



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 7-8/2016

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe, Fabrizio Cerioni.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Chiara Magrì, Massimo Pellin-gra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Virginio Vitullo.

Patti parasociali e nuova disciplina delle società pubbliche

di Gaetano Caputi¹

ABSTRACT

I patti parasociali costituiscono uno degli strumenti più efficienti, in ragione della duttilità che li caratterizza, per consentire alle parti di un rapporto societario di pervenire alla migliore regolamentazione di alcuni aspetti del vincolo societario, in un quadro di attento equilibrio tra le esigenze alla fissazione di un assetto definito, e le ragioni della contendibilità societaria e libera disponibilità delle relative posizioni giuridiche soggettive. Gli adeguamenti normativi registrati in tema di diritto societario nel nostro ordinamento hanno consentito di definire adeguati spazi e chiara funzione per l'istituto.

La recente definizione normativa della disciplina applicabile per le società che vedano tra i propri soci amministrazioni pubbliche (decreto legislativo 19.8.2016, n. 175) introduce alcune deviazioni dall'assetto ordinamentale generale, ma non sempre sembrano individuati o individuabili le ragioni di interesse pubblico che possano, poi, essere soppesate per verificarne la effettiva idoneità a giustificare eventuali deroghe al diritto comune. Un aspetto significativo tocca proprio la definizione di profili qualificanti la fattispecie dei patti parasociali, fino a delineare un diritto speciale per la mera presenza di un socio pubblico. Tuttavia, tra assenza di ragioni giustificative per le deroghe introdotte, e scarsa attenzione alle effettive esigenze della realtà economico giuridica del mercato, finisce per emergere un quadro che rischia di vedere pregiudicate le esigenze di migliore definizione degli interessi pubblici sottesi.

In questo senso proprio il tema delle deroghe alla disciplina comune in tema di patti parasociali finisce per risultare esempio emblematico della difficoltà del legislatore in materia di diritto dell'economia a cogliere le opportunità offerte dalla rivisitazione normativa in un'ottica di coniugazione equilibrata di coerenza sistematica e attenzione alle reali istanze del mercato.

¹ Docente presso la Scuola Nazionale dell'Amministrazione. Il lavoro è stato sottoposto a referaggio secondo la *double blind peer review*.

Sommario

1. Patti parasociali e diritto societario. – 2. Disciplina dei patti parasociali. – 3. Efficacia temporale dei patti parasociali. – 4. La nuova disciplina delle società pubbliche. – 5. Verso la creazione di un (ulteriore) diritto speciale?

1. Patti parasociali e diritto societario.

Con l'autonomia statutaria i soci disciplinano il funzionamento della società e i molteplici rapporti tra gli organi e i soci stessi con regole destinate ad applicarsi e vincolare chiunque sia o sarà in futuro² titolare di azioni emesse dalla società. Invece, con i patti parasociali³, solitamente collocati al di fuori dello statuto, tutti o alcuni soci, con la eventuale partecipazione di terzi, regolano l'esercizio dei loro diritti sociali⁴, obbligandosi tra loro a tenere i

comportamenti pattuiti nella gestione di poteri e facoltà inerenti alla partecipazione sociale⁵: essenzialmente si tratta della regolamentazione delle modalità di espressione del voto negli organi sociali, delle rispettive prerogative e diritti in tema di governance societaria, della disciplina della partecipazione agli utili, delle facoltà riconosciute in materia di trasferimento delle azioni, o per la definizione condivisa delle posizioni dei singoli aderenti nell'eventualità di operazioni straordinarie. Il vincolo così sorto rimane perciò limitato alle parti del patto e non si estende agli altri soci, presenti e futuri⁶. Anche la società, come soggetto giuridico distinto dai soci, vi rimane

² CORSO E., *Il contratto preliminare di società*, in *Contr. Impr.*, 1998.

