



REPUBBLICA ITALIANA
CORTE DEI CONTI
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Antonio Caruso	Consigliere
dott. Giorgio Cancellieri	Consigliere
dott. Giuliano Sala	Consigliere
dott. Giancarlo Penco	Consigliere
dott. Giancarlo Astegiano	Primo Referendario (relatore)
dott. Alessandra Sanguigni	Referendario

nell'adunanza del 17 ottobre 2007

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota in data 1° ottobre 2007 con la quale il Sindaco del Comune di Milano (MI) ha chiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'articolo 7, comma 8, della legge n. 131 del 2003;

Vista l'ordinanza n.28 del 9 ottobre 2007 con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta proveniente dal Sindaco del Comune di Milano;

Udito il relatore, dott. Giancarlo Astegiano;

CON LA PREMESSA CHE

Il Sindaco del Comune di Milano, con nota in data 1° ottobre 2007, ha posto un quesito alla Sezione in merito all'interpretazione dell'art. 1, co. 729 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (in seguito legge finanziaria per il 2007) ed alle modalità applicative della norma che prevede la riduzione all'interno di parametri prefissati del numero degli amministratori delle società di capitale partecipate da enti territoriali.

Ad ulteriore illustrazione della richiesta, il Sindaco del Comune di Milano mette in luce che il citato co. 729 dell'art. 1 della *legge finanziaria per il 2007* ha stabilito l'obbligo di provvedere alla modifica degli statuti delle società di capitale partecipate da enti locali entro un termine mobile, vale a dire tre mesi dopo l'entrata in vigore di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri emanato per individuare la soglia di capitale che differenzia il numero degli amministratori delle società a totale partecipazione pubblica. Secondo il richiedente, la norma in questione avrebbe previsto il numero massimo degli amministratori delle società a partecipazione pubblica, senza peraltro indicare in modo esplicito se a seguito della modifica dello statuto di ciascuna società gli amministratori in carica decadano così da consentire la nomina di organi amministrativi con un numero di componenti rispettoso delle nuove disposizioni statutarie, ovvero se la modifica statutaria divenga operativa solo alla scadenza del mandato degli amministratori in carica (al momento della variazione dello statuto).

Ha, rilevato, altresì, che, da un lato, lo status giuridico dell'amministratore di società di capitali è disciplinato dall'art. 2383 cod. civ. che prevede la durata triennale del mandato, salvo revoca per giusta causa e, dall'altro, che la Presidenza del Consiglio con una circolare del 13 luglio 2007 ha asserito che a seguito dell'adeguamento statutario il mandato degli amministratori in carica si risolverebbe, anche se non ancora scaduto.

Il Sindaco di Milano riconosce che gli enti locali debbono procedere all'adeguamento degli statuti, ma non ha certezza in ordine a quali siano le conseguenze della modifica, ritenendo che ove gli amministratori non si dimettano volontariamente e, quindi, venga rispettato il termine triennale del mandato, la finalità di contenimento della spesa pubblica che ha originato la norma potrebbe non essere rispettata. Peraltro, se, al fine di osservare quest'ultima finalità, gli amministratori venissero revocati l'ente potrebbe subire un danno economico a seguito di eventuali azioni promosse dai componenti dell'organo amministrativo che ritenessero insussistente la giusta causa di revoca ai sensi del co. 3 dell'art. 2383 cod. civ.

Considerata la situazione di dubbio ingenerata dalla norma e dalla circolare esplicativa della Presidenza del Consiglio, il Sindaco di Milano rivolge uno specifico quesito alla Sezione al fine di ottenere ragguagli in ordine all'interpretazione della disposizione ed alle sue modalità applicative.

OSSERVA CHE

La richiesta di parere in esame è intesa ad avvalersi della facoltà prevista dalla norma contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, la quale dispone che le Regioni, i Comuni, le Province e le Città metropolitane possono chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti "*pareri in materia di contabilità pubblica*".

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze che la legge n. 131 del 2003, recante adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha attribuito alla Corte dei conti.

