ESTRATTO

VITA NOTARILE

fondata da Giacomo Buttitta

esperienze giuridiche

Paolo Divizia e Luca Olivieri

LA NOMINA DEGLI AMMINISTRATORI NELLE SOCIETÀ PUBBLICHE E L'ISTITUTO DELLA *PROROGATIO*

Estratto dalla Riv. «VITA NOTARILE» - N. 3/2010

internet: www.vitanotarile.it • email:vitanotarile@exit.it

eGB
VITA NOTARILE
EDIZIONI GIURIDICHE
BUTTITTA
PALERMO

Paolo Divizia - Luca Olivieri

LA NOMINA DEGLI AMMINISTRATORI NELLE SOCIETÀ PUBBLICHE E L'ISTITUTO DELLA *PROROGATIO* (*)

Sommario: Parte prima: 1. Introduzione. - 2. Gli interventi di abrogazione e modifica delle norme del codice civile dalla Riforma del diritto societario ad oggi. - 3. Il nuovo art. 2449 c.c.. - 4. Il ricorso agli strumenti finanziari anche nelle società per azioni "chiuse": una terza via percorribile? - 5. I rapporti dell'art. 2449 c.c. con la nuova società a responsabilità limitata e la previsione statutaria di diritti particolari. - Parte seconda: 6. L'istituto della *prorogatio* come strumento volto a garantire la continuità dell'organo. Profili strutturali, finalità operative e differenze con istituti affini. - 7. Analisi dei rapporti fra art. 2385, comma 2 c.c. e legge n. 444/1994: tentativo di riconduzione ad unità del sistema. - 8. Profili notarili. - 9. Abrogazione implicita della legge n. 444/94?

PARTE PRIMA

1. *Introduzione*

Le riflessioni contenute nel presente contributo sono dedicate all'analisi dei complessi rapporti fra durata in carica dell'organo amministrativo ed istituto della *prorogatio* dei poteri nell'ambito delle società con partecipazione dello Stato o di altri enti pubblici (1).

(*) Il presente contributo è dovuto a riflessioni comuni dei due Autori, ai quali peraltro la stesura del lavoro è così imputabile: a Paolo Divizia, Avvocato e Prof. a contratto Univ. degli Studi di Genova, i paragrafi 1., 3., 4., 6., a Luca Olivieri, Avvocato, i paragrafi 2., 5., 9., ad entrambi gli Autori i paragrafi 7 e 8. La Parte seconda del presente lavoro sarà pubblicata nel n. 1/2011 di questa *Rivista*.

(1) Sull'ampio tema delle società pubbliche ed a partecipazione pubblica si vedano tra i contributi più recenti, **M. P. Chiti**, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, p. 1161 ss.; **M. T. Cirenei**, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina*

Come noto, il sistema inerente alla composizione degli organi delle società a partecipazione pubblica ed alle vicende successive alla nomina è stato oggetto di una complessa stratificazione normativa, ampliatasi particolarmente nella seconda metà degli anni novanta e composta sia dalle norme del codice civile, recentemente modificate ed abrogate, sia da una cospicua disciplina speciale di matrice pubblicistica (2).

Dal punto di vista strutturale, il problema di fondo è dato dalla definizione dei rapporti fra la disciplina di settore delle cc.dd. società di diritto pubblico (le quali costituiscono sostanzialmente un micro sistema separato rispetto all'ordinamento societario (3)) e l'ordinaria disciplina in tema di *prorogatio* dell'organo amministrativo, dettata dall'art. 2385, comma 2 del c.c. per le società per azioni non quotate, prive di partecipazione pubblica.

È proprio nella disciplina speciale che si ritrova la principale ipotesi di limitazione legale della *prorogatio* ordinaria, prevista con riferimento agli organi amministrativi delle persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica dalla legge 15 luglio 1994, n. 444 (che ha convertito, con modificazioni, il d.l. n. 293 del 16 maggio 1994), ove si stabilisce un generale obbligo di ricostituzione di detti organi entro la scadenza del termine originario di durata (art. 2) e si dispone che gli organi amministrativi non ricostituiti entro tale termine siano prorogati per non più di quarantacinque giorni, decorrenti dal giorno della scadenza del termine medesimo (art. 3).

Come intuibile dalle considerazioni introduttive sinora svolte, la tematica in parola si presenta di difficile illustrazione anche in ragione della concomitanza di una pluralità di fattori esogeni "negativi", fra i quali si registrano sia un disegno normativo di base disorganico ed incapace di perseguire una reale finalità semplificatoria, sia una rilevante produzione legislativa che, intervenendo sotto forma di progressive correzioni e limature, in più di una occasione si è sovrapposta in maniera disordinata alla disciplina di base, determinando il proliferare di una pluralità di orientamenti giurisprudenziali e di letture interpretative divergenti da parte della dottrina e delle differenti Amministrazioni interessate.

Appare, quindi, opportuno, prima di intraprendere un'analisi di tipo contenutistico della disciplina, tracciare un sintetico quadro ricostruttivo della normativa vigente in materia, distinguendo la disciplina codicistica, di recente novellata, e quella speciale di matrice giuspubblicistica.

Nel complesso coacervo di leggi speciali che hanno interessato le società pubbliche (4), preminente rilievo – per il tema specifico ivi di interesse – è dato alla citata legge 15 luglio 1994, n. 444 rubricata *"Disciplina della proroga degli organi amministrativi"*, provvedimento con cui – raccogliendosi le indicazioni dettate in un noto e coevo intervento della Corte costituzionale – si è dettata una disciplina compiuta dell'istituto della *prorogatio* dei titolari di uffici pubblici, fino ad allora regolato in modo sporadico (5).

---

italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica, in *Dir. comm. int.*, p. 41 ss.; **C. Contessa**, *Servizi pubblici locali ed evoluzione giurisprudenziale: quale futuro per il modello societario?* in *Corr. del Merito*, 2005, p. 1329 ss.; **M. G. Della Scala**, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 392 ss.; **M. Dugato**, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 561 ss.; **F. Fontana - M. Rossi**, *L'ente locale come* holding *pubblica e il controllo sulle società partecipate*, in *Nuova rass.*, 2006, p. 2426 ss.; **F. Fracchia**, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. dell'economia*, 2004, p. 589 ss.; **F. Fracchia**, *Studio delle società "pubbliche" e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro it.*, 2005, p. 38 ss.; **A. Graziano**, *La riforma e la controriforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, p. 1369 ss.; **F. Goisis**, *L'applicazione di discipline pubblicistiche a una società in mano pubblica* longa manus *del socio dominante*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2005, p. 1195 ss.; **F. Goisis**, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, p. 5600 ss.; **A. Guaccero**, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2004, p. 845 ss.; **F. Guerrera**, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2005, p. 681 ss.; **M. Lipari**, *Le società pubbliche nell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006*, in *Corr. del merito*, 2007, p. 111 ss.; **G. Napolitano**, *Le società pubbliche fra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. Soc.*, 2006, p. 999 ss.; **R. Occhilupo**, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 63 ss.; **A. Pericu**, *Gli organi sociali nelle società pubbliche*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2005, p. 281 ss.; **G. Romagnoli**, *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 473 ss.; **R. Rordorf**, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Società*, 2005, p. 423 ss.; **F. 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, p. 383 ss.; **F. G. Scoca**, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. dell'economia*, 2005, p. 239 ss.; **R. Ursi**, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è "casa" per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, 2005, p. 135 ss..

(2) Un quadro di insieme è ben offerto da **M. Cammelli - A. Ziroldi**, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999, p. 48 ss. e con una panoramica sugli ultimi interventi modificativi ed abrogativi cfr. **I. Demuro**, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza*, a cura di **AA.VV.**, Bologna, 2009, p. 873 ss..

(3) Nelle più recenti monografie dedicate al tema, con ottima sintesi si è parlato di società di "diritto speciale", cfr. *ex multis* **F. Santonastaso**, *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009.

(4) Gli interventi legislativi relativamente alle società a partecipazione pubblica, negli ultimi anni, si sono susseguiti con una notevole frequenza ed hanno fatto registrare anche ripensamenti tra un intervento e l'altro.

L'attenzione del legislatore si è incentrata, in prevalenza, sul problema di contenere la spesa pubblica ed uno dei modi con i quali si è cercato di perseguire questa finalità è stato quello di stabilire dei limiti al numero dei componenti degli organi amministrativi e di controllo ed ai compensi loro attribuibili.

Tra gli interventi più recenti, senza pretesa di completezza, si ricordano: l'art. 1, comma 729 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge finanziaria 2007); l'art. 3, commi 12 ss. della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge finanziaria 2008); l'art. 71 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (che ha modificato la legge n. 244/2007); l'art. 19 della l. 3 agosto 2009, n. 102 (di conversione del d.l. 18 luglio 2009, n. 78), che ha apportato altre modifiche alla l. n. 244/2007. Per una trattazione delle principali problematiche sollevate dalle disposizioni citate, si veda **R. De Nictolis**, *I profili ordinamentali del soggetto societario*, in *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, p. 253 ss.; **G. Fonderico**, *Privatizzazioni, Patrimonio s.p.a. e società pubbliche*, in **AA.VV.**, *La legge n. 69/2009 e la pubblica amministrazione*, *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2009, p. 1166 ss.; **E. Loria**, *Le società pubbliche dopo la legge 69/2009*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, p. 1164 ss..

(5) È curioso ricordare che una fra le disposizioni più chiare in materia è contenuta nella risalente legge 20 marzo 1865, allegato A, art. 205 sull'unificazione amministrativa del Regno d'Italia secondo cui "Coloro che a termini della presente legge sono nominati a tempo rimangono in uffizio sino all'installazione dei loro successori, ancorché fosse trascorso il termine prefisso".

2. *Gli interventi di abrogazione e modifica delle norme del codice civile dalla Riforma del diritto societario ad oggi*

Il fronte codicistico in materia di società pubbliche dopo la riforma del diritto societario si componeva di due importanti norme: l'art. 2449 c.c., rubricato *"Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici"*, e l'art. 2450 c.c., rubricato *"Amministratori e sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici"*.

Tali norme in buona parte recepivano la disciplina già contenuta, anteriormente alla Riforma, negli artt. 2458, 2459 e 2460 c.c. (6), con poche novità, consistenti, principalmente, nel coordinamento della stessa con i sistemi alternativi di gestione e controllo introdotti per la s.p.a. e nell'introduzione della generale clausola di salvezza, di cui all'art. 2449, terzo comma, c.c., relativa all'applicabilità delle disposizioni delle leggi speciali.

Entrambe le disposizioni erano volte a consentire l'attribuzione allo Stato od agli enti pubblici, tramite apposita previsione statutaria (art. 2449 c.c.), o anche di legge (art. 2450 c.c.), della facoltà di nomina diretta di componenti degli organi sociali di gestione e di controllo di società per azioni; nonostante questo tratto comune, i due articoli presentavano una netta differenza, dato che l'art. 2449 c.c. subordinava la predetta facoltà allo *status* di socio del soggetto pubblico, laddove l'art. 2450 c.c. la svincolava completamente dal possesso di una partecipazione sociale.

L'art. 2450, secondo comma, c.c., inoltre, stabiliva un'ulteriore deroga alla disciplina ordinaria della s.p.a., riservando espressamente allo Stato, ove avesse nominato uno o più sindaci, anche la nomina del presidente del collegio sindacale.

