

L'esercizio dei diritti del socio pubblico nella prospettiva della responsabilità erariale ex D.Lgs. 19 agosto 2016 n. 175. Spunti di diritto societario*

Paolo Valensise

SOMMARIO. 1. Il tema. – 2. Qualche considerazione di contesto; le possibili implicazioni connesse alla qualificazione di «società a controllo pubblico». – 3. L'art. 12, comma 2 del TUSP, l'esercizio dei diritti da parte dell'ente pubblico socio e l'articolabilità delle competenze istruttorio-valutativo-decisionali al suo interno. – 4. *Continua*. Le diverse prerogative sociali. – 5. Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari ed i possibili sviluppi. – 6. *Continua*. La denuncia al tribunale, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2409 c.c. e dell'art. 13 del TUSP. Conclusioni.

1. *Il tema*

Il D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175, anche noto come «Testo Unico delle Società Pubbliche» o «TUSP» presenta numerosi, stimolanti spunti di riflessione in merito a quello che definirei il complesso, articolato rapporto tra l'ordinamento societario e le categorie pubblicistiche, la cui *actio finium regundorum* può dirsi soltanto avviata con tale normativa.

Come noto, in estrema sintesi, il TUSP si rivolge sia alle società a partecipazione pubblica dettando, all'interno di questa categoria, una regolazione *ad hoc* per le società «a controllo pubblico», sia agli enti pubblici in quanto soci. Sotto il primo profilo la disciplina definisce il proprio perimetro di riferimento e stabilisce alcune nozioni fissandone, per conseguenza, il relativo regime. Già questi aspetti sono oggetto di vivace dibattito, come vedremo più avanti soffermandoci in particolare su alcuni di essi.

Il c.d. «regime» o, meglio, statuto, a sua volta interessa tanto direttamente le società ed i relativi organi, in quanto ascrivibili ad una categoria piuttosto che ad

* Il presente scritto è destinato al *liber amicorum* Guido Alpa.

un'altra, quanto la posizione e l'azione dell'ente ovvero degli enti pubblici soci. Tutti questi aspetti sono, con evidenza, intimamente collegati.

Con riferimento agli enti pubblici soci ci sono diverse disposizioni di estremo interesse, da quelle principali riguardanti le finalità perseguibili attraverso l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche (art. 4, TUSP), a quelle inerenti le mappature o, *rectius*, le ricognizioni in via straordinaria (art. 24, TUSP) ovvero periodica (art. 20, TUSP), a quelle riguardanti una serie di obblighi comportamentali, come gli artt. 5, 7, 8, 10 *etc.* del TUSP. In questo contesto, così sommariamente delineato, il TUSP dedica una disposizione, l'art. 12, ai profili delle responsabilità sia (i) dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate, sia (ii) dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi. Con riferimento ai primi, la norma sancisce il principio dell'assoggettabilità alle ordinarie azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina delle società di capitali, fatta salva la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*. Con riguardo invece ai secondi, l'art. 12 del TUSP inquadra come danno erariale – devolvendo la giurisdizione sulle relative controversie alla Corte dei Conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica – il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso, per l'appunto, il danno conseguente alla «condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque titolari del potere di decidere per essi che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione».

È a quest'ultimo versante che sono dedicate le considerazioni che seguono. Ciò concentrandosi sui profili più squisitamente societari e, naturalmente, senza pretese di esaustività, ma con l'obiettivo di evidenziare la delicatezza delle tematiche, da considerare alla luce di una serie di pronunzie giurisprudenziali e di alcuni primi orientamenti nonché tenendo conto della naturale complessità ed articolabilità dei modelli societari. La scelta, la conformazione e, soprattutto, la gestione in senso lato di tali "organismi" esigono infatti particolare impegno ed attenzione da parte dell'ente pubblico socio e dei suoi rappresentanti, anche nella prospettiva dell'art. 12 del TUSP.

2. *Qualche considerazione di contesto; le possibili implicazioni connesse alla qualificazione di «società a controllo pubblico»*

Prima di procedere, appare opportuno formulare qualche considerazione di contesto. Se quanto dianzi osservato rileva in termini generali in riferimento a società a partecipazione pubblica, assume importanza ancora maggiore in rela-

zione alle società «a controllo pubblico». Orbene, questo è un aspetto particolarmente delicato, che concretizza quella che potremmo definire come la tensione tra i versanti amministrativo e societario, che il TUSP si propone di combinare.

In questo senso, e con riflessi diretti anche nella specifica prospettiva di analisi alla quale ci si dedica, è possibile segnalare a titolo meramente esemplificativo della menzionata tensione alcuni interessanti dati che stanno già emergendo dalla prima fase della revisione straordinaria delle partecipazioni ai sensi dell'art. 24 del TUSP. Ci si riferisce, in particolare, al controllo che la Corte dei Conti sta sistematicamente esercitando sui piani di razionalizzazione a suo tempo elaborati dalle amministrazioni interessate ai sensi del predetto articolo. Tali piani ricomprendono ovviamente la preliminare *mappatura* di tutte le partecipazioni detenute dalle singole amministrazioni, direttamente ovvero indirettamente, e le conclusioni di alcune Sezioni erariali stanno proponendo alcuni interessanti temi come, in primo luogo, quelli concernenti la qualificazione o meno di determinate società come «a controllo pubblico», con quel che ne consegue in termini di applicazione della più rigorosa disciplina prevista per tali società (come l'art. 6; l'art. 11; l'art. 19, *etc.* del TUSP), nel più ampio contesto delle “società a partecipazione pubblica”. Il tema per vero, per la sua complessità, meriterebbe una trattazione specifica¹. Mi limiterò ad alcuni sintetici cenni.

È infatti noto come, in applicazione di alcune posizioni assunte dalla Corte dei Conti (in particolare ricordo Corte dei Conti, Sezione Controllo Liguria n. 2/2018/PAR) ma, soprattutto, ad esito della diffusione dell'orientamento del MEF, Dipartimento del Tesoro, Struttura di Monitoraggio delle partecipazioni pubbliche, del 15 febbraio 2018, ai sensi dell'art. 15 del TUSP, stiano emergendo diversi problemi applicativi. Questo con il diffondersi di letture della nozione del controllo pubblico ai sensi del TUSP ispirate ad una concezione piuttosto espansiva, che impongono più di una riflessione, innanzi tutto alla luce del generale principio di cui all'art. 1, comma 3 del TUSP. Tale disposizione ribadisce infatti l'applicazione alle società a partecipazione pubblica delle norme sulle società contenute nel codice civile e delle norme generali di diritto privato, attribuendo dunque valore derogatorio alle disposizioni dal medesimo TUSP statuite².