In merito all'ammissibilità della richiesta

La Sezione, preliminarmente, è chiamata a verificare se la richiesta soddisfi le condizioni di ammissibilità che la giurisprudenza contabile ha delineato con le sue pronunce.

La prima di esse è data dalla legittimazione a proporre i quesiti. Al riguardo, questa Sezione, con deliberazione n. 1 in data 4 novembre 2004, ha precisato che "*non essendo ancora costituito in Lombardia il Consiglio delle autonomie, previsto dall'art. 7 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che modifica l'art. 123 della Costituzione, i Comuni possono, nel frattempo, chiedere direttamente i pareri alla Sezione regionale*".

Pertanto, sotto questo profilo la richiesta del Comune di Milano deve essere presa in esame.

In ordine alle altre condizioni di ammissibilità, la Sezione osserva che la richiesta di parere:

- a) proviene dal soggetto legittimato a manifestare la volontà dell'ente, vale a dire, nel caso di specie, dal Sindaco;
- b) non risulta che interferisca con le funzioni di controllo o giurisdizionali svolte dalla magistratura contabile e neppure con alcun altro giudizio civile o amministrativo che sia in corso;
- c) ha "*carattere generale*", in quanto diretta ad ottenere indicazioni relative alle norme che gli enti territoriali debbono seguire nello svolgimento della loro ordinaria attività amministrativa (in relazione a tale nozione si veda la delibera di questa Sezione n. 9/pareri/2006, in data 29 giugno 2006);
- d) rientra nella materia della contabilità pubblica, poiché attiene alle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche (in base alla definizione che ne

ha dato questa Sezione: C. conti, sez. contr. Lombardia, 21 giugno 2006, n. 5/pareri/2006).

A questo proposito deve essere messo in luce che viene chiesto alla Corte dei conti di fornire l'interpretazione di una norma, inserita in una legge finanziaria, diretta a contenere i costi delle amministrazioni pubbliche, con indubbio riflesso sull'allocazione delle risorse finanziarie della collettività e, in ultima analisi, sulla materia dei bilanci pubblici, considerato anche il dovere di vigilanza e controllo che incombe sull'ente titolare di una partecipazione azionaria al fine di preservare il patrimonio dell'ente territoriale.

Inoltre, la disposizione in questione risulta inserita in un contesto nel quale sono previsti alcuni interventi diretti a contenere costi che, in ultima analisi, ricadono sui bilanci degli enti che partecipano al capitale sociale (ad es.: contenimento dell'ammontare dei compensi degli amministratori delle società partecipate, riguardo al quale si veda il recente parere della Corte dei conti, sez. contr. Toscana, 11 settembre 2007, n. 13).

D'altro canto, la finalità dell'intervento legislativo risulta esplicitata dal successivo comma 730 che invita le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano ad attuare il contenuto di alcune disposizioni, fra le quali vi è quella contenuta nel comma 729, specificando che l'obbligo di adeguamento "*costituisce principio di coordinamento della finanza pubblica*".

In conclusione: la richiesta di parere proveniente dal Sindaco del Comune di Milano è ammissibile e può essere esaminata nel merito.

Il quesito posto dal Sindaco di Milano

La richiesta proveniente dal Sindaco di Milano concerne l'interpretazione del comma dell'articolo unico della *legge finanziaria per il 2007* che ha introdotto un limite massimo al numero degli amministratori delle società di capitali partecipate dagli enti locali (art. 1, co. 729, della legge 26 dicembre 2006, n. 296).

Le perplessità derivano dal fatto che la norma in questione si riferisce a tutte le società partecipate da enti locali, fissando un termine per la modifica degli statuti di dette società, senza prevedere alcuna disciplina transitoria.

La formulazione del quesito induce la Sezione a ribadire, preliminarmente, che la scelta di dar corso alle modifiche statutarie ed alla conseguente riduzione del numero degli amministratori delle società partecipate, ove necessario, così come ogni altra scelta attinente l'amministrazione dell'ente, spetta agli organi ai

quali è stata affidata l'amministrazione comunale (C. conti, sez. contr. Lombardia, 29 giugno 2006, n. 9/pareri/06).

