

VALENTINO SANNA

**LA COSTITUZIONE DELLE SOCIETÀ A
PARTECIPAZIONE PUBBLICA SECONDO IL D.LGS.
19 AGOSTO 2016, N. 175: PRIME RIFLESSIONI**

3

2016

ISSN 2282 - 667X

Direttore responsabile: *Francesco Denozza*

Direzione scientifica: *Francesco Denozza, Carlo Ibba, Marco Maugeri, Vincenzo Meli, Massimo Miola, Andrea Perrone, Serenella Rossi, Giuliana Scognamiglio, Ruggero Vigo*

Redazione scientifica: *Stefano Cerrato, Philipp Fabbio, Chiara Garilli, Alessio Scano, Andrea Vicari, Alessandra Zanardo*

Revisione scientifica: *Renzo Costi, Vincenzo Calandra Buonauro, Vincenzo Di Cataldo, Mario Libertini, Giorgio Marasà, Giuseppe B. Portale, Paolo Montalenti, Roberto Sacchi, Michele Sandulli, Antonio Serra, Roberto Weigmann*

Il presente lavoro è stato sottoposto ad un procedimento di revisione tra pari, secondo i criteri indicati nella *Nota per gli autori*

**LA COSTITUZIONE DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA SECONDO IL D.LGS.
19 AGOSTO 2016, N. 175: PRIME RIFLESSIONI ***

VALENTINO SANNA **

SOMMARIO: 1. La distinzione tra atto deliberativo e atto costitutivo. L'atto deliberativo: requisiti formali e sostanziali. - 1.1. *Segue*. L'indicazione degli elementi essenziali dell'atto costitutivo. - 2. Forma e contenuto dell'atto costitutivo. Le ulteriori fasi del procedimento di costituzione della società. - 3. Le conseguenze della mancanza o dell'invalidità dell'atto deliberativo. - 4. La partecipazione all'atto costitutivo di soci privati. - 5. La necessità dell'atto deliberativo per alcune modifiche dell'atto costitutivo e per la revoca dello stato di liquidazione. - 6. L'acquisto di partecipazioni in società già costituite. - Postilla.

1. La distinzione tra atto deliberativo e atto costitutivo. L'atto deliberativo: requisiti formali e sostanziali.

La costituzione di una società a partecipazione pubblica¹ – secondo la disciplina dettata dall'art. 7 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) – consta di due momenti che devono essere necessariamente tenuti distinti: da un lato vi è, infatti, l'atto amministrativo mediante il quale l'amministrazione pubblica delibera la costituzione della società; dall'altro, l'atto costitutivo della medesima società, avente invece natura negoziale².

* Il presente lavoro è destinato al volume *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. Garofoli e A. Zoppini, di prossima pubblicazione per i tipi della Giappichelli.

** Professore associato di Diritto commerciale nell'Università di Sassari

¹ Le società a partecipazione pubblica rappresentano, come noto, una categoria non unitaria, rispetto alla quale possono pertanto prospettarsi differenti classificazioni: si vedano sul punto, in particolare, C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, 1 ss.; M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, 2010, 1 ss.; M. CAMMELLI-M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli-M. Dugato, Torino, 2008, 1 ss.; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999 ss.

² Non si tratta, tuttavia, dell'unica "modalità" attraverso la quale è possibile pervenire alla costituzione di una società a partecipazione pubblica. Infatti, oltre alle società a partecipazione pubblica "di fonte contrattuale o comunque negoziale" – alle quali si riferisce la disciplina dettata dall'art. 7 qui commentato – è possibile individuare "società a partecipazione pubblica di fonte legale" (in questi termini C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, (nt. 1), 2 s.; sul punto v. altresì M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. Amm.*, 2004, in specie 566 ss.): si allude ovviamente al fenomeno delle società "legali" (sul quale v., per tutti, C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992, *passim*; più di recente, 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.*, 2005, II, 450 ss.).

E' nota, in proposito, la tripartizione fra società autorizzate, società obbligatorie e società coattive, a seconda che la legge si ponga "a) come fonte di una *facoltà* avente ad oggetto al costituzione della società considerata; b) come fonte dell'*obbligo*, per i soggetti prescelti dalla legge stessa, di costituire o concorrere a costituire la società; c) come fonte *diretta* del rapporto sociale (fra i soggetti designati come soci) nonché della personalità giuridica del «gruppo»" (C. IBBA, *Le società "legali"*, (nt. 2), 41 s.). Ed è noto, altresì, che società legali in senso stretto devono considerarsi soltanto le società coattive ("giacché solo per esse può dirsi che la legge è fonte

del rapporto”); mentre le società obbligatorie (“nel cui procedimento di costituzione sembrano entrare sia la legge che la volontà dei soci”) possono definirsi società legali in senso ampio; e che non possono, invece, annoverarsi fra le società legali quelle autorizzate, “in relazione alle quali è limitata, in una od altra misura, la libertà di determinare il contenuto del contratto ma non quella di (non) concluderlo; l’instaurazione del rapporto è, in tutti i sensi, voluta dalle parti” (C. IBBA, *Le società “legali”*, (nt. 2), 120, al quale appartengono tutte le frasi prima testualmente citate). La predetta classificazione – divenuta ormai di uso comune – è stata di recente riproposta, ad esempio, da M. MALTONI-A. RUOTOLO, *Problemi di “riassetto” delle società partecipate: vicende modificative, riorganizzative e dissolutive*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, 2010, 217 s.

La possibilità che una società a partecipazione pubblica possa essere anche una società legale (nel senso appena precisato, cioè una società coattiva ovvero obbligatoria) sembrerebbe presa in considerazione dall’art. 5, comma 1, del Testo unico in esame il quale, nel disciplinare gli oneri di motivazione relativi all’atto deliberativo di costituzione della società partecipata (sui quali v. meglio oltre in questo paragrafo), esonera tuttavia l’amministrazione dall’assolvimento dei medesimi – e, deve ritenersi, di norma anche dal porre in essere lo stesso atto deliberativo – nei “casi in cui la costituzione di una società (...) avvenga in conformità a espresse previsioni legislative”.

Con riferimento al rapporto fra società legali e società con partecipazione pubblica, da un lato, come già si è osservato, “non tutte le società con partecipazione pubblica sono “legali””, poiché “l’ente pubblico può acquisire la partecipazione in un momento successivo alla costituzione della società partecipata, o può concorrere alla costituzione senza essere a ciò vincolato da una specifica norma di legge” (C. IBBA, *Le società “legali”*, (nt. 2), 8, testo e nota 19; troverà applicazione, in tali ipotesi, la disciplina delineata, rispettivamente, dagli artt. 8 e 7 del Testo unico in commento); dall’altro, “le società legali sono tutte, necessariamente, a partecipazione pubblica” (così, da ultimo, C. IBBA, *Le società “legali” per la valorizzazione, gestione e alienazione dei beni pubblici*, (nt. 2), 451; ma vedi già C. IBBA, *Le società “legali”*, (nt. 2), 8, testo e nota 20).

E’ da sottolineare, infine, che le società a partecipazione pubblica che siano di fonte legale (società coattive od obbligatorie) sono “regolate (...) da leggi-provvedimento, dettate per una o più singole società, di solito nominativamente individuate; e regolate (...) in modo più o meno difforme dal diritto comune”: potendosi ricondurle, dunque, alla categoria delle società “di diritto singolare” (così, da ultimo, C. IBBA, (nt. 1), 3; ma v. già C. IBBA, *Le società “legali”*, (nt. 2), 17 ss. e 121; nonché C. IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, VIII, Torino, 1992, 523 ss.; si veda, inoltre, P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, in specie 54 ss.). Anche ad esse (ma non soltanto ad esse: deve rammentarsi, infatti, come non vi sia necessaria coincidenza fra società “di diritto singolare” e società “legali”, posto che “la singolarità può ben essere sopravvenuta e non originaria”: C. IBBA, *Le società “legali”*, (nt. 2), 19) si riferisce, dunque, l’art. 1, comma 4 del Testo unico in commento, il quale stabilisce che “restano ferme: a) le specifiche disposizioni, contenute in leggi speciali o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per la gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse”.

Occorre un cenno, per concludere, alle società a partecipazione pubblica che risultino dalla trasformazione di aziende speciali (e consorzi di Comuni), in applicazione dell’art. 115 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali: Tuel), il quale prevede, infatti, che “i comuni, le province e gli altri enti locali possono, per atto unilaterale, trasformare le aziende speciali in società di capitali, di cui possono restare azionisti unici per un periodo comunque non superiore a due anni dalla trasformazione”. A prescindere dal problema se quella appena menzionata sia una trasformazione “vera e propria”, intendendosi con ciò riferirsi alla trasformazione regolata dal codice civile (sul punto, in generale, v. C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, I, in specie 477 ss.; in proposito, M. MALTONI-A. RUOTOLO, *Problemi di “riassetto” delle società partecipate: vicende modificative, riorganizzative e dissolutive*, cit., 247 ss., osservano come originariamente la disciplina dettata dall’art. 115 Tuel apparisse eccentrica rispetto all’istituto della trasformazione come delineato dal codice civile – tanto che alcuni ravvisavano in essa, piuttosto che una trasformazione, la costituzione di una società di capitali o, comunque, una trasformazione atipica – tuttavia, a seguito della riforma societaria del 2003, i fattori di atipicità della fattispecie risultano senz’altro ridimensionati; cfr. inoltre, in una più ampia prospettiva, A. CETRA, *La trasformazione dell’ente pubblico*, in *Le società “pubbliche”*, a cura di C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, 157 ss.), ci si deve domandare se l’operazione sia o meno sottratta alle regole previste dall’art. 7 del T.U. in commento: se, in altri termini, la delibera di trasformazione, disciplinata dall’art. 115, 1° e 2° comma Tuel, debba o meno rispettare anche i requisiti di forma e di sostanza dettati dal menzionato art. 7 (e di seguito descritti), che siano compatibili con le peculiarità di tale fattispecie.

Si tratta di una distinzione – rispetto alla quale la disposizione in commento avrebbe potuto essere certamente più chiara³ – che rileva anche sotto il profilo della giurisdizione, dal momento che il primo atto sarà impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, mentre il secondo sarà assoggettato alla cognizione del giudice ordinario.

Ciò premesso, “la deliberazione di partecipazione di un’amministrazione pubblica alla costituzione di una società”⁴ (o “l’atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica”, secondo l’espressione utilizzata nell’art. 5, comma 1), deve possedere i requisiti, sia formali che sostanziali, individuati – direttamente o mediante il rinvio ad altre disposizioni del Testo unico in esame – dall’art. 7⁵.

Deve assumere – secondo quanto previsto dall’art. 7, comma 1 – la forma del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (emanato su proposta del Ministro dell’economia e delle finanze di concerto con i ministri competenti per materia, previa deliberazione del Consiglio dei ministri)⁶, del provvedimento del competente organo della regione, della delibera del consiglio comunale ovvero della delibera dell’organo amministrativo dell’ente, a seconda che si tratti, rispettivamente, di partecipazioni statali, regionali, comunali o altre partecipazioni pubbliche⁷ (si dovrebbero ricomprendere in tale ultima categoria anche le città metropolitane⁸).

³ Che vi fosse la necessità di chiarire – nell’art. 7 – il rapporto tra questi due atti (atto deliberativo ed atto costitutivo) è stato rilevato dal Consiglio di Stato nel Parere sullo schema di d.lgs. recante T.U. in materia di società a partecipazione pubblica (Adunanza della Commissione speciale, 21 aprile 2016 n. 968, par. 5), il quale ha osservato, in proposito, che l’atto deliberativo “si connota come tipico atto di organizzazione di natura discrezionale, sottoposto al controllo della Corte dei Conti, e in nessun caso può assumere la funzione di atto costitutivo della società pubblica, dotato del contenuto tipico degli atti negoziali”; soluzione che, sempre a giudizio del Consiglio di Stato, “sarebbe altresì poco coerente con l’impostazione tendenzialmente privatistica data dal decreto in esame alla disciplina delle società partecipate e potrebbe creare problemi sul piano della tutela giurisdizionale, per via della commistione di profili eterogenei: l’atto deliberativo è impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, l’atto negoziale spetta alla cognizione del giudice ordinario”; sottolineando, infine, che “a livello sistematico, il nostro ordinamento opta, nell’ambito dell’attività mista, in cui si intrecciano atti pubblicistici e atti privatistici, per separare i due momenti”: come avviene, ha osservato ancora il Consiglio di Stato, nella disciplina dei contratti pubblici ed in quella degli accordi sostitutivi di cui all’art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241.

