atto di manifestazione della volontà del socio non esternata come ivi disposto, e poi lasciando ferma l'invalidità civilistica. Si dovrebbe meglio chiarire a quale tipo di invalidità, allora, ci si riferisca nella prima parte del comma.

Quanto al riferimento al “*contrasto con impegni assunti mediante patti parasociali*”, la previsione appare poco chiara, posto che il patto parasociale per definizione non ha rilevanza esterna per la società e non potrebbe avere l'efficacia “reale” di invalidare l'atto privato che lo violi.

“7. Qualora lo statuto della società partecipata preveda, ai sensi dell'articolo 2449 del codice civile, la facoltà del socio pubblico di nominare o revocare direttamente uno o più componenti di organi interni della società, i relativi atti sono efficaci dalla data di ricevimento, da parte della società, della comunicazione dell'atto di nomina o di revoca. È fatta salva l'applicazione dell'articolo 2400, secondo comma, del codice civile.

8. Nei casi di cui al comma 7, la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo interno di nomina o di revoca rileva come causa di invalidità dell'atto di nomina o di revoca anche nei confronti della società”.

Occorre considerare se sia opportuno estendere la norma dell'art. 2449 c.c. anche al tipo s.r.l. partecipata.

La previsione dell'efficacia di nomina e revoca al momento della comunicazione alla società deve coordinarsi con la natura di atto recettizio di esse anche verso l'amministratore o il sindaco, la cui accettazione perfeziona l'assunzione della carica.

La previsione della *invalidità* della nomina o della revoca, in ragione della mancanza di un valido previo atto deliberativo della p.a. socia, andrebbe

coordinata con la tecnica della *inefficacia* prevista invece agli art. 8, 2° comma, e 10, 3° comma, per l'acquisto e la vendita della partecipazione societaria senza quel previo atto amministrativo.

8. Art. 11 (Organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico).

“3. (...) Nel caso in cui sia adottato uno dei sistemi alternativi, il numero complessivo dei componenti degli organi di amministrazione e controllo non può essere superiore a cinque”.

L'ultima parte del terzo comma non è chiara: non si comprende se il numero massimo di “cinque” vada riferito al complesso dei due organi, oppure a ciascuno di essi, per un totale quindi di dieci membri.

Infatti, quanto al *sistema dualistico*, l'art. 2409-*novies*, 2° comma, c.c. prevede un numero di componenti del consiglio di gestione non inferiore a due: onde ben potrebbe darsi che, sommati ad essi i tre componenti (numero minimo) del consiglio di sorveglianza indicati dall'art. 2409-*duodecies* c.c., il numero totale sia proprio di cinque.

Quanto al *sistema monistico*, si tratta di un unico organo, il consiglio di amministrazione, di cui l'art. 2409-*sexiesdecies* c.c. non fissa il numero minimo o massimo, e che nomina, al suo interno, un comitato per il controllo sulla gestione, composto dal numero di componenti che il c.d.a. decida (solo per le società aperte, di almeno tre membri: art. 2409-*octiesdecies* c.c.).

Dunque, non traendosi dal combinato disposto di tali norme indicazioni univoche, è bene operare il suddetto chiarimento.

“6. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro il 30 aprile 2016, sentita la Conferenza unificata per i profili di competenza, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, per le società in controllo pubblico sono definiti indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di individuare fino a cinque fasce per la classificazione delle suddette società. Per ciascuna fascia è determinato, in proporzione, il limite dei compensi massimi al quale gli organi di dette società devono fare riferimento, secondo criteri oggettivi e trasparenti, per la determinazione del trattamento economico annuo onnicomprensivo da corrispondere agli amministratori, ai titolari e componenti degli organi di controllo, ai dirigenti e ai dipendenti, che non potrà comunque eccedere il limite massimo di euro 240.000 annui al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario, tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni. Le stesse società verificano il rispetto del limite massimo del trattamento economico annuo onnicomprensivo dei propri amministratori e dipendenti fissato con il suddetto decreto. Sono in ogni caso fatte salve le

disposizioni legislative e regolamentari che prevedono limiti ai compensi inferiori a quelli previsti dal decreto di cui al presente comma. Il decreto stabilisce altresì i criteri di determinazione della parte variabile della remunerazione, commisurata ai risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente. In caso di risultati negativi attribuibili alla responsabilità dell'amministratore, la parte variabile non può essere corrisposta".

È da valutare se fissare il tetto non solo con riferimento ai "compensi", ma tenuto conto dell'esborso complessivo anche per rimborso spese, indennità di risultato, cd. gettoni di presenza ed ogni altro importo ad essi corrisposto.