Al fine di assumere le determinazioni di loro competenza, gli organi comunali, nell'ambito della loro discrezionalità, possono riferirsi alle conclusioni contenute nel presente parere.

Il quesito che il Sindaco di Milano rivolge alla Sezione regionale della Corte dei conti richiede alcune precisazioni preliminari in ordine alla natura delle società pubbliche in relazione alle disposizioni legislative nazionali e ai principi di derivazione comunitaria che le disciplinano, necessarie per chiarire gli esatti termini della questione anche al fine di poter fornire le indicazioni interpretative che sono state richieste.

1) Le società a partecipazione pubblica

L'esternalizzazione di servizi e funzioni da parte delle Amministrazioni pubbliche è un fenomeno che si è diffuso negli ultimi anni, incontrando un favore sempre più ampio e crescente, sia a livello dottrinale che nella pratica amministrativa.

Le ragioni addotte a giustificazione e sostegno sono molteplici e vanno dalla convinzione che la gestione dei servizi pubblici sia più efficiente se effettuata al di fuori dell'Amministrazione pubblica, a quella che la gestione da parte di "*soggetti privati*" comporti un contenimento dei costi rispetto a quelli che sosterebbero gli enti pubblici.

Tuttavia il fenomeno non è unitario e al suo interno si rinvengono diverse modalità attuative che finiscono con incidere sulla natura stessa delle operazioni poste in essere dalle Amministrazioni pubbliche.

In particolare, soprattutto negli ultimi anni si è assistito alla progressiva costituzione di società a partecipazione totalitaria, maggioritaria od anche minoritaria di enti pubblici, i quali hanno affidato alle stesse l'effettuazione di alcune attività di loro pertinenza, ovvero la gestione di servizi pubblici, l'effettuazione di lavori pubblici o, più semplicemente, lo svolgimento di attività di interesse delle comunità locali.

Il fenomeno non è unitario poiché non risulta disciplinato da alcuna disposizione legislativa di carattere generale. Alcune norme, introdotte nel corso degli anni, non presentano carattere sistematico, ma episodico e determinato dall'esigenza di disciplinare specifiche situazioni.

Alla semplice costituzione di una società di capitali da parte di un ente pubblico non consegue necessariamente la natura privata della società, poiché la disciplina societaria e la natura dell'organismo devono essere verificati su due piani diversi. Il primo attiene all'aspetto strutturale e conseguentemente alle

regole di funzionamento dell'ente e il secondo alle caratteristiche funzionali del soggetto e perciò alla sua posizione nell'ordinamento giuridico.

Quanto al primo aspetto l'esame della disciplina societaria contenuta nel codice civile mette in luce che non è previsto che le società costituite da enti pubblici abbiano regole di gestione e funzionamento peculiari (se non ad alcuni limitati effetti, in relazione alla nomina degli amministratori: artt. 2449 e 2450 cod. civ.).

Conseguentemente, risultano disciplinate dalle regole ordinarie, applicabili a tutte le società di capitali (Capo V, del Titolo V, del Libro V del codice civile), salvo le norme speciali riferite ad ambiti specifici.

Quanto al secondo aspetto, a seguito della diffusione che negli ultimi anni ha incontrato nel settore pubblico il modulo societario, la giurisprudenza è ormai unanime nel riconoscere che il criterio da utilizzare per individuare la natura pubblica o privata di un organismo non è dato dalla forma rivestita (ente o società), bensì dalla caratura pubblica dello scopo perseguito e dalle risorse utilizzate nello svolgimento della sua attività, con la conseguenza che anche in presenza della forma societaria se l'ente utilizza risorse pubbliche è da considerare senz'altro ente pubblico (Cass. civ., s.u., 22 dicembre 2003, n. 19667; C. conti, I, 3 novembre 2005, n. 356; Cons. St., VI, 23 gennaio 2006, n. 182; id, IV, 31 gennaio 2006, n. 308; Corte dei conti, sez., contr. Lombardia, 13 ottobre 2006, n.17 ; id, 20 dicembre 2006, n. 26 /parere), con effetti sulla finalizzazione dell'attività e sul regime delle responsabilità.