La formulazione dei predetti articoli non poteva certo definirsi stringente e lasciava un ampio margine di discrezionalità in fase applicativa. Tralasciando l'approfondita trattazione dottrinale delle singole questioni, che esorbita dall'economia del presente lavoro, basti ricordare che:

a) non era stabilito un limite numerico ai componenti degli organi sociali di amministrazione e di controllo direttamente nominabili dai soci pubblici (il primo comma dell'art. 2449 c.c., richiamato dal primo comma dell'art. 2450 c.c., utilizzava la generica espressione "nominare *uno o più* amministratori o sindaci...") e, quindi, non pareva escludere che lo statuto o la legge attribuissero a detti soci la facoltà di nominare anche tutti gli amministratori ed i sindaci;

b) le disposizioni citate non escludevano la possibilità, per gli enti pubblici titolari della facoltà in esame, di concorrere con gli altri soci, esercitando il proprio diritto di voto in sede assembleare, alla nomina dei restanti amministratori (cumulando, in tal modo, il diritto "ordinario" con la facoltà "speciale");

(6) Il testo del nuovo art. 2449 c.c. ha sostanzialmente recepito il testo del previgente art. 2458 c.c., mentre l'art. 2450 c.c. ha recepito, al primo comma, il testo del previgente art. 2459 c.c. ed al secondo comma il dettato dell'art. 2460 c.c..

c) la nomina (come poteva dedursi dal tenore letterale del terzo comma dell'art. 2449 c.c. (7)) avveniva al di fuori dell'assemblea della società e, quindi, era sottratta a qualsiasi approvazione da parte degli altri soci (8), derivando da un atto del socio pubblico (del quale era discussa la natura autoritativa (9));

d) gli amministratori ed i sindaci così nominati potevano essere revocati soltanto dagli enti pubblici che avevano effettuato la relativa nomina (art. 2449, secondo comma c.c.);

e) la facoltà di nomina attribuita dallo statuto o dalla legge non era in alcun modo legata all'entità della partecipazione posseduta dal socio pubblico (art. 2449 c.c.) e, addirittura, poteva prescindere del tutto dal possesso della stessa (art. 2450 c.c.), con l'evidente conseguenza che la maggioranza dei componenti degli organi sociali di amministrazione e di controllo poteva essere nominata anche da un soggetto pubblico che non rivestiva la qualità di socio.

Alcuni dei caratteri appena descritti della disciplina in parola, la cui principale finalità era (e rimane) il perseguimento degli interessi di rilevanza pubblica, quando lo Stato e le Amministrazioni locali facevano ricorso al più agile strumento societario per la gestione di determinate attività e servizi, hanno costituito motivo di conflitto con il diritto comunitario.

A tal proposito, si devono segnalare, in particolare, due vicende che hanno costretto il legislatore ad intervenire sul dettato codicistico: le domande di pronuncia pregiudiziale proposte nel 2004 alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 234 del Trattato UE (oggi art. 267), dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (10) nell'ambito di una controversia relativa alle facoltà attribuite ad un socio pubblico *ex* art. 2449 c.c. e l'apertura, nel 2006, da parte della Commissione Europea, di una procedura d'infrazione (11) nei confronti dello Stato italiano per violazione all'art. 56 del Trattato UE (12).

(7) Il quale stabilisce che i componenti degli organi nominati dai soci pubblici "[...] hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea".

(8) Ciò formalmente non si verifica quando, come può accadere nella prassi, non sia prevista l'attribuzione della facoltà di cui all'art. 2449 c.c. e ciascuno dei soci pubblici si limiti ad indicare, in sede di assemblea, i propri "candidati" alle cariche sociali. In tale ipotesi, infatti, tutti i componenti degli organi amministrativi e di controllo vengono nominati dall'assemblea secondo la disciplina ordinaria.

(9) Al fine di approfondire i diversi orientamenti, si rinvia ai riferimenti bibliografici citati da **C. Cavazza**, *Prerogative speciali e società partecipate dai pubblici poteri: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Nuove leggi civ.*, 2009, p. 385, nelle note 21 e 22. Riguardo all'orientamento favorevole a qualificare l'atto nomina come provvedimento amministrativo, si aggiunga **W. Saglietto**, *Commento dell'art. 2400*, in *Codice commentato delle S.p.a.*, diretto da **G. Fauceglia** e **G. Schiano Di Pepe**, Tomo II, parte prima, p. 864, che fa discendere da tale natura la rimessione delle relative controversie al sindacato della giustizia amministrativa.

(10) Cfr. Ordinanza di rimessione del Tar Lombardia 13 ottobre 2004, n. 175, in *Foro it.*, 2005, III, col. 34 ss., con osservazioni ivi di **R. Ursi** e nota di **F. Fracchia**, *Studio delle società "pubbliche" e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, col. 38 ss.

(11) Procedura di infrazione n. 2104/2006. Si ricorda che la Commissione europea utilizza lo strumento della procedura d'infrazione al fine di garantire il rispetto e l'effettività, da parte degli Stati membri, degli obblighi ad essi incombenti in forza del Trattato UE.

(12) Per una chiara e completa ricostruzione delle vicende accennate nel testo, v., per tutti, **F. Ghezzi - M. Ventoruzzo**, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società: fine di un privilegio?*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 668 ss..

In linea generale, si sollevava, in tal modo, il problema del potenziale contrasto degli artt. 2449 e 2450 c.c. con i principi della libera circolazione dei capitali e della libertà di stabilimento sanciti dagli (allora) artt. 56 e 43 del Trattato UE (13).

Un primo intervento legislativo si è verificato, anteriormente alla definizione delle sopra citate vicende (ma successivamente alla presentazione (14), nell'ambito del predetto giudizio davanti alla Corte di Giustizia, delle conclusioni dall'Avvocato generale), con il d.l. 15 febbraio 2007, n. 10 (successivamente convertito, con modificazioni, con legge 6 aprile 2007, n. 46), che ha disposto, all'art. 3, primo comma, l'abrogazione dell'art. 2450 c.c..

L'intervento legislativo del 2007, pur nella consapevolezza del fatto che anche l'art. 2449 c.c. fosse *"sub iudice"*, lo lasciava volontariamente immutato, come risulta dai lavori preparatori (15), ove si legge: "La maggiore delicatezza giuridica dell'intervento sul complementare art. 2449 c.c. e le ben più vaste implicazioni pratiche di una sua eliminazione, che coinvolgerebbe gli assetti di società operanti nel vitale settore dei servizi pubblici locali, con le intuibili ricadute sul mercato (alcune di tali società sono quotate in Borsa), consiglia, invece, una più approfondita riflessione sui possibili contenuti di una novella legislativa".

Pochi mesi dopo, nel dicembre 2007 (16), la Corte di Giustizia UE, richiamando anche concetti già espressi in precedenti sentenze in materia di *"golden shares"* (17), si è pronunciata sulla questione rimessa al suo esame nel 2004 dal T.A.R. Lombardia, ritenendo che l'art. 2449 c.c. contrastasse con l'(allora) art. 56 del Trattato UE, poiché la prevista facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori consente allo Stato o all'ente "di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società" (18).

---

(13) Successivamente all'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona (e delle relative modifiche), gli artt. 43 e 56 sono stati trasfusi, rispettivamente, negli attuali artt. 49 e 63.

(14) Avvenuta in data 7 settembre 2006.

(15) Camera dei Deputati – Servizio Studi Progetti di legge n. 123/1 del 20 marzo 2007, *Disposizioni volte a dare attuazione ad obblighi comunitari ed internazionali D.L. 10/2007* - A.C. 2374 - Iter al Senato (A.S. 1329) reperibile all'indirizzo internet http://legxv.camera.it/_dati/leg15/lavori/ schedela/trovaschedacamera_wai.asp?PDL=2374.

(16) Sentenza della Corte di Giustizia UE del 6 dicembre 2007 (*Federconsumatori, Adiconsum, ADOC., Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM SpA e altri contro Comune di Milano*), procedimenti riuniti C-463/04 e C-464/04.

(17) Per un commento degli orientamenti emergenti dalle numerose pronunce in materia di poteri speciali attribuiti, in ambito societario, ai soggetti pubblici, v. **F. Santonastaso**, *La "saga" della* golden share *tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, parte prima, p. 302 ss..

(18) Il dispositivo della sentenza recita: "L'art. 56 CE dev'essere interpretato nel senso che esso osta ad una disposizione nazionale, quale l'art. 2449 del codice civile 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, la quale, di per sé o, come nelle cause principali, in combinato con una disposizione, quale l'art. 4 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, in seguito a modifiche, nella legge 30 luglio 1994, n. 474, come modificata dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350, 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, è tale da consentire a detto Stato o a detto ente di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società".

L'art. 56 del Trattato UE (oggi art. 63) vieta "tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi" e, come chiaramente emerge dal testo della pronuncia (punti 21, 22 e 24 della sentenza), l'art. 2449 c.c. viene ritenuto, appunto, una "restrizione", essendo idoneo ad "impedire o a limitare l'acquisizione di azioni nelle imprese interessate" ed a "dissuadere gli investitori degli altri Stati membri dall'investire nel capitale di queste ultime".

Il sistema dell'art. 2449 c.c., in altri termini, scoraggiava i potenziali investitori perché consentiva di attribuire agli enti pubblici, mediante la facoltà di nomina diretta dei componenti degli organi sociali, una posizione "dominante" nella gestione della società anche senza detenere una partecipazione di maggioranza (cfr. punto 29 della sentenza (19)).

Come è stato evidenziato dalla dottrina (20), la pronuncia citata assume un notevole rilievo, in considerazione del fatto che, per la prima volta in materia, la Corte di Giustizia UE non ha censurato un "potere speciale" derivante da una normativa di settore derogatoria rispetto al diritto comune, ma una disposizione contenuta nel diritto societario dello Stato membro.

Il legislatore ha dovuto prendere atto della posizione della Corte di Giustizia ed è intervenuto nel corso del 2008 modificando l'art. 2449 c.c. nella maniera descritta al successivo paragrafo.

3. *Il nuovo art. 2449 c.c.*

La legge comunitaria per l'anno 2008 (più precisamente, l'art. 13, comma 1, della legge 25 febbraio 2008, n. 34) ha modificato il testo dell'art. 2449 c.c., prendendo atto della pronuncia della Corte di Giustizia del 6 dicembre 2007, nota come "caso AEM S.p.A." e recependo, altresì, una serie di principi e di censure ben evidenziate nella prodromica procedura di infrazione n. 2006/2104 (21).

---

(19) Ove si legge: "Fornendo agli azionisti pubblici uno strumento che permette loro di limitare la possibilità degli altri azionisti di partecipare alla società 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, una normativa nazionale quale quella di cui trattasi nelle cause principali è idonea a dissuadere gli investitori diretti di altri Stati membri dall'investire nel capitale della società (v., in questo senso, sentenza Commissione/Germania, cit., punto 66)".

Cfr., anche, il punto 36, ove si afferma: "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".

(20) Cfr., fra gli altri, **C. Cavazza**, *op. cit.*, p. 395.

(21) Va osservato che il legislatore nel modificare l'art. 2449 c.c. non ha tenuto conto delle motivazioni contenute nella citata sentenza della Corte di Giustizia, di fatto non rendendo il novellato testo immune da future censure comunitarie. Sul punto si rinvia alle osservazioni di

Il testo novellato è rubricato *"Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici"* e nei suoi quattro nuovi commi così dispone: "1. 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. 2. 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. 3. 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. 4. Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'art. 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" (22).

La norma merita di essere scomposta nelle sue componenti essenziali ed analizzata per i fini ivi di interesse, concentrando l'attenzione sulla disciplina dettata per le società non quotate munite di sistema tradizionale (23).