¹ In proposito cfr., da ultimo, V. Donativi, “Società a controllo pubblico” e società a partecipazione pubblica maggioritaria, in *Giur. Comm.*, 2018, I, 747 e ss.

² Per il dibattito sulla latitudine della portata derogatoria delle norme del TUSP cfr., tra gli altri, M. Clarich, B.G. Mattarella, *Prefazione*, in Aa.Vv., *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016, 9 e ss.; V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Milano, 2016, 1146; C. Angelici, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in Aa.Vv., *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, a cura di S. Fortunato e F. Vessia, Milano, 2017, 16 e ss.; C. Ibba, *Introduzione*, in Aa.Vv., *Le società a partecipazione pubblica* diretto da C. Ibba, I. Demuro, Bologna, 2018, 3 e ss..

I problemi emergono non solo in riferimento alla seconda parte della lettera *b*) del comma 1 dell'art. 2 del TUSP, ma anche con riguardo al prospettato ampliamento del classico art. 2359 c.c., per (cercare di) prospettare un sostanziale superamento della prevalente lettura monocratica attraverso una considerazione unitaria di tutto ciò che è qualificabile come "Pubblica Amministrazione". Tutto questo, come noto, con posizioni di intensità diverse, da chi sostiene che sia sufficiente anche il solo dato aritmetico del superamento nel complesso della soglia del controllo di diritto da parte di più amministrazioni socie a chi, invece, sulla scia del pensiero del Consiglio di Stato del 2014, ricorre comunque ad un criterio più qualitativo prospettando un'interpretazione funzionale della predetta lettera *b*), nel senso cioè di ravvisare il controllo pubblico anche in presenza di comportamenti concludenti da parte di più pubbliche amministrazioni, tali da configurare quindi un loro coordinamento *de facto* all'interno della società.

Si tratta di un tema suscettibile di notevoli implicazioni. In estrema sintesi, l'ipotetica riqualificazione di una società come a "controllo pubblico" implicherebbe, a sua volta, l'assoggettabilità della stessa ai vincoli per tale categoria previsti da norme come gli artt. 6, 11, 19, *etc.*, del TUSP. Essi operano peraltro a diversi livelli, da quello dell'organo gestorio *tout court* della società interessata a quello assembleare dei soci, a quello finanche delle c.d. «partecipazioni indirette», come definite dall'art. 2, comma 1, lett. *g*) del TUSP, e cioè quelle partecipazioni in una «società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti» per l'appunto, «a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica». A quest'ultimo proposito, senza arrivare a ragionare sui vincoli che deriverebbero "a cascata" su di un'amministrazione pubblica, da una qualificazione del genere ai sensi dell'art. 5, comma 1 del TUSP in termini di obblighi motivazionali, ci si soffermi solo sui menzionati, preventivi obblighi di mappatura "multilivello" in sede di revisione straordinaria *ex* art. 24, comma 1 del TUSP.

Già da queste prime battute, sollecitate dall'attuale contingenza, emerge il riflesso sul tema in esame, e cioè sull'impostazione dell'esercizio da parte della pubblica amministrazione delle proprie prerogative di socio in un modo o nell'altro, essendo chiamata, a seconda della prescelta prospettiva di inquadramento, a valutare termini e modalità di eventuale, conseguente attivazione. Per altro verso, a conferma della estrema complessità del quadro, non si possono trascurare le implicazioni della qualificazione in un senso o nell'altro per tutti gli altri soggetti interessati, come i componenti dell'organo amministrativo, i membri del collegio sindacale od ancora il socio od i soci privati di una società che, per ipotesi, venga *dubitabilmente* riqualificata in termini di società a controllo pubblico, dal parere rilasciato dalla medesima Corte dei Conti ai sensi del ricordato art. 24 del TUSP. È infatti possibile che qualcuno di essi non condivida, più o meno moti-

vatamente, l'inquadramento da altri assunto (nonché il connesso regime) e, in tal senso, valuti *anche* il ricorso ad eventuali strumenti giudiziali reattivi, o comunque funzionali ad ottenere un definitivo chiarimento sulla corretta qualificazione della società in un senso o nell'altro.

In questa prospettiva, il ventaglio delle alternative possibili è estremamente ricco, potendo andare da eventuali iniziative di fronte agli organi della Giustizia Amministrativa ad azioni civili, e la relativa attivabilità è come ovvio condizionata da una serie di elementi da verificare caso per caso, come gli assetti proprietari, la disciplina anche statutaria delle deliberazioni assembleari nonché del funzionamento del Cda (dai *quorum* alle deleghe, *etc.*). A titolo meramente esemplificativo, se ci si limita al versante delle possibili iniziative civili, tralasciando ipotetiche azioni di accertamento e riferendosi al piano dei soci, un terreno di confronto potrebbe essere senz'altro rappresentato dall'introduzione delle modifiche statutarie funzionali a conformarsi ai precetti dell'art. 11 del TUSP con i possibili, conseguenti sbocchi nelle impugnative in via giudiziale, a seconda dell'esito delle relative votazioni assembleari.

Queste prime, appena abbozzate considerazioni di contesto, legate peraltro alla recente contingenza rappresentata dai piani di ricognizione/razionalizzazione, già testimoniano la complessa condizione nella quale può venirsi a trovare il socio pubblico, confermando la difficoltosa interlocuzione tra i due versanti, e cioè quello dell'azione di un socio peculiare come la pubblica amministrazione, da un lato, e quello delle categorie del diritto societario dall'altro. Questo configurandosi il TUSP quale nuova, significativa occasione per animare il – per vero mai sopito – dibattito tra i fautori della pubblicizzazione del diritto societario ed i sostenitori della privatizzazione del diritto amministrativo.

3. *L'art. 12, comma 2 del TUSP, l'esercizio dei diritti da parte dell'ente pubblico socio e l'articolarità delle competenze istruttorio-valutativo-decisionali al suo interno*

Ciò premesso, concentriamoci sull'esercizio dei diritti del socio pubblico sullo sfondo delle eventuali responsabilità per danno erariale e, segnatamente, sui profili di diritto societario, attraverso la formulazione di qualche spunto di riflessione in merito alla lettura ed alle possibili implicazioni rivenienti dall'art. 12, comma 2 del TUSP. In tal senso ci si vuol soffermare su quelle che potrebbero essere (alcune del)le condotte del "*socio ente pubblico*", suscettibili di configurare un danno erariale o, quanto meno, da considerare ai fini della ricostruzione del possibile itinerario causale, richiamando i profili più squisitamente erariali al solo

scopo di mettere meglio a fuoco il versante societario. Questo ragionando sulle prerogative del socio in riferimento principalmente alla società per azioni, nonché tenendo anche conto delle società a responsabilità limitata e della rispettiva modellabilità statutaria³.