⁴ Nella versione “definitiva” dell’art. 7, comma 1 si utilizza infatti il termine “deliberazione”, in luogo di “atto deliberativo”: termine, quest’ultimo, che però continua a comparire negli altri commi dell’articolo citato (oltre che, come si dirà, nell’art. 5).

⁵ Una disciplina che, per certi versi, si ispira a quella dettata dall’art. 3, comma 28 l. 24 dicembre 2007, n. 244 (abrogato dall’art. 28 del Testo unico in commento), il quale prevedeva che “l’assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali d[ovessero] essere autorizzati dall’organo competente con delibera motivata”.

⁶ Si può evidenziare come l’art. 3, comma 28-bis, l. n. 244 del 2007 (di cui l’articolo 29 del testo unico in esame ha disposto l’abrogazione) prevedesse, invece, che “per le amministrazioni dello Stato, l’autorizzazione di cui al comma 28 è data con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze”.

⁷ Nella forma appena indicata deve essere deliberata, dalla amministrazione partecipante, anche “la conclusione, la modificazione e lo scioglimento di patti parasociali” (art. 9, comma 5).

⁸ In questo senso la *Relazione illustrativa*, sub art. 7. Sul punto v. però le perplessità espresse nel *Dossier n. 322 del Servizio studi del Senato e della Camera*, 38 s.

L'atto deliberativo in questione⁹, inoltre, “deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4”¹⁰; deve, altresì, evidenziare “le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato”. Nella motivazione si “deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa”.

L'atto deliberativo privo della motivazione, o con una motivazione carente sotto i profili appena indicati, sarà pertanto invalido, con le conseguenze previste dal comma 6 dell'art. 7 e che tra breve saranno esaminate¹¹. Tuttavia, come si evince dall'art. 5, comma 1, la motivazione può mancare “nei casi in cui la costituzione di una società (...) avvenga in conformità a espresse previsioni legislative”¹².

L'atto deliberativo di costituzione della società deve inoltre dare atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese¹³; se si tratta di ente locale, lo schema di atto deliberativo deve essere sottoposto a forme di consultazione pubblica¹⁴; il medesimo schema di atto deliberativo deve essere poi inviato alla Corte dei Conti e motivato con riferimento ai rilievi dalla stessa eventualmente formulati¹⁵; l'atto deliberativo deve essere, inoltre, inviato all'AGCM, che può esercitare i poteri previsti dall'art. 21-bis l. 10 ottobre 1990, n. 287¹⁶.

Deve essere, infine, pubblicato sui siti istituzionali dell'amministrazione pubblica partecipante (art. 7, comma 4).

1.1. Segue. *L'indicazione degli elementi essenziali dell'atto costitutivo.*

L'atto deliberativo deve contenere, inoltre, “l'indicazione degli elementi essenziali dell'atto costitutivo, come previsti dagli articoli 2328 e 2463 del codice civile, rispettivamente per le società per azioni e per le società a responsabilità limitata”¹⁷.

Come noto, non tutti gli elementi indicati dalle citate disposizioni sono necessari ai fini della costituzione della società¹⁸: alcuni di essi sono infatti “espressamente o

⁹ Secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 1 (richiamato dall'art. 7, comma 2) dal quale sono tratte le citazioni testuali di seguito riportate nel testo.

¹⁰ Finalità che, in questa sede, non possono essere adeguatamente individuate ed esaminate.

¹¹ V., oltre, il par. 3.

¹² Sul punto v., *retro*, la nota 2.

¹³ L'art. 5, comma 2, benché non espressamente richiamato dall'art. 7 (che, come detto, si limita a richiamare il comma 1) si riferisce, infatti, all' “atto deliberativo di cui al comma 1” e, dunque, anche all'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica.

¹⁴ Art. 5, comma 2, ult. parte.

¹⁵ Art. 5, comma 3, anch'esso applicabile alla fattispecie in esame in quanto si riferisce alla “amministrazione che costituisce la società”.

¹⁶ Art. 5, comma 5, il quale, riferendosi genericamente all'atto deliberativo, non può non riguardare anche l'atto deliberativo di costituzione della società.

¹⁷ Così stabilisce il comma 3 dell'art. 7.

sistematicamente” previsti come eventuali. Si allude, in particolare, alle generalità dei promotori¹⁹; alle sedi secondarie²⁰; all’indicazione del valore nominale delle azioni²¹; al valore attribuito ai crediti e beni conferiti in natura²²; alle norme secondo le quali gli utili devono essere ripartiti²³; ai benefici accordati ai promotori ed ai soci fondatori²⁴; al sistema di amministrazione adottato²⁵.

Tali elementi si possono complessivamente definire come indicazioni eventuali in senso lato²⁶, con la precisazione che in alcuni casi alla mancanza della norma statutaria suppliscono le norme di legge (si pensi, ad esempio, alle norme relative alla ripartizione degli utili o alla scelta del sistema di amministrazione: si potrebbero definire tali elementi come facoltativi); in altri, invece, si ha a che fare “più che con la inessenzialità della indicazione, con la eventualità del suo presupposto” (la società può non avere sedi secondarie, può non aver previsto conferimenti in natura, etc.: si parla in proposito di indicazioni eventuali in senso stretto).

E’ noto, inoltre, che gli elementi necessari ai fini della costituzione della società non coincidono con quelli essenziali ai fini della validità della medesima, che sono soltanto gli elementi la cui mancanza comporta nullità ai sensi dell’art. 2332, 1° comma, n. 3, c.c.²⁷

In definitiva, devono ritenersi elementi essenziali, ai fini della costituzione della società:

a) l’indicazione del socio o dei soci fondatori²⁸ (nel nostro caso una o più amministrazioni pubbliche, secondo la definizione datane dall’art. 2, comma 1, lett. a, del Testo unico in esame; ma è possibile vi siano anche uno o più soci privati, purché previamente selezionati secondo procedure ad evidenza pubblica, secondo quanto previsto dall’art. 7, comma 5: sul punto v., oltre, il § 4)²⁹, nonché il numero delle azioni ad essi assegnate³⁰ (ovvero la quota di partecipazione di ciascun socio, se si tratta di una s.r.l.³¹);

¹⁸ M. STELLA RICHTER jr., *Forma e contenuto dell’atto costitutivo della società per azioni*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, Torino, 2004, 1*, 191 ss., e 316, al quale si deve la frase di seguito citata testualmente. Per analoghe considerazioni si vedano N. ABRIANI-P. MONTALENTI, *La costituzione*, in N. ABRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, Padova, 2010, p. 68 ss.

¹⁹ Art. 2328, 2° comma, n.1 c.c. (si tratta, ovviamente, di una indicazione che non può rinvenirsi qualora si opti per il tipo s.r.l.: v. O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. V, Padova, 2007, 64).

²⁰ Art. 2328, 2° comma, n. 2 e art. 2463, 2° comma, n. 2 c.c.

²¹ Art. 2328, 2° comma, n. 5 (si tratta, anche qui, di indicazione esclusiva del tipo s.p.a.).

²² Art. 2328, 2° comma, n. 6 e art. 2463, 2° comma, n. 5 c.c.

²³ Art. 2328, 2° comma, n. 7 c.c. (benché non espressamente prevista dall’art. 2463 è da ritenere si tratti di una indicazione che può essere presente anche qualora si scelga di costituire una s.r.l.: cfr. O. CAGNASSO, (nt. 19), 64).

²⁴ Art. 2328, 2° comma, n. 8 c.c. (per quanto riguarda i benefici eventualmente accordati ai soci fondatori, vale per il tipo s.r.l. quanto detto prima, alla nota 23).

²⁵ Art. 2328, 2° comma, n. 9 c.c.

²⁶ Secondo la terminologia utilizzata da M. STELLA RICHTER jr., (nt. 18), 197 (al quale si devono anche le definizioni successive).

²⁷ Si veda, ancora, M. STELLA RICHTER jr., (nt. 18), 198 s.

²⁸ Art. 2328, 2° comma, n. 1 e art. 2463, 2° comma, n. 1 c.c.

²⁹ In linea di principio è possibile che la società a partecipazione pubblica venga costituita anche per pubblica sottoscrizione (secondo il procedimento previsto dagli artt. 2333 ss. c.c.), benché qualche dubbio sia legittimo alla luce della disciplina dettata dall’art. 7 qui commentato; qualora la si ammettesse, comunque, sarebbe necessaria l’indicazione dei promotori, ai sensi dell’art. 2328, 2° comma, n. 1 (nel senso della

b) la denominazione sociale³² (la cui funzione non è – come noto – soltanto quella di indicare il nome della società, ma anche di scelta del tipo sociale e di rinvio alle regole legali del modello organizzativo prescelto³³; funzione alla quale non deve rinunciarsi – secondo l’opinione preferibile – neppure nelle società a partecipazione pubblica³⁴, con l’avvertenza, ovviamente, che tali regole troveranno applicazione in quanto non derogate dalle disposizioni del Testo unico in commento³⁵);

c) la sede della società³⁶;

d) l’attività che costituisce l’oggetto sociale³⁷ (occorre sottolineare che, con riferimento alle società a partecipazione pubblica, la determinazione dell’oggetto sociale dovrà rigorosamente attenersi a quanto previsto dall’art. 4, il cui 1° comma vieta la costituzione di società “aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali”, consentendo, entro tali

possibilità di costituzione per pubblica sottoscrizione si è espresso F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, 601, al fine di consentire all’ente pubblico promotore di “negoziare” il contenuto dell’atto costitutivo con gli altri futuri azionisti, pur evidenziando i limiti della disciplina codicistica).

³⁰ Art. 2328, 2° comma, n. 1.

³¹ Art. 2463, 1° comma, n. 6.

³² Art. 2328, 2° comma, n. 2 e art. 2463, 2° comma, n. 2 c.c.: denominazione che, in qualunque modo formata, deve contenere l’indicazione di società per azioni o a responsabilità limitata (artt. 2326 e art. 2463, 1° comma, n. 2 c.c.).

³³ M. STELLA RICHTER jr., (nt. 18), 211 s.

³⁴ E v. C. IBBA, (nt. 1), 27, testo e nota 85, a proposito del problema del rapporto fra forma societaria e applicazione delle norme di diritto pubblico.

³⁵ Si vedano, ad esempio, le deroghe al diritto societario comune previste dall’art. 13, con riferimento al controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.; nonché le clausole in deroga alla disciplina diritto societario comune che è possibile introdurre nell’atto costitutivo (o nello statuto: sul punto v. meglio oltre in questo par.) delle società *in house*, ai sensi dell’art. 16, comma 3 (può notarsi, in proposito, che per effetto di tali disposizioni le società *in house* vengono, almeno in parte, sottratte al diritto comune: così non era, quanto meno per una parte della dottrina, prima dell’entrata in vigore del Testo unico in commento, quando, appunto, si riteneva che le società *in house* fossero società di diritto comune, con la conseguenza che “le clausole statutarie finalizzate ad assicurare il controllo analogo, come ogni altra clausola statutaria, s[arebbero] legittime se conformi al diritto societario, illegittime in caso contrario”: così C. IBBA, *L’impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in *AGE*, 2015, 416; ed alcune clausole – diverse da quelle oggi previste dal menzionato art. 16, comma 3 – continueranno, del resto, a non essere ammissibili: come, ad esempio, eventuali “clausole che prevedano organi societari atipici (quali sedicenti comitati di controllo analogo o assemblee di sindaci o assessori comunali) con compiti che vadano al di là di quelli meramente consultivi o istruttori”: C. IBBA, *L’impresa pubblica in forma societaria*, (nt. 35), 416; in termini analoghi, ID., *Società in house: nozione e rilevanza applicativa*, in *Munus*, 2015, in specie 5 ss.; nel medesimo ordine d’idee M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria (un aggiornamento a seguito dell’art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148)*, in *RDS*, 2012, in specie 220 ss.). Si vedano, inoltre, le clausole in deroga al diritto societario comune che è possibile prevedere nelle società a partecipazione mista pubblico-privata: art. 17, comma 4.

³⁶ Art. 2328, 2° comma, n. 2 e art. 2463, 2° comma, n. 2 c.c.: come si sa, ci si può limitare ormai alla indicazione del Comune nel quale è posta la sede della società, senza specificare né la via né il numero civico.