Il nuovo art. 2449 c.c. disciplina, nei sui primi tre commi dedicati alle società per azioni "chiuse", il potere di designazione diretta di alcuni dei componenti degli organi sociali, la normativa di nomina e revoca e la durata della relativa carica.

Solo il quarto comma è dedicato alle s.p.a. quotate, per le quali il legislatore ricorre allo strumento statutario della categoria speciale di azioni, cui

F. Santonastaso, *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009, p. 502, il quale osserva come dalla disamina dei lavori parlamentari non emerga alcun riferimento alla pronuncia in questione ed anche a **C. Pecoraro**, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 947 ss., il quale enfatizza la discrasia temporale fra varo della novella legislativa e pubblicazione delle motivazioni della citata sentenza.

(22) 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'art. 2449 del c.c., 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'art. 2346, sesto comma, del c.c.. Scaduto il predetto termine di otto mesi, perdono efficacia le disposizioni statutarie non conformi alle disposizioni dell'art. 2449, come sostituito dal comma 1".

(23) Per una attenta e diffusa analisi della riforma dell'art. 2449 c.c. relativamente alle società quotate e per le conseguenze sui modelli dualistico e monistico, si rinvia allo scritto di **C. Pecoraro**, *op. cit.*, p. 947 ss., in particolare i paragrafi 6-10.

collegare l'esercizio di particolari diritti amministrativi (in particolare, il diritto di nomina diretta di alcune cariche sociali) (24).

Preminente interesse è riconosciuto al primo comma dell'art. 2449 c.c., nella parte in cui viene accordata ai soci pubblici la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci (ovvero di membri del consiglio di sorveglianza) in misura proporzionale alla partecipazione al capitale sociale (25).

Una sintetica riflessione merita di essere spesa in ordine all'ambito soggettivo di applicazione della norma. È agevole, infatti, osservare come, 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.

La portata operativa della norma è dunque ampia ed abbraccia ogni società in cui v'è una partecipazione, più o meno qualificata, di soggetti pubblici al capitale. All'uopo può essere utile richiamare un noto schema definitorio, ritenendo comprese sia le "società pubbliche", le quali si configurano come enti pubblici che si giovano dello schermo societario per operare nel mondo giuridico, sia "le società a partecipazione pubblica", veri e propri enti societari in cui il socio privato condivide con quello pub-

(24) Per le sole s.p.a. quotate è stata, peraltro, prevista una specifica disciplina transitoria, secondo cui "Il consiglio di amministrazione, nelle società che ricorrono al capitale di rischio e nelle quali sia prevista la nomina di amministratori ai sensi dell'art. 2449 del c.c., 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'art. 2346, sesto comma, del c.c.. Scaduto il predetto termine di otto mesi, perdono efficacia le disposizioni statutarie non conformi alle disposizioni dell'art. 2449, come sostituito dal comma 1".

La prassi operativa ha dimostrato come le società pubbliche quotate abbiano utilizzato particolari clausole "temporanee", con cui si è continuato ad attribuire ai diversi soci pubblici il potere di nomina diretta *ex* art. 2449 c.c., corredate da una generica previsione volta a sancire l'inapplicabilità di tale potere diretto di nomina dinanzi ad un futura modifica legislativa (e prevedendosi, in sostituzione, il ritorno al voto di lista).

Recepisce nel proprio statuto la modifica legislativa ivi in commento l'Eni S.p.a. in particolare negli artt. 6 comma 2 lett. *d*) e 17 ss..

Il tema delle previsioni statutarie "temporanee" è affrontato da **M. Stella Richter**, *Considerazioni preliminari sulle norme statutarie temporanee*, in Relazione al Convegno di Milano del 29-30 gennaio 2009 "Orientamenti notarili in materia societaria".

(25) La disciplina nel suo complesso intesa è volta ad indicare un limite numerico (deducibile *per relationem*) alle cariche di nomina pubblica. La regola affermata dal legislatore con la riforma dell'art. 2449 c.c. non va, però, confusa con la previsione contenuta nella legge 27 dicembre 2006, n. 296, dove, ai sensi dell'art. 1, comma 729, è disposta la riduzione del numero dei componenti del consiglio di amministrazione di società partecipate da enti pubblici locali, in modo sostanzialmente analogo a quanto stabilito anche con la legge 24 dicembre 2007, n. 244, art. 3, comma dodicesimo, così come modificato dall'art. 71, comma primo, legge 18 giugno 2009, n. 69, per le società non quotate controllate dallo Stato. Si tratta, infatti, di provvedimenti legislativi che differiscono profondamente per le finalità perseguite: nelle leggi speciali appena richiamate, la limitazione del potere del socio pubblico è concepita come misura diretta a contenere la spesa pubblica; all'opposto, la citata legge comunitaria si preoccupa di comporre le ragioni dell'interesse privato degli investitori alla libera contendibilità del controllo con le ragioni dell'interesse pubblico a conservare un potere autoritativo di direzione sulle società privatizzate, cfr. sul tema **C. Vitale**, *La Corte di Giustizia boccia l'art. 2449 del c.c.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 521 ss..

blico la partecipazione azionaria (totalitaria, maggioritaria, minoritaria che sia).

In chiave analitica, peraltro, va detto che i soci pubblici che compongono questa seconda macro-categoria societaria possono essere sia lo Stato, generalmente per il tramite del Ministero dell'economia (26), sia le altre amministrazioni centrali, sia gli enti pubblici territoriali (quali le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane), oltre infine a tutti gli enti non economici nazionali e regionali (27).

Il profilo più interessante della novella risiede nel concetto di "proporzionalità".

Il primo comma dell'art. 2449 c.c. recepisce la censura di matrice comunitaria relativa all'illegittimità di un controllo non proporzionato alla partecipazione azionaria posseduta e traduce in norma positiva il principio del necessario rispetto fra il "peso" ricoperto nel capitale sociale da parte del socio pubblico ed il numero dei soggetti nominabili direttamente negli organi sociali di gestione e di controllo (28).

La necessità di un controllo pubblico "non sproporzionato" riguarda in linea teorica tutti gli organi sociali, ma è di tutta evidenza che i maggiori rischi si concentrino in ordine alla composizione dell'organo amministrativo, il quale condiziona direttamente le sorti della società e le cui scelte di *governance* possono tenere lontani eventuali investitori privati, i quali – pur dinanzi

(26) Esemplificando, si consideri che 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 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) ed in Ferrovie dello Stato s.p.a. (d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e con il Ministero dei trasporti).

(27) Può essere utile in chiave esegetica riportare la previsione di cui al comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, secondo cui "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".

Sempre a livello classificatorio si suole parlare 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 istituzione della società o invero mette l'ente pubblico nelle condizioni di costituirla; cfr. in dottrina **C. 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, p. 44, il quale contrappone società legali a società facoltative, per le quali il legislatore si limita a concedere una autorizzazione (servizi pubblici locali e gestione delle reti).

(28) Come accennato, il recepimento di detto principio – unitamente all'abrogazione dell'art. 2450 c.c. che legittimava forme di nomina pubblica diretta disgiuntamente da una effettiva partecipazione al capitale sociale – chiude la procedura di infrazione (n. 2006/2104) avviata nei confronti del nostro paese dalla Commissione Europea; in dottrina si è parlato di una risposta volta a contrastare quel diritto speciale di nomina divenuto il mezzo elettivo per assicurare alla mano pubblica un potere direttoriale alieno alle regole dell'economia capitalista, per le quali il controllo è invero concepito in termini di mera corrispettività alla partecipazione al capitale, cfr. **C. Pecoraro**, *op. cit.*, p. 947 ss..

acquisto di una partecipazione di rilievo – rischiano di non essere mai in grado di designare la maggioranza degli amministratori (29).

Di minore rilievo è il problema posto nella composizione del collegio sindacale: in questo caso, trattandosi di un organo di mero controllo, il rischio consiste nel verificarsi di una sproporzione nel diritto di nomina ma non della gestione, con la conseguenza che "il potenziale investitore potrebbe, in relazione alla partecipazione acquisita, a nominare la maggioranza degli amministratori che saranno controllati da un collegio sindacale la maggioranza dei componenti è riferibile al socio pubblico" (30).

Inoltre, opportuno precisare che il rapporto di proporzionalità deve essere inteso con riferimento ad ogni singolo organo e non alla somma dei componenti degli organi sociali (ossia, nel sistema tradizionale, consiglio di amministrazione e collegio sindacale) in cui è possibile effettuare una nomina (31).

Va rilevato, peraltro, osservato come il rispetto del principio di proporzionalità non pone al riparo da eventuali incompatibilità comunitarie, sostanzialmente per due ordini di ragioni: in primo luogo, poiché il potere di nomina in esame non è subordinato ad alcun presupposto oggettivo e, in secondo luogo, poiché detto potere di nomina non esclude l'ordinario diritto di nomina delle cariche sociali (32).

La combinazione delle due procedure di nomina, infatti, in assenza di adeguati correttivi, può astrattamente attribuire al socio pubblico un controllo più che proporzionale; in questo frangente, si evidenzia l'importanza di un'adeguate tecnica redazionale notarile, in grado di creare nello statuto adeguate corrispondenti limitazioni all'esercizio dei diritti ordinari di nomina e/o azioni detenute dal pubblico. In altre parole, lo statuto rappresenta lo strumento ideale per creare un adeguato contrappeso giuridico, da valutarsi ogni qualvolta avuto riguardo alla composizione della compagine sociale.

(29) Ed è proprio questo rischio di alterazione delle regole del mercato e dell'investimento che viene evidenziato, oltre che nella decisione sopra indicata, in varie sentenze più recenti della Corte di Giustizia, cfr. *ex multis* C. Giust. CE, 4 giugno 2002, C-483/99, in *Foro it.*, *CDS*, 2002, p. 1595.

(30) In questi termini si esprime **I. Demuro**, *op. cit.*, p. 881. L'Autore sviluppa di seguito interessanti considerazioni relativamente al consiglio di sorveglianza, caratterizzato – appunto – da una natura polifunzionale, avendo funzioni sia di vigilanza sia di alta amministrazione. Fra i contributi più significativi nella recente produzione dottrinale si veda, altresì, **A. Ruotolo**, *Il ruolo del collegio sindacale nelle società a partecipazione pubblica fra disciplina societaria comune e diritto pubblico*, in R. Alessi - N. Abriani - U. Morera (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, p. 597 ss..

(31) Il rapporto di proporzionalità in parola è da intendersi avuto riguardo al numero dei componenti nominabili direttamente; di avviso contrario **E. Puglielli - A. Ruotolo**, *Nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica (il nuovo testo dell'art. 2449)*, Studio CNN. n. 150-2008/I, in *Studi e materiali*, 2009, p. 227 ss., i quali sostengono il principio di proporzionalità sancito a livello comunitario abbia una portata ampia ed inderogabile, non essendo pertanto possibile interpretare il novellato art. 2449 c.c. nel senso che la proporzionalità debba operare solo per i membri di nomina diretta.

(32) Cfr. **F. Ghezzi - M. Ventoruzzo**, *op. cit.*, p. 699; nella giurisprudenza comunitaria si veda la recente sentenza Corte Giust. 26 marzo 2009, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 640 ss., con nota di **I. Demuro**, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri speciali previsti dalla legge*.

Proprio in considerazione della composizione del capitale sociale, va altresì osservato come – con riferimento al principio di proporzionalità – si possano profilare due distinti scenari operativi.

Il primo scenario è rappresentato dal socio pubblico titolare di una partecipazione di maggioranza.