Tralasciamo la tematica posta da quella parte del comma 1 dell'art. 12 del TUSP dedicata alle società *in house* ed alla riproposizione della giurisdizione della Corte dei Conti. La relativa formulazione se, (a) da un lato, si comprende come offra argomenti a vantaggio della tesi della configurabilità della società *in house* quale "ufficio" della pubblica amministrazione, (b) dall'altro, tra i diversi temi che pone, induce a chiedersi come sia possibile che tali "uffici" poi siano chiamati, ad esempio, a valutare e decidere "autonomamente" il ricorso alla strumentazione di composizione della crisi in presenza dei presupposti dell'art. 14 del TUSP e, (c) dall'altro lato ancora, conduce inoltre a domandarsi come si possa tutto questo coniugare con gli inevitabili profili di responsabilità patrimoniale – se in effetti di ufficio *tout court* si trattasse – in qualche modo diretta per la pubblica amministrazione cui tale "ufficio" afferisce.

Soffermiamoci invece sulla lettura dell'ultima parte del comma 1 dell'art. 12 del TUSP e cioè quella in virtù della quale è devoluta alla Corte dei Conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. Quest'ultima, a sua volta, come ricordato in precedenza, qualifica come danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.

I temi che questa disposizione propone sono numerosi e, come anticipato, senza pretese di esaustività, ci si intende dedicare ai versanti societari della disposizione, riflettendo cioè su quei diritti o, meglio, su quelle prerogative di socio il cui esercizio o meno, con dolo o colpa grave, da parte dei «*rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque (dei) titolari del potere di decidere per essi*», sarebbe suscettibile di pregiudicare il valore della partecipazione pubblica. Questo, naturalmente, dovendo poi valutare, caso per caso, i comportamenti adottati nelle concrete circostanze fattuali che le singole vicende presentassero, al fine

³ Considerando peraltro che per queste ultime la nuova formulazione del comma 1 dell'art. 2475 c.c. (secondo cui «*la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*»), così come introdotta dall'art. 377, comma 4, del d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, nella misura in cui sancisce anche per le s.r.l. il principio della esclusività della gestione in capo agli amministratori, proporrà senz'altro ulteriori spunti di riflessione.

di stabilirne l'eventuale rilevanza, quali contributi causali o "con-causali", nella ricordata prospettiva erariale.

Occorre prender le mosse dai soggetti che potrebbero risultare destinatari di questa norma riferendosi, innanzi tutto, a coloro i quali sono individuati ai sensi dell'art. 9 del TUSP, per poi sviluppare il ragionamento sulle relative prerogative sociali. Questa disposizione stabilisce un'articolata serie di regole a seconda delle partecipazioni di cui si discute. Per le partecipazioni pubbliche statali i diritti del socio sono esercitati dal Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministeri competenti per materia, individuati dalle relative disposizioni di legge o di regolamento ministeriale (art. 9, comma 1). Per le partecipazioni regionali i diritti del socio sono invece esercitati secondo la disciplina stabilita dalla regione titolare delle partecipazioni (art. 9, comma 2). Per le partecipazioni degli enti locali i diritti del socio sono a loro volta esercitati dal sindaco o dal presidente o da un loro delegato (art. 9, comma 3) e, infine, con disposizione conclusiva, in tutti gli altri casi i diritti del socio-ente pubblico sono esercitati dall'organo amministrativo dell'ente (art. 9, comma 4).

Tale norma non esaurisce quindi il tema, e questo con i possibili, conseguenti riflessi in termini di applicazione dell'art. 12 TUSP sotto il profilo considerato. Ciò in quanto la «*gestione delle partecipazioni*» viene a sua volta puntualizzata all'interno dell'ente interessato, con possibilità di articolazione più o meno complessa del percorso istruttorio-valutativo e decisionale, e questo con le implicazioni che ne potrebbero conseguire in termini di definizione dell'ambito soggettivo di riferimento del precetto del TUSP.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla situazione di un normale comune, partecipante al capitale di una società per azioni. È ben possibile che, nel concreto, le responsabilità del predetto percorso vengano articolate dai regolamenti interni dell'ente, prevedendo il coinvolgimento di diversi organi e livelli di quest'ultimo, se del caso distinguendo a seconda del tipo di decisione alla cui formazione, in seno alla società partecipata, l'ente socio deve partecipare nonché del livello decisionale competente all'interno della medesima società.

In questo senso, proviamo a soffermarci sul livello delle decisioni dei soci della società considerata⁴. Si pensi alle determinazioni aventi ad oggetto l'espressione del voto nelle assemblee e, segnatamente, nelle assemblee ordinarie in generale, in riferimento alle quali i predetti percorsi potrebbero vedere sempre e comunque il coinvolgimento della Giunta comunale nel suo complesso, ovvero

⁴ Tralasciamo cioè i percorsi interni all'ente locale che precedono le decisioni dei membri del consiglio di amministrazione, che meriterebbero un'adeguata, autonoma riflessione, non solo riguardo alle società *in house*, alla luce dell'art. 16, comma 2, lett. a) del TUSP ma anche, in riferimento alla generalità delle società a partecipazione mista pubblico-privata, alla luce delle scelte eventualmente adottate in statuto ai sensi, ad esempio, dell'art. 17, comma 4, lett. a) del TUSP.

essere più o meno articolati a seconda delle materie di competenza di tali assemblee. Ciò differenziando, ad esempio, le ipotesi dell'assemblea chiamata a discutere ed approvare il progetto di bilancio della società, ovvero la nomina o la revoca dei componenti del consiglio di amministrazione, od ancora l'avvio dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti degli organi sociali oppure, tenendo conto di specifiche scelte statutarie, il rilascio di un'eventuale autorizzazione al compimento di atti degli amministratori, ai sensi dell'art. 2364, comma 1, n. 5 del codice civile.

Nella medesima prospettiva, si considerino poi le assemblee straordinarie della società partecipata. Questo tenendo innanzi tutto presente quanto stabilito dall'art. 7, comma 7 del TUSP secondo cui – limitandosi al caso dell'ente locale socio – occorre la delibera del consiglio comunale dell'ente in riferimento alle seguenti materie: a) le modifiche di clausole dell'oggetto sociale che consentano un cambiamento significativo dell'attività della società; b) la trasformazione della società; c) il trasferimento della sede sociale all'estero; d) la revoca dello stato di liquidazione.