³⁷ Art. 2328, 2° comma, n. 3 e art. 2463, 2° comma, n. 3 c.c., sui cui requisiti, in generale, si rinvia alle considerazioni svolte da M. STELLA RICHTER jr., (nt. 18), 233 ss. e da G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, I, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2010, 228 ss.

limiti, esclusivamente l'esercizio delle attività indicate nel comma 2 e seguenti del medesimo articolo³⁸);

e) l'ammontare del capitale sottoscritto e di quello versato³⁹ (occorre considerare, in proposito, che gli artt. 2328, 2° comma c.c., e 2463, 2° comma c.c., dettano il contenuto di un atto costitutivo già stipulato, mentre nel caso in esame si tratta di indicazioni che dovranno solo in un secondo momento essere dal medesimo recepite: per cui, a ben vedere, l'atto deliberativo dovrà indicare il capitale da sottoscrivere e non l'ammontare del capitale sottoscritto e di quello versato⁴⁰);

f) il numero delle azioni, le loro caratteristiche e le modalità di emissione e circolazione⁴¹;

g) il numero degli amministratori e dei componenti il collegio sindacale⁴² (si tenga presente che la regola, nelle società a controllo pubblico⁴³, è la nomina di un amministratore unico⁴⁴: regola che, pertanto, non trova applicazione con riferimento alle società a partecipazione pubblica che non siano a controllo pubblico);

³⁸ Il punto non può essere in questa sede ulteriormente approfondito.

³⁹ Art. 2328, 2° comma, n. 4 e art. 2463, 2° comma, n. 4 c.c.

⁴⁰ Lo spunto in C. IBBA, *Le società "legali"*, (nt. 2), 75 s., a proposito del contenuto della legge nel caso di società coattive (per la cui definizione v., *retro*, la nota 2).

⁴¹ Art. 2328, 2° comma, n. 5 c.c.; mentre l'indicazione del loro valore nominale è ormai, come si è già ricordato, solo eventuale. Sempre nell'ambito delle indicazioni eventuali può ricordarsi la possibilità, con riferimento alle società a partecipazione mista pubblico-privata, di "prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato" (art. 17, comma 4, lett. c: benché tale disposizione si riferisca agli "statuti delle società per azioni", nulla vieta che tale indicazione sia contenuta nell'atto costitutivo: si tratta, in ogni caso, di una indicazione solo eventuale; sul punto v. meglio oltre nel presente par.).

⁴² Art. 2328, 2° comma, nn. 9 e 10 c.c. (con riferimento alla s.r.l., invece, tale indicazione, diversamente dal passato, non è più richiesta, con la conseguenza di potersi ritenere ammissibile che l'atto costitutivo rimetta all'assemblea la possibilità di fissare di volta in volta il suddetto numero: G. ZANARONE, (nt. 37), 243 s.).

Più dubbio è se costituisca elemento essenziale anche l'indicazione di quale o quali siano gli amministratori cui spetti la rappresentanza della società (art. 2328, 2° comma, n. 9 e 2463, 2° comma, n. 7 c.c.), alla cui assenza, nella s.p.a., non è semplice sopperire (v., sul punto, M. STELLA RICHTER jr., (nt. 18), 248; nella s.r.l., invece, è opinione prevalente quella secondo la quale in assenza della indicazione degli amministratori titolari del potere di rappresentanza, è da ritenere che esso spetti a tutti i gestori: in questo senso O. CAGNASSO, (nt. 19), 67 e 234 ss.; nonché G. ZANARONE, (nt. 37), 244; più in generale, nella s.r.l., è da ritenere che la determinazione delle regole di funzionamento della società relative all'amministrazione ed alla rappresentanza – art. 2463, n. 7 c.c. – debba considerarsi "meramente eventuale in quanto il silenzio dell'atto costitutivo sul punto comporta non già l'assenza di qualsiasi disciplina, con la conseguente impossibilità di funzionamento della società, ma l'applicazione della disciplina contenuta nel regime legale della s.r.l., eventualmente integrata attraverso l'estensione analogica di quella relativa ad altri tipi societari": così, ancora, G. ZANARONE, (nt. 37), 242 s. e 250 ss.); indicazione che, tuttavia, potrebbe senz'altro mancare nel caso di amministratore unico (come tra breve si dirà nel testo, si tratta della regola nelle società a controllo pubblico).

⁴³ Così come definite dall'art. 2, comma 1, lett. b) ed m).

⁴⁴ Secondo quanto dispone l'art. 11, comma 2. Con riferimento a tali società, tuttavia, per specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa, "l'assemblea della società a controllo pubblico può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri", secondo i criteri che saranno stabiliti da un DPCM di futura adozione (art. 11, comma 3): il riferimento all'assemblea della società sembrerebbe impedire, dunque, che tale opzione sia esercitata – sempre al ricorrere delle condizioni di cui sopra – già nell'atto costitutivo (il quale, comunque, dovrà quanto meno prevedere la possibilità che vi sia l'organo collegiale).

h) la nomina dei primi amministratori e sindaci e, quando previsto, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti⁴⁵ o, se si tratta di una s.r.l., le persone cui è affidata l'amministrazione e l'eventuale soggetto incaricato della revisione legale dei conti⁴⁶ (per la medesima ragione vista prima in questo paragrafo, *sub* lett. e, l'atto deliberativo non potrà contenere la nomina vera e propria degli amministratori⁴⁷, ma dovrà al più limitarsi ad indicare – ove possibile⁴⁸ – il soggetto che sarà poi nominato nell'atto costitutivo; vi è da chiedersi se discorso in parte diverso possa farsi nel caso in cui l'atto deliberativo preveda che la nomina degli amministratori della società avvenga direttamente da parte dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 2449 c.c.⁴⁹);

E' altresì previsto che nel caso in cui sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo (sempre in base ai criteri che saranno stabiliti dal DPCM di futura adozione, già prima ricordato), "il numero complessivo dei componenti degli organi di amministrazione e controllo non può essere superiore a cinque" (art. 11, comma 3).

⁴⁵ Art. 2328, 2° comma, n. 11 c.c. (si è detto, in proposito, che "si risolve così espressamente, con previsione normativa, la discussione sviluppatasi nel vigore dell'originario sistema del codice civile circa la necessità di tale nomina nell'atto costitutivo": M. STELLA RICHTER jr., *sub artt. 2326-2328*, in *Costituzione - Conferimenti*, a cura di M. Notari, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2007, 119; precedentemente alla riforma societaria del 2003, infatti, in assenza di una disposizione come quella appena menzionata, vi era chi sosteneva che la nomina dei primi amministratori potesse avvenire, oltre che nell'atto costitutivo, anche in un atto successivo: in questo senso, ad es., G. MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, 6*, Torino, 1993, 12, nota 22, ove ulteriori indicazioni della dottrina così orientata; per una ricostruzione delle diverse posizioni sul punto cfr. altresì G. CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, 4, Torino, 1991, 4 ss.). Può qui notarsi che, in deroga alla disciplina di diritto comune (art. 2409-bis, 2° comma c.c.), se si tratta di una s.p.a. a controllo pubblico dovrà essere necessariamente nominato il revisore legale dei conti, essendo perciò preclusa la possibilità di affidare il controllo contabile al collegio sindacale (art. 3, comma 2).

⁴⁶ Art. 2463, 1° comma, n. 8 c.c. In ordine alla necessità che, a prescindere dal modello di amministrazione adottato, l'atto costitutivo debba comunque contenere "un'indicazione nominativa dei primi amministratori", v. G. ZANARONE, (nt. 37), 244. Occorre osservare, inoltre, che nel caso di s.r.l. a controllo pubblico, l'atto costitutivo (o lo statuto) devono necessariamente prevedere la nomina dell'organo di controllo o di un revisore (art. 3, comma 2).

⁴⁷ Più precisamente, del primo amministratore nelle società a controllo pubblico, salvo che, al ricorrere delle condizioni stabilite dal DPCM di cui all'art. 11, comma 3, prima menzionato, l'assemblea non abbia optato per l'organo collegiale: è da notare che la disposizione appena citata, facendo esclusivo riferimento all'assemblea, induce a ritenere che l'atto costitutivo non possa, in tal caso, nominare i primi membri del consiglio di amministrazione.

Discorso analogo vale, tra l'altro, anche per la nomina dei sindaci.

⁴⁸ Non è detto, infatti, che ciò sia sempre possibile: lo sarà senz'altro nel caso in cui venga costituita una società unipersonale; al contrario, qualora vi siano più amministrazioni che partecipano alla costituzione, non è da escludere l'eventualità che non si raggiunga preventivamente – rispetto all'atto deliberativo che ogni singola amministrazione deve adottare – un accordo in ordine ai nomi da indicare per ricoprire le cariche sociali: si tratta di valutare quali possano essere le conseguenze di una tale omissione (sul punto v. oltre in questo § e nel § 2), tenendo presente, da un lato, che quella indicazione deve comunque essere presente nell'atto costitutivo, dovendosi escludere che la nomina possa essere contenuta in un atto successivo (v. quanto detto *supra*, alla nota 45, con l'ulteriore precisazione che si tratta di una indicazione che fa parte del contenuto documentale dell'atto costitutivo ma non fa parte invece del contenuto del contratto sociale, in quanto la variazione non ne comporta una modifica: G. MARASÀ, (nt. 45), 11 s.); dall'altro, che si tratta comunque di una indicazione non richiesta a pena di nullità della società (non rientrando, infatti, fra le ipotesi previste dall'art. 2332 c.c.).

⁴⁹ Non potendosi qui approfondire ulteriormente il punto, ci si limita a segnalare che la soluzione del problema sarà inevitabilmente condizionata dalla natura giuridica che si ritiene abbia l'atto di nomina "diretta" (per un esame approfondito delle differenti opinioni sul punto, vale a dire, quella, tradizionale e prevalente,

i) l'indicazione delle spese necessarie per la costituzione della società e poste a carico della medesima⁵⁰;

l) la durata della società⁵¹.

Il riferimento, contenuto nell'art. 7, comma 3, agli "elementi essenziali dell'atto costitutivo" fa pertanto ritenere che l'atto deliberativo debba contenere, quanto meno, le indicazioni appena individuate (v., però, quanto sarà precisato sul punto, più avanti, in questo paragrafo).

Pare certamente possibile, tuttavia, che nell'atto deliberativo vengano indicati anche uno o più elementi prima definiti eventuali in senso lato⁵²; è altresì possibile che nel medesimo atto deliberativo venga prevista l'adozione, oltre che dell'atto costitutivo, anche dello statuto.

La possibilità di scindere il contratto sociale in due documenti e di redigere, oltre all'atto costitutivo anche lo statuto, sembra infatti fuori discussione posto che ad esso si fa esplicito riferimento – anche qualora si opti per il tipo s.r.l.⁵³ – in diverse disposizioni del Testo

secondo la quale avrebbe la natura di atto amministrativo e quella secondo la quale avrebbe invece una natura privatistico-negoziale, si veda V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. Buonocore e diretto da R. Costi, sez. IV, tomo 4.VII, Torino, 2010, 115 ss.; da ultimo v. C. IBBA-I. DEMURO, sub art. 2449, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, II, Milano, 2016, 2832 ss.

Più in generale, sui problemi interpretativi posti dall'art. 2449 c.c., in seguito alla sentenza della Corte Giust. 6 dicembre 2007, causa C-464/04, in *Giur. comm.*, II, 2008, 576 ss., con nota di I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449*, ed alla successiva modifica ad opera dell'art. 13, l. 25 febbraio 2008, n. 34, cfr. 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, 947 ss.

⁵⁰ Art. 2328, 2° comma, n. 12 e art. 2463, 2° comma, n. 9 c.c.

⁵¹ Art. 2328, 2° comma, n. 13, potendo la medesima essere altresì costituita a tempo indeterminato (tale ultima previsione può essere sia espressa che tacita: M. STELLA RICHTER jr., (nt. 18), 314).

Occorre precisare che, con riferimento alla s.r.l., l'indicazione della durata della società non è espressamente prevista: nonostante ciò tale indicazione può essere comunque presente nell'atto costitutivo (O. CAGNASSO, (nt. 19), 66), essendo altresì ammissibile la costituzione a tempo indeterminato (E. LOFFREDO, sub art. 2463, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, 1415; G. ZANARONE, (nt. 37), 247, per il quale si ricade in tale ipotesi qualora non sia stato indicato alcun termine di durata).