Peraltro, la stessa Corte costituzionale in relazione alla disciplina legislativa speciale di una società le cui azioni erano interamente possedute dal Ministero dell'Economia ha affermato che la totale partecipazione pubblica unita *"alla predeterminazione eteronoma dei compiti e delle funzioni pubbliche che la stessa società è chiamata a perseguire"* implica che la società presenti *"tutti i caratteri propri dell'ente strumentale"* (Corte cost. 19 dicembre, 2003, n. 363) e, che pertanto, sia da equiparare agli altri enti pubblici.

L'ampio utilizzo da parte dei soggetti pubblici di enti con natura formalmente privata e, in particolare, con veste societaria, al fine di raggiungere finalità di rilievo pubblicistico (gestione di servizi e funzioni pubbliche, esecuzione di lavori) è stato preso in considerazione anche dal diritto comunitario per delineare una nozione di amministrazione pubblica valida ed utilizzabile all'interno dell'ordinamento dell'Unione Europea, sia nella materia dei rapporti finanziari che in quella contrattuale ai fini della tutela della concorrenza e della libera circolazione delle merci e delle persone.

In particolare, per quanto interessa in questa sede, la giurisprudenza comunitaria, ha stabilito che anche le amministrazioni pubbliche debbono

osservare i principi di concorrenza quando intendono affidare a terzi soggetti l'effettuazione di lavori pubblici, la gestione di servizi pubblici o altre attività di loro pertinenza (C. Giust. CE da ultimo: 4 ottobre 2007, causa n. C-217/06 e, per tutte: 21 luglio 2005, causa n. C- 231/03).

L'unica deroga ai principi di concorrenza consentita dall'ordinamento comunitario è data dalla possibilità di affidamento diretto a società che sia controllata direttamente dall'ente locale secondo modalità peculiari che configurano, secondo la giurisprudenza comunitaria, un "*controllo analogo a quello praticato dall'ente sui propri servizi*" (per tutte C. Giust. CE 13 ottobre 2005, in causa C – 458/3).

Tuttavia, la natura del rapporto funzionale con l'ente proprietario non si riflette, secondo la giurisprudenza civile ed amministrativa, sulla disciplina normativa applicabile all'organizzazione societaria, che rimane quella ordinaria prevista dal codice civile.

Infatti, si sostiene che le società di capitali con partecipazione pubblica non mutino la loro natura di soggetto di diritto privato solo perché un ente pubblico ne possiede, in tutto o in parte, le azioni, affermandosi che gli strumenti utilizzati per regolare il rapporto tra società ed ente locale non possono essere quelli autoritativi di diritto pubblico spendibili nell'organizzazione diretta dell'ente, ma che l'ente proprietario può avvalersi unicamente degli strumenti propri del diritto societario, da esercitare per il tramite dei membri di nomina pubblica presenti negli organi sociali (Cass. civ., sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799; Tar Sicilia, Catania III, 13 agosto 2002, n. 1446; Tar Veneto, I, 4 aprile 2002, n. 1234).

Conseguentemente, anche in relazione alle regole di nomina degli organi sociali, si ritiene che gli atti di nomina o di revoca degli amministratori di società delle quali l'ente locale sia socio, anche unico, non costituiscano estrinsecazione di potestà amministrativa ma di poteri che l'ente può esercitare nell'ambito del sistema delineato dagli artt. 2383, 2458 e 2459 cod. civ. (ora 2449 e 2450) (App. Genova, I, 20 ottobre 2006; Tar Calabria, Catanzaro II, 24 maggio 2006, n. 571; Tar Campania, Napoli I, 11 febbraio 2005, n. n. 963).

Peraltro, occorre mettere in luce che a conclusioni parzialmente difformi giunge la giurisprudenza amministrativa in relazione alle società a totale partecipazione pubblica che operino secondo il meccanismo noto come "*in house providing*". In questo caso, l'attività di controllo si estrinseca attraverso i poteri statutari conferiti all'ente proprietario ed agli obblighi che conseguentemente ricadono sugli amministratori, per il cui tramite comunque si attua la gestione della società senza poteri di intervento diretto degli organi del soggetto controllante.