In tale ipotesi, la previsione dei suddetti meccanismi speciali di nomina diretta vede diminuita la propria incidenza pratica, in quanto già le regole societarie comuni consentirebbero di addivenire ad un controllo della nomina dell'organo gestorio; un evidente profilo di interesse, al contrario, è rappresentato dalla sicurezza e dalla stabilità offerte dalla nomina diretta nell'ottica di una futura perdita della maggioranza di capitale (unitamente al non secondario potere di revoca diretta di cui al secondo comma del novellato art. 2449 c.c.).

Più complesso è, invece, il secondo scenario rappresentato da una partecipazione pubblica di minoranza. In questa ipotesi, l'attribuzione di un diritto di nomina diretta dovrebbe essere strumentale a garantire la funzione di controllo all'amministratore di nomina pubblica (33); tuttavia, va osservato che la partecipazione del socio pubblico deve essere comunque significativa, tale cioè da assicurare la nomina in ragione dell'indicato principio di proporzionalità (ciò in quanto si è definitivamente ritenuta inammissibile una designazione disgiunta da una partecipazione al capitale sociale) (34).

Ai fini ivi di interesse, secondarie sono le tematiche relative alla revoca diretta del nominato ed alla sostanziale equiparazione nella portata di diritti ed obblighi dei membri nominati con procedura assembleare ordinaria e con metodo diretto.

Nell'ottica notarile, invece, una riflessione finale deve essere dedicata alle conseguenze derivanti dalla predisposizione di clausole statutarie che non tengano conto del richiesto principio di proporzionalità, siano esse introdotte *ex novo* (si pensi in caso di costituzione) ovvero in sede di adeguamento statutario (35).

Differenti sono le soluzioni prospettate fra gli autori.

Autorevole dottrina propende per la rigida soluzione della nullità delle clausole statutarie difformi, le quali violerebbero un principio di ordine pubblico dell'ordinamento societario (36).

Altra parte della dottrina ritiene "espunte" dallo statuto tutte le clausole attuative del vecchio testo dell'art. 2449 c.c., ma difformi dalla nuova formulazione; esse verrebbero di fatto sostituite dagli ordinari criteri di nomina assembleare degli amministratori. Detta soluzione è sotto altro profilo drastica, atteso che, per evitare le conseguenze della sostituzione automatica, che di fatto priverebbe *medio tempore* il socio pubblico con partecipazione minoritaria di qualsiasi potere di nomina di amministratori, non vi sarebbe altra strada che l'adeguamento dello statuto al principio di proporzionalità, sempre che questo sia possibile in ragione della non eccessiva esiguità della partecipazione pubblica (soglia percentuale minima di partecipazione sopra indicata) (37).

Più equilibrata e condivisibile appare, infine, la posizione di altro autore che sottolinea come sia possibile, pur in assenza di un formale adeguamento della carta statutaria, continuare a riconoscere al socio pubblico un diritto di nomina diretta, ridotto tuttavia ad un rapporto di proporzionalità (38).

La soluzione, seppur meritevole di pregio sul piano accademico, presta il fianco – nell'incertezza delle interpretazioni ed in mancanza di una chiaro *arrêt* giurisprudenziale sul punto – ad evidenti obiezioni sul piano pratico.

Essa, infatti, legittima ipotesi di nomina diretta in difetto di una norma statutaria di supporto, sulla base cioè di un mero criterio interpretativo che fonde disposizioni statutarie non aggiornate con il vigente dettato legislativo. In tal modo, l'adeguamento alla proporzionalità verrebbe ad attuarsi in maniera indiretta ed ovviamente suscettibile di impugnazioni in sede contenziosa.

Per questo motivo, ad avviso di chi scrive, pur condividendosi la bontà teorica del ragionamento esposto dalla citata dottrina, si ritiene che la fase mediana dell'adeguamento formale dello statuto appaia assolutamente necessaria; da un lato, essa sola garantisce stabilità e continuità alla nomina e, dall'altro, se ben realizzata, previene l'insorgenza di liti fra soci privati e soci pubblici.

Lo statuto, quindi, ancora una volta si conferma crocevia ineludibile in cui vengono a comporsi le esigenze specifiche della compagine sociale con i principi di ordine generale dettati dall'ordinamento nazionale e comunitario.

4. *Il ricorso agli strumenti finanziari anche nelle società per azioni "chiuse": una terza via percorribile?*

Come visto, dal punto di vista strutturale il novellato art. 2449 c.c. si articola in due direzioni. I primi tre commi sono dedicati alle società partecipate pubbliche cc.dd. "chiuse", per le quali la facoltà di nomina diretta è rimasta ancorata, stante le considerazioni sopra rese, al concetto di partecipazione "proporzionale"; il quarto comma, invece, è dedicato alle società partecipate cc.dd. "aperte", per le quali il legislatore ha proposto le soluzioni degli strumenti finanziari e della categoria speciale di azioni.

Con riferimento al meccanismo di nomina diretta nelle società per azioni chiuse, da un'analisi lineare del primo comma dell'art. 2449 c.c. emerge con chiarezza il fatto che il legislatore si esprime in termini di mera possibilità ("lo statuto può ad essi conferire la facoltà") e non di obbligo. A ben vedere, dunque, nella società partecipata pubblica chiusa, due ed alternative so-

(33) In questi termini **I. Demuro**, *op. cit.*, p. 878.

(34) In linea di principio, può dirsi che maggiore è il numero dei membri che compongono il consiglio di amministrazione, minore è la soglia percentuale minima di partecipazione sufficiente ad attribuire il potere di nomina diretta.

(35) Va osservata, peraltro, la completa assenza di una norma che imponga l'adeguamento statutario entro un relativo termine ovvero detti con chiarezza le conseguenze giuridiche del mancato recepimento della modifica legislativa nell'alveo statutario.

(36) Cfr. **F. Ghezzi - M. Ventoruzzo**, *op. cit.*, p. 703 ed in senso conforme si esprime **C. Cavazza**, *op. cit.*, p. 399.

(37) Cfr. **E. Puglielli - A. Ruotolo**, *Nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica (il nuovo testo dell'art. 2449 c.c.), cit.*, p. 230.

(38) In questi termini **I. Demuro**, *op. cit.*, p. 883.

no le vie per procedere alla nomina dei membri del consiglio di amministrazione da parte del socio pubblico: in primo luogo, può ricorrersi all'ordinario meccanismo del voto assembleare parametrato al "peso della partecipazione azionaria", ovvero può utilizzarsi un potere di nomina diretta attribuito dallo statuto nel rispetto della sopradescritta proporzionalità (39).

Dinanzi ad un quadro normativo che non prevede espressi vincoli, pare legittimo chiedersi se anche una società per azioni chiusa possa ricorrere, quale ulteriore alternativa giuridica, alla creazione di una categoria speciale di azioni da attribuire ai soci pubblici (cui ancorare un particolare diritto di nomina) ovvero all'emissione di strumenti finanziari muniti di un particolare diritto amministrativo di designazione dei membri degli organi sociali. In altri termini, ci si chiede se le soluzioni operative previste dal novellato quarto comma per le s.p.a. aperte possano essere calate nella realtà delle s.p.a. chiuse con azionariato più ristretto.

Con riferimento alla categoria speciale di azioni, ad avviso di chi scrive, pare corretto dare soluzione negativa.

In primo luogo, perché verosimilmente questa categoria speciale di azioni, ove modellata sul prototipo delle azioni "con diritto di voto limitato a particolari argomenti", dovrebbe sottostare alla limitazione quantitativa dell'art. 2351, comma 2, c.c. (ossia non dovrebbe superare la metà del capitale sociale); va da sé che questo limite potrebbe essere di evidente ostacolo nelle ipotesi di società per azioni chiuse con partecipazione pubblica quasi totalitaria.

Sotto altro profilo, volendo costruire detta categoria azionaria prescindendosi dall'esercizio di un diritto di voto limitato al particolare argomento "elezione cariche sociali" ed attribuendo una facoltà di designazione diretta, ma pur sempre proporzionale al numero di azioni speciali detenute (soluzione che eviterebbe di incappare nel limite di cui al 2351 comma 2 c.c.), ad avviso di chi scrive, non vi sarebbe più una sostanziale differenza rispetto all'assegnazione di azioni ordinarie ed all'esercizio del diritto di voto secondo la modalità tradizionali.

In secondo luogo, i soci pubblici titolari delle azioni speciali sarebbero esclusi dall'intervento e dal voto nell'assemblea ordinaria, vedendo limitata nella sostanza la propria incidenza partecipativa alle sorti della società; il loro ruolo, infatti, resterebbe confinato al voto nell'assemblea speciale con cui si approva, ai sensi dell'art. 2376 c.c., una pregressa delibera dell'assemblea ordinaria che potenzialmente pregiudica i diritti di categoria (40).

(39) Come già accennato, differenti sono i vantaggi derivanti dal ricorso a questa seconda tecnica di nomina diretta: in primo luogo, la sicurezza e la stabilità della nomina anche nell'ottica di una futura perdita della maggioranza di capitale e, in seconda battuta, il non meno rilevante potere di revoca diretta.

(40) Prevale nettamente in dottrina la tesi secondo cui la mancanza della delibera dell'assemblea speciale incide sull'efficacia della delibera dell'assemblea generale: questa, pur in sé pienamente valida e perfetta, non sarebbe produttiva di effetti, in particolare nei confronti dei possessori di azioni speciali o di strumenti finanziari che non abbiano, in sede di assemblea speciale, approvato la delibera dell'assemblea generale che lede i loro diritti di categoria. Questa tesi (c.d. dell'inefficacia relativa) è autorevolmente sostenuta in dottrina da **A. Mignoli**, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, p. 277 ss. e **G. Grippo**, *L'assemblea nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XVI, Torino, 1985, p. 408.

In terzo luogo, in assenza di una espressa previsione normativa di deroga, la creazione in via esegetica di detta categoria speciale per la nomina di membri del consiglio di amministrazione costituirebbe un grave (ed inaccettabile) *vulnus* alle prerogative ed alle competenze funzionali dell'assemblea ordinaria, organo tradizionalmente deputato all'elezione delle cariche sociali cc.dd. "essenziali" (41).

Infine, pur volendo ammettersi in linea teorica la soluzione della categoria speciale di azioni, si pongono alcuni dubbi di ordine procedimentale. È, infatti, quanto meno opinabile l'applicazione diretta delle norme del codice civile per la creazione della categoria azionaria in parola, dovendosi tenere in debito conto la previsione dell'ultima parte del quarto comma del novellato art. 2449 c.c., in cui si richiede la manifestazione di un espresso consenso da parte degli enti pubblici attributari delle presenti azioni. Detto passaggio procedimentale, seppur espressamente richiesto per le sole s.p.a. aperte, costituisce una novità assoluta per l'ordinamento societario e pertanto dovrebbe essere tuzioristicamente applicato anche nell'ipotesi suddescritta della s.p.a. chiusa dotata di azioni speciali (42).

Meno problematica appare, invece, la soluzione dell'emissione di strumenti finanziari da assegnare ai soci pubblici della società per azioni chiusa.

Sul punto, sia consentita una sintetica analisi della struttura giuridica di questo istituto, il quale ha trovato una scarsa applicazione operativa dall'entrata in vigore della riforma ad oggi.

Il legislatore, con l'introduzione di questa nuova figura nel codice civile, ha inteso perseguire soprattutto il fine di moltiplicare le possibili forme di finanziamento utilizzabili dalle s.p.a., modernizzando il sistema e rendendolo, per conseguenza, più competitivo sui mercati internazionali. In altri termini, oltre all'ampliamento delle categorie di azioni e al potenziamento della facoltà di crearne di nuove, si è voluto completare il quadro delle possibili fonti di finanziamento collocando, accanto alle tradizionali figure delle azioni e delle obbligazioni, nuovi strumenti di patrimonializzazione della compagine sociale, con una disciplina che cerca di bilanciare i contrapposti interessi di soci, creditori e terzi in generale.