⁵² Tenendo presente che, a quelli prima individuati (v., *retro*, in questo §), se ne possono aggiungere anche altri: alcuni dei quali espressamente nominati dalla legge (ad es., clausole limitative della circolazione delle azioni, compenso degli amministratori e dei sindaci, ulteriori cause di scioglimento della società, etc.: per una completa elencazione v. M. STELLA RICHTER jr., (nt. 18), 270 ss.; può considerarsi, inoltre, la già menzionata possibilità, con riferimento alle società a partecipazione mista pubblico-privata, di «prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato», ai sensi dell'art. 17, comma 4, lett. c), altri invece innominati (ad es., clausole di domiciliazione, clausole che prevedono l'abbreviazione dei termini di prescrizione e decadenza per l'esercizio di diritti o azioni sociali, clausole compromissorie, etc.: per una compiuta individuazione e descrizione cfr., ancora, M. STELLA RICHTER jr., (nt. 18), 282 ss.).

⁵³ Con riferimento alla s.r.l. è noto che la possibilità di redigere lo statuto non viene espressamente prevista, pur essendo assolutamente prevalente l'opinione permissiva (cfr. O. CAGNASSO, (nt. 19), 62, al quale si rinvia per ulteriori citazioni; E. LOFFREDO, (nt. 51), 1413 s.; E. BARCELLONA, sub art. 2463 - *Atto costitutivo e statuto*, in *S.r.l. Commentario*, dedicato a G. B. Portale, a cura di A. A. Dolmetta e G. Presti, Milano, 2011, 97 ss.); più problematico è invece il rapporto con l'atto costitutivo (nel senso della prevalenza delle disposizioni statutarie su quelle dell'atto costitutivo, secondo la medesima regola dettata per la s.p.a. dall'art. 2328, 3° comma c.c., è orientata una parte della dottrina: v., ancora, O. CAGNASSO, (nt. 19), 63 s.; in senso differente v.

unico in esame⁵⁴. Vi è da chiedersi però se, nel silenzio sul punto dell'art. 7, comma 3, sia necessario definirne il contenuto nell'atto deliberativo. E' pur vero, infatti, che l'art. 2328, 3° comma, c.c., stabilisce che lo statuto "anche se forma oggetto di atto separato, si considera parte integrante dell'atto costitutivo"; d'altro canto, però, il legislatore (art. 7, comma 3) richiede espressamente soltanto l'indicazione degli elementi essenziali dell'atto costitutivo: sembrerebbe doversi ritenere, perciò, che qualora tali elementi essenziali non siano presenti nell'atto costitutivo ma vengano invece indicati esclusivamente nello statuto (si può pensare, ad esempio, alla nomina dei primi amministratori), debbano essere comunque previsti nella delibera della amministrazione partecipante. Si può ritenere, inoltre, che dall'atto deliberativo debbano risultare eventuali clausole statutarie (relative, ad esempio, alla determinazione delle maggioranze assembleari o contenenti limiti alla circolazione delle azioni) alle quali l'ente pubblico subordini la partecipazione alla (costituzione della) società⁵⁵.

La disposizione in commento nulla dice in ordine alla possibilità che l'atto deliberativo preveda un termine entro il quale stipulare l'atto costitutivo della società. Vi è da domandarsi, pertanto, se ciò sia ammissibile e quali siano le conseguenze di una eventuale scadenza del medesimo senza che l'atto costitutivo sia stato stipulato (se, in particolare, tale ipotesi ricada nella fattispecie dell'assenza dell'atto deliberativo, con tutto ciò che ne deriva: sul punto v., oltre, il par. 3).

Ci si potrebbe chiedere, infine, se possa eventualmente mancare (e con quali conseguenze), nella deliberazione dell'amministrazione, uno od altro elemento essenziale del futuro atto costitutivo: in proposito deve osservarsi che, come già in precedenza precisato, soltanto alcuni di quegli elementi sono richiesti a pena di nullità della società⁵⁶; d'altro canto, però, deve tenersi presente che il notaio dovrebbe rifiutare la stipulazione di un atto costitutivo carente di indicazioni essenziali (comprese, perciò, quelle diverse dalle indicazioni la cui assenza può comportare la nullità della società)⁵⁷. Ciò precisato, si

però, M. SCIUTO, *L'atto costitutivo della società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2009, 659 ss.; E. LOFFREDO, (nt. 51), 1414; E. BARCELLONA, (nt. 53), 99 ss.).

⁵⁴ Ad esempio, con riferimento alla s.r.l. a controllo pubblico, si prescrive che l'atto costitutivo o lo *statuto* debbono prevedere la nomina dell'organo di controllo o di un revisore (art. 3, comma 2); l'art. 9, comma 7, ammette la possibilità che lo *statuto* preveda, ai sensi dell'art. 2449 c.c., la facoltà del socio pubblico di nominare o revocare direttamente uno o più componenti di organi interni della società; è possibile prevedere nello *statuto* altri requisiti per i componenti dell'organo amministrativo, ulteriori rispetto a quelli di onorabilità, professionalità e autonomia stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, previsti dall'art. 11, comma 1; è inoltre previsto – dal comma 4 dell'art. 11 – che "qualora la società abbia un organo amministrativo collegiale, lo *statuto* prevede che la scelta degli amministratori da eleggere sia effettuata nel rispetto dei criteri stabiliti dalla legge 12 luglio 2011, n. 120"; allo *statuto*, inoltre, fanno riferimento gli artt. 16, comma 3 e 17, comma 4, nell'individuare alcune clausole, in deroga al diritto societario comune, relative, rispettivamente, alle società *in house* ed alle società a partecipazione mista pubblico-privata (corsivi aggiunti).

⁵⁵ Con riferimento alle ipotesi appena considerate, fra l'altro, si può porre il problema delle conseguenze di una eventuale mancata indicazione nell'atto deliberativo: sul punto v. quanto si dirà più avanti, nel par. 2, testo e nota 62.

⁵⁶ Denominazione della società, conferimenti, ammontare del capitale sociale, oggetto sociale: art. 2332, 1° comma, n. 3 c.c.

⁵⁷ Così, ad esempio, G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, *Diritto delle società*, 9ª ed. a cura di M. Campobasso, Torino, 2015, 152; nonché G. ZANARONE, (nt. 37), 248 ss., il quale osserva che se è vero (come

possono prospettare due soluzioni interpretative: la prima, secondo la quale nell'atto deliberativo devono necessariamente essere presenti tutti gli elementi che, secondo la dottrina commercialistica in precedenza ricordata, sono da ritenersi essenziali ai fini della costituzione della società⁵⁸ (con le conseguenze, qualora uno di tali elementi essenziali risulti mancante, che si vedranno più avanti, nel § 2, testo e nota 62); la seconda, per la quale invece il contenuto imprescindibile dell'atto deliberativo potrebbe anche limitarsi alle sole indicazioni richieste a pena di nullità della società, ferma restando però la necessità che le ulteriori indicazioni essenziali vengano comunque integrate, al più tardi, al momento della stipulazione dell'atto costitutivo.

2. *Forma e contenuto dell'atto costitutivo. Le ulteriori fasi del procedimento di costituzione della società.*

Come già detto in precedenza, l'atto deliberativo della amministrazione partecipante (o delle più amministrazioni partecipanti) rappresenta il presupposto necessario del successivo atto costitutivo della società, che potrà essere un contratto o un atto unilaterale, e dovrà essere redatto nella forma dell'atto pubblico (art. 2328, 1° e 2° comma c.c.; art. 2463, 1° e 2° comma c.c.): ciò in ossequio alla clausola generale, dettata dall'art. 1, comma 3, secondo la quale per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del Testo unico in esame, "si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato". Non sono espressamente individuati i soggetti che devono partecipare alla stipulazione dell'atto costitutivo: si deve trattare, con tutta evidenza, dei soggetti legittimati a rappresentare l'amministrazione pubblica partecipante (o le più amministrazioni pubbliche partecipanti)⁵⁹; si potrebbe eventualmente fare riferimento

del resto si è appena accennato) che solo alcuni degli elementi prima indicati devono essere presenti nell'atto costitutivo a pena di nullità del medesimo (ai sensi dell'art. 2332, richiamato per la s.r.l. dal 3° comma dell'art. 2463 c.c.), è altrettanto vero però che, prima dell'iscrizione dell'atto costitutivo nel registro delle imprese, l'assenza degli altri elementi determinerebbe la nullità *ex art.* 1418 c.c. per contrarietà a norma imperativa, "con la conseguenza che il notaio, qualora lo rogasse ugualmente, sarebbe passibile delle sanzioni di cui al comb. disp. artt. 28 e 138 l. 16 febbraio 1913, n. 89 per contravvenzione al divieto di ricevere atti "espressamente proibiti dalla legge", e, qualora ne chiedesse, dopo averlo rogato, l'iscrizione nel registro delle imprese, incorrerebbe in quelle dell'art. 138-bis della medesima l. n. 89 (...) in quanto sarebbero "manifestamente inesistenti le condizioni richieste dalla legge" "; in questo senso v. già M. SCIUTO, *Forma pubblica, controllo di legalità e condizioni di iscrivibilità nella costituzione delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2001, 1240 s.; v. anche N. ATLANTE, *Commento all'art. 2330*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. d'Alessandro, vol. II, tomo 1, Padova, 2010, 64. Per ulteriori considerazioni in ordine all'estensione del controllo notarile v., oltre, il paragrafo successivo.

⁵⁸ Ci si riferisce, come si è detto, non a tutti, ma soltanto ad alcuni degli elementi previsti dagli artt. 2328 e 2463 c.c., cioè a quelli indicati, *retro*, in questo paragrafo alle lett. a) – l) (tenendo altresì presenti le precisazioni fatte a suo tempo in ordine ad alcuni di essi: come, ad esempio, la nomina dei primi amministratori e la durata della società). Ma, a ben vedere, altrettanto si può affermare con riferimento a quelle indicazioni prima definite eventuali in senso stretto (valutazione dei conferimenti in natura, etc.: v., *retro*, in questo §), qualora se ne verifichi il presupposto.

⁵⁹ Salva, ovviamente, l'ipotesi delle società miste, nelle quali alla stipulazione dell'atto costitutivo parteciperanno anche uno o più soci privati, previamente individuati secondo procedure ad evidenza pubblica (sul punto v., oltre, il § 4).

ai medesimi soggetti, indicati dall'art. 9, commi 1-4, legittimati ad esercitare i diritti sociali (dei quali l'atto costitutivo rappresenta, a ben vedere, il presupposto)⁶⁰.

Nella stipulazione dell'atto costitutivo ci si deve rigorosamente attenere a quanto in precedenza stabilito nell'atto deliberativo della amministrazione partecipante (o delle più amministrazioni partecipanti), il quale, come già prima ricordato, deve indicare gli elementi essenziali dell'atto costitutivo della società (ai quali possono altresì aggiungersi, come precisato nel precedente paragrafo, gli elementi prima definiti eventuali in senso lato, nonché il contenuto dello statuto, qualora ne sia stata prevista la redazione⁶¹).

Ci si potrebbe allora domandare quali siano le conseguenze di una eventuale difformità fra i due atti (atto deliberativo ed atto costitutivo), sebbene, come si dirà meglio più avanti (v., oltre, in questo §), sia da ritenere che il notaio debba controllare l'esistenza dell'atto deliberativo e debba perciò verificare anche la corrispondenza fra il suo contenuto e quanto indicato nell'atto costitutivo (e nello statuto, là dove sia previsto). Ad ogni modo, qualora tale controllo non fosse adeguatamente effettuato (ed essendo da scartare la riconducibilità del caso in esame ad una delle ipotesi di nullità previste dall'art. 2332 c.c.) potrebbe forse trovare applicazione la disciplina dettata dal comma 6 dell'art. 7 (per il cui esame v., oltre, il § 3) la quale, pur riferendosi espressamente soltanto alla mancanza o alla invalidità dell'atto deliberativo, potrebbe essere interpretata estensivamente ritenendo che la mancanza dell'atto deliberativo possa anche comprendere l'assenza in esso di singole clausole invece presenti nell'atto costitutivo (ovvero nello statuto)⁶².

Una volta stipulato l'atto costitutivo, il procedimento di costituzione della società procederà – in forza della clausola generale, dettata dall'art. 1, comma 3, già prima ricordata – secondo la disciplina dettata dagli artt. 2329, 2330 e 2331 c.c. (disposizioni applicabili anche qualora si opti per il tipo s.r.l., per via del richiamo contenuto nell'art. 2463, 3° comma c.c.).