³ Con riferimento alla nutrita bibliografia in argomento, si rimanda in particolare a: ADDUCCI E., *I patti parasociali. Disciplina, giurisprudenza e clausole*, Halley Editrice, 2007; BERTUZZI M. – MANFEROCE T. – PLATANIA F., *Società per azioni. Costituzione, patti parasociali, conferimenti*. (artt. 2325-2345 C.c.), Giuffrè, 2006; BUTTARO L., *Sindacati azionari*, in *Novissimo digesto italiano*, XVII, Torino, 1970; CENDON P., *Commentario al codice civile. Artt. 2325-2362: Società per azioni. Vol. 1: Costituzione, promotori, patti parasociali, conferimenti, azioni.*, Giuffrè, 2010; FARENGA L., *I contratti parasociali*, Milano, 1985; GIANNINI L. – VITALI M., *I patti parasociali*, Maggioli Editore, 2008; OPPO G., *Contratti parasociali*, Milano, 1942; OPPO G., *Patti parasociali: ancora una svolta legislativa*, in *Rivista di diritto civile*, 1998; PROVERBIO D., *I patti parasociali. Disciplina, prassi e modelli contrattuali*, IPSOA, 2010; RESCIO G., *I patti parasociali*, in *l'Arbitrato. I patti parasociali. Prospettive per il notariato*, 1991; RIOLFO G., *I patti parasociali*, CEDAM, 2003; SANTONI G., *Patti parasociali*, Jovene, 1985.

⁴ BERNARDINI M., *Rivisitando la giurisprudenza sui sindacati di voto*, in *Contratto e Impresa*, 1988; COTTINO G., *Ancora dei sindacati di voto: con qualche variazione sul tema*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998; GRANDE S., *Ancora sui patti di voto*, in *Contratto e impresa*, 1990; JAEGER P.G., *Il problema delle convenzioni di voto*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1989; LAMANDINI M., *La trasmissione della ricchezza familiare: i patti parasociali*, in *Contratto e Impresa*, 2004; NUZZO A., *Il vincolo di voto nella società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1991; RESTIO, *I sindacati di voto*, in Colombo

G.E.-Portale G.B., *Trattato delle società per azioni*, UTET, 1994; ROMANO PAVONI G., *Le deliberazioni delle assemblee di società*, Milano, 1951; RORDORF R., *I sindacati di voto*, in *Società*, 2003; SCHLESINGER P., *Sindacati di voto: oggetto delle clausole*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1992; SENA G., *Convenzioni di voto e validità del voto*, in *Riv. Soc.*, 1959; VENDITTI A., *Validità dei sindacati azionari di amministrazione con trasferimento alla direzione del diritto di voto*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1950; VIDIRI G., *I sindacati di voto: un antico contrasto tra approdi dottrinari e giurisprudenziali*, in *Giustizia civile*, 1995; VISENTINI B., *I sindacati di voto: realtà e prospettive*, in *Rivista delle Società*, n.14/1998.

⁵ CREMASCO D. – LAMBERTINI L., *Governo delle imprese e patti parasociali*, CEDAM, 2004; FOIS C., *Sindacati di voto e corporate governance: un problema tra ordinamento e sistema delle società per azioni*, in *Scritti Giuridici per Guido Rossi*, Giuffrè, 202; MACRI' E., *Patti parasociali e attività sociale*, Giappichelli, 2009; TONINELLI L., *I patti parasociali nella gestione dei rapporti sociali*, Euroconference, 2010.

⁶ DIVIZIA P., *Circolazione della partecipazione sociale e limiti soggettivi di efficacia dei patti parasociali*, in *Riv. notariato*, fasc.3, 2012; MACRI' E., *L'efficacia dei patti parasociali*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2006; MALAGUTI M., *I limiti soggettivi ed efficacia dei patti parasociali*, in *Contratto e Impresa*, 1990.