"10. È comunque fatto divieto di corrispondere agli amministratori o ai dirigenti delle società in controllo pubblico indennità o trattamenti di fine mandato diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva ovvero di stipulare patti o accordi di non concorrenza, anche ai sensi dell'articolo 2125 del codice civile".

Il riferimento all'art. 2125 c.c. andrebbe integrato o sostituito (per gli amministratori) con quello all'art. 2596 c.c., applicabile alla fattispecie, che riguarda un rapporto diverso da quello di lavoro subordinato (cfr., fra le altre, Cass. 21 gennaio 2004, n. 988).

"15. Agli organi di amministrazione e controllo delle società di cui all'articolo 16 si applica il decreto-legge 16 maggio 1994, n. 293, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 1994, n. 444".

La disciplina richiamata riguarda solo l'organo amministrativo.

Per i sindaci, cui il presente decreto la rende parimenti applicabile, occorrerebbe tenere conto dell'esistenza dei sindaci supplenti e valutare se, alla scadenza del 45° giorno di *prorogatio*, questi subentrino oppure no; ove fossero di indicazione pubblica, si potrebbe rispondere affermativamente, mentre in caso contrario potrebbe verificarsi una scopertura della carica.

Peraltro, occorre evitare la *vacatio* dell'organo di controllo nella società, secondo un'esigenza fatta propria dal legislatore della riforma societaria di cui al d.lgs. n. 6 del 2003, dove l'art. 2400, 1° comma, c.c. ("*Essi restano in carica per tre esercizi, e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della carica. La cessazione dei sindaci per scadenza del termine ha effetto dal momento in cui il collegio è stato ricostituito*") consente ai sindaci di svolgere le funzioni di cui all'art. 2429 c.c. nell'ipotesi di approvazione del bilancio successivamente al decorso dei tre anni solari, ed ammette la *prorogatio* anche per tale organo.

9. Art. 12 (Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate).

“1. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salvo il danno erariale.

2. Costituisce danno erariale esclusivamente il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che abbiano con dolo o colpa grave trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione”.

9.1. La rubrica della norma è incongrua, in quanto non si parla qui di “responsabilità degli enti partecipanti”.

Qualora la rubrica fosse il riflesso di un’ipotizzata responsabilità della capogruppo, si potrebbe invece cogliere l’occasione per chiarire una disposizione preesistente, che ha avuto interpretazioni divergenti. Infatti, l’art. 19, 6° comma, d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, dispone: «L’art. 2497, primo comma, del codice civile, si interpreta nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell’ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria».

Come è noto, non vi è concordia se essa escluda la disciplina del gruppo anche quando socio sia non lo Stato, ma altro ente pubblico.

Pertanto, si potrebbe operare un’opzione chiara: o ritenere estranei alla disciplina del gruppo d’imprese anche gli enti pubblici diversi dallo Stato; o applicare la disciplina civilistica solo in taluni casi.

9.2. L’art. 18 della legge delega 7 agosto 2015, n. 124 chiedeva la “c) *precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate*”, all’evidente fine di ridurre al minimo le carenze, le sovrapposizioni ed i conflitti di giurisdizione.

Ai medesimi fini, inoltre, tende anche la lettera h) della legge delega: “h) *eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo*”.

9.2.1. Ora, il 1° comma dell’art. 12 dello schema di testo unico si riferisce alla responsabilità degli organi della partecipata, per i quali correttamente (in quanto in coerenza con l’impostazione generale del decreto) richiama la disciplina civile comune.

L’inciso finale “*salvo il danno erariale*” rinvia al 2° comma, che tale tipo di danno contempla.

La giurisprudenza di legittimità e quella contabile, infatti, al riguardo hanno raggiunto una ripartizione rispettosa del sistema ordinamentale e delle specifiche condotte, così distinguendo: 1) *nelle ordinarie società partecipate*: 1') se il danno è cagionato dagli amministratori e dai sindaci, la società o per essa il socio di minoranza (art. 2393 e 2393-bis c.c.), i creditori (art. 2394 c.c.), il socio anche pubblico o il terzo (art. 2395 c.c.) possono adire il giudice civile per la condanna al risarcimento del danno diretto subito dai rispettivi patrimoni; 1'') se il danno è cagionato dal proprio funzionario all'ente pubblico in modo diretto, questo avrà (accanto all'azione civile ex art. 2393 c.c., da deliberare tramite il voto in assemblea della partecipata, e all'azione civile per danno indiretto ex art. 2395 c.c., entrambe contro gli organi della società partecipata, anche) l'azione per danno erariale, sia patrimoniale sia non patrimoniale, da responsabilità amministrativa contro il proprio funzionario o dipendente; 2) *nelle società cd. in house*: si fa eccezione al predetto sistema, essendo esse interamente soggette alla giurisdizione contabile (cfr. Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, ed altre).