Fermo quanto precede, riguardo le assemblee straordinarie in genere si potrebbe configurare una competenza, all'interno dell'ente socio, integralmente rimessa al consiglio comunale, con un supporto di diversa intensità della competente commissione consiliare, ovvero una competenza sempre del consiglio comunale, affidatagli sulla scia dell'art. 7, co. 7 del TUSP dianzi ricordato, solo per le materie come aumenti di capitale, fusioni, scissioni, se del caso supportato dal preventivo parere della competente commissione e, invece, per tutte le altre materie riservate all'assemblea straordinaria delle società, la competenza della commissione consiliare, senza passaggio in consiglio comunale.

4. *Continua. Le diverse prerogative sociali*

In questo contesto, occorrerebbe poi considerare previsioni interne all'ente locale che disciplinano le competenze istruttorie, valutative e decisionali in riferimento all'esercizio di determinate prerogative dell'ente socio. Tralasciamo l'esercizio del diritto di opzione su azioni di nuova emissione, che potrebbe rientrare, attraverso la previsione dell'art. 8, co. 1, TUSP, nell'alveo del già ricordato art. 7, co. 1 e 2 del TUSP, secondo cui le operazioni, anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale, che comportino l'acquisto da parte di un'amministrazione pubblica di partecipazioni in società già esistenti sono deliberate secondo le modalità di cui all'articolo 7, commi 1 e 2 del medesimo TUSP, dianzi ricordate.

Pensiamo anche ad altri diritti il cui esercizio o meno, nella considerata prospettiva dell'art. 12, comma 2 del TUSP potrebbe avere una qualche più imme-

diata rilevanza, anche di non poco momento. Ciò tenendo peraltro conto della circostanza che queste prerogative sono, in massima parte, statutariamente declinabili nei termini stabiliti dalle rispettive disposizioni⁵. Si considerino, senza pretesa di esaustività, la richiesta di convocazione dell'assemblea *ex art.* 2367 c.c., avente ad esempio ad oggetto la proposta di rimozione degli amministratori e/o la proposta di avvio dell'azione di responsabilità; l'impugnazione di delibere consiliari ai sensi dell'art. 2388, comma 4 c.c., accompagnata da eventuali istanze cautelari; l'impugnazione di deliberazioni assembleari *ex artt.* 2377 e seguenti del codice civile, anche qui con possibili richieste di sospensione cautelare; l'avvio dell'azione sociale di minoranza, *ex art.* 2393-*bis* c.c., qualora evidentemente sussistenti i relativi presupposti, *in primis* quantitativi della partecipazione; le iniziative di sollecitazione del collegio sindacale ai sensi delle distinte previsioni di cui ai comma 1 e 2 dell'art. 2408 c.c.; la denuncia al tribunale ai sensi e per gli effetti dell'art. 2409 c.c., e ciò in particolare alla luce dell'art. 13 del TUSP.

Orbene, tutte queste prerogative ed il relativo esercizio dovrebbero avere, all'interno dell'ente socio, dei c.d. centri valutativo/decisionali di riferimento, e per diverse di esse è possibile affermare che la relativa determinazione sia a sua volta suscettibile di interessare l'eventuale (valutazione dell') applicazione delle responsabilità ai sensi del menzionato art. 12 del TUSP.

In questa prospettiva, nella quale ci si sofferma solo sul tipo "società per azioni", è appena il caso di accennare alle numerose possibilità di declinazione della medesima questione con riferimento alle società a responsabilità limitata a partecipazione pubblica, tenendo peraltro conto dell'elevato livello di modellabilità statutaria di competenze e momenti decisionali che connota questo tipo di società.

In proposito va premesso, come si è già avuto modo di ricordare in precedenza, che il tema trarrà probabilmente nuova linfa dal comma 1 dell'art. 2475 c.c., così come riformulato dall'art. 377, comma 4 del d.lgs. n. 14/2019 (anche definito il "codice della crisi").

Ciò posto, al di là della costruzione della funzione amministrativa (consiglio di amministrazione; amministrazione disgiunta; attribuzione di competenze in capo ai soci, *etc.*) si pensi, a titolo esemplificativo, all'esercizio delle invasive prerogative di indagine da parte del singolo socio di società a responsabilità limitata *ex art.* 2476, co. 2, c.c. oppure all'azione di responsabilità di cui all'art. 2476, co. 3 c.c., sempre esperibile da ciascun socio, ovvero ancora all'esercizio di eventuali "diritti particolari", accordati al socio *ex art.* 2468, comma 3 del codice civile. Anche sotto questo profilo, la posizione di chi, all'interno dell'ente socio, è chiamato a istruire, valutare e decidere in ordine all'esercizio o meno di tali preroga-

⁵ Con la conseguente configurabilità di spazi di riflessione, a seconda delle concrete circostanze, anche in ordine alle scelte statutarie effettuate dall'ente socio.

tive, diverse delle quali evidentemente piuttosto incisive, appare suscettibile di assumere rilievo nella prospettiva della quale ci si sta occupando.

Come si ritiene già emerge da queste osservazioni riguardanti il versante della individuazione degli organi/soggetti decisori all'interno dell'ente pubblico socio, l'impressione è che il perimetro dei diritti di socio il cui esercizio o meno, con dolo o colpa grave, da parte dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, pregiudichi il valore della partecipazione *de qua*, non si risolva solo nelle prerogative reattive come quelle riguardanti le azioni di responsabilità *tout court*, ma sia suscettibile di assumere una maggiore ampiezza.

Non c'è, ovviamente, la pretesa di offrire soluzioni definitive, ma sembra esserci una linea di tendenza, anche alla luce degli orientamenti che sul punto si vanno confrontando (v. *infra*, §5), che meriti quanto meno adeguata attenzione. Questo tenendo inoltre conto del seguente dato di cornice e cioè che se per un socio c.d. "ordinario" le prerogative che la legge e/o lo statuto gli accorda costituiscono facoltà, funzionali dunque alla tutela di una posizione qualificabile in termini di interesse e che perciò, come tali, si è liberi di esercitare o meno, senza conseguenze giuridiche, per il socio ente pubblico il discorso sembra porsi in termini sensibilmente diversi. Questo nella misura in cui, nella delineata prospettiva, più che di facoltà sembra più pertinente parlare di una sorta di poteri/doveri, il cui eventuale mancato esercizio – ovviamente in presenza dei relativi presupposti, tali da configurare se non il dolo, la loro *colpa grave* – espone le figure apicali al rischio di possibili conseguenze erariali. In questa linea di pensiero appare dunque utile richiamare alcuni degli orientamenti formati in argomento, al fine di riflettere sulle possibili implicazioni.

Ove si acceda ad una prospettiva del genere, la conseguenza è la necessità, per gli enti pubblici soci ed i loro esponenti, di un approccio vieppiù consapevole, prudente e meditato a tali problematiche, attrezzandosi con adeguato supporto e cioè, ad esempio, articolando al proprio interno efficienti processi di monitoraggio e di puntuale analisi di tali aspetti, capaci anche di fornire risposte tempestive, considerate quelle che sono le ordinarie dinamiche societarie.