Le considerazioni innanzi svolte indicano che esiste uno stretto rapporto fra disciplina pubblica e societaria, e, pertanto, ogni norma che interviene a regolare questioni che attengono all'organizzazione della società deve essere interpretata sia tenendo conto delle finalità perseguite dal legislatore che della normativa societaria contenuta nel codice civile.

II) La norma contenuta nel co. 729, dell'art. 1 della legge finanziaria per il 2007

Nell'ambito della disciplina dettata per il contenimento della spesa pubblica, il Parlamento, con la *legge finanziaria per il 2007*, ha previsto una semplificazione nella composizione dei consigli di amministrazione delle società alle quali partecipano enti pubblici territoriali, stabilendo un numero massimo di componenti per ciascuna tipologia di società, determinato in relazione al capitale sociale.

Il legislatore ha preso in considerazione solo in modo parziale le varie tipologie di società, dettando una disciplina puntuale unicamente per quelle a totale capitale pubblico mentre per quelle a partecipazione mista di capitale pubblico e privato, non ha distinto fra partecipazione maggioritaria o minoritaria degli enti pubblici, ed ha stabilito che:

- nelle società il cui capitale sia totalmente di proprietà, anche indiretta, di enti locali, il numero massimo degli amministratori non potrà superare le tre unità ovvero le cinque per quelle il cui capitale sociale è superiore all'importo indicato da un successivo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri;
- nelle società al cui capitale partecipino sia soci pubblici che privati, il numero massimo degli amministratori designati dai soci pubblici non può essere superiore a cinque, ivi compresi quelli di nomina regionale.

La norma, infine, ha previsto che *"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"*.

Il legislatore non ha dettato alcuna disciplina transitoria diretta a disciplinare esplicitamente le conseguenze della modifica statutaria, al fine di chiarire in modo esplicito se a seguito della stessa si verifichi la decadenza degli amministratori in carica, ovvero se la variazione opera a partire dalla ordinaria scadenza del mandato degli amministratori in carica.

In data 26 luglio 2007 è stato emanato il d.p.c.m. previsto dalla norma citata sopra che ha individuato in 2.000.000 di euro la soglia al di sopra della quale nelle società a totale partecipazione pubblica possono nominarsi sino ad un massimo di cinque amministratori.

Il decreto è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 7 agosto 2007 e, considerata la sua natura regolamentare, è entrato in vigore il 22 agosto 2007 per cui il termine entro il quale gli statuti delle società devono essere adeguati alla disciplina posta dal citato co. 729, dell'art. 1, della *legge finanziaria per il 2007* è quello del 22 novembre 2007.

La lacunosità della disciplina legislativa, unita alla circostanza che la modifica statutaria coinvolge anche l'interesse di terzi, i soci delle società miste e gli amministratori di tutte le società a partecipazione pubblica, comporta la necessità di una ponderata ricostruzione del contenuto della norma, sia in relazione ai profili pubblicitici che a quelli societari.

Necessità della deliberazione dello statuto

La formulazione letterale della norma contenuta nella legge finanziaria mette in luce che la riduzione del numero degli amministratori delle società partecipate da un ente locale presuppone la modifica dello statuto sociale. In altri termini, la previsione normativa non si sostituisce automaticamente alle clausole relative alla nomina dell'organo sociale contenuta negli statuti sociali, ma presuppone una specifica attività di adeguamento.

La deliberazione della modifica statutaria

Al fine di chiarire nei termini più precisi possibili la questione occorre stabilire quale sia l'organo comunale competente a provvedere.

Le delibere di approvazione degli statuti delle società partecipate dall'ente locale sono di competenza del Consiglio dell'ente che, quindi, è chiamato ad approvare anche le modifiche da apportare allo Statuto (al riguardo si rinvia a Cons. Stato, V., 3 marzo 2005, n. 832, resa proprio in relazione allo Statuto del Comune di Milano).