tendenzialmente estranea, con la conseguenza che né la società e i suoi organi sono tenuti ad assicurare il rispetto dei patti, né la loro violazione di per sé comporta l'invalidità o l'inefficacia delle deliberazioni degli organi sociali⁷. Ai fini delle ulteriori valutazioni di seguito sviluppate nella presente analisi, è bene precisare che quelle in esame costituiscono pattuizioni negoziali dalle quali scaturiscono effetti obbligatori⁸. Da esse nascono obbligazioni di fare o di non fare, il cui inadempimento si risolve nell'applicazione dei principi e delle norme generali in tema di obbligazioni e di contratto, a cui occorre riferirsi anche per la disciplina di base del rapporto parasociale⁹. Da tali principi deriva che gli atti compiuti dal socio in violazione del patto (ad esempio, la vendita delle azioni in difformità da quanto pattuito, o comunque una forma di disposizione della partecipazione sociale non conforme a quanto consensualmente stabilito con altri soci in sede di patti parasociali) restano validi ed efficaci, ancorché spongano l'inadempiente a varie conseguenze, prima fra tutte la responsabilità per i danni arrecati, ma anche l'applicazione di eventuali penali convenute, fino alla risoluzione del rapporto e ogni altro conseguenza prevista dal patto, purché lecita secondo la valutazione generale dell'ordinamento¹⁰. Al contrario, even-

tuali previsioni pure tese ad incidere su analoghe prerogative dei soci (tipicamente, in tema di disponibilità delle azioni o delle quote partecipative alla società, speciali regole di partecipazione di ciascuno alla governance societaria, regole particolari di condivisione degli utili o delle perdite) se contenute nello Statuto della società acquisiscono una efficacia erga omnes, e pertanto si rivelano immediatamente in grado di acquisire efficacia reale, proprio in quanto sono opponibili nei confronti di chiunque. La conseguenza prima e più evidente è che nei confronti dell'eventuale terzo acquirente che, per ipotesi, abbia acquistato le azioni con modalità in contrasto con clausole statutarie, ben potrà opporsi la impossibilità di rivendicare il diritto di essere iscritto nel libro soci della società, e conseguentemente di far valere i diritti patrimoniali o non patrimoniali connessi alla suddetta qualità di socio. Al contrario, in presenza di una operazione societaria di varia natura (ad esempio, nelle forme di una ipotesi di cessione, in tutto o in parte, delle partecipazioni societarie da taluno dei soci legati da un vincolo parasociale a terzi, o che si traduca nell'ingresso nel capitale sociale di nuovi soci anche sotto altra forma, con aumento del capitale sociale riservato e rinuncia al diritto di opzione dei soci già vincolati nei sensi predetti, ovvero ancora sotto forma di cessione dei diritti di opzione, o con qualunque altra modalità in grado di incidere sull'assetto della regolamentazione degli interessi cristallizzata negli accordi parasociali predetti¹¹), l'eventuale riconoscimento della sussistenza di vincoli di sorta alla luce di patti parasociali esi-

⁷ GALGANO F., *La clausola di gradimento, i patti parasociali e la categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1997; ATELLI M., *Recesso ed inadempimento nelle convenzioni di voto*, in *Contratto e Impresa*, 1997.

⁸ OPPO G., *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987.

⁹ MERLINO P., *I patti parasociali nel diritto societario e nel diritto privato*, Malatesta Editrice, 2008; PISELLI D., *I Patti parasociali tra diritto dei contratti e diritto societario*, in *Società*, 2007; SBISÀ G., *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori*, in *Contratto e impresa*, 1996.

¹⁰ RIOLFO G., *Dall'evoluzione giurisprudenziale e normativa, recenti spunti per una riflessione critica sulla questione di validità dei patti di sindacato*, in *Contratto e Impresa*, 2000.