⁶⁰ Per le partecipazioni pubbliche statali, il Ministero dell'economia e delle finanze (di concerto con altri ministeri competenti per materia, individuati dalle relative disposizioni di legge o di regolamento ministeriale); per le partecipazioni regionali, secondo la disciplina stabilita dalla regione titolare delle partecipazioni; per le partecipazioni di enti locali, il sindaco o il presidente o un loro delegato; in tutti gli altri casi, l'organo amministrativo dell'ente.

⁶¹ Fermo restando che, come già prima precisato (v., *retro*, § 1.1), con riferimento allo statuto il contenuto "minimo" dell'atto deliberativo può limitarsi a quegli elementi essenziali dell'atto costitutivo che siano eventualmente in esso indicati, ovvero alle eventuali clausole statutarie alle quali l'ente pubblico subordini la partecipazione alla (costituzione della) società.

⁶² Occorre precisare che il riferimento deve essere inteso alle clausole contenenti elementi essenziali dell'atto costitutivo (anche qualora siano presenti, anziché nell'atto costitutivo, nello statuto, nei termini meglio precisati prima, nel § 1.1), delle quali soltanto, infatti, il legislatore impone una preventiva indicazione nell'atto deliberativo. Con riferimento, invece, alle eventuali clausole statutarie alle quali l'ente pubblico subordini la partecipazione alla (costituzione della) società (che pure dovrebbero essere indicate nell'atto deliberativo: come si è detto, *retro*, nel § 1.1), sembra preferibile invece escludere l'applicabilità della disciplina dettata dall'art. 7, comma 6 (si rischierebbe altrimenti di subordinare alla volontà di una singola amministrazione partecipante, la stessa sopravvivenza della società: si tenga presente, infatti, che ai sensi della disposizione da ultimo citata, qualora la partecipazione dell'amministrazione fosse essenziale ai fini del raggiungimento dell'oggetto sociale, l'assenza dell'atto deliberativo potrebbe comportare la nullità della società *ex* art. 2332 c.c.; sul punto, e sulle molte perplessità suscitate da questa disciplina, si rinvia al § 3).

Per quanto concerne il controllo notarile, pur nella incertezza che ancora caratterizza la definizione della sua ampiezza⁶³, è ragionevole ritenere che questo debba estendersi sia all'esistenza dell'atto deliberativo della amministrazione partecipante (o delle più amministrazioni partecipanti), sia, almeno in certi casi (che tra breve saranno meglio individuati), alla sua validità; nonché, come già accennato in precedenza, alla conformità dell'atto costitutivo (e dell'eventuale statuto) alle indicazioni in esso contenute⁶⁴.

E ciò, sia perché, seguendo l'opinione prevalente, contenuto ed ampiezza del controllo notarile coincidono con quello in passato svolto dal tribunale in sede di omologazione, gravando pertanto sul medesimo l'obbligo di verificare l'adempimento delle condizioni richieste dalla legge⁶⁵; sia perché, come meglio si vedrà più avanti, dalla mancanza (o dalla invalidità) dell'atto deliberativo potrebbe anche derivare la nullità del contratto di società, ai sensi dell'art. 2332 c.c.: ed è indubbio che il notaio debba controllare la sussistenza di eventuali cause di nullità della società⁶⁶.

Può aggiungersi, inoltre, che l'atto deliberativo potrebbe forse essere ricondotto alle «condizioni richieste dalle leggi speciali per la costituzione della società, in relazione al suo particolare oggetto», ai sensi dell'art. 2329, n. 3, c.c.: il che consentirebbe di estendere – almeno in parte – alla ipotesi qui esaminata i risultati cui è pervenuta la dottrina in ordine ai casi nei quali l'autorizzazione amministrativa è preventiva alla stipulazione dell'atto costitutivo (come avviene, ad esempio, per le SICAV)⁶⁷.

⁶³ Per una sintesi delle diverse opinioni sul punto cfr. A. PAVONE LA ROSA, G. L. NIGRO, *Il procedimento di costituzione della società per azioni*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, 1*, Torino, 2004, 367 ss.; G. F. CAMPOBASSO, (nt. 57), 156 ss.; N. ATLANTE, (nt. 57), 57 ss.

⁶⁴ Vi è inoltre da chiedersi se il notaio, nel caso della costituzione di società miste, debba altresì verificare il rispetto della procedura pubblica di selezione dell'eventuale socio privato: sul punto v., oltre, il par. 4.

⁶⁵ Così orientati, in particolare, M. STELLA RICHTER jr, *Considerazioni generali sulla riforma delle omologazioni societarie*, in *Riv. not.*, 2001, 280 ss.; U. MORERA, *Dall' «omologazione» del tribunale all' «omologazione» del notaio: prime riflessioni sull'art. 32, l. 340/2000*, in *Riv. not.*, 2001, 296 ss.; P. REVIGLIONE, *Il controllo di iscrivibilità sugli atti societari: profili sostanziali e procedurali*, in *Riv. soc.*, 2001, 1443 ss.; V. DONATIVI, *La riforma dell'omologazione: profili istruttori e procedurali*, in *Riv. soc.*, 2001, 1049 ss.; più di recente, P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, sub art. 2463 - *Il procedimento*, in *S.r.l. Commentario*, dedicato a G. B. Portale, a cura di A. A. Dolmetta e G. Presti, Milano, 2011, 90 s.

In ordine alle peculiarità che il controllo omologatorio – con considerazioni che possono oggi in parte riproporsi con riferimento al controllo notarile – può avere nel caso delle società legali (ed, in specie, delle società coattive), v. C. IBBA, *Le società «legali»*, (nt. 2), 183 ss.

⁶⁶ Si tratta di una questione sostanzialmente pacifica: v., ad esempio, M. SCIUTO, (nt. 57), 1257 ss.; nonché gli Autori citati, *retro*, alla nota 65; ai quali *adde* G. F. CAMPOBASSO, (nt. 57), 158.

⁶⁷ In proposito si è sostenuto (A. PAVONE LA ROSA, G. L. NIGRO, (nt. 63), in specie 338 ss.) che “essendo il notaio tenuto a controllare (...) la sussistenza delle condizioni richieste dalla legge per la costituzione della società, deve ritenersi che l'oggetto della sua verifica riguarda non soltanto l'esistenza dell'autorizzazione rilasciata dalla Banca d'Italia, ma anche la conformità tra il progetto di atto costitutivo autorizzato e l'atto definitivo del quale si chiede la stipula”. Con riferimento alla invalidità dell'autorizzazione si propone una distinzione fra l'ipotesi in cui essa “è determinata da vizi di legittimità (l'incompetenza, l'eccesso di potere e la violazione di legge)”, da quelle nella quale è determinata “da vizi di merito (in quanto l'atto è stato posto in essere in contrasto con le regole tecniche o con gli altri principi non giuridici che pure devono essere osservati nell'azione amministrativa)”: nel primo caso sarebbe legittimo il rifiuto del notaio di procedere alla stipula dell'atto costitutivo “in quanto il vizio dell'autorizzazione risulta di immediata percezione e l'autorità di vigilanza può sempre annullare in via di autotutela il provvedimento non validamente espresso”; nel secondo caso, “sembra, invece, preferibile escludere che il notaio possa rifiutare la stipula dell'atto costitutivo, essendo la valutazione e l'applicazione delle regole e delle prescrizioni attinenti al merito degli atti amministrativi

Sulla base di quanto appena detto, dunque, sembra ragionevole ritenere che il notaio debba rifiutarsi di stipulare l'atto costitutivo, sia in assenza dell'atto deliberativo, sia nel caso di difformità fra il contenuto del medesimo e quello dell'atto costitutivo (e dell'eventuale statuto)⁶⁸, sia, infine, qualora l'atto deliberativo sia affetto da vizi di legittimità (*id est* cause di annullabilità: incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge) che siano per il medesimo di immediata percezione⁶⁹.

Il notaio provvederà poi, nel termine di venti giorni dalla redazione dell'atto costitutivo, al deposito ed alla contestuale richiesta di iscrizione del medesimo nel registro delle imprese (art. 2330, 1° e 3° comma c.c.), allegando – ai sensi dell'art. 2330, 1° comma c.c. – la documentazione comprovante la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 2329 c.c.: ivi compreso, se si accoglie la tesi prima prospettata, l'atto deliberativo della amministrazione partecipante (o delle più amministrazioni partecipanti).

L'ufficio del registro delle imprese, verificata la regolarità formale della documentazione, iscriverà la società nel registro, con gli effetti di cui all'art. 2331, 1° comma c.c. (qualora si tratti di una s.r.l., l'ufficio dovrà anzi provvedere alla iscrizione immediata dell'atto, secondo la disposizione dettata dall'art. 20, comma 7-bis, d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito nella l. 11 agosto 2014, n. 116⁷⁰).

Risulta essere applicabile, infine, anche la disciplina degli atti compiuti spendendo il nome della società prima dell'iscrizione, benché la medesima possa comportare una

riservata in via di principio esclusivamente all'autorità competente a porre in essere il relativo atto". Quanto poi al problema degli effetti che la mancanza di autorizzazione, la sua invalidità e la difformità tra atto costitutivo stipulato e quello autorizzato producono sull'esistenza della società già iscritta, scartatasi la tesi della riconducibilità alla nullità per illiceità dell'oggetto sociale, si ritiene applicabile l'art. 223-*quater*, 2° comma, disp. att. c.c., il quale, benché dettato testualmente per le ipotesi nelle quali l'autorizzazione è successiva alla stipula dell'atto costitutivo, sarebbe applicabile in via analogica al caso in esame.

⁶⁸ Tenendo presente quanto precisato *retro*, in questo paragrafo, testo e nota 62.

⁶⁹ In proposito deve tenersi presente l'eventualità che (i) vi siano uno o più ricorsi giurisdizionali pendenti aventi ad oggetto l'atto deliberativo affetto da vizi che ne comportino l'annullabilità (sulla cui disciplina si veda, ad esempio, A. POLICE, *Annullabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, I, 2007, 49 ss.); ovvero (ii) che tali giudizi possano ancora essere instaurati, perché il termine di impugnazione (60 giorni, secondo quanto dispone l'art. 29, d.lgs. n. 104 del 2010) non è ancora decorso; o che, viceversa, (iii) il termine sia scaduto (nel qual caso può prospettarsi solo l'eventualità di un annullamento in autotutela, entro il termine di 18 mesi previsto dall'art. 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241 del 1990). Può ritenersi che, nel caso *sub* (i), il notaio debba rifiutare la stipulazione dell'atto costitutivo in attesa dell'esito del giudizio, o dei giudizi, pendenti. Meno agevole è invece stabilire quale debba essere la condotta del medesimo negli altri casi prima indicati: nell'ipotesi *sub* (ii) sembrerebbe ragionevole sostenere che – vi siano o meno cause di annullabilità dell'atto deliberativo di immediata percezione – il notaio debba attendere, prima di stipulare l'atto costitutivo, il decorso del termine per l'impugnazione dell'atto deliberativo (benché debba tenersi presente che il termine per l'impugnazione può decorrere da momenti diversi a seconda dei soggetti considerati e delle forme di comunicazione del provvedimento ad essi riferibili: in questi termini E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, 2015, 792). Nel caso *sub* (iii), invece, a meno che non vi siano cause di annullabilità dell'atto deliberativo di immediata percezione, parrebbe davvero eccessivo imporre al notaio di attendere anche il decorso del termine previsto per l'annullamento in autotutela.

Per quanto riguarda le conseguenze della mancanza o della invalidità dell'atto deliberativo, si rinvia al par. 3.

⁷⁰ Sul punto si veda, ad esempio, C. IBBA, *Pubblicità legale delle imprese e "semplificazioni" poco riuscite*, in questa *Rivista*, 3/2015; nonché V. DONATIVI, *Conservatore e notaio: l'iscrizione nel registro delle imprese dopo il d.l. n. 91/2014*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 279 ss.

responsabilità del socio pubblico per le obbligazioni sociali⁷¹: come avverrebbe nel caso in cui l'amministrazione sia socio unico o sia il socio che ha deciso, consentito od autorizzato l'operazione (art. 2331, 2° comma c.c.)⁷².