È stato invero ritenuto che le società pubbliche, sebbene connotate da rilevanti profili di matrice pubblicistica, siano comunque riconducibili, in termini generali, al modello societario che ha radice nel codice civile, cosicché le funzioni e la composizione dei loro consigli d'amministrazione rientrano nella materia dell'«ordinamento civile», di competenza esclusiva del legislatore statale ex art. 117, 2° comma, lett. l) (Corte cost. 1° agosto 2008, n. 326).

Per le ordinarie partecipate, dunque, i parametri di riferimento del riparto di giurisdizione sono la titolarità del diritto (anche morale) oggetto di incidenza del danno e il soggetto danneggiante.

Se il patrimonio inciso è quello della società partecipata, si dà l'azione sociale di responsabilità, vuoi della società ex art. 2393 e vuoi del socio ex art. 2393-bis e 2476, c.c., innanzi al giudice ordinario.

Peraltro, ove il funzionario dell'ente-socio cagioni egli stesso un danno al valore e alla redditività della partecipazione posseduta e, quindi, al patrimonio dell'ente, sarà chiamato a risponderne per danno erariale.

In sostanza, queste le azioni che a tutela del socio pubblico, nell'ambito del diritto vivente ante-decreto, possono essere esperite:

a) azione sociale di responsabilità contro gli organi societari, da deliberare in assemblea, ex art. 2393 c.c.;

b) azione sociale di responsabilità direttamente promossa dal socio pubblico ex art. 2393-bis c.c.;

c) azione del socio pubblico contro gli organi sociali per il risarcimento del danno diretto ex art. 2395 c.c.;

d) in caso di fallimento, azione del curatore ai sensi dell'art. 146 l. fall. per i danni al patrimonio sociale;

e) da parte del pubblico ministero contabile, azione per danno erariale contro i pubblici funzionari e dipendenti del socio pubblico, che abbiano gestito la partecipazione sociale cagionando un danno all'ente pubblico stesso.

Come si vede, il pubblico ministero contabile da sempre, secondo la ricostruzione delle S.U., può agire contro gli amministratori pubblici e i pubblici funzionari e dipendenti dell'ente pubblico socio: al riguardo, occorrerebbe analizzare quanto e quale uso sia stato fatto di tale azione.

9.2.2. Ciò che si può proficuamente inserire, pertanto, in questo sistema – che resta coerente con le altre disposizioni del testo unico – è un chiarimento ulteriore, per il caso in cui le società pubbliche falliscano, onde il curatore eserciterà le azioni di responsabilità, per evitare incongrue duplicazioni.

9.3. Sarebbe, inoltre, opportuno, al 2° comma:

1) non limitare la condotta illecita unicamente all'avere “*trascurato di esercitare i propri diritti di socio*”, ricomprendendovi invece più genericamente la condotta di scorretto esercizio dei poteri e dei diritti sociali spettanti al socio pubblico al fine d'indirizzare correttamente l'azione degli organi sociali: infatti, la formula attualmente presente è inopportuna limitativa, in quanto la condotta meramente omissiva indicata (“*trascurato*”), se risulta un portato di precedenti giurisprudenziali, lascia però fuori altre condotte, diverse da quella in tal modo individuata, che pure siano state dannose per l'ente e che detta giurisprudenza ricomprendeva;

2) aggiungere nella parte finale che la condotta abbia pregiudicato “*la redditività o il valore della partecipazione*”, dato che anche la prima può essere incisa.

Infatti, si afferma come “*la circostanza che l'ente pubblico partecipante possa tuttavia risentire del danno inferto al patrimonio della società partecipata, quando esso sia tale da incidere sul valore o sulla redditività della partecipazione, può eventualmente legittimare un'azione di responsabilità della procura contabile nei confronti di chi, essendo incaricato di gestire tale partecipazione, non abbia esercitato i poteri ed i diritti sociali spettanti al socio pubblico al fine d'indirizzare correttamente l'azione degli organi sociali o di reagire opportunamente agli illeciti da questi ultimi*” (Cass., sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20941; nonché es. Cass., sez. un., ord. 13 novembre 2015, n. 23306, che richiama per tutte Cass., sez. un., 19.12.2009 n. 26806; nello stesso senso, Cass., sez. un., ord. 31 maggio 2016, n. 11385; 22 gennaio 2015, n. 1159; 24 ottobre 2014, nn. 22609 e 22608; ord., 7 gennaio 2014, n. 71; 25 marzo 2013, n. 7374).