Del tutto assente nel codice civile è una definizione dell'istituto, essendosi il legislatore limitato a prevedere genericamente la possibilità di fare ricorso anche a tale nuovo strumento, disciplinandone solo determinati aspetti e lasciando, di fatto, ampio spazio all'autonomia statutaria nel regolamentarne le modalità e le condizioni di emissione (43).

(41) Con specifico riferimento al collegio sindacale, si veda la netta presa di posizione in tal senso di **P. Magnani**, *Collegio sindacale. Controllo contabile, Art. 2400*, a cura di F. Ghezzi, Milano, 2005, p. 137

(42) Solleva alcune perplessità circa la funzione di detto "consenso" del soggetto pubblico ai fini dell'emissione della categoria speciale di azioni **C. Pecoraro**, *op. cit.*, p. 947 ss. in particolare nel paragrafo 8.1.1.

(43) Fra i contributi dottrinali più significativi si veda **F. Magliulo**, *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova spa*, Milano, 2004.

Importante referente normativo è l'art. 2346 c.c. che delinea con sufficiente precisione la natura degli apporti a fronte dei quali la società può emettere strumenti finanziari, individuandoli in ogni tipo di prestazioni suscettibili di valutazione economico-patrimoniale. A ben vedere, l'uso dell'espressione *"apporti ... anche di opera o servizi"* consente di ritenere che oggetto dell'apporto possano essere, oltre alle prestazioni di opera e servizi, sia beni oggetto di ordinario conferimento ai sensi dell'art. 2342 c.c. (denaro, beni in natura, crediti), sia altre prestazioni non conferibili, atipiche ed innominate, quali ad esempio obblighi di non concorrenza, il consenso all'utilizzazione del nome o conferimenti con effetti obbligatori. L'apporto, quindi, può anche essere costituito da entità patrimoniali non iscrivibili, per loro natura, nell'attivo del bilancio (44).

In ogni caso, quale che sia la loro natura, gli apporti di cui all'art. 2346, comma 6 c.c. non vengono imputati al capitale della società, con la conseguenza che essi restano del tutto estranei alla relativa disciplina; in questo tratto emerge la differenza fra apporto e conferimento, atteso che solo all'effettuazione di quest'ultimo consegue l'acquisto della *qualitas* di socio.

Circa, poi, i diritti spettanti ai titolari degli strumenti finanziari, vengono in rilevo, con particolare riguardo ai diritti di natura amministrativa, la previsione secondo cui è escluso che tali strumenti possano dare il diritto di voto nell'assemblea generale degli azionisti (art. 2346, comma 6, parte prima c.c.) e quella in forza della quale essi possono essere dotati del diritto di voto su argomenti specificamente indicati, in particolare riservando ai loro titolari la nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco (art. 2351, comma 5 c.c.).

Quest'ultimo potere, per quanto ivi di interesse, merita di essere analizzato più nel dettaglio.

La lettera della norma, infatti, solleva almeno due problemi interpretativi. In primo luogo, l'uso della congiunzione "o" sembrerebbe portare a concludere che lo statuto possa attribuire il potere di nomina alternativa di un amministratore o di un componente dell'organo di controllo, escludendosi la designazione cumulativa di entrambi. Un'interpretazione così rigorosa del dato letterale appare eccessivamente riduttiva, potendosi ammettere secondo la dottrina prevalente una possibilità di nomina contemporanea sia di un membro dell'organo amministrativo, sia di un membro dell'organo di controllo (in sostanza, leggendo la "o" della norma come una "e") (45).

In secondo luogo, il legislatore si riferisce alla nomina di "un" amministratore o sindaco, e non di "uno o più", per cui è dubbio se ai possessori di strumenti finanziari possa riconoscersi il potere di nominare anche più amministratori o componenti dell'organo di controllo.

In questo caso, a differenza del primo dei problemi interpretativi indicati, è più difficile distaccarsi dal tenore letterale della disposizione ed è sicuramente opportuno concludere che il legislatore abbia voluto porre anche un limite quantitativo in materia, con la conseguenza di escludere che lo statuto possa consentire la nomina, da parte di possessori di strumenti finanziari, di più di un amministratore o sindaco.

La legge, quindi, ammette una nomina singola all'interno di ciascun organo sociale c.d. "essenziale" (nel modello classico, nel consiglio di amministrazione e nel collegio sindacale) a prescindere dal numero complessivo dei posti assegnabili).

Alla luce di quanto detto, possono essere spese le seguenti considerazioni con riferimento alla società per azioni a partecipazione pubblica disciplinata dai primi tre commi dell'art. 2449 c.c..

In primo luogo, va sottolineata la portata assolutamente generale dello strumento finanziario partecipativo e va enfatizzato il fatto che la *ratio legis* sottostante alla creazione dell'istituto può estendersi pacificamente alle società per azioni partecipate pubbliche, nei confronti delle quali l'esigenza di incrementare la patrimonializzazione societaria mediante strumenti giuridici nuovi è fortemente avvertita. Sotto altro aspetto, non paiono esservi limiti legali in capo ad una società per azioni pubblica all'emissione in favore dei soci o di terzi di detti strumenti finanziari partecipativi, qualora sia sentita la necessità di far acquisire alla compagine sociale un'utilità economica non suscettibile di iscrizione a bilancio (si pensi ad una società partecipata pubblica che opera in un contesto montano e che offre strumenti finanziari partecipativi al socio Comunità Montana a fronte della prestazione di consulenze tecnico-professionali erogate in via continuativa da quest'ultima).

In secondo luogo, nessun limite quantitativo (a differenza di quanto sancito dall'art. 2351 comma 2 c.c.) è previsto dalla legge per l'emissione degli strumenti finanziari partecipativi. Questo aspetto potrebbe essere di non secondario rilievo qualora si avesse una società per azioni con elevato numero di soci pubblici e conseguente rarefazione della partecipazione azionaria da ciascuno di essi detenuta. Lo strumento finanziario, da un lato, potrebbe cioè soccorrere quegli enti pubblici ai quali deve essere "assicurata comunque" la nomina di un componente nell'organo gestorio, pur dinanzi ad una partecipazione al capitale sociale non sufficiente a raggiungere la "soglia minima proporzionale" di cui al primo comma dell'art. 2449 c.c.; dall'altro, esso sarebbe, in ogni caso, uno strumento tipizzato in via generica dal codice civile, distinto per struttura e *ratio* dal discusso meccanismo di nomina di cui all'abrogato art. 2450 c.c. e, pertanto, al riparo da eventuali censure comunitarie.

Il ricorso agli strumenti finanziari, tuttavia, incontra due limitazioni che debbono essere adeguatamente evidenziate.

In primo luogo, come analizzato, il titolare dello strumento finanziario non ha diritto ad esprimere il proprio voto nell'assemblea generale degli azionisti ordinari, restando di fatto escluso dalle scelte più importanti della compagine sociale. Nell'ambito della società per azioni partecipata pubblica, quindi, lo strumento finanziario dovrebbe per definizione "aggiungersi" e non già "sostituirsi" ad una partecipazione al capitale sociale. In altri termini, l'ente pubblico deve essere, in primo luogo, socio e, solo in aggiunta, titolare degli strumenti in parola, cumulando ruoli e funzioni. Ad avviso di chi scrive, non pare lecita – nel

(44) Cfr. **G. Festa Ferrante**, *Gli strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. not.*, 2008, p. 1231 ss., in particolare il paragrafo 3.

(45) Cfr. **A. Ferrucci - C. Ferrentino**, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, tomo I, Milano, 2005, p. 376-377.

ristretto contesto di cui all'art. 2449 c.c. – l'emissione di strumenti finanziari in favore di soggetti pubblici che rimangano completamente estranei alla compagine azionaria, pur potendo procedere alla nomina di membri dell'organo gestorio (si verrebbe, di tal fatta, a riprodurre un meccanismo analogo a quello dell'abrogato art. 2450 c.c., censurato in sede europea proprio per la disgiunzione fra potere di nomina e diretta partecipazione al rischio societario).

In secondo luogo, va considerato che, anche nella società per azioni partecipata pubblica, troverà applicazione l'art. 2351, comma 5, c.c. che fissa il limite dell'attribuzione del particolare potere amministrativo in un solo componente del consiglio di amministrazione cumulabile con un altro singolo componente del collegio sindacale (46). Sul punto la differenza con il meccanismo della nomina "proporzionale" di cui all'art. 2449 c.c. è evidente, atteso che quest'ultima ammette anche designazioni plurime purché sostenute dalla detenzione di un congruo pacchetto azionario.

Si evidenzia, quindi, che lo strumento finanziario non si candida come "alternativa" secca al meccanismo voluto dal legislatore nell'art. 2449 c.c. primo comma, ma si propone come strumento con cui "personalizzare" ogni singola situazione societaria.

Dal punto di vista tecnico, sarà indispensabile caratterizzare il regime di circolazione di detti strumenti finanziari destinati ai soci pubblici in termini di rigida intrasferibilità; è indiscutibile, infatti, che la loro emissione sia strettamente connessa alle caratteristiche della prima persona giuridica pubblica beneficiaria, in ragione del suo peso politico sul territorio ovvero in ragione dell'infungibilità dell'apporto dato.

5. *I rapporti dell'art. 2449 c.c. con la nuova società a responsabilità limitata e la previsione statutaria di diritti particolari*

Come è noto non sussistono ostacoli, nel nostro ordinamento, alla partecipazione degli enti pubblici in società a responsabilità limitata.

A tal proposito, si ricorda che, nell'importante settore della gestione di servizi pubblici, la possibilità, per gli enti locali territoriali di fare ricorso a detto tipo societario (a prevalente capitale pubblico locale) era già prevista nell'art. 22, terzo comma, lettera e) della legge n. 142/90, a seguito della modifica apportata dall'art.17, comma 58, della legge 15 maggio 1997, n. 127 (legge Bassanini *bis*) (47).

(46) In senso conforme si veda **I. Demuro**, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza*, a cura di **AA. VV.**, Bologna, 2009, p. 895 ss..

(47) Tale norma, a seguito della modifica, recitava: "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".

Prima della modifica apportata dalla l. 127/97, il testo originario dell'art. 22, comma terzo, lettera e) citava la sola società per azioni.

Tale disposizione venne successivamente trasfusa nell'art. 113 del T.U.E.L. (d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267), il quale venne, a sua volta, interessato da una nuova e profonda modifica ad opera della legge finanziaria 2002 (art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448): da tale momento in poi, il testo di legge ha fatto riferimento, al *genus* della "società di capitali" (48).

È, quindi, evidente come non possano nutrirsi dubbi circa la possibilità per gli enti pubblici di partecipare ad una s.r.l.

La questione dell'applicabilità dell'art. 2449 c.c. alla società a responsabilità limitata presenta, invece, maggiori profili di complessità ed è stata oggetto di opinioni contrastanti da parte della dottrina che se ne è occupata.

In estrema sintesi, ad un orientamento favorevole (49) ad una lettura estensiva dell'art. 2449 c.c. si è contrapposto un più diffuso orientamento contrario all'applicazione analogica dello stesso, rafforzato, a seguito della Riforma, dal carattere di tendenziale autonomia acquisito dal *corpus* normativo della s.r.l. (50), che ha, senza dubbio, determinato l'indebolimento, se non addirittura il superamento, sul piano ermeneutico, dell'argomento in precedenza fondato sull'affinità disciplinare con la società per azioni.