3. *Le conseguenze della mancanza o dell'invalidità dell'atto deliberativo.*

L'assenza dell'atto deliberativo di una o più amministrazioni partecipanti, o la dichiarazione di nullità o l'annullamento del medesimo, comportano l'obbligo di liquidare la partecipazione sociale secondo i criteri e le regole procedurali previsti, in caso di recesso del socio di s.p.a., dagli artt. 2437-ter, 2° comma e 2437-quater c.c. (tanto si evince dall'art. 24, comma 5, al quale rinvia l'art. 7, comma 6). Può notarsi, per inciso, che vengono espressamente richiamate soltanto le disposizioni dettate per la s.p.a., senza considerare che la società partecipata potrebbe essere una s.r.l., nel qual caso sorge il dubbio se il rinvio debba ritenersi alle corrispondenti norme in tema di recesso (art. 2437, 3° e 4° comma c.c.), anche in considerazione delle difformità di disciplina relative al procedimento di liquidazione della quota⁷³.

La norma configura una sorta di causa di esclusione *ex lege* (o di decadenza *ex lege*) dalla qualità di socio, poiché la mancanza dell'atto deliberativo o la sua dichiarazione di nullità o annullamento sembra producano un effetto immediato sulla partecipazione del socio pubblico, determinando lo scioglimento del rapporto sociale.

La mancanza o l'invalidità dell'atto deliberativo può anche comportare – qualora riguardi una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale – la nullità dell'intero contratto, ai sensi dell'art. 2332 c.c. Sembrerebbe che venga introdotta, in tal modo, una vistosa deroga alla disciplina della nullità delle società di capitali ed, in specie, al principio di tassatività delle cause di nullità⁷⁴: principio in virtù del quale “non possono essere considerati rilevanti, ai fini della validità della s.p.a., vizi di *nullità, assoluta o relativa, annullabilità o inesistenza* diversi da quelli indicati nell'art. 2332, in conformità dell'art. 11 della

⁷¹ Per l'applicabilità di tale disciplina alle società pubbliche si era espresso, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario del 2003, F. FRACCHIA, (nt. 29), 597.

Del resto, che l'ente pubblico possa essere responsabile per le obbligazioni sociali sembra pacifico essendo ammessa anche la costituzione nella forma della s.p.a. o della s.r.l. unipersonale la cui disciplina, come noto, al mancato rispetto di determinate condizioni, ricollega appunto la perdita del beneficio della responsabilità limitata dell'unico socio (artt. 2325, 2° comma e 2462, 2° comma c.c.).

⁷² Responsabilità che, tra l'altro, permarrebbe, quanto meno nei confronti dei terzi, anche in seguito all'eventuale approvazione dell'operazione da parte della società (art. 2331, 3° comma c.c.): per la ricostruzione di tale disciplina si veda P. BELTRAMI, *La società prima dell'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 1, Torino, 2006, 355 ss.; sia consentito altresì rinviare a V. SANNA, *La società di capitali non iscritta alla luce della riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 655 ss.

⁷³ Si veda, sul punto, G. ZANARONE, (nt. 37), 775 ss., ed in specie 828 ss.; M. TANZI, sub *art 2473*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, in specie 1541 ss.

⁷⁴ In ordine al quale v. G. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, 1*, Torino, 2004, 507 ss.; si veda, inoltre, M. SCIUTO, *La nullità della società*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, 1, Torino, 2006, in specie 420 ss.

direttiva comunitaria”⁷⁵, con la conseguenza di precludere la dichiarazione di invalidità della società per vizi delle singole partecipazioni, anche là dove queste siano da considerarsi essenziali⁷⁶.

Si tratta di una deroga, dunque, che è già difficile conciliare con il diritto societario nazionale (di matrice comunitaria), ma che pare soprattutto incompatibile con la stessa disciplina comunitaria⁷⁷. Il già citato principio di tassatività, infatti, comporta altresì che l’elenco dei vizi dell’atto costitutivo oggi contenuto nell’art. 12, 1° comma, lett. b, della Direttiva 2009/101/CE del 16 settembre 2009 (che ha sostituito la I Direttiva in materia societaria 68/151/CEE del 9 marzo 1968), individui il limite entro il quale gli ordinamenti nazionali possono liberamente determinare le cause di nullità⁷⁸, ed è agevolmente rilevabile che l’ipotesi in esame non è riconducibile a nessuno di quei casi⁷⁹, neppure ad uno di quelli non contemplati dall’art. 2332 c.c.⁸⁰

⁷⁵ G. PALMIERI, (nt. 74), 510 (corsivo dell’Autore). Occorre precisare che il riferimento all’art. 11 della direttiva comunitaria deve essere oggi inteso all’art. 12, 2° comma della Direttiva 2009/101/CE del 16 settembre 2009 (che, come noto, ha sostituito la I Direttiva in materia societaria 68/151/CEE del 9 marzo 1968), ai sensi del quale, appunto, al di fuori dei casi di nullità dalla medesima indicati, “le società non sono soggette ad alcuna causa di inesistenza, nullità assoluta, nullità relativa o annullabilità”.

⁷⁶ Così, ancora, G. PALMIERI, (nt. 74), 510 s., al quale si rinvia per le citazioni della dottrina così orientata ed il quale ancora precisa che, nel sistema attuale, “l’eventuale presenza di vizi delle partecipazioni dei soci è destinato perciò ad inficiare solo ed esclusivamente la validità del singolo rapporto, sempre che si attribuisca a tali vizi rilevanza sul piano societario”; nello stesso senso G. ZANARONE, (nt. 37), 262, nota 151 (v. però G. MARASÀ, *Le società. Società in generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, 2ª ed., 128 s., per il quale l’invalidità della partecipazione essenziale, pur non determinando la nullità della s.p.a., ne comporterebbe tuttavia lo scioglimento per impossibilità di conseguimento dell’oggetto sociale); ferma restando l’ininfluenza sulla validità della società, in ordine alla questione delle possibili conseguenze della invalidità della singola partecipazione v., altresì, M. SCIUTO, (nt. 74), 436 s.

Con specifico riferimento alle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali – allora disciplinate dall’art. 22, lett. e), l. n. 142 del 1990 e dall’art. 12 l. n. 498 del 1992 (per l’evoluzione successiva della relativa disciplina cfr., da ultimo, A. PERICU, *Le imprese esercitate dagli enti pubblici locali tra concorrenza e spending review (profili giuridici)*, in AGE, 2015, in specie 354 ss.; v., altresì, I. DEMURO, *La partecipazione del privato*, in *Le società “pubbliche”*, a cura di C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, 279 ss., in specie 288 ss.) – occorre rammentare quanto affermava G.F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, 397 s., riguardo alla necessità che il tribunale rifiutasse l’omologazione qualora risultassero violate le condizioni previste dalle disposizioni citate, precisando che, “qualora i vizi e le anomalie dell’atto costitutivo non siano rilevate o rilevabili in sede di omologazione e la società venga ugualmente ad esistenza con l’iscrizione nel registro delle imprese, la nullità della società potrà essere dichiarata solo negli otto casi tassativamente elencati dall’art. 2332 c.c.”, rilevando come fosse “pacifico che non determinano invalidità della società le cause di nullità che colpiscono la singola partecipazione anche se essenziale”; e puntualizzando, ulteriormente, che “l’eventuale invalidità della partecipazione (maggioritaria o di minoranza) dell’ente locale o del socio privato di maggioranza, anche se certamente essenziale per dar vita ad una società mista, non potrà mai determinare la nullità della società una volta avvenuta l’iscrizione dell’atto costitutivo nel registro delle imprese” (unico effetto essendo l’obbligo della società di liquidare la relativa partecipazione).

⁷⁷ Si è osservato, con riferimento alle società a partecipazione pubblica, che “nel confezionare le discipline speciali il legislatore non gode di una libertà sconfinata, dovendo rispettare vincoli di ordine costituzionale e vincoli di ordine comunitario”, fra i quali è compreso il diritto comunitario delle società: C. IBBA, (nt. 1), 9 s.

⁷⁸ Per tutti, G. PALMIERI, (nt. 74), 507. La Corte di giustizia, com’è noto, ha sempre interpretato assai rigorosamente il principio di tassatività delle fattispecie di nullità previste dalla Prima Direttiva: si veda, in particolare, Corte Giust., 13 novembre 1990, causa C-106/89, in *Foro it.*, 1992, IV, 173 ss.

⁷⁹ i) Mancanza dell’atto costitutivo oppure inosservanza delle formalità relative al controllo preventivo o della forma di atto pubblico; ii) carattere illecito o contrario all’ordine pubblico dell’oggetto della società; iii) mancanza, nell’atto costitutivo o nello statuto, di ogni indicazione riguardante la denominazione della società,

Deve ancora osservarsi che nella disposizione in esame – art. 7, comma 6 – si fa esclusivo riferimento al caso dell'assenza dell'atto deliberativo o dell'atto deliberativo dichiarato nullo o annullato; non invece a quello dell'atto deliberativo revocato. In proposito, sembra più corretto ritenere che non trovi applicazione la disciplina dalla medesima dettata, argomentando dalla constatazione che, diversamente, si finirebbe per attribuire al socio pubblico un diritto di recesso *ad nutum* (basterebbe, infatti, procedere alla revoca dell'atto deliberativo perché si produca lo scioglimento del vincolo societario ed il conseguente diritto alla liquidazione della partecipazione secondo le regole del recesso)⁸¹.

Tornando all'ipotesi della mancanza o invalidità dell'atto deliberativo, vi è inoltre da sottolineare che il rinvio alla disciplina della nullità potrebbe comunque comportare l'applicazione della regola che prevede la possibilità di sanatoria della medesima qualora la causa sia stata eliminata (art. 2332, 5° comma c.c.): l'adozione, da parte della amministrazione partecipante, dell'atto deliberativo originariamente mancante o la revoca in autotutela del medesimo – qualora sia affetto da un vizio di legittimità – e la successiva adozione di un atto conforme alla legge potrebbero, dunque, evitare la dichiarazione di nullità della società.

i conferimenti, l'ammontare del capitale sottoscritto o l'oggetto sociale; iv) inosservanza delle disposizioni della legislazione nazionale relative al versamento minimo del capitale sociale; v) incapacità di tutti i soci fondatori; vi) il fatto che, contrariamente alla legislazione nazionale che disciplina la società, il numero dei soci fondatori sia inferiore a due.

⁸⁰ A meno di non ritenere che, essendo possibile ricondurre l'atto deliberativo alle “condizioni richieste dalle leggi speciali per la costituzione della società, in relazione al suo particolare oggetto”, ai sensi dell'art. 2329, n. 3, c.c., e più precisamente ad uno di quei casi nei quali l'autorizzazione amministrativa è preventiva alla stipulazione dell'atto costitutivo (come avviene, ad esempio, per le SICAV), possa ragionarsi in termini simili a quanto è possibile fare con riferimento all'art. 223-*quater*, 2° comma, disp. att. c.c. Tale disposizione, introdotta dalla riforma societaria del 2003, prevede infatti che nel caso non siano state rilasciate le autorizzazioni di cui all'art. 2329, n. 3, c.c., l'autorità competente al rilascio delle medesime possa proporre istanza per la cancellazione della società dal registro delle imprese, e che “il tribunale provvede, sentita la società, in camera di consiglio e nel caso di accoglimento dell'istanza si applica l'art. 2332 del codice”: può ritenersi, tuttavia, che essa non introduca nel nostro ordinamento un “nuovo” caso di nullità, non facendo altro che confortare la tesi secondo la quale la mancanza delle autorizzazioni all'esercizio dell'attività indicata nell'oggetto sociale possa ricondursi all'ipotesi di nullità prevista dall'art. 2332, 1° comma, n. 2, ossia all'illiceità dell'oggetto sociale (in questo senso G. PALMIERI, sub art. 2332, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, I, Napoli, 2004, 95 s.). In questa prospettiva, per la verità alquanto dubbia, anche la mancanza o l'invalidità dell'atto deliberativo della amministrazione partecipante, nel caso in cui fosse essenziale, sarebbe, in definitiva, riconducibile all'illiceità dell'oggetto sociale.