¹¹ Per un'interessante analisi di evenienze quali quelle ipotizzate in presenza di speciali pattuizioni contenute in patti parasociali si rinvia a DIVIZIA P., *Le clausole di tag e drag along. Nuove regole statutarie di società di capitali e patti parasociali*, IPSOA, 2013.

stenti tra i soci, ove per mera ipotesi l'operazione societaria ipotizzata si riveli destinata a realizzarsi effettivamente non in perfetta aderenza alle relative previsioni, e quindi con l'eventualità che taluno dei soci paciscenti tenga un comportamento in contrasto con la disciplina emergente dai suddetti patti parasociali, non implica conseguenze di natura reale, tali cioè da condurre a reputare invalida, in tutto o in parte, o inefficace l'operazione societaria ipotizzata, bensì, eventualmente, in termini risarcitori in favore dei soci paciscenti che denunciino l'inadempimento degli altri patiti. L'operazione delineata, pertanto, potrà trovare lecita attuazione e regolare esecuzione tra le parti, né se ne potranno inibire gli effetti da parte di terzi, fermi gli effetti risarcitori a carico del socio che abbia operato in violazione dei patti parasociali già stipulati, e nel concreto disattesi.

Naturalmente non può essere escluso, in questa sede, che l'eventuale pretesa risarcitoria che per pura ipotesi nei termini suddetti sarebbe configurabile non possa altresì estendersi al terzo (e cioè, secondo l'ipotesi sopra delineata, l'acquirente delle partecipazioni societarie oggetto di contestazione, o il cessionario dei diritti di opposizione, ovvero il soggetto comunque diverso dal socio originariamente vincolato dagli accordi parasociali predetti), ove ritenuto a sua volta parte concorrente con il socio inadempiente nelle vesti di istigatore o determinatore della condotta illecita per la quale, come detto, si assume in questa sede una pretesa risarcitoria. Ma questa eventualità attiene alla concreta dinamica delle specifiche vicende, e comunque non contraddice quanto sopra precisato, circa l'assenza di efficacia reale dei patti paraso-

ciali: pertanto, non è possibile prefigurare, in termini generali ed astratti, alcun effetto automaticamente inibitorio rispetto a quanto eventualmente pattuito pur in contrasto con patti parasociali, fermo, come detto, ogni diverso esito risarcitorio secondo l'ordinaria disciplina delle obbligazioni. Parimenti, ovviamente, diversa questione attiene all'esito effettivo di ogni eventuale pretesa risarcitoria intentata, dipendendo dalla specificità del caso concreto. In particolare, è verosimile che tale eventualità potrebbe riverberarsi quanto meno sull'ordinato andamento della gestione societaria, ove si traduca in una aperta contesa giudiziaria che coinvolga non solo ex soci, ma anche soggetti ancora partecipanti alla medesima compagine sociale. E, per questo, l'esito ipotizzato da ultimo potrebbe rivelarsi in grado di incidere non poco sulla stabilità della gestione societaria; ma comunque si tratta di evenienza ulteriore e, per certi versi, accessoria rispetto a quanto sopra espresso in termini generali. E cioè che dall'eventuale violazione di patti parasociali non discendono conseguenze in grado di reputare la relativa configurazione degli interessi delle parti come affetta, solo in quanto tale, da nullità o annullabilità di sorta, o da inefficacia rispetto agli altri soci o alla società stessa, residuando solo conseguenze risarcitorie. È pur vero che non possono escludersi eventualità in cui la specifica dinamica delle vicende regolate e degli atti e comportamenti in concreto emergenti possa offrirsi come scenario per la definizione in sede giudiziale della relativa contrapposizione di interessi. E in tale

contesto, la gamma delle opzioni astrattamente possibile non può certamente fare escludere in radice l'eventualità che fattispecie di tale origine possano rivelarsi comunque suscettibili di condurre a provvedimenti giurisdizionali inibitori, anche di carattere cautelare. Ma comunque ciò può discendere solo in conseguenza di specifica delibazione giurisdizionale e sempre che si ravvisino tutti gli elementi normativamente richiesti per questa specifica e più penetrante forma di tutela, evidentemente in presenza di una specifica situazione di tale gravità da prefigurare conseguenze altrimenti esiziali, ove non impedito l'ordinario corso degli effetti negozialmente disposti dalle parti nei termini così ipotizzati. In ogni caso, a ben vedere proprio la riconduzione di tale eventualità negli ambiti e secondo i canoni offerti dagli ordinari rimedi per inadempimento contrattuale non fa altro che confermare quanto ribadito, e cioè che in evenienze del genere non opera alcuna automatica preclusione alla produzione degli effetti propri dell'attività negoziale posta in essere, né la stessa può essere valutata in termini di liceità/illiceità, ma l'unico spazio che si offre è quello delle conseguenze risarcitorie derivanti alla luce della ordinaria disciplina dell'inadempimento delle obbligazioni.