10. Art. 13 (Controllo giudiziario sull'amministrazione di società a controllo pubblico).

“1. Nelle società a controllo pubblico, in deroga ai limiti minimi di partecipazione previsti dall'articolo 2409 del codice civile, ciascuna amministrazione pubblica socia, indipendentemente dall'entità della partecipazione di cui è titolare, è legittimata a presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale.”

2. Il presente articolo si applica anche alle società a controllo pubblico costituite in forma di società a responsabilità limitata”.

Mentre la formulazione del 1° comma è corretta, perché il tipo codicistico della s.p.a. contempla il controllo giudiziario di cui all’art. 2409, è incongruo il secondo comma, che applica una deroga alla s.r.l., la quale però tale controllo non prevede.

Sarebbe allora più corretto riformulare il secondo comma nel senso che: *“Alle società a controllo pubblico costituite in forma di società a responsabilità limitata si applica l’art. 2409 del codice civile, senza requisiti minimi di legittimazione attiva dell’amministrazione pubblica socia”.*

11. Art. 14 (Crisi d’impresa di società a controllo pubblico).

“4. Non costituisce provvedimento adeguato, ai sensi dei commi 1 e 2, la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell’amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del comma 4, anche in deroga al comma 5”.

Il rinvio al 4° comma costituisce evidente frutto di un refuso: forse si intendeva indicare il 2° comma.

Occorrerà disporre coordinamento con la riforma delle procedure concorsuali di cui allo schema di disegno di legge delega del febbraio 2016, elaborato dalla cd. Commissione Rordorf, la quale ha inteso dettare un procedimento uniforme anche per le società a partecipazione pubblica, con la sola esclusione degli enti pubblici, fatte salve le eventuali disposizioni speciali riguardanti l’una o l’altra di tali situazioni.

12. Art. 16 (Società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici).

La norma contempla le società *in house*, dal diritto giurisprudenziale interno ormai abbastanza delineate.

Molto opportuna la previsione dell’espressa derogabilità dell’art. 2380-*bis* c.c., che andrebbe peraltro prevista senz’altro e non come facoltativa.

Infatti, il requisito del controllo analogo pone problemi di compatibilità con l’art. 2380-*bis* c.c. per le s.p.a., secondo cui la gestione spetta in via esclusiva agli amministratori.

Tra le possibili soluzioni prospettabili (escludere il controllo interno partecipativo nelle s.p.a., attribuire poteri di gestione al socio pubblico attraverso i meri patti parasociali ove ammessi), il testo unico giustamente presceglie la via di configurare organismi che non devono necessariamente essere coordinati con le norme societarie di diritto comune, dando essi vita ad uno statuto speciale, onde la disciplina comune societaria vi è legittimamente derogata.

Occorre, infine, procedere al coordinamento con il d.lgs. n. 50 del 2016, di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, che appunto di occupano degli affidamenti *in house*.

13. Art. 17 (Società a partecipazione mista pubblico-privata).

“4. Nelle società di cui al presente articolo: ...

b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici partecipanti e ai soci privati di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile, e derogare all'articolo 2479, primo comma, del codice civile nel senso di eliminare o limitare la competenza dei soci;”.

L'art. 2479 c.c. prevede, al 1° comma, che i soci *“decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione”* e, al 2° comma, alcuni oggetti in ogni caso devoluti alla decisione dei soci.

Pertanto, la “deroga” al 1° comma non appare logica, dato che quel comma null'altro prevede che una facoltativa riserva statutaria a favore assembleare.

Il comma da derogare, quindi, appare piuttosto il 2°; anche se almeno la competenza di approvazione del bilancio non sembra derogabile.

14. Art. 20 (Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche).

“9. Entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il conservatore del registro delle imprese cancella d'ufficio dal registro delle imprese, con gli effetti previsti dall'articolo 2495 del codice civile, le società a controllo pubblico che, per oltre tre anni consecutivi, non abbiano depositato il bilancio d'esercizio ovvero non abbiano compiuto atti di gestione. Prima di procedere alla cancellazione, il conservatore comunica l'avvio del procedimento agli amministratori o ai liquidatori, che possono, entro 60 giorni, presentare formale e motivata domanda di prosecuzione dell'attività, corredata dell'atto deliberativo delle amministrazioni pubbliche socie, adottata nelle forme e con i contenuti previsti dall'articolo 5. In caso di regolare presentazione della

domanda, non si dà seguito al procedimento di cancellazione. Unioncamere presenta, entro due anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, alla struttura di cui all'articolo 15, una dettagliata relazione sullo stato di attuazione della presente norma".