Al fine di superare il predetto contrasto era stata proposta anche una teoria intermedia (51), che si era espressa nel senso dell'ammissibilità dell'inserimento nello statuto sociale di una disciplina volta a riprodurre gli effetti di quella dettata dal codice nell'art. 2449 c.c.

Allo stato attuale, un'applicazione diretta dell'art. 2449 c.c. alle s.r.l. è preclusa dalla collocazione di tale disposizione nel Capo V, dedicato alle società per azioni.

D'altra parte, la possibilità di un'interpretazione estensiva sembra incontrare (oltre al già citato carattere di autonomia, successivamente alla Riforma, della normativa codicistica in materia di s.r.l.) diversi ostacoli di carattere letterale, logico e sistematico.

In primo luogo, non può trascurarsi il tenore letterale della norma, che, oltre a fare espresso riferimento alla sola società per azioni, prende in considerazione l'eventuale presenza di un organo (il consiglio di sorveglianza) tipico della stessa.

(48) Cfr. art. 113, commi 4 e 5, T.U.E.L.

(49) Cfr., prima della Riforma, **V. Salafia**, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, in *Società*, 2001, p. 774 e, successivamente alla Riforma, **G. Cabras**, *op. cit.*, p. 2; **O. Cagnasso**, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da **G. Cottino**, Padova, 2007, p. 26.

(50) Cfr. **G. Capo**, *Il governo dell'impresa e la nuova era della società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, p. 506, (il quale dubita anche sulla possibilità di introdurre una disciplina statutaria che ricalchi quella dell'art. 2449 c.c.); **A. Pericu**, *commento agli artt. 2449 e 2450*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di **G. Niccolini** e **A. Stagno D'Alcontres**, Napoli, 2004, vol. III, p. 1291 ss.; **R. Rordorf**, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Società*, 2005, p. 425; **L. Salerno**, *commento all'art. 2449*, in *Codice commentato delle S.p.a.*, diretto da **G. Fauceglia** e **G. Schiano Di Pepe**, Tomo II, parte seconda, p. 1430 ss.; **I. Demuro**, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. Comm.*, 2008, II, p. 583, nota 2; **M. Cossu**, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, p. 632; **Ghezzi - M. Ventoruzzo**, *op. cit.*, p. 697, nota 80.

(51) Cfr. **L. De Angelis**, *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 475; **F. Fracchia**, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, p. 590 ss..

Può, inoltre, ricordarsi che la disciplina dettata dall'art. 2449 c.c. è stata espressamente riprodotta nell'art. 2542, ultimo comma, c.c. in materia di società cooperative (52); ivi essendosene ravvisata la necessità. In tal modo, il legislatore sembra aver precluso l'estensione, in via interpretativa, della disposizione in esame al di fuori dell'ambito della s.p.a.

Un ulteriore ostacolo alla lettura estensiva sembra emergere dall'attuale formulazione dell'art. 2449 c.c., che, a seguito della modifica legislativa intervenuta con la legge n. 34 del 25 febbraio 2008, appare ancor più modellata sulla disciplina della società per azioni (53).

Si concorda, tuttavia, con chi sostiene (54) che la questione interpretativa di cui si è appena dato conto sia, in un certo senso, superata dalla possibilità di fare ricorso, in caso di adozione del modello organizzativo della società a responsabilità limitata, ai "particolari diritti" di cui all'art. 2468, terzo comma, c.c. (55).

L'orientamento quasi unanime in dottrina (56), infatti, ritiene che, tra "i particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società" attribuibili ai soci, sia possibile comprendere il diritto a nominare uno o più amministratori. È evidente che l'attribuzione di siffatto diritto agli enti pubblici, titolari di partecipazioni sociali, consentirebbe di ottenere, in materia di s.r.l., effetti, in

(52) L'art. 2542 c.c. attua una riproduzione solo parziale dell'art. 2449 c.c., limitandosi a consentire l'attribuzione, nell'atto costitutivo, del diritto di nomina di uno o più amministratori allo Stato ed agli enti pubblici.

È, inoltre, opportuno evidenziare che, diversamente dalla disposizione in materia di s.p.a., il secondo comma dell'art. 2542 c.c. riserva all'assemblea la nomina della maggioranza degli amministratori.

(53) Si confronti, a tal proposito, la regolamentazione della durata in carica degli organi sociali dettata dal terzo e dal quarto inciso del primo comma dell'art. 2449 c.c. novellato, che dispongono: "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" e "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", riproducendo, rispettivamente, il secondo comma dell'art. 2383 c.c. e, sostanzialmente, la norma contenuta nel primo comma dell'art. 2400 c.c..

(54) Cfr. **C. Pecoraro**, *op. cit.*, p. 984.

(55) Il "particolare diritto" alla nomina di uno o più amministratori era stato accostato alla disciplina dell'art. 2449 c.c. già dai primi commenti successivi alla Riforma: cfr. **M. Perrino**, *La "rilevanza del socio" nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, p. 828.

(56) Cfr. **A. Santus-G. De Marchi**, *Sui "particolari diritti" del socio nella nuova s.r.l.*, in *Riv. not.*, 2004, p. 87; **M. Maugeri**, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1505 ss.; **A. Daccò**, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, in **P. Abbadessa** e **G.B. Portale** (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, III, Torino, 2007, p. 403 ss.; **M. Maltoni**, *La partecipazione sociale*, in **C. Caccavale**, **F. Magliulo**, **M. Maltoni** e **F. Tassinari**, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2007, p. 218 ss.; **M. Cavanna**, *Partecipazione e «diritti particolari» dei soci*, in **M. Sarale** (opera diretta da), *Le nuove s.r.l.*, Torino, 2008, p. 117 ss.; **L. A. Bianchi** e **A. Feller**, *Quote di partecipazione (commento all'art. 2468)*, in **L. A. Bianchi** (a cura di), *Società a responsabilità limitata* (Commentario alla riforma delle società diretto da **P. Marchetti**, **L.A. Bianchi**, **F. Ghezzi**, **M. Notari**), Milano, 2008, p. 327 ss..

Manifesta, invece, perplessità al riguardo **L. Abete**, *I diritti particolari attribuibili ai soci di s.r.l.: taluni profili*, in *Società*, 2006, p. 298 ss.

linea di massima, equivalenti (57) a quelli della facoltà di nomina diretta prevista, per la s.p.a., dall'art. 2449 c.c. (58).

Un'attenta riflessione sulle potenzialità applicative dell'art. 2468 c.c. nelle s.r.l. a partecipazione pubblica non può, tuttavia, prescindere da una breve analisi degli aspetti nei quali la regolamentazione dei diritti particolari sia accostabile o meno all'esaminata disciplina delle società per azioni.

Come si vedrà, questi rilievi potranno fornire importanti indicazioni al fine di redigere un atto costitutivo il più possibile completo e diretto a prevenire eventuali incertezze applicative.

Le due disposizioni prese in considerazione presentano un identico "presupposto operativo", nel senso che, in entrambi i casi, è necessaria un'apposita previsione dello statuto al fine di attribuire agli enti pubblici soci il diritto alla nomina diretta degli amministratori; sul piano delle modifiche statutarie emerge, tuttavia, un'importante divergenza, consistente nel fatto che ogni successiva modifica dei particolari diritti richiede, in assenza di una disposizione in senso contrario dell'atto costitutivo, il consenso unanime dei soci (*ex* art. 2468, quarto comma, c.c.), laddove, nella società per azioni, la clausola attributiva dei diritti *ex* art. 2449 c.c. è modificabile con le maggioranze richieste per la modificazione dello statuto.

Un aspetto comune degli assetti sociali realizzabili facendo ricorso all'una o all'altra disposizione è costituito dall'impossibilità di prevedere il diritto di nomina diretta a favore di soggetti che non rivestano la qualità di soci: l'art. 2468, terzo comma, c.c., infatti, parla espressamente di attribuzione dei particolari diritti "a singoli soci" (59) e anche l'art. 2449 c.c., primo comma, presuppone la titolarità di una partecipazione ("Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni [...]") (60).

La differenza forse più marcata tra le due discipline si manifesta relativamente ai rapporti quantitativi tra la partecipazione sociale detenuta ed il diritto di nomina spettante. Il novellato art. 2449 c.c., infatti, vincola espressamente l'attribuzione al socio pubblico della speciale facoltà in esame ad un rapporto di proporzionalità con la partecipazione al capitale sociale; l'art. 2468 c.c., per contro, non prevede alcuna limitazione al numero di amministratori nominabili dal socio titolare del diritto particolare, lasciando, in tal

(57) In realtà, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, i diritti particolari potrebbero consentire un'attribuzione di diritti ancor più estesi rispetto a quanto previsto dall'art. 2449 c.c. novellato.

(58) La dottrina ha già evidenziato tale possibilità: cfr. **R. Rordorf**, *op. cit.*, p. 425, il quale evidenzia anche la possibilità di fare ricorso a patti parasociali; **M. Cossu**, *op. cit.*, p. 633 ss.; **M. Cavanna**, *op. cit.*, p. 102.

(59) Nello stesso senso cfr. **L. A. Bianchi** e **A. Feller**, *op. cit.*, p. 327 ss., i quali si esprimono, però, in senso possibilista riguardo all'attribuibilità ad un terzo, relativamente alla nomina degli amministratori, di un diritto di designazione, ritenendo che "detto diritto scaturirebbe da una previsione di natura contrattuale e sortirebbe i suoi effetti esclusivamente su questo piano".

(60) La possibilità di nomina diretta di amministratori senza rivestire la qualità di socio era, invece, prevista, come si è detto, dall'art. 2450 c.c., recentemente abrogato.

modo, aperta la possibilità di attribuire ad uno o più soci il diritto di nominare anche tutti gli amministratori (61).

Quest'ultima circostanza, tuttavia, andrebbe valutata con una certa attenzione, poiché consentirebbe, ad esempio, di far dipendere dalla volontà di un socio pubblico di minoranza la scelta di tutti i soggetti cui viene affidata la gestione della società, realizzando, in tal modo, proprio uno dei risultati che hanno costituito oggetto di censura da parte della giurisprudenza comunitaria.

Resta, ovviamente, ferma la necessità di rispettare la soglia invalicabile dei limiti massimi stabiliti, per il numero di componenti dell'organo amministrativo, dalla disciplina speciale in materia di società pubbliche (62).

Un ulteriore, possibile, profilo di distinzione sembra emergere in ordine alla revoca degli amministratori nominati dai soci pubblici nell'esercizio del diritto statutariamente conferito: mentre l'art. 2449, secondo comma, c.c. esplicitamente attribuisce tale potere agli stessi enti che hanno provveduto alla nomina, sottraendolo all'assemblea ordinaria (63) (od al consiglio di sorveglianza, in caso di adozione del sistema "dualistico" (64)), è oggetto di discussione in dottrina (65) se il diritto particolare di nomina di uno o più amministratori comporti l'automatica attribuzione al socio, che ne sia titolare, del correlativo potere di revoca. Al fine di evitare incertezze applicative, pare, pertanto, opportuno che nello statuto venga espressamente regolamentata tale questione.