2. Disciplina dei patti parasociali

Come è noto, a parte le diverse norme settoriali dell'ordinamento che riconoscono e disciplinano i patti parasociali (senza tenere conto di riferimenti normativi ormai superati e non più attuali, si può rinviare, ad esempio, alla

legge antitrust, art. 27, l. 10 ottobre 1990, n. 287; al Testo unico bancario, art. 23, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385¹²; alle disposizioni sul bilancio consolidato, art. 26, l. 9 aprile 1991, n. 127; alle disposizioni in tema di privatizzazioni, artt. 1 e 2 decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 1994, n. 474; alla normativa in materia di editoria, di cui all'art. 2, l. 5 agosto 1981, n. 416), tale disciplina risiede nel nostro ordinamento, fondamentalmente, in quella desumibile alla luce degli artt. 122 e 123 del testo unico dell'intermediazione finanziaria approvato con decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58¹³, e degli artt. 2341-*bis* e 2341-*ter* c.c.¹⁴. Tali ultimi riferimenti normativi, introdotti per effetto della riforma della disciplina societaria di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6¹⁵,

¹² ROSA A., *Patti parasociali e gestione delle banche*, Giuffrè, 2010.

¹³ CHIAPPETTA F., *I Patti parasociali nel Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Riv. Soc.*, 1998; INTRISANO C., *Proprietà e controllo: dual class, patti parasociali e gruppi piramidali. Un'analisi sulle società italiane quotate in borsa*, Aracne, 2009; ROSSI G., *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate*, in *Rivista delle Società*, 1991; SALAFIA V., *I patti parasociali nella disciplina contenuta nel d.lgs. 58/98*, in *Le Società*, 1999; TOFFOLETTO A., *Patti parasociali e società quotate*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole*, in *Scritti giuridici per Guido Rossi*, Giuffrè, 2002; TUCCI A., *Patti parasociali e governance nel mercato finanziario*, Cacucci, 2005.

¹⁴ FIORIO P., *Commento agli articoli 2341-*bis* e 2341-*ter**, in *AA.VV., Il nuovo diritto societario*, Il Bologna, 2004.

¹⁵ COSTI R., *I patti parasociali nella nuova società a responsabilità limitata*, in *AA.VV., La nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, Milano, 2003; FOIS C., *I patti parasociali*, *Atti del Convegno sul Diritto societario: dai progetti alla riforma*, Giuffrè, 2003; FONTANA F., *I patti parasociali*, in *AA.VV., La riforma delle società. Aspetti applicativi*, Torino, 2004; GRIECO A., *Patti parasociali e riforma societaria*, in *Giust. civ.*, 2003; LOMBARDI G., *I patti parasociali nelle società non quotate e la riforma della del diritto societario*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 3/2003;

costituiscono il parametro normativo di diretto riferimento per le società che non possano essere annoverate tra quelle emittenti azioni quotate su mercati regolamentati, ovvero società controllanti¹⁶ altra società con azioni quotate in un mercato regolamentato, secondo il perimetro applicativo delineato ai sensi dell'art. 122 TUF sopra citato. Va subito osservato che la disciplina delineata dal codice civile in argomento non costituisce una regolamentazione organica e completa del fenomeno, quanto piuttosto l'occasione per individuare, in termini generali, gli accordi ai quali le disposizioni sopra citate devono essere applicate, e a regolare principalmente la durata dei patti parasociali e determinati obblighi pubblicitari connessi ai medesimi¹⁷. Tale considerazione assume rilievo non secondario per offrire utili elementi ai fini della presente analisi, come di seguito indicato. In questa prospettiva, assume rilievo certamente determinante l'identificazione della ratio sottesa alle indicate previsioni e della finalità dell'intervento normativo. Ai fini della ricostruzione compiuta dell'istituto e di ogni disamina centrata sulla concreta utilizzabilità di patti parasociali per un ordinato e stabile assetto degli interessi rilevanti dei soci, occorre