⁸¹ Secondo l'orientamento della giurisprudenza, del resto, la revoca della deliberazione della amministrazione partecipante non ha “efficacia caducante della partecipazione”, poiché “il venir meno dell'atto presupposto non determina *ex se* l'eliminazione di quello presupponente dal mondo giuridico (effetto caducante), ma, affinché lo scioglimento del vincolo sociale abbia effetto, occorre la redazione di un distinto negozio di recesso”: così la motivazione di TAR Sardegna, 21 giugno 2012, n. 633, nella quale si precisa inoltre che “la deliberazione del Consiglio comunale (...) ha natura puramente autoritativa, in quanto essa costituisce espressione di una scelta organizzativa discrezionale dell'ente e ha carattere prodromico rispetto al negozio societario attuativo della scelta effettuata (recesso in senso stretto dall'atto costitutivo della società, esercitato secondo le modalità prescritte dallo statuto e dall'art. 2473 c.c.)”. Ciò discenderebbe dal principio secondo il quale “nelle ipotesi in cui un negozio di diritto privato posto in essere da una pubblica amministrazione sia preceduto da un procedimento amministrativo l'annullamento degli atti del procedimento amministrativo non comporta, di regola, l'automatica caducazione del negozio giuridico a valle (cd. effetto caducante), producendo piuttosto una invalidità derivata (cd. effetto viziante), che deve essere dedotta davanti al Giudice avente giurisdizione sull'atto negoziale”: principio enunciato da Cons. St., Adunanza Plenaria, 3 giugno 2011, n. 10; cfr. inoltre Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30167 (sul punto v. anche oltre, il par. 5).

Può ritenersi, infine, che nel caso in cui l'amministrazione sia socio unico e vi sia l'assenza dell'atto deliberativo ovvero la sua invalidità, la liquidazione della partecipazione al socio unico secondo le regole del recesso non possa che condurre allo scioglimento (per impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale: art. 2484, 1° comma, n. 2 c.c.) ed alla conseguente liquidazione della società⁸².

4. *La partecipazione all'atto costitutivo di soci privati.*

Qualora sia prevista la partecipazione all'atto costitutivo di soci privati, è stabilito che questi siano scelti "con procedure di evidenza pubblica a norma dell'art. 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016", il quale, peraltro, si limita a stabilire che "nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica"⁸³.

Rispetto alle società interamente a capitale pubblico, pertanto, il procedimento di costituzione si arricchisce di un ulteriore momento, posto tra la deliberazione dell'amministrazione e la stipula dell'atto costitutivo, rappresentato appunto dalla procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla selezione del socio privato⁸⁴.

Per quanto interessa in questa sede, ci si può chiedere se il notaio debba in questo caso verificare il rispetto della procedura pubblica di selezione dell'eventuale socio privato e se possa rifiutarsi di stipulare l'atto costitutivo in assenza di tale requisito: come si è sottolineato in precedenza, secondo l'opinione prevalente, il contenuto e l'ampiezza del controllo del notaio coincidono con quello in passato svolto dal tribunale in sede di

⁸² Si giungerebbe così, in via interpretativa, al medesimo risultato cui si perverrebbe se trovasse applicazione la disposizione (art. 24, comma 6), non espressamente richiamata dall'art. 7, comma 6 (il quale richiama soltanto le modalità di liquidazione della partecipazione previste dall'art. 24, comma 5), secondo la quale la società deve essere posta in liquidazione nel caso di "estinzione della partecipazione in una società unipersonale": espressione, in verità, non particolarmente chiara, ma che sembrerebbe riferirsi al caso appena prospettato.

Per inciso può notarsi, altresì, che il mancato richiamo da parte dell'art. 7, comma 6 all'art. 24, comma 6, sembrerebbe impedire l'applicazione della disposizione per la quale, qualora non vi siano gli utili o le riserve disponibili necessarie per la liquidazione della quota, si prevede che la società debba essere posta in liquidazione (in tal modo precludendo la possibilità di ricorrere ad una riduzione reale del capitale sociale, in applicazione del 6° comma dell'art. 2437-*quater* c.c.).

⁸³ Tali procedure di selezione del socio privato devono essere pertanto poste in essere nelle società costituite per la realizzazione e gestione di un'opera ovvero per l'organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale in regime di partenariato con un imprenditore privato, nelle quali la partecipazione del socio privato non può peraltro essere inferiore al trenta per cento del capitale sociale (art. 17, comma 1). In tal caso, la durata della partecipazione del socio privato non può essere superiore alla durata dell'appalto e della concessione, oggetto esclusivo dell'attività della società mista: dovrà essere lo statuto, perciò, a prevedere meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio (art. 17, comma 3): il punto non può essere qui ulteriormente approfondito.

⁸⁴ Si è detto, in proposito, che con il riferimento alle "procedure ad evidenza pubblica", "la legge intenda richiamarsi a tutti i sistemi di scelta del contraente, compresi l'appalto concorso e, in casi eccezionali, la trattativa" (in questi termini, F. FRACCHIA, (nt. 29), 609, aderendo ad una proposta interpretativa prospettata da M. DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dimissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. trim. appalti*, 1996, 238). In ordine ai problemi relativi alla selezione del socio privato si vedano, inoltre, le considerazioni di I. DEMURO, (nt. 76), 279 ss.

omologazione, gravando pertanto sul medesimo l'obbligo di verificare l'adempimento delle condizioni richieste dalla legge⁸⁵; ora, non vi è dubbio che l'espletamento della procedura ad evidenza pubblica rientri tra tali condizioni⁸⁶, benché – come subito si avrà modo di vedere – non paia che l'assenza di tale requisito possa riverberarsi sulla validità della società⁸⁷.

Si può notare, in proposito, che – a differenza di quanto avviene con riguardo alla mancanza o all'invalidità dell'atto deliberativo (v., retro, § 3) – non vengono espressamente disciplinate le conseguenze della individuazione degli eventuali soci privati senza l'espletamento della procedura ad evidenza pubblica. Poiché non sembra possibile applicare in tale ipotesi la disciplina dettata dall'art. 7, comma 6, neppure in via analogica, le soluzioni prospettabili sembrano essere due: quella, proposta dalla giurisprudenza, secondo la quale la mancata individuazione del socio privato secondo il procedimento ad evidenza pubblica comporta lo scioglimento della società per l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale⁸⁸; ovvero, quella che rimette al socio pubblico la decisione se porre in liquidazione la società o continuare la gestione del servizio pubblico nella medesima forma, con altro socio privato scelto secondo procedure di evidenza pubblica⁸⁹.

Vi è da chiedersi, infine, se, in alternativa alla procedura per la scelta del socio privato collocata in un momento precedente alla stipulazione dell'atto costitutivo, ed espressamente prevista dalla attuale disciplina, possa ammettersi che l'amministrazione pubblica sottoscriva per intero il capitale della società e, successivamente, ma comunque prima dell'iscrizione nel registro delle imprese, “svolga un confronto per la vendita (di cosa futura) di una parte delle azioni o per la cessione del contratto”⁹⁰.

⁸⁵ Per citazioni v. *retro*, il § 2, nota 65.

⁸⁶ Si è affermato, in proposito, che “è fuori dubbio (...) che il tribunale deve rifiutare l'omologazione dell'atto costitutivo qualora risultino violate le condizioni previste dalla legislazione speciale per la costituzione della società per azioni», in quanto «l'area del controllo del giudice dell'omologa non è ristretta alle sole cause di nullità, pur non potendosi estendere alla valutazione dell'opportunità dell'atto”: così G.F. CAMPOBASSO, (nt. 76), 397 s. (tenendo presente, come si è già ricordato più volte, che oggi, almeno secondo l'opinione preferibile, l'estensione del controllo affidato al notaio coincide con quella in passato propria della homologazione da parte del tribunale). Ha espresso invece perplessità circa la possibilità che il notaio possa controllare il rispetto di tutte le disposizioni poste dalla legislazione speciale sulle gare, F. FRACCHIA, (nt. 29), 610.

⁸⁷ A suo tempo G.F. CAMPOBASSO, (nt. 76), 398, osservava che “l'eventuale dichiarazione di invalidità della partecipazione del socio privato di maggioranza per vizi del relativo procedimento concorsuale di selezione, non comporterà nullità della società quand'anche resti come unico socio l'ente locale promotore”. Nel medesimo senso, F. FRACCHIA, (nt. 29), 611.

⁸⁸ Cass., sez. un., 20 maggio 2010, n. 12339, nella cui motivazione si afferma che “quando la pubblica amministrazione intenda dar vita ad una società mista a partecipazione pubblico-privata, l'accertata violazione delle regole da seguire nel procedimento di scelta del socio privato non è tale da incidere direttamente sull'esistenza giuridica della società di capitali, ormai iscritta nel registro delle imprese. E' vero ugualmente, però, che l'indicato accertamento comporta l'impossibilità per detta società di operare secondo l'originario progetto statutario e, quindi, di conseguire il proprio oggetto. Ancorché giuridicamente esistente, la società è quindi da considerare in situazione di scioglimento”. Principio successivamente ribadito da Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30167, che fra le ragioni di tale scelta interpretativa individua il problema della compatibilità con l'art. 2332 c.c. e con le ipotesi tassative di nullità dal medesimo previste.

⁸⁹ Così G.F. CAMPOBASSO, (nt. 76), 398.

⁹⁰ Possibilità ammessa da F. FRACCHIA, (nt. 29), 609 (al quale appartiene la frase citata testualmente), ma “in assenza di una normativa specifica” (che, però, ora esiste), ed il quale, ad ogni modo, avanzava dei dubbi relativamente alla compatibilità della descritta procedura con la scansione temporale prevista dall'art. 2330 c.c.

5. *La necessità dell'atto deliberativo per alcune modifiche dell'atto costitutivo e per la revoca dello stato di liquidazione.*

Talune modifiche dell'atto costitutivo (più precisamente, le modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività della società; la trasformazione della società; il trasferimento della sede sociale all'estero), nonché la revoca dello stato di liquidazione, devono essere adottate – secondo quanto prevede il comma 7 dell'art. 7 – con le modalità di cui ai precedenti commi 1 e 2: la delibera dell'assemblea della società pubblica (adottata secondo le regole dettate dagli artt. 2436 e 2480 c.c., a seconda che si tratti, rispettivamente, di una s.p.a. o di una s.r.l., nonché dell'art. 2487-ter c.c. qualora si tratti della revoca dello stato di liquidazione)⁹¹, dovrà perciò essere preceduta dall'atto deliberativo della amministrazione partecipante, avente i requisiti di forma e di contenuto prima ricordati (v., *retro*, par. 1).

E' da notare, anzitutto, che il medesimo procedimento non dovrà invece essere seguito con riferimento a tutte le altre possibili deliberazioni di modifica dell'atto costitutivo (o dell'eventuale statuto): lascia perplessi, in particolare, l'esclusione dal novero delle delibere da adottare secondo il procedimento sopra detto della delibera di fusione e di scissione (se si considera che è stato invece previsto per quella di trasformazione); nonché delle operazioni sul capitale (in particolare, l'aumento a pagamento, rispetto al quale pare singolare non avere previsto un preventivo atto motivato della amministrazione in vista di una delibera che potrebbe comportare un conferimento da parte della medesima o, comunque, delle conseguenze di evidente gravità sull'assetto societario⁹²).

Non è previsto, inoltre, quali conseguenze produrrebbe la eventuale mancanza o invalidità dell'atto deliberativo, nelle ipotesi nelle quali esso è obbligatorio. In assenza di un espresso richiamo al comma 6, vi è da dubitare che le regole dal medesimo dettate (e prima esaminate: v., *retro*, § 3) possano trovare applicazione al caso in esame: la disposizione appena menzionata, infatti, si riferisce espressamente alla costituzione della società e detta una disciplina che può trovare applicazione soltanto con riferimento all'atto costitutivo (si pensi alla possibilità di applicare l'art. 2332 c.c.).

Può allora ritenersi che la mancanza o l'invalidità dell'atto deliberativo comportino la invalidità della delibera assembleare di modifica dell'atto costitutivo o di revoca dello stato di liquidazione⁹³: invalidità *sub specie* della annullabilità (la delibera sarebbe infatti non conforme alla legge, non potendosi tuttavia ricondurre l'ipotesi in esame a nessuno dei casi di nullità disciplinati dagli artt. 2379 e 2479-ter, 3° comma c.c.), che potrebbe essere fatta

⁹¹ Ciò in forza della clausola generale, più volte ricordata, contenuta nell'art. 1, comma 3 del Testo unico qui commentato.

⁹² Qualora l'amministrazione partecipante non esercitasse il diritto d'opzione e non sottoscrivesse l'aumento di capitale a pagamento, infatti, vedrebbe ridursi proporzionalmente la sua partecipazione.