Al riguardo, val la pena mettere in luce che nel caso di specie l'adeguamento è solo parzialmente vincolato perchè il legislatore indica unicamente il numero massimo degli amministratori che possono essere designati in relazione a ciascuna tipologia di società, cosicché residua un importante spazio di decisione del Consiglio in ordine alla determinazione dell'effettivo numero degli amministratori delle società a totale partecipazione pubblica e della disciplina del numero degli amministratori e dell'eventuale mutamento dei rapporti e dei patti parasociali con i soci delle società miste.

Obbligatorietà della delibera dell'ente locale

Anche se la formulazione della norma non è precisa poiché afferma che "*le società adeguano i propri statuti ...*", deve ritenersi che l'obbligo di attivarsi spetti non solo agli organi amministrativi della società in base alle competenze loro affidate dagli statuti e dalle società, ma anche agli organi dell'ente locale che hanno la competenza nella gestione delle partecipazioni, i quali debbono far sì

che il Consiglio comunale venga convocato al fine di approvare la modifica da apportare allo statuto della società partecipata.

Peraltro, considerata la finalità sostanziale perseguita dalla legge finanziaria e cioè il contenimento dei costi, ove lo statuto della società consenta la nomina di un numero maggiore di amministratori rispetto a quello previsto dalla norma in questione, ma nell'attualità il numero di amministratori sia contenuto nei limiti normativi, può differirsi la modifica statutaria, purchè l'assemblea sociale non aumenti, prima della modifica, il numero degli amministratori.

Le partecipazioni indirette

Il legislatore ha previsto che la disciplina di contenimento del numero degli amministratori sia applicabile anche alle partecipazioni indirette degli enti locali, vale a dire alle società il cui capitale è controllato dalle società partecipate dell'ente locale. Nei confronti delle partecipate indirette l'ente locale non ha alcun potere di intervento diretto e, pertanto, non può deliberare in ordine alle modifiche dei loro statuti. Considerato il tenore della norma e l'obbligo imposto agli enti territoriali della *legge finanziaria per il 2007* deve ritenersi che questi ultimi possano, ed anzi debbano, invitare gli amministratori delle società direttamente partecipate dall'ente affinché si attivino per modificare, nel senso voluto dalla legge, gli statuti delle partecipate delle società che amministrano.

Una eventuale inerzia degli amministratori delle partecipate non potrebbe che configurare giusta causa di revoca ai sensi dell'art. 2383 cod. civ.

Le società miste

Se si considera che anche in relazione alle società a totale partecipazione pubblica locale l'applicazione della norma in questione comporta dei problemi, risulta chiaro che ancor più per le società miste, vale a dire per quelle che vedono nel loro capitale soci pubblici e privati, i problemi sono molteplici, sia ove la partecipazione sia maggioritaria che nei casi nei quali sia minoritaria.

In queste società, infatti, l'interesse sociale degli enti pubblici - o meglio di ciascun ente pubblico nel caso di una pluralità - deve essere temperato con quello dei soci privati. Le parti, pubbliche o private, potrebbero aver deciso di procedere alla costituzione della società, ovvero all'acquisto di una partecipazione, anche in relazione alle particolari regole di funzionamento della società e, in ipotesi, al numero degli amministratori che, ove il capitale sia diffuso, possa garantire un'adeguata rappresentazione nell'organo amministrativo degli interessi di ciascun ente.

L'imposizione di una modifica che limiti a cinque il numero massimo degli amministratori designati da enti pubblici potrebbe comportare difficoltà

organizzative e redistributive fra i vari enti di non facile soluzione. Senza contare, che la stessa applicazione pratica della norma presenta notevoli problematiche.

E' evidente che l'unica situazione nella quale l'ente locale può intervenire senza problemi riguarda il caso nel quale sia l'unico socio pubblico e lo statuto preveda la designazione di più amministratori ai sensi dell'art. 2449 cod. civ.

In tutti gli altri casi, nei quali la nomina degli amministratori venga deliberata secondo l'ordinaria disciplina del diritto societario, la sola volontà del singolo ente locale non potrebbe essere sufficiente a raggiungere lo scopo previsto dalla norma.