5. *Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari ed i possibili sviluppi*

Come noto, la formulazione dell'art. 12, comma 2 TUSP è ricollegabile ad una serie di pronunzie⁶ che avevano affermato la sussistenza di un danno all'era-

⁶ In proposito cfr., tra le altre, Cass. civ., SS. UU., 19 dicembre 2009, n. 26806, in www.federalismi.it; Cass. civ., SS. UU., 25 novembre 2013, n. 26283, in www.licaso.it. Si veda anche la più recente Cass. civ., SS. UU., 27 ottobre 2016, n. 21692, in www.ildirittoamministrativo.it.

rio nel caso in cui il socio pubblico non avesse esercitato i propri poteri e diritti sociali al fine di indirizzare correttamente l'azione degli organi sociali o di reagire opportunamente agli illeciti da questi ultimi commessi.

In particolare, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 26806/2009, aveva precisato quanto segue: «nell'attuale disciplina della società azionaria – ed in misura ancor maggiore in quella della società a responsabilità limitata – l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, in caso di mala gestio imputabile agli organi della società, non è più monopolio dell'assemblea e non è più, quindi, unicamente rimessa alla discrezionalità della maggioranza dei soci. Una minoranza qualificata dei partecipanti alla società azionaria (art. 2393 - *bis* c.c.) ed addirittura ciascun singolo socio della società a responsabilità limitata (art. 2476 c.c., comma 3) sono infatti legittimati ad esercitare tale azione (anche nel proprio interesse, ma a beneficio della società) eventualmente sopperendo all'inerzia della maggioranza. Ne consegue che, trattandosi di società a partecipazione pubblica, il socio pubblico è di regola in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio delle suindicate azioni civili. Se ciò non faccia e se, in conseguenza di tale omissione, l'ente pubblico abbia a subire un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, è sicuramente prospettabile l'azione del procuratore contabile nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione».

In dottrina⁷ è stato osservato come il socio pubblico sia obbligato ad esperire le azioni di responsabilità previste dal codice civile, sia nel caso di danno al patrimonio della società, che si riverbera indirettamente sul suo patrimonio come perdita di valore della partecipazione, sia nel caso di danno diretto (e, quindi, danno erariale *ex* art. 12, comma 2, TUSP).

L'articolo 12, comma 2, TUSP impone, quindi, ai funzionari pubblici di tutelare l'investimento pubblico utilizzando le azioni civilistiche a tutela della partecipazione. In tal caso, quindi, il procuratore contabile dovrà a sua volta valutare l'azione nei confronti dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi quando la loro condotta,

⁷ Cfr. S. Nicodemo, M.V. Susanna, *Commento sub art. 12, in Società a partecipazione pubblica*, 2018, 145; G. Guizzi, M. Rossi, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in Aa.Vv., *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, diretto da R. Garofoli e A. Zoppini, 2018, 595; G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, 2016, 360 e ss.; S. Gliński, *Commento sub art. 12, in Aa.Vv., Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica*, 2016, 120.

sia attiva che omissiva⁸, consistente nel mancato esercizio dei diritti di socio, ha determinato un danno erariale.

In particolare, è stata già rilevata la configurabilità della responsabilità e della giurisdizione contabile in riferimento al soggetto rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, che abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione⁹. Questo «ben può accadere quando il socio pubblico, in presenza di atti di *mala gestio* imputabili agli amministratori o agli organi di controllo della società partecipata, trascuri ingiustificatamente di esercitare le azioni di responsabilità alle quali egli sia direttamente legittimato, ove ne sia derivata una perdita di valore della partecipazione».

Se (i), come accennato, le osservazioni sull'art. 12, comma 2 del TUSP fanno generalmente riferimento all'esercizio delle azioni di responsabilità (i.e. agli artt. 2393 e seguenti del codice civile) senza richiamare ulteriori diritti sociali come, ad esempio, la revoca degli amministratori, (ii) tuttavia, il tenore del medesimo comma 2 dell'art. 12 del TUSP, che fa riferimento in termini ampi all'«esercizio dei diritti di socio» e la rilevanza, anche per quel che si è detto in precedenza, che la mancata e/o non adeguata attivazione di tali prerogative potrebbe comunque avere nella prospettiva considerata, indurrebbero ad una lettura della norma nel senso che essa configura un obbligo in capo al socio pubblico di (valutare se e come, in presenza delle concrete circostanze) esercitare tutti quei diritti sociali riconosciuti al socio dalla disciplina civilistica idonei a tutelare l'investimento pubblico¹⁰.

⁸ In merito all'interpretazione secondo cui la norma includerebbe anche le condotte attive, si vedano M. T. Polito, *Il controllo e la giurisdizione della Corte dei Conti*, in Aa. Vv., *Le Società Pubbliche*, t. I, 2016, 537; S. Rigoni, *Razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche e ruolo della Corte dei Conti*, in Aa.Vv., *I controlli nelle società pubbliche*, diretto da F. Auletta, 2017, 307; G. Caruso, *op. cit.*, 356.

⁹ Cfr. M. Fratini, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in Aa.Vv., in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. Garofoli e A. Zoppini, 2018, 721, cui appartiene la citazione di seguito riportata nel testo. Sul punto, si veda anche la già menzionata Cass. civ., SS. UU., sent. n. 21692/2016.

¹⁰ In proposito cfr. S. Nicodemo, MV. Susanna, *op. cit.*, 150; A. Morello, *Azioni e strumenti finanziari nelle "nuove" società a partecipazione pubblica: primi spunti sul Testo Unico di riforma*, in www.dirittobancario.it, ottobre 2016; A. Rigoni, *Razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche e ruolo della Corte dei Conti*, in Aa.Vv., *I controlli nelle società pubbliche*, 2017, 307, il quale osserva come si possano ipotizzare «azioni erariali per danni all'ente partecipante in conseguenza di comportamenti attivi dei rappresentanti degli enti pubblici, come nelle ipotesi di proposta o approvazione di linee strategiche di *governance* incongruenti rispetto agli obiettivi societari, con conseguente pregiudizio del valore della stessa quota di partecipazione».

Si tenga inoltre conto della circostanza che in dottrina si riconosce al procuratore contabile il potere di esercitare l'azione surrogatoria nel caso di inerzia da parte del rappresentante del socio pubblico nell'esercitare i diritti di socio. Ciò troverebbe la propria giustificazione nel fatto che «il requisito di perdere la garanzia del proprio credito va inteso come pericolo di perdere i mezzi di tutela del patrimonio dell'ente e, dunque, di evitare un danno alle risorse finanziarie della collettività», così F. Cerioni, *Le responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici soci per danno erariale*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura di F. Cerioni, 2017, 214.