Non pare avere fondamento una “domanda di prosecuzione dell'attività”, dato che questa è scelta riservata agli organi sociali: meglio allora “comunicazione” di prosecuzione dell'attività (anche nella frase successiva, sostituire “domanda” con “comunicazione”).

15. Art. 21 (Norme finanziarie sulle società partecipate dalle amministrazioni locali).

“3. Le società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80 per cento del valore della produzione, che nei tre esercizi precedenti abbiano conseguito un risultato economico negativo, procedono alla riduzione del 30 per cento del compenso dei componenti degli organi di amministrazione. Il conseguimento di un risultato economico negativo per due anni consecutivi rappresenta giusta causa ai fini della revoca degli amministratori. Quanto previsto dal presente comma non si applica ai soggetti il cui risultato economico, benché negativo, sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante”.

La disposizione prevede che il conseguimento di un risultato economico negativo “per due anni consecutivi” costituisca la giusta causa di revoca, di cui all'art. 2383 c.c.

Non si comprende la disposizione, ove si consideri che la giusta causa di revoca è integrata da circostanze, anche solo oggettive, tali da minare il *pactum fiduciae* elidendo l'affidamento riposto dai soci nell'organo di gestione: onde la compromissione della fiducia nelle competenze o nei risultati può integrarla pure se riferita ad un solo esercizio.

Il testo contiene, dunque, una norma di favore.

16. Art. 23 (Norma di rinvio).

La rubrica generica della norma appare anodina, laddove sarebbe più congruo indicare il reale contenuto della disposizione, ossia “Arbitrato”.

Si segnala come il ricorso all'arbitrato invece che all'autorità giudiziaria – conservato per le società partecipate come opzionale, in virtù del richiamo all'art. 241 d.lgs. n. 153 del 2006 – può essere foriero di ben maggiori esborsi per la finanza pubblica (e ciò tanto più nelle cd. società miste di cui all'art. 17, dove l'esborso sarebbe da ambo le parti, nonché tenuto conto dell'ambito di applicazione alle società meramente collegate).

17. Art. 25 (Revisione straordinaria delle partecipazioni).

5. *In caso di mancata adozione dell'atto ricognitivo ovvero di mancata alienazione entro i termini previsti dal comma 4, il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società e, salvo in ogni caso il potere di alienare la partecipazione, la medesima è liquidata in denaro in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, e seguendo il procedimento di cui all'articolo 2437-quater del codice civile.*

6. *Nei casi di cui al sesto e al settimo comma dell'articolo 2437-quater del codice civile ovvero in caso di estinzione della partecipazione in una società unipersonale, la società è posta in liquidazione”.*

L'uscita a titolo particolare di un socio dalla società può avvenire per vendita totale della partecipazione, per recesso o per esclusione.

La norma secondo cui, salvo l'alienazione della partecipazione, questa “è liquidata in denaro” è però atecnica, perché contempla la conseguenza dell'atto di scioglimento del rapporto sociale limitatamente al socio (la liquidazione della quota), senza però contemplare quale sia l'atto stesso.

Se si intende introdurre lo scioglimento del singolo rapporto sociale *ex lege*, occorrerebbe dirlo espressamente, ad esempio: “*il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società e, salvo in ogni caso il potere di alienare la partecipazione, il singolo rapporto sociale è sciolto di diritto e la partecipazione è liquidata in denaro in base ai criteri di determinazione del valore stabiliti dall'articolo 2437-ter ecc.*”.

Al 6° comma, non si comprende la “*estinzione della partecipazione*” della società unipersonale: sarebbe meglio semplicemente prevedere che, in mancanza di utile vendita a terzi secondo la procedura del codice civile, la società si scioglie.

18. Art. 27 (Altre disposizioni transitorie).

Al 2° comma, l'espressione “*in via di prima applicazione*” non è adeguatamente definita, tanto da risultare inapplicabile.

19. Art. 29 (Abrogazioni).

Sembra non completa l'abrogazione delle disposizioni non compatibili o superate, che resta dunque per il resto affidata al criterio della incompatibilità.

Si suggerisce, per evitare equivoci, di abrogare espressamente almeno anche l'art. 16-*bis* del d.l. 31 dicembre 2007 n. 248, convertito con modificazioni in l. 28 febbraio 2008 n. 31.

(Loredana Nazzicone)