Innanzitutto, l'assemblea straordinaria potrebbe non approvare una modifica statutaria che limiti il numero dei soci pubblici, sia perché il capitale privato è maggioritario sia perché il capitale pubblico, diffuso fra più soci, potrebbe non concordare su un criterio di ripartizione.

In ogni caso, al fine di distinguere fra amministratori indicati da enti locali e regioni, da un lato, e amministratori indicati dagli altri soci, dall'altro, occorrerebbe inserire una clausola che preveda il voto per liste, unico sistema che permette di fare chiarezza in ordine alla designazione degli amministratori.

Anche la modifica dei patti parasociali non è, ovviamente, nella disponibilità del singolo ente pubblico ma prevede il concorso della volontà di tutti i soci che aderiscono al patto.

Ma, va ancora posto in evidenza che il riparto degli amministratori tra soci privati, che perseguono interessi di natura meramente economica, e soci pubblici, la cui partecipazione ha quale necessario substrato la cura di interessi delle collettività amministrate, può essere alterato da una norma che limiti il numero degli amministratori di provenienza degli enti pubblici, con conseguenti ricadute sui poteri gestionali e di controllo delle società nonché su alcune scelte di rappresentanza degli interessi legati all'assetto societario.

La conclusione che può trarsi è che, considerata la natura della norma posta dal co. 729 dell'art. 1 della legge finanziaria per il 2007, gli organi di vertice degli enti locali territoriali debbano attivarsi per addivenire ad una modifica degli statuti e/o dei patti parasociali delle società miste.

Tuttavia, in relazione a quanto esposto sopra, non sembra potersi affermare che nell'immediato gravi sugli amministratori pubblici un'obbligazione di risultato poiché l'eventuale mancato adeguamento dello statuto o dei patti parasociali e la conseguente diminuzione degli amministratori di "*provenienza*" pubblica può richiedere una dispendiosa attività di contemperamento di interessi e di strumenti idonei al raggiungimento delle finalità previste dal legislatore.

Peraltro la diligenza dispiegata nello svolgimento dell'attività va valutata in relazione all'obiettivo posto dalla legge finanziaria di contenimento della spesa relativa agli emolumenti degli amministratori di società partecipate.

D'altro canto va posto in evidenza che le scelte ultime sui tempi necessari e sul modo di raggiungere l'obiettivo di legge spettano all'ente pubblico azionista (in modo diretto o indiretto), dal momento che l'attività in sede societaria deve rispecchiare dette scelte. In proposito va notato che nelle scelte l'ente proprietario delle azioni non gode di autonomia privata ma di discrezionalità e che fine primario dell'agire è l'adempimento dell'obbligo di legge rispetto al quale va effettuata la comparazione con gli altri interessi pubblici in capo all'ente (in particolare con l'interesse che ha indotto l'ente a partecipare alla società) in modo da comporre detti interessi e da rendere addirittura recessivo l'interesse primario ove questo comprime fortemente altri interessi pubblici ritenuti fondamentali per l'ente e che hanno dato luogo a quel tipo di organizzazione tutelata in Costituzione dall'art. 117.

La sorte degli amministratori in carica

Come si è accennato sopra, la normativa posta dalla legge finanziaria per il 2007 non contiene alcuna disciplina transitoria e, pertanto, al fine di individuare il momento a partire dal quale è applicabile e le conseguenze per gli amministratori in carica, all'atto della modifica dello statuto sociale, occorre riferirsi alla disciplina generale del diritto societario, risultante dal codice civile e già richiamata sopra.

III) La norma in questione e il diritto societario

La normativa delineata incide profondamente sul diritto societario introducendo una disciplina speciale applicabile alle sole società che vedano all'interno della compagine sociale la presenza di (almeno) un socio pubblico.

La deroga alla normativa di carattere generale, richiamata sopra, che ritiene la piena e totale applicabilità della disciplina societaria anche alle società a partecipazione pubblica, totalitaria, maggioritaria od anche minoritaria, sembra essere, ad un primo esame, vistosa.