Ciò posto, ad ulteriore conferma dell'interpretabilità della disposizione in questione nel senso di riferirla a qualsiasi diritto di socio previsto dal codice civile, si può ricordare quell'orientamento che ha ulteriormente declinato il principio, riferendolo anche ai diritti spettanti all'ente pubblico quale titolare di c.d. "strumenti finanziari" e, dunque, in posizione diversa da quella *tout court* di socio¹¹. Il ragionamento prende le mosse dalla constatazione che l'art. 12, comma 2 del TUSP qualifica il danno erariale richiamando il pregiudizio, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti anche in conseguenza della condotta dei propri rappresentanti, i quali abbiano trascurato di esercitare i propri "diritti di socio" così nuocendo al valore della partecipazione. Orbene, «a meno di non voler legare questa previsione esclusivamente al diritto di dare impulso all'azione sociale di responsabilità, anche gli altri strumenti finanziari nei quali la partecipazione pubblica può prendere corpo potrebbero assegnare diritti amministrativi il cui mancato esercizio è capace potenzialmente di determinare un danno erariale nell'accezione sopra spiegata; oltretutto anche sul piano pratico ha senso ed utilità riferire la norma in esame anche al caso di mancato esercizio di diritti amministrativi diversi da quelli propri del socio se solo rammentiamo l'elenco di prerogative *lato sensu* di controllo che questi strumenti finanziari diversi dalle azioni potrebbero assegnare alla pubblica amministrazione che li detiene: prerogative che, quindi, dovrebbero parimenti responsabilizzare (nel senso voluto dall'art. 12.2) il rappresentante dell'ente pubblico chiamato ad esercitarle».

In questa prospettiva, pertanto, il catalogo sinteticamente abbozzato nelle pagine che precedono può tornare utile, quanto meno quale ambito di riferimento per sviluppare ulteriori riflessioni.

In via di – inevitabile – approssimazione, mantenendo il riferimento alla posizione di socio si pensi allo strumentario di c.d. reazione che l'ordinamento societario mette a disposizione di quest'ultimo, e che dunque l'ente pubblico e i suoi rappresentanti e soggetti decisori possiederebbero. Quelle "facoltà", di cui si è parlato in precedenza e che per il socio pubblico appaiono suscettibili di essere riqualificate come più impegnativi, e responsabilizzanti poteri/doveri.

Il mancato od anche intempestivo esercizio di tali prerogative, già qualora connotato da colpa grave, ad esempio in ragione della sottovalutazione degli elementi oggettivi eventualmente presenti o, ancora, della non adeguata valutazione dei c.d. "indici di criticità" se del caso esistenti, potrebbe a sua volta determinare, o concorrere a provocare, quel conseguente pregiudizio (al valore della partecipazione pubblica), assunto dalla norma a presupposto della configurabilità di possibili responsabilità erariali.

¹¹ Cfr. A. Morello, *op. cit.*, 3-4, cui appartiene la citazione di seguito riportata nel testo.

Ciò, a maggior ragione, in presenza di flussi informativi variamente declinati e declinabili verso il socio pubblico, e questo non solo in termini funzionali ad un aggiornamento successivo ma anche, talvolta, in una logica di preventiva sottoposizione, con quel che ne conseguirebbe in termini di – responsabilizzante – consapevolezza del soggetto destinatario.

Nella delineata prospettiva, si pensi, a titolo meramente esemplificativo, e sempre laddove – com'è ovvio – ne sussistano volta per volta i relativi presupposti:

- alla richiesta di convocazione dell'assemblea da parte del socio ente pubblico *ex art.* 2367 c.c. per deliberare, ad esempio, la revoca degli amministratori, con la percentuale del 10% o la minor percentuale indicata in statuto¹², ovvero all'esercizio degli specifici poteri di revoca ove accordati per statuto all'ente pubblico socio ai sensi dell'art. 2449 c.c.;
- all'impugnazione da parte del socio ente pubblico di eventuali deliberazioni assembleari ai sensi degli artt. 2377 e seguenti c.c., accompagnata se del caso da richieste cautelari, (per le ipotesi di annullabilità possedendo il 5% o la minor percentuale prevista in statuto) come, ad esempio, quelle con le quali sia respinta la proposta di avvio di un'azione sociale di responsabilità;
- all'impugnazione delle delibere consiliari in quanto lesive dei diritti del socio, ai sensi dell'art. 2388, comma 4 c.c., considerando anche in questa ipotesi la possibilità di domande cautelari;
- in occasione di approvazione del bilancio, all'omessa proposta concernente la responsabilità degli amministratori su fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio, ai sensi dell'art. 2393, comma 2, c.c., come noto sempre all'ordine del giorno in casi del genere.
- all'autonomo avvio dell'azione sociale di responsabilità della minoranza, *ex art.* 2393-*bis* c.c. (qualora evidentemente sussistenti i relativi presupposti, *in primis* quantitativi della partecipazione). Si tratta, come noto, di azione esercitabile direttamente da tanti soci che posseggano almeno un quinto del capitale sociale (20%) o la diversa misura prevista dallo statuto, comunque non superiore ad un terzo del capitale sociale;
- alle iniziative di sollecitazione del collegio sindacale ai sensi (*i*) tanto del comma 1 dell'art. 2408 c.c., che riconosce il potere di denuncia a ciascun socio in quanto tale, con conseguente obbligo del collegio sindacale di tenerne conto nella propria relazione all'assemblea, (*ii*) quanto del comma 2 del medesimo art. 2408 c.c.. Quest'ultima norma, nel caso in cui la de-

¹² Le richieste di convocazione dell'assemblea da parte del socio *ex art.* 2367 c.c. potrebbero essere le più diverse, comprendendo anche le proposte di eventuali azioni di responsabilità ovvero, in presenza di disposizioni statutarie *ad hoc* e di fronte ad un atteggiamento per così dire "omissivo", da parte degli amministratori, le domande di convocazione dell'assemblea in riferimento ad operazioni che, appunto, per espressa previsione di statuto, richiedano anche l'autorizzazione assembleare *ex art.* 2364, comma 1, n. 5, c.c..

- nunzia sia presentata da tanti soci che rappresentino almeno un ventesimo (5%) del capitale sociale, o la minor percentuale prevista in statuto, impone al collegio sindacale il dovere di indagare “senza ritardo”, di riferire le conclusioni e le eventuali proposte all'assemblea dei soci nonché, nelle ipotesi previste dal comma 2 dell'art. 2406 c.c., di provvedere direttamente a convocarla¹³;
- alla denuncia al tribunale ai sensi e per gli effetti dell'art. 2409 c.c., presentabile da tanti soci che posseggano almeno il 10% del capitale, o la minore percentuale prevista dallo statuto e ciò, in particolare, anche alla luce dell'art. 13 del TUSP (v. *infra*);
 - all'impugnazione della specifica deliberazione assembleare di approvazione del bilancio, ai sensi dell'art. 2434/*bis* c.c..