Un'ulteriore distinzione si può rilevare relativamente al regime dell'eventuale cessione delle partecipazioni sociali (66) da parte degli enti titolari della facoltà di nomina; mentre è indubbio che, in siffatta ipotesi, il diritto attribuito ai sensi dell'art. 2449 c.c. non si trasferisca al cessionario delle azioni, relativamente alle s.r.l., in assenza di una disciplina statutaria, è controverso (67) se i diritti particolari attribuiti al socio cedente si trasferiscano o meno con la partecipazione ceduta. In considerazione del fatto che l'attribuzione dei diritti particolari al socio avviene proprio sulla base di caratteristiche o particolari qualità personali, si concorda con l'orientamento che esclude detto trasferimento (68), ferma restando, anche in questo caso, l'indubbia opportunità di prevedere un'apposita disciplina statutaria (69).

Un ultimo profilo, in base al quale è possibile rilevare una differenza tra le due discipline oggetto di confronto (70), è quello della regolamentazione della durata in carica degli amministratori nominati.

A tal proposito, l'art. 2449, primo comma, c.c., dopo l'intervento legislativo del 2008, riproduce l'ordinaria disciplina codicistica in materia (art. 2383, secondo comma, c.c.), stabilendo che 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".

In caso di adozione dello schema giuridico della s.r.l., invece, l'assenza di disposizioni in materia di durata, consente, come è stato evidenziato dalla dottrina (71), anche una nomina a tempo indeterminato.

Sembra, tuttavia, da escludere che i soci pubblici, in concreto, si avvalgano di quest'ultima facoltà, in considerazione del fatto che una durata in carica a tempo indeterminato contrasterebbe con la stessa *ratio* della facoltà di nomina diretta, poiché finirebbe per allentare il legame fiduciario tra l'ente e l'amministratore nominato, inficiando anche la possibilità di controllo sull'operato dello stesso (con possibile violazione del principio di buon andamento della P.A.). In tale ipotesi, l'unico strumento a disposizione dei soci per evitare tali inconvenienti consisterebbe nell'esercizio del potere di revoca, che (nel silenzio dello statuto sul punto e qualora si ritenesse applicabile

---

(61) Cfr., a tal proposito, **M. Maltoni**, *op. cit.*, p. 218, il quale osserva che il diritto può avere ad oggetto anche la nomina di tutti gli amministratori. Con specifico riferimento alle società a partecipazione pubblica, cfr. **M. Cossu**, *op. cit.*, p. 651.

(62) Cfr. art. 1, comma 729, legge del 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria 2007), dettato nell'ottica di una riduzione della spesa pubblica.

(63) Cfr. artt. 2364, primo comma, n. 2 e 2383, terzo comma, c.c..

(64) Cfr. art. 2409-*terdecies* c.c.

(65) Escludono la possibilità di attribuire ad un socio un diritto di revoca degli amministratori, **L. Abete**, *op. cit.*, p. 299; **M. Maltoni**, *op. cit.*, p. 217, secondo il quale tale diritto, se esercitato senza giusta causa, può determinare conseguenze patrimoniali negative a carico dell'intera compagine sociale.

Ritengono, invece, che il diritto di revocare gli amministratori nominati spetti al socio che, in forza del diritto particolare attribuitogli, abbia provveduto alla nomina, **M. Maugeri**, *op. cit.*, p. 1505, il quale ritiene che il potere di revoca costituisca un "corollario" dell'attribuzione del diritto di nomina (fra l'altro argomentando proprio dall'art. 2449, secondo comma, c.c.); **M. Cavanna**, *op. cit.*, p. 121, il quale osserva che, in caso contrario, "la maggioranza potrebbe frapporre ostacoli all'esercizio del diritto, procedendo alla sistematica rimozione dell'amministratore designato dal socio" e che, comunque, è fatto salvo il diritto dei soci di provvedere alla revoca dell'amministratore per giusta causa; **F. Iozzo**, *I sistemi di amministrazione nella s.r.l.*, in **M. Sarale** (opera diretta da), *Le nuove s.r.l.*, Torino, 2008, p. 439 ss.; **L. A. Bianchi** e **A. Feller**, *op. cit.*, p. 328 ss., i quali aggiungono che l'attribuzione della possibilità di revoca all'assemblea dei soci richiede un'espressa previsione statutaria.

In senso favorevole, con specifico riguardo alle s.r.l. a partecipazione pubblica, v. **M. Cossu**, *op. cit.*, p. 650, la quale fa, tuttavia, salva l'ipotesi in cui una giusta causa legittimi "alla revoca l'intera assemblea o comunque la totalità dei soci".

(66) Ove tale cessione sia possibile: si ricordi, ad esempio, l'incedibilità, ai sensi dell'art. 113, comma 13, T.U.E.L., delle partecipazioni di società a capitale interamente pubblico alle quali sia stata conferita la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali: per un commento di tale disposizione, cfr. **F. Guerrera**, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2005, p. 686 ss..

(67) Per un'approfondita analisi della questione si rinvia ad **A. Feller**, *Trasferimento delle partecipazioni* (commento all'art. 2469), in **L. A. Bianchi** (a cura di), *Società a responsabilità limitata* (Commentario alla riforma delle società diretto da **P. Marchetti**, **L.A. Bianchi**, **F. Ghezzi**, **M. Notari**), Milano, 2008, p. 358 ss..

(68) In dottrina si tende, tuttavia, ad ammettere una disposizione statutaria che consenta il trasferimento dei diritti unitamente alla partecipazione: cfr. **A. Daccò**, *op. cit.*, p. 398 ss. (alla quale si rinvia anche per le indicazioni sui diversi orientamenti: si vedano, in particolare, note 11, 19, 20 e 21).

(69) L'importanza di prevedere un'apposita disciplina statutaria relativamente alla cessione della partecipazione sociale da parte del socio titolare di diritti particolari è stata recentemente evidenziata da **G. Iaccarino**, *Attribuzione del diritto di voto non proporzionale alla partecipazione sociale*, in *Società*, 2008, p. 36 ss. (ove si propongono anche dei modelli di clausole statutarie).

(70) In verità la differenza non dipende dalla disciplina dettata dall'art. 2468 c.c., ma dalla stessa adozione dello schema giuridico della società a responsabilità limitata, per la quale l'art. 2475 c.c. non stabilisce termini massimi di durata in carica per i componenti dell'organo amministrativo né fa rinvio alle disposizioni dettate per la s.p.a..

(71) Cfr., per tutti, **G. Carcano**, *Amministrazione della società*, commento all'art. 2475, in *Società a responsabilità limitata* (Commentario alla riforma delle società diretto da **P. Marchetti**, **L.A. Bianchi**, **F. Ghezzi**, **M. Notari**), Milano, 2008, p. 567.

analogicamente l'art. 2383, terzo comma, c.c. (72)) potrebbe, tuttavia, esporre l'ente pubblico, in assenza di una giusta causa, ad una responsabilità per risarcimento danni nei confronti dell'amministratore.

Quanto osservato non esclude, ovviamente, la possibilità di usufruire della maggiore autonomia statutaria propria delle s.r.l. per prevedere termini di durata in carica degli amministratori superiori ai tre esercizi (ferma restando la libera rieleggibilità).

Dopo aver evidenziato i possibili profili di interesse di un ricorso ai diritti particolari al fine di "riprodurre", nelle società a responsabilità limitata a partecipazione pubblica, una disciplina con connotati simili a quella contenuta nell'art. 2449 c.c., non si può non dedicare qualche riflessione relativamente alle possibili conseguenze sul piano del diritto comunitario (73), anche in considerazione del fatto che, come si è visto, l'attribuzione dei diritti *ex* art. 2468 c.c. non è soggetta a quel vincolo di proporzionalità alla partecipazione sociale introdotto dal legislatore nell'art. 2449 c.c. proprio al fine di renderlo "compatibile" con la disciplina comunitaria (74).

L'orientamento della Corte di Giustizia UE in precedenza esaminato pare, infatti, diretto a ritenere contraria al principio della libera circolazione dei capitali ogni disposizione di legge che attribuisca agli enti pubblici poteri speciali nelle società da essi partecipate senza sottoporli ad alcuna condizione idonea a giustificarne l'utilizzo.

Sebbene non si possano agevolmente prevedere i possibili sviluppi del citato orientamento della Corte, non ci si può esimere dal rilevare che la previsione di un diritto "speciale" di nomina nell'ambito di una s.r.l. a partecipazione pubblica presenti rilevanti differenze rispetto alla società per azioni.

In primo luogo, mentre l'art. 2449 c.c., pur essendo inserito nel dettato codicistico, è una disposizione specificamente rivolta ad attribuire (anche se con l'"intermediazione" dello statuto sociale) un diritto speciale agli enti pubblici soci (75), l'art. 2468 c.c. consente di attribuire diritti particolari a qualsiasi socio della s.r.l., indipendentemente dalla sua natura di soggetto pubblico o privato, ma solo ed esclusivamente in base alla qualità di membro della compagine sociale. Si tratta, quindi, di una norma di diritto comune, che non presenta il carattere di specialità di cui è informato l'art. 2449 c.c., poiché è applicabile a qualsiasi s.r.l. senza alcuna distinzione in ordine alla natura dei soci che partecipano al suo capitale (76).

In secondo luogo, non sembra trascurabile la circostanza che, mentre le partecipazioni sociali della società per azioni, in un certo senso, siano "naturalmente" rivolte al mercato (potendo rispondere ad una mera finalità di investimento da parte di soggetti esterni alla compagine sociale), tale carattere non si attaglia alle quote della s.r.l., la quale, alla luce della disciplina forgiata dalla Riforma, può essere, senz'altro, strutturata come una società chiusa (si pensi, ad esempio, alla possibilità di vietare, senza limiti o condizioni, il trasferimento delle quote sociali, ai sensi dell'art. 2469 c.c. fatto salvo il diritto di recesso *ex* art. 2473 c.c.) (77).

La delicatezza della questione, tuttavia, potrebbe condurre gli operatori del settore a fare ricorso a meccanismi giuridici che assicurino agli enti un controllo sulle nomine meno penetrante rispetto agli strumenti finora esaminati (78).

---

(72) Tra le possibili soluzioni interpretative è state prospettata, oltre all'applicazione analogica della disciplina della società per azioni, l'applicazione delle disposizioni codicistiche in materia di revoca del mandato (in tal senso, cfr. Trib. Milano 20 dicembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 983 ss., con nota di **R. Weigmann**).

I diversi orientamenti al riguardo sono esaminati da **F. Iozzo**, *op. cit.*, p. 437 ss.; cfr., inoltre, il recente contributo di **V. Sangiovanni**, *La revoca degli amministratori di s.r.l.*, in *Società*, 2007, p. 1330 ss..

(73) Con riguardo, in particolare, al possibile contrasto con l'art. 63 (*ex* art. 56) del Trattato UE che sancisce il principio di libera circolazione dei capitali.

(74) Accennano al possibile rapporto con la disciplina comunitaria, **C. Pecoraro**, *op. cit.*, p. 984; **M. Cossu**, *op. cit.*, p. 651 ss. (v., in particolare, nota 117 a p. 652).

(75) La rilevanza della specifica attribuzione agli enti pubblici di un "potere speciale" (anche in via mediata, come nel caso dell'art. 2449 c.c., il quale richiede un'espressa clausola statutaria) come parametro per giudicare la potenziale capacità della disposizione di contrastare con i principi sanciti dal Trattato UE, sembra emergere, peraltro, proprio da alcuni passaggi della sentenza della Corte di Giustizia sopra citata. e, in particolare, dal paragrafo 32, ove è dato leggere: "La sola circostanza che il legislatore nazionale *inserisca una misura diretta specificamente a conferire poteri speciali allo Stato o ad un ente pubblico* che hanno partecipazioni in una società per azioni nelle disposizioni del codice civile che disciplinano tali società non può sottrarre detta misura all'ambito di applicazione dell'art. 56 CE".