In realtà, la disciplina pubblicistica introdotta con la *legge finanziaria per il 2007* non modifica le regole di diritto societario relative alla nomina ed alla revoca degli amministratori, quanto piuttosto incide, limitandoli fortemente, sui poteri dei soci, imponendo che vengano predisposte ed approvate modifiche alla parte dello statuto sociale che investe la nomina dell'organo amministrativo.

Viene limitata, quindi, la libertà d'azione dei soci, non della società.

A questo proposito val la pena mettere in luce che il co. 729 della *legge finanziaria per il 2007* si riferisce genericamente agli "*amministratori*", senza

distinguere tra società nelle quali operi il sistema monistico e siano quindi amministrate da un consiglio di amministrazione e società disciplinate dal sistema dualistico nelle quali si rinviene oltre all'organo amministrativo anche il Consiglio di sorveglianza.

Considerata la ancora scarsa diffusione di quest'ultimo modello è da ritenere che il legislatore abbia utilizzato il termine "*amministratori*" per riferirsi sia ai componenti dell'organo amministrativo che a quello del Consiglio di sorveglianza e che, pertanto, la limitazione numerica operi congiuntamente in relazione ai due organi, ove la società sia organizzata secondo il modello dualistico.

Gli amministratori delle società pubbliche sono tenuti unicamente a convocare l'assemblea straordinaria della società affinché i soci possano apportare le modifiche statutarie (art. 2365 e 2366 cod. civ. ovvero in caso di diversa previsione statutaria ad attuare la disciplina ivi prevista).

Peraltro, ove gli amministratori non convochino l'assemblea straordinaria i soci enti locali, specifici destinatari della norma, debbono richiedere all'organo amministrativo di provvedere alla convocazione (art. 2367 co. 1 cod. civ.) e, in caso di inerzia di quest'ultimo e del collegio sindacale (art. 2367 co. 2 cod. civ.), rivolgere apposita istanza al Presidente del Tribunale del luogo nel quale ha sede la società (art. 2367 co. 2 cod. civ.).

Dopo l'approvazione della modifica statutaria residuano ancora alcune incertezze applicative.

Infatti, come si è visto sopra, la norma non prevede alcuna disciplina transitoria e, pertanto, può sorgere il dubbio di quali siano le conseguenze dell'approvazione della modifica sull'organo amministrativo in carica.

Al riguardo, seguendo la prospettazione del Comune di Milano, potrebbe ritenersi che se a seguito della modifica dello statuto sociale e della conseguente riduzione del numero degli amministratori, l'organo amministrativo non si dimette, l'ente pubblico al fine di rispettare la previsione di contenimento dei costi pubblici, si trovi nella difficile situazione di dover procedere alla revoca degli amministratori, con possibilità di soggiacere ad un'azione di danno ove difetti la giusta causa (art. 2383, co. 3, cod. civ.).

In realtà, i termini della questione sono differenti.

Lo statuto disciplina le regole di funzionamento della società (art. 2328 u.c. cod. civ.) ed ogni sua modifica implica l'adeguamento dell'attività sociale ai dettami statutarî, non solo a garanzia dei soci, ma anche dei terzi che entrano in contatto con la società e non possono che fare affidamento sulle previsioni statutarie.

Pertanto, la modifica che riguardi il numero degli amministratori riducendolo, comporta la cessazione dalla carica dell'organo amministrativo che risulterebbe formato in modo difforme dalla previsione dello Statuto.

La cessazione, in questo caso, non è ascrivibile ad una mera volontà dei soci, ma all'intervento legislativo che con una norma di coordinamento della finanza pubblica, come tale rientrante fra quelle alle quali deve essere riconosciuto il carattere della imperatività, ha imposto la modifica statutaria. Conseguentemente, gli amministratori non possono lamentare alcun danno perché la loro cessazione dall'attività deriva dalla modifica statutaria imposta ai soci, anche contro la loro eventuale volontà, dal legislatore.

Dopo la modifica statutaria e la cessazione degli amministratori la gestione della società, sino alla ricostituzione dell'organo amministrativo, è regolata dalle ordinarie disposizione del codice civile.

P.Q.M.

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il Relatore
(Dott. Giancarlo Astegiano)

Il Presidente
(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria
il 18 ottobre 2007
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)