Questo elenco esemplificativo suggerisce inoltre di interrogarsi sulle ipotesi in cui il singolo ente pubblico socio si trovi a non possedere la percentuale richiesta per l'autonomo esercizio di una delle prerogative dianzi ricordate. Se per i soci “normali” si tratta, come detto, di facoltà che sono liberi di (valutare se e come) esercitare o meno, per i soci enti pubblici il discorso sembra configurabile in termini diversi e più cogenti, nella menzionata prospettiva erariale.

Alla luce di quanto precede, qualora il socio pubblico non raggiunga da solo le richieste percentuali occorre inoltre chiedersi se sia legittimo per quest'ultimo rimanere fermo, in presenza degli ipotetici presupposti di attivazione, oppure, tenendo conto della menzionata prospettiva erariale, se sia comunque esigibile un qualche comportamento proattivo. Questo nel senso di attivarsi, se del caso, con altri soci – magari a loro volta sempre soci pubblici – per (tentare) un esercizio congiunto di una di tali prerogative raggiungendo tutti assieme il minimo legale / statutario richiesto¹⁴.

È appena il caso di sottolineare la delicatezza di questi aspetti in presenza di società a controllo pubblico congiunto, così definibili ai sensi e per gli effetti della già ricordata lettera *b*) del comma 1 dell'art. 2 del TUSP, nel cui capitale sia presente una pluralità di enti pubblici, ciascuno dei quali tuttavia singolarmente titolare di una modesta partecipazione.

¹³ Tale norma stabilisce che il collegio sindacale può «*previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, convocare l'assemblea qualora nell'espletamento del suo incarico ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere*».

¹⁴ Nella direzione di comportamenti più attivi o, meglio, propositivi, si consideri il comma 16 dell'art. 11 del TUSP, il quale prevede, nell'ambito delle società a partecipazione pubblica «*ma non a controllo pubblico*», un dovere “di proposta”, in capo all'amministrazione pubblica che sia titolare di una partecipazione superiore al 10% del capitale sociale, in ordine all'introduzione di misure relative ai compensi di amministratori e dirigenti, analoghe a quelle previste dai commi 6 e 10 della medesima norma con riguardo alle società a controllo pubblico.

In questa medesima logica, ragionando su ipotesi in cui si potrà trattare di società il cui statuto venga preconfezionato da una o più amministrazioni pubbliche che poi decidono di metterlo a gara per aggiudicare le partecipazioni al socio privato gestore del servizio, è legittimo domandarsi se non si possa in un prossimo futuro sviluppare una tendenza al sistematico abbassamento in via statutaria di tutte le soglie per l'esercizio di tali prerogative.

6. *Continua. La denuncia al tribunale, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2409 c.c. e dell'art. 13 del TUSP. Conclusioni*

In questa prospettiva, a conclusione di queste sintetiche osservazioni, vale la pena di dedicare qualche riflessione aggiuntiva alla denuncia al tribunale, regolata dal combinato disposto dell'art. 2409 c.c. e dell'art. 13 del TUSP.

Fermo quanto già rilevato, in generale, in ordine alla modellabilità in via statutaria del potere di denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c., e della sua configurabilità, nella prospettiva dell'art. 12, comma 2 del TUSP, come un potere/dovere per l'ente pubblico socio, l'art. 13 del TUSP stabilisce che nelle società a controllo pubblico, «*in deroga ai limiti minimi di partecipazione*» previsti dal predetto art. 2409 c.c., «*ciascuna amministrazione pubblica socia, indipendentemente dall'entità della partecipazione di cui è titolare, è legittimata a presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale*»¹⁵.

Come noto, il presupposto del ricorso all'art. 2409 c.c., suscettibile di risolversi nei casi più gravi anche in un'amministrazione giudiziaria ai sensi dell'ultimo periodo del comma 4 del medesimo articolo, è costituito dal «*fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate*». In estrema sintesi, si tratta di uno strumento di cui è riconosciuta la natura incisiva, eminentemente cautelare ed interinale, funzionale cioè ad un intervento rapido sugli amministratori per bloccarne le sospettate irregolarità ed i connessi pregiudizi patrimoniali, nonché per impedirne di ulteriori.

Lo strumento della denuncia al tribunale, secondo quanto già ricordato in precedenza, è una facoltà a disposizione dei soci che rappresentino la prevista percentuale di capitale sociale. Ben diverso è, ovviamente, il discorso per i collegi sindacali, il cui potere/dovere è sancito dal comma 7 dell'art. 2409 c.c., e questo considerando peraltro che la legittimazione del PM è oramai prevista solo per le

¹⁵ Il comma 2 dell'art. 13 del TUSP prevede poi che la presente disposizione si applichi anche alle società a controllo pubblico costituite in forma di società a responsabilità limitata, in qualche modo anticipando, con le necessarie differenze, il nuovo comma 5 dell'art. 2477 c.c., introdotto dall'art. 379, comma 2 del d.lgs. n. 14/2019.

società aperte, con conseguente maggiore responsabilizzazione dei collegi sindacali nelle società chiuse.

Orbene, per l'ente pubblico socio di una società «a controllo pubblico» si tratta, in virtù dell'art. 13 del TUSP, di uno strumento attivabile a prescindere dalla quota di capitale posseduta che, nella prospettiva erariale di interesse, appare suscettibile di esser considerato in termini più cogenti e obbligati, in presenza dei relativi presupposti. Questo avendone a mente, in particolare, la peculiare natura, portata ed incisività e, dunque, la possibile rilevanza in caso di omessa o tardiva attivazione¹⁶.

È appena il caso di segnalare la potenziale, significativa rilevanza di tale principio ove riferito a società qualificabili come «a controllo pubblico» in cui siano più enti, ciascuno dei quali titolare di una quota di partecipazione minima, ai sensi della ricordata seconda parte della lettera *b*) del comma 1 dell'art. 2 del TUSP, a detenere tale controllo.

Fermo quanto precede, a proposito delle modalità o, meglio, della tempestività o meno della presentazione dell'eventuale denuncia da parte di un ente pubblico socio, il discorso meriterebbe a sua volta una serie di ulteriori puntualizzazioni, da ricollegare all'ulteriore strumentario “di rimozione” di cui l'ente socio si trovasse ad essere titolare, anche in ragione della dimensione della sua partecipazione e, più in generale, alla conformazione degli assetti proprietari della società di volta in volta considerata.