(76) Si condivide l'osservazione in tal senso avanzata da **E. Puglielli - A. Ruotolo**, *op. cit.*, p. 227 ss. (in particolare, paragrafo 6).

Sembra, invece, più debole l'argomentazione basata sul fatto che la previsione dei particolari diritti "è atto dell'autonomia contrattuale con cui i soci dispongono liberamente della proporzionalità", in considerazione del fatto che la Corte di Giustizia UE ha censurato l'art. 2449 c.c., nonostante tale disposizione non attribuisse direttamente poteri speciali ai soci pubblici, ma consentisse di conseguire questo risultato attraverso una modifica statutaria, respingendo espressamente l'argomento della tesi difensiva basato sul fatto che l'introduzione della facoltà di nomina dipendesse dalla volontà dell'assemblea dei soci.

Cfr., a tal proposito, il paragrafo 33 della decisione, ove si legge: "In secondo luogo, anche se il diritto di nomina non è attribuito direttamente allo Stato o all'ente pubblico dall'art. 2449 del c.c., ma, in applicazione di tale articolo, è necessaria una decisione dell'assemblea generale degli azionisti della società interessata, conformemente al meccanismo previsto dalla legge per la formazione della volontà dei soci, *ciò non di meno siffatta circostanza non priva la disciplina di cui è causa del suo carattere restrittivo*".

Non si può, tuttavia, non considerare che la disposizione del codice su cui si basa l'esercizio dell'autonomia statutaria si atteggia, nell'uno e nell'altro caso, in maniera diversa: come si è evidenziato nel testo, infatti, l'art. 2468, diversamente dall'art. 2449 c.c., non è espressamente riferito all'attribuzione di un diritto ai soci pubblici.

(77) Si tenga presente che, in alcune ipotesi, la s.r.l. a partecipazione pubblica *deve* strutturarsi come società chiusa: cfr., a tal riguardo, le osservazioni di **F. Guerrera**, *op. cit.*, p. 686 ss., il quale evidenzia, relativamente alle società, a capitale interamente pubblico, soggette al divieto di cessione delle partecipazioni di cui all'art. 113, comma 13, T.U.E.L., che "Se tali società sono costituite in forma di s.r.l., basterà inserire in statuto un'ordinaria clausola di intrasferibilità delle quote, giacché l'art. 2469 c.c., pur prevedendone in linea di principio la libera circolazione, fa salva al contempo la contraria disposizione dell'atto costitutivo".

(78) La delicatezza della questione impone una riflessione più attenta relativamente all'astratta possibilità di nominare amministratori gli stessi enti pubblici.

La possibilità di nominare persone giuridiche o enti come amministratori della società è stata recentemente ammessa, infatti, dalla dottrina: cfr. Massima n. 100 del 18 maggio 2007 della Commissione per l'elaborazione di principi uniformi in tema di società del Consiglio Notarile di Milano in *Massime notarili in materia societaria*, Milano, 2007, p. 286, la quale testualmente afferma "È legittima la clausola statutaria di s.p.a. o s.r.l. che preveda la possibilità di nominare alla carica di amministratore una o più persone giuridiche o enti diversi dalle persone fisiche ("amministratore persona giuridica"), salvi i limiti o i requisiti derivanti da specifiche disposizioni di legge per determinate tipologie di società".

La dottrina ha ritenuto ammissibile (79), ad esempio, l'attribuzione al socio di un diritto particolare avente ad oggetto una "riserva di gradimento" sui membri designati dall'assemblea; tale meccanismo, concretandosi in un diritto di veto, potrebbe, tuttavia, pregiudicare l'efficienza operativa della società, determinando, in caso di disaccordo tra i soci, notevoli ritardi nel rinnovo delle cariche.

Un'altra strada percorribile potrebbe essere quella dell'attribuzione al socio ente pubblico di un diritto particolare ad indicare un certo numero di possibili candidati alla carica amministrativa (80), all'interno dei quali l'assemblea dei soci successivamente scelga alcuni degli amministratori.

Inutile osservare, tuttavia, che questa tecnica sacrifica l'interesse dell'ente pubblico ad un'individuazione diretta dei soggetti che si occuperanno della gestione societaria (a parte nel caso in cui l'ente stesso sia già titolare di una partecipazione che gli attribuisca la maggioranza dei voti).

Anche la recente giurisprudenza di legittimità sembra orientata in tal senso: cfr. Cass. civ., 24 ottobre 2006, n. 22840, in *Società*, 2007, p. 847 ss. (con commento di **R. Lolli**, *Amministratore del condominio può essere anche una persona giuridica?*), la quale, in materia condominiale, ha ritenuto che anche una società di capitali possa esercitare la funzione di amministratore.

La nomina di uno o più enti pubblici come amministratori della società consentirebbe agli stessi di designare liberamente una persona fisica che li rappresenti nel concreto esercizio della funzione (cfr. la Massima n. 100 in precedenza citata).

Tale soluzione, anche qualora si ritenesse praticabile, sembra sconsigliabile potendo determinare conseguenze patrimoniali negative in ordine alla responsabilità dell'ente amministratore per la gestione ai sensi dell'art. 2476 c.c.

Sul piano operativo, inoltre, la soluzione in questione non sembra scevra da inconvenienti, infatti, da un lato, potrebbe rivelarsi macchinosa e, quindi, pregiudizievole per l'efficienza gestionale della società a partecipazione pubblica e, dall'altro, potrebbe determinare un appesantimento dell'attività dell'ente pubblico facendo venire meno gli stessi vantaggi connessi all'utilizzo dello strumento societario.

Le presenti osservazioni, ovviamente, possono avere rilievo soltanto se si ammette che un ente pubblico può ricoprire la carica amministrativa in una società partecipata. A tal proposito si registra l'opinione di **V. Salafia**, *Persone giuridiche amministratrici di società*, in *Società*, 2006, p. 1327 ss., il quale si esprime nel senso di restringere l'ambito dei soggetti nominabili alle sole società commerciali, affermando: "[...] l'incarico di amministrare un'altra società deve essere compatibile con il suo oggetto, se si tratta di società, o con il suo scopo, se si tratta di persona giuridica civile. [...] Devono escludersi dall'esame le persone giuridiche civili, le quali comprendono le fondazioni e le associazioni riconosciute. [...] È evidente che questi soggetti sono strutturalmente destinati ad attività fra le quali non può comprendersi il rischio connaturato alla gestione di una impresa commerciale.

L'esame deve, pertanto, restringersi alle persone giuridiche-società commerciali, le quali operano sul mercato sulla base di un proprio oggetto, che rappresenta la bussola per l'amministratore.".

Tale impostazione restrittiva non avrebbe, tuttavia, ragion d'essere nell'ipotesi in cui la carica amministrativa fosse assunta non da un ente pubblico, ma da una società dallo stesso partecipata.

In senso favorevole alla possibilità per un ente pubblico socio di ricoprire la carica di presidente del consiglio di amministrazione della s.r.l., cfr. **M. Cossu**, *op. cit.*, p. 651.

(79) Cfr. **A. Santus-G. De Marchi**, *op. cit.*, p. 87; **A. Daccò**, *op. cit.*, p. 403; **M. Cossu**, *op. cit.*, p. 650, la quale specifica, alla nota 110, che "detta attribuzione si può considerare legittima a condizione che sia contemplato l'obbligo, per il socio, di motivare l'eventuale diniego del *placet* o di indicare una persona gradita".

(80) La dottrina ha, infatti, ritenuto ammissibile un diritto particolare così strutturato: cfr. **L. A. Bianchi** e **A. Feller**, *op. cit.*, p. 327.

Un altro strumento utilizzabile, autonomamente o in aggiunta a quelli appena analizzati, potrebbe essere quello del patto parasociale (81), della cui validità per le s.r.l., nonostante l'assenza di disposizioni di legge al riguardo, non dubita la recente dottrina (82).

Tale accordo consentirebbe ai soci di assegnare a ciascuno (o ad alcuni) di essi il diritto di individuare un certo numero di amministratori, vincolando l'esercizio del diritto di voto nel senso di nominare i soggetti così designati.

Anche in tal caso, come nei due precedentemente considerati, la nomina degli amministratori verrebbe effettuata, da un punto di vista formale, dalla decisione dei soci ai sensi dell'art. 2479 c.c..

Un patto parasociale così strutturato, non essendo soggetto ad alcun onere pubblicitario (83), presenterebbe l'indubbio vantaggio di ottenere effetti simili a quelli di un diritto statutario di nomina diretta garantendo, però, la riservatezza dell'accordo tra i soci.

Tale soluzione non è, tuttavia, immune da controindicazioni. Essa presenta, infatti, l'importante limite dell'efficacia obbligatoria del patto, con i conseguenti problemi relativi alla concreta possibilità di assicurarne il rispetto da parte degli aderenti ed all'inopponibilità nei confronti dei soggetti che entrino successivamente a far parte della compagine sociale senza aderire al patto stesso (84).

Si aggiunga che, nell'ipotesi in cui venga confermata anche in futuro la tendenza della legislazione di settore ad attribuire, in qualche modo, rilievo ai patti parasociali (cfr. art. 1, comma 729 della legge finanziaria 2007 (85)) ai fini del rispetto di norme di legge inderogabili, perderebbe significato il ricorso a tale strumento al fine di attribuire ai soci facoltà che, se costituissero oggetto di diritti particolari, potrebbero beneficiare di una maggiore garanzia di operatività.

---

(81) Al riguardo, cfr. le osservazioni di **M. Cossu**, *op. cit.*, p. 644 ss., che prende in considerazione anche la fattispecie dei sindacati di gestione.

(82) Tale ammissibilità ha trovato un esplicito riconoscimento anche al paragrafo 2 nella relazione ministeriale al d. lgs. 6/2003, ove si specifica che la disciplina dettata in materia di società per azioni "ha inteso regolare la fattispecie con riferimento a quel tipo sociale, perché in esso è più sentita l'esigenza di garantire regole certe e definite in considerazione della maggiore rilevanza per il pubblico e per il mercato finanziario; *essa, ovviamente, non intende escludere la possibilità che analoghi patti riguardino altre forme di società*, per le quali ovviamente resterà applicabile la disciplina generale dell'autonomia privata e dei contratti, così *per esempio per le società a responsabilità limitata, come anche per le società di persone*".

Fa espresso riferimento a tale passaggio della relazione **F. Tassinari**, *I patti parasociali e le obbligazioni del socio a titolo diverso dal conferimento*, in **C. Caccavale**, **F. Magliulo**, **M. Maltoni** e **F. Tassinari**, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2007, p. 659 ss..

(83) Si ricorda che l'art. 2341 *ter* c.c. prevede un obbligo di comunicazione dei patti parasociali solo per le società per azioni che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

Il patto non incontrerebbe neppure vincoli di durata, stante l'inapplicabilità alle s.r.l. dell'art. 2341 *bis* dettato in materia di s.p.a., come osserva **F. Tassinari**, *op. cit.*, p. 664 ss., il quale sottolinea come non possa trovare applicazione neppure l'art. 1379 c.c. ai patti parasociali che non si concretino in un sindacato di blocco, ponendo dei vincoli all'alienazione delle partecipazioni sociali.

(84) Più discutibile, nel caso in cui il patto sia stato stipulato solo da una parte dei soci, è la sussistenza inespressa di un obbligo di portare l'accordo a conoscenza dei soci non sottoscriventi, in esecuzione di un generale principio di buona fede.

(85) In tale disposizione è dato leggere: "[...] 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".