⁹³ Sembra invece non corretto sostenere che la mancanza o l'invalidità dell'atto deliberativo comportino l'inefficacia della delibera assembleare, in assenza di una espressa disposizione in tal senso.

valere – dinanzi al giudice ordinario⁹⁴ – secondo le regole dettate dagli artt. 2377-2378 e 2479-ter c.c. Con l'ulteriore precisazione che la deliberazione potrebbe essere annullata – ai sensi dell'art. 2377, 5° comma, n. 2) c.c. – soltanto nel caso in cui sia stata adottata con il voto determinante, ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta, del socio pubblico espresso in assenza dell'atto deliberativo o sulla base di un atto deliberativo invalido⁹⁵.

6. *L'acquisto di partecipazioni in società già costituite.*

L'atto deliberativo, con i requisiti di forma e di contenuto previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 7 ed in precedenza descritti⁹⁶, è necessario anche per l'acquisto da parte di un'amministrazione pubblica di partecipazioni (sia dirette che indirette⁹⁷) in società già esistenti, anche qualora avvenga mediante sottoscrizione di un aumento di capitale o partecipazione ad operazioni straordinarie (così dispone l'art. 8, comma 1 del Testo unico in commento)⁹⁸. L'obbligo di motivazione non deve essere tuttavia assolto nel caso in cui l'acquisto della partecipazione, anche attraverso un aumento di capitale, «avvenga in conformità a espresse previsioni legislative» (art. 5, comma 1).

L'art. 8, comma 2 prevede, poi, che “l'eventuale mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'acquisto della partecipazione rende inefficace il contratto di acquisto della partecipazione medesima”: ciò significa che, al ricorrere di tale circostanza, il

⁹⁴ Secondo il principio, più volte affermato dalla giurisprudenza, secondo il quale, mentre spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “l'attività unilaterale prodromica ad una vicenda societaria, considerata dal legislatore di natura pubblicistica, con cui un ente pubblico delibera di costituire una società, o di parteciparvi, o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima”, al contrario “tutti i successivi atti societari a valle della scelta di fondo di utilizzo del modello societario – dal contratto di costituzione della società, alla successiva attività della compagine societaria partecipata (...), fino al suo scioglimento – restano interamente soggetti alle regole del diritto commerciale proprie del modello recepito; con conseguente loro attribuzione alla giurisdizione ordinaria”; ivi comprese “le controversie rivolte ad accertare l'intero spettro delle patologie ed inefficacie negoziali, siano esse inerenti alla struttura del contratto sociale, siano esse estranee (...) e/o alla stessa sopravvenute e derivanti dalla procedura amministrativa a monte”: in questi termini la motivazione di Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30167, cit.; nel medesimo senso v. già Cons. St., Adunanza Plenaria, 3 giugno 2011, n. 10, cit.; principi richiamati, inoltre, nella pronuncia del TAR Sardegna, 14 marzo 2012, n. 280.

⁹⁵ Si deve altresì evidenziare che, anche al ricorrere di tale condizione, qualora si tratti della delibera di trasformazione della società adottata con il voto determinante del socio pubblico opererà, comunque, l'effetto sanante totale ricollegato alla iscrizione nel registro delle imprese della delibera medesima (art. 2500-bis c.c.).

⁹⁶ V., *retro*, par. 1. Si tenga presente che il Consiglio di Stato, nel già menzionato Parere sullo schema di d.lgs. recante T.U. in materia di società a partecipazione pubblica (Adunanza della Commissione speciale, 21 aprile 2016 n. 968, par. 5), aveva manifestato alcuni dubbi, almeno per le società non quotate, “in ordine alla mancata previsione di procedure concorsuali da osservare una volta assunta la decisione di acquisto, al fine di evitare operazioni economiche sottratte a qualunque forma di controllo pubblico”, ritenendo inoltre fosse opportuno “prevedere un obbligo di motivazione, in quanto quello previsto attraverso il rinvio all'art. 5, comma 1, attiene alle finalità istituzionali perseguite e non alla scelta della società”.

⁹⁷ Come può evincersi dall'art. 5, comma 1.

⁹⁸ Si tenga presente che è prevista altresì una disciplina apposita per l'alienazione delle partecipazioni (art. 10), secondo la quale, per inciso, tale operazione (oltre alla costituzione di vincoli sulle partecipazioni sociali) deve essere effettuata secondo le modalità di cui all'art. 7, comma 1.

Sui problemi relativi alla circolazione delle partecipazioni sociali, prima dell'entrata in vigore del Testo unico qui esaminato, si veda P. GUIDA, *La circolazione delle partecipazioni sociali pubbliche*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmano, Milano, 2011, p. 167 ss.

terzo alienante la partecipazione ne riacquisterebbe la titolarità (con effetto retroattivo, è da presumere), salvo dover rimborsare quanto eventualmente già percepito dalla amministrazione acquirente.

Come già prima si è accennato, però, l'acquisto della partecipazione in una società già costituita può avvenire, oltre che per contratto (cui si fa espresso riferimento nel comma 2), anche in virtù di altre operazioni come, ad esempio, la sottoscrizione di un aumento di capitale o la partecipazione ad operazioni straordinarie. In questo caso, il dubbio è se trovi o meno applicazione quanto previsto dal già ricordato comma 2, con la conseguenza che la mancanza o l'invalidità dell'atto deliberativo comporterebbero anche in tali ipotesi l'inefficacia dell'operazione in forza della quale è avvenuto l'acquisto. Ciò significherebbe sostenere, infatti, che l'operazione di aumento del capitale o l'operazione straordinaria possano essere rimesse in discussione, senza limiti di tempo, in deroga alle regole – com'è noto, alquanto restrittive – per far valere l'invalidità delle medesime, previste dagli artt. 2379-ter c.c. (per l'aumento di capitale, richiamato per le s.r.l. dall'art. 2479-ter c.c.), 2500-bis c.c. (per la trasformazione, ammesso che a seguito di tale operazione straordinaria possa realizzarsi l'acquisto di una partecipazione sociale), 2504-*quater* c.c. (per la fusione e per la scissione, per effetto del rinvio contenuto nell'art. 2506-ter, ult. comma c.c.).

Vi è da domandarsi, in proposito, se una tale deroga, anche se fosse ammissibile rispetto alla disciplina societaria interna, sia compatibile con la disciplina comunitaria. Si pensi, ad esempio, alla regola in materia di fusione, dettata dall'art. 22 della Direttiva 2011/35/UE del 5 aprile 2011 – che ha sostituito la III Direttiva 78/855 CEE del 9 ottobre 1978 – la quale, sebbene detti una disciplina della nullità della fusione (non recepita, come noto, dall'art. 2504-*quater* c.c., con una scelta del nostro legislatore sul punto assai più restrittiva⁹⁹), prevede tuttavia che l'azione di nullità non possa essere proposta decorsi sei mesi dalla data alla quale la fusione diventa opponibile a chi vuol far valere la nullità¹⁰⁰. Disciplina, dunque, certamente incompatibile con la previsione di una inefficacia che potrebbe, invece, essere fatta valere senza limiti di tempo.

L'impatto della disposizione in esame è stato forse sottovalutato sotto il profilo appena segnalato. Una possibile soluzione potrebbe derivare dalla considerazione che, mentre nel comma 1 dell'art. 8 si parla di “operazioni (...) che comportino l'acquisto da parte di un'amministrazione pubblica di partecipazioni in società già esistenti”, il comma 2 si riferisce al “contratto di acquisto della partecipazione”: potrebbe immaginarsi, cioè, che il campo di applicazione del comma 2 sia più ristretto di quello del comma 1. Il che implicherebbe che gli effetti della eventuale mancanza o invalidità dell'atto deliberativo

⁹⁹ Sul tema si vedano, in particolare, C. ANGELICI, *La nullità della fusione*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 267 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *La nullità della fusione nella direttiva CEE e nello schema di legge di attuazione*, in *Riv. not.*, 1990, 887 ss.; G. OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d. legisl. 1991, n. 22: profili generali*, ora in *Scritti giuridici*, VI, *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, 2000, in specie 403 ss.; C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, 7** 1, Torino, 2004, 603 ss. Sia consentito, sul punto, rinviare, anche per ulteriori citazioni, a V. SANNA, *L'invalidità della fusione*, in *Trasformazione, fusione, scissione*, diretto da A. Serra, coordinato da I. Demuro, Bologna, 2014, 493 ss.

¹⁰⁰ Analogamente, con riferimento alla scissione, l'art. 19, comma 1, lett. c) della VI Direttiva 82/891/CEE del 17 dicembre 1982, prevede che “l'azione di nullità non può essere proposta decorsi sei mesi dalla data alla quale la scissione è opponibile a chi vuol far valere la nullità oppure se la nullità è stata sanata”.

sulle operazioni di acquisto delle partecipazioni diverse da un contratto, andrebbero individuati sulla base delle regole “di diritto comune” in materia di invalidità dell’aumento di capitale e delle operazioni straordinarie, prima richiamate.

In conclusione, deve spendersi qualche parola con riferimento al comma 3 dell’art. 8 il quale prevede che anche l’acquisto di partecipazioni in società quotate debba essere preceduto dall’atto deliberativo avente le caratteristiche individuate nell’art. 7, commi 1 e 2, ma “unicamente nei casi in cui l’operazione comporti l’acquisto della qualità di socio”: la formulazione non è particolarmente felice, in quanto sembrerebbe configurare ipotesi nelle quali l’acquisto di partecipazioni in società quotate possa invece non determinare l’acquisto della qualità di socio. In proposito, dalla *Relazione illustrativa, sub art. 8*, si evince che “sono soggette alla disciplina in esame (...) le operazioni che comportino, per la prima volta, l’acquisto di partecipazioni di pubbliche amministrazioni in società quotate. Ne rimangono escluse, invece, successive operazioni, come la sottoscrizione di aumenti di capitale”. Se non si comprende male, dunque, con l’infelice formulazione sopra riportata ci si vorrebbe riferire al primo atto di acquisto, da parte di una amministrazione pubblica, di partecipazioni in una società quotata (non, invece, ai successivi incrementi della partecipazione sociale). E’ bene precisare, infine, che la disposizione in questione si rende necessaria in quanto – ai sensi dell’art. 1, comma 5 – le disposizioni del Testo unico in commento “si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate” (come definite dall’art. 2, comma 1, lett. o): pertanto, in sua assenza, la disciplina appena descritta avrebbe trovato applicazione soltanto per le società non quotate.

POSTILLA

La Corte Costituzionale, con la sentenza 25 novembre 2016, n. 251, ha dichiarato, tra l’altro, l’illegittimità costituzionale dell’art. 18, lettere a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7), della legge 7 agosto 2015, n. 124 (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche: c.d. Legge Madia) “nella parte in cui, in combinato disposto con l’art. 16, commi 1 e 4, della medesima legge n. 124 del 2015, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata”. Non è qui il caso di riassumere nel dettaglio la motivazione della sentenza, ma ci si può limitare a ricordare che secondo la Corte l’intervento del legislatore, finalizzato a dettare una disciplina organica delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche, “coinvolge, inevitabilmente, profili pubblicistici, che attengono alle modalità organizzative di espletamento delle funzioni amministrative e dei servizi riconducibili alla competenza residuale regionale”, nonché “profili privatistici, inerenti alla forma delle società partecipate, che trova nel codice civile la sua radice, e aspetti connessi alla tutela della concorrenza, riconducibili alla competenza esclusiva del legislatore statale”. Da ciò deriva, pertanto, la “concorrenza” di competenze statali e regionali, “disciplinata mediante l’applicazione del principio di leale collaborazione”. Ed è per tale ragione, a giudizio della Corte, che “ai principi e criteri direttivi il Governo deve dare attuazione solo dopo aver svolto idonee trattative con Regioni e enti locali nella sede della Conferenza unificata”, essendo quest’ultima la sede “più idonea a consentire l’integrazione dei diversi punti di vista e delle diverse esigenze degli enti territoriali

coinvolti, tutte le volte in cui siano in discussione temi comuni a tutto il sistema delle autonomie, inclusi gli enti locali”.

Ciò premesso, occorre però precisare che le disposizioni dettate dal d.lgs. n. 175 del 2016 – incluse, dunque, quelle relative alla costituzione delle società a partecipazione pubblica, qui commentate – sono senza dubbio alcuno attualmente vigenti, posto che, come chiarito dalla stessa Corte nella sentenza n. 251 del 2016, “le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative”, e soltanto “nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l’effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”.