A titolo meramente esemplificativo, occorrerebbe valutare la titolarità o meno, in capo all'ente pubblico, di poteri di revoca *ex* art. 2449 c.c.. In un caso del genere, il comportamento dell'ente pubblico e dei suoi rappresentanti che, invece di rimuovere direttamente gli amministratori avvalendosi delle speciali prerogative che lo statuto assegna, preferissero rivolgersi al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c. – dovendo quindi scontare anche i tempi per pervenire ad una qualche decisione giudiziale, con quel che ne potrebbe conseguire in termini di aggravamento dei pregiudizi patrimoniali – potrebbe comunque esser oggetto di un vaglio critico nelle competenti sedi.

Da valutare, sotto questo profilo, considerando le concrete circostanze del caso, la diversa ipotesi di un ente pubblico socio di controllo che, forte della propria – singola – posizione proprietaria, chiedesse una convocazione dell'assemblea ai sensi del menzionato art. 2367 c.c. al fine di votare una rapida rimozione di uno o più amministratori.

¹⁶ Cfr., nel medesimo senso, T. Tessaro, *Commento sub art. 13*, in Aa.Vv., *Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica*, a cura di C. D'Aries, S. Glinianski e T. Tessaro, 2016, 127.

A ciò si aggiunga come, anche sotto il profilo delle modalità di cui si viene discorrendo, potrebbe nel concreto rilevare la situazione di controllo plurimo da parte di più enti pubblici dianzi ricordata.

Per completezza sul punto occorre inoltre ricordare che il presupposto di attivazione della denuncia al tribunale risulta ampliato dal comma 3 dell'art. 14 del TUSP. Nel contesto della disciplina della crisi delle società a partecipazione pubblica, tutte ricondotte nell'alveo delle ordinarie procedure concorsuali, con specifico riferimento alle società a controllo pubblico l'art. 6, comma 2 del TUSP stabilisce che esse, *i.e.* i relativi organi amministrativi, predispongano specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informino l'assemblea dei soci nell'ambito della relazione sul governo societario, prevista dal successivo comma 4 del medesimo art. 6, TUSP¹⁷.

A sua volta, il comma 2 dell'art. 14 del TUSP stabilisce che qualora emergano, nell'ambito dei predetti programmi di valutazione del rischio, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico «*adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento*». Il comma 3 dell'art. 14 del TUSP dispone che, quando si venga a determinare la situazione dianzi descritta, la mancata adozione di provvedimenti adeguati da parte dell'organo amministrativo «*costituisce grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 del codice civile*»¹⁸.

La complessità del quadro che si viene delineando, con particolare riguardo alla posizione (non solo degli amministratori di tali società, ma anche) del singolo ente pubblico socio appare, per conseguenza, di tutta evidenza, anche nella considerata prospettiva erariale. Ciò esigerà attente valutazioni, caso per caso, in presenza di situazioni critiche che dovranno essere dal medesimo ente pubblico e dai

¹⁷ Questa disposizione va oramai a sua volta contestualizzata nella più generale rivisitazione e puntualizzazione delle competenze dell'organo amministrativo di imprenditori in forma societaria, effettuata dagli artt. 3, 375 e 377 del d.lgs. n. 14/2019 intervenendo su diverse disposizioni del codice civile, dall'art. 2086 all'art. 2380/*bis*, sino all'art. 2475.

¹⁸ Ciò che il TUSP intende a tali fini per "provvedimento adeguato" viene peraltro – restrittivamente – puntualizzato nel successivo comma 4 del medesimo art. 14. Questo nel senso di escludere «la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie, anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del comma 2, anche in deroga al comma 5» del medesimo art. 14 del TUSP (che sancisce limiti ad operazioni finanziarie dell'ente pubblico verso società partecipate).

Anche queste norme andranno necessariamente lette ed applicate alla luce della nuova regolazione delle procedure di allerta *ex* art. 12 e seguenti del d.lgs. n. 14/2019, che prevedono anche la possibile, doverosa attivazione degli organi di controllo. A quest'ultimo proposito mi permetto di rinviare alle considerazioni esposte in ..., in corso di pubblicazione in *Giur. Comm.*

suoi rappresentanti adeguatamente monitorate, affrontate e risolte, con la tempestività che esse richiederanno.

Si tratta perciò di un contesto nel quale, a maggior ragione se si tratta per l'appunto di società «a controllo pubblico», alcuni soci – gli enti pubblici – finiscono con l'essere [...] più uguali degli altri. Si pensi, ancora una volta, non solo e non tanto al caso in cui un ente pubblico sia da solo titolare di una partecipazione che gli assicura l'esercizio di influenza dominante ai sensi dell'art. 2359 c.c., ma alle più volte ricordate situazioni in cui si ritenga sussistente il controllo plurimo, in capo quindi a più enti pubblici, ciascuno dei quali in ipotesi titolare di una modesta partecipazione. È in contesti del genere che l'applicazione delle citate disposizioni sarà ancor più sfidante, impegnativo e, soprattutto, responsabilizzante.

L'esercizio dei diritti del socio pubblico nella prospettiva della responsabilità erariale ex D.Lgs. 19 agosto 2016 n. 175. Spunti di diritto societario

Il presente scritto esamina, sotto il versante del diritto societario, la correlazione tra l'esercizio dei diritti del socio pubblico ed eventuali responsabilità per danno erariale ai sensi dell'art. 12, comma 2, TUSP (secondo cui costituisce danno erariale "il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione").

In tale prospettiva, l'Autore fornisce alcuni spunti di riflessione in merito alla lettura dell'art. 12, comma 2, TUSP, mostrando, attraverso alcuni esempi (relativi, in particolare, alla disciplina della s.p.a.), come l'esercizio o meno di alcuni diritti sociali, con dolo o colpa grave, possa pregiudicare il valore della partecipazione pubblica.

The exercise of the rights of the public partner in the perspective of state responsibility pursuant to Legislative Decree dated 19 August 2016 No. 175. Elements of company law

In the light of company law, this document examines the correlation between the exercise of the rights of the public member and any liability for revenue damage pursuant to art. 12, paragraph 2 of the TUSP (the 'Consolidated Law on Public Companies', according to which "the damage resulting from the conduct of representatives of the participating public bodies or in any case those holding the power to decide for them, who in the exercise of their rights as shareholders, have affected the value of the investment with fraud or gross negligence," constitutes revenue damage). In this perspective, the author provides some insights into the reading of the art. 12, paragraph 2 of the TUSP, using some examples (with particular reference to the discipline of joint-stock companies), to show how the deployment or not of certain aspects of corporate law, with fraudulent intent or gross negligence, can prejudice the value of public company ownership.