anzitutto mirare l'attenzione sulla esatta configurazione del relativo termine di efficacia. Nel senso che, come di seguito illustrato, la questione della durata dei patti parasociali, cui si connette immediatamente quella della relativa eventuale rinnovabilità e a quali condizioni, costituisce un banco di prova formidabile per saggiare la coerenza dell'istituto rispetto alle concrete esigenze funzionali che possono animare l'autonomia negoziale. Innanzi tutto, in questa prospettiva, s'intende rifuggire da ogni rischio di lettura meramente formalistica della fattispecie, ovvero di ricostruzione dei suoi elementi caratterizzanti sterilmente ripiegata su una analisi che non sia anche attenta alla corretta individuazione delle reali esigenze, sia giuridiche sia economiche, alle quali con questo istituto l'ordinamento intenda offrire utili opportunità alla autonomia negoziale dei consociati. Piuttosto, occorre connettere l'insieme delle regole che contraddistinguono la fattispecie alla relativa ratio ispiratrice (secondo quanto sopra anticipato), come parametro di corrispondenza rispetto all'effettiva funzione che le parti intendano affidare alla stessa ai fini di una compiuta regolamentazione dei rispettivi interessi. È evidente, infatti, che contenuto, struttura e limiti dell'istituto possono correttamente emergere, a maggior ragione in presenza di una disciplina quale quella prescelta dal nostro legislatore nel caso di specie, solo in funzione delle caratteristiche dello stesso istituto rispetto a finalità specifiche avute di mira dalle parti che intendano in questo modo conseguire una più compiuta conformazione dei propri interessi giuridicamente rilevanti

MAZZAMUTO S., *I patti parasociali: una prima tipizzazione legislativa*, in *Contr. Impr.*, 2004; PORTALE G., *Patti parasociali con « efficacia corporativa » nelle società di capitali*, in *Rivista delle Società*, fasc.1, 2015; RESCIO G. A., *La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2002; SCARPA D., *I patti parasociali nelle s.p.a. e nelle s.r.l.*, Giuffrè, 2011; SEMINO G., *I patti parasociali nella riforma delle Società di Capitali: prime considerazioni*, in *Le Società*, n.2bis/2003.

¹⁶ MARCHETTI P., *Note sulla nozione di controllo della legislazione speciale*, in *Riv. Soc.*, 1992.

¹⁷ CHIONNA V., *La pubblicità dei patti parasociali*, Giuffrè, 2008.

(ovviamente, leciti), in coerenza con l'insieme di regole e previsioni che compongono l'ordinamento. Rispetto alla generale configurazione dei patti parasociali e della relativa durata, emergono subito esigenze che s'intersecano dialetticamente attraversando, a ben vedere, tutto il campo della disciplina dei rapporti tra soci di società commerciali. In forza della prevalente opinione degli interpreti, anche alla luce di un'analisi comparativistica estesa ai corrispondenti istituti presenti in altri ordinamenti¹⁸, il riconoscimento della generale efficacia dei patti parasociali di cui agli artt. 2314-*bis* e 2341-*ter* c.c. risponde principalmente alla finalità di garantire un certo grado di stabilità nel governo delle società, ai fini di un'efficiente gestione delle imprese. D'altra parte, la previsione, nelle predette disposizioni, di un termine massimo di durata dei patti¹⁹ è, invece, tesa a favorire la contendibilità del controllo delle società per azioni, evitando il cristallizzarsi per un lungo periodo di tempo di posizioni dominanti che non si rivelino al tempo stesso direttamente correlate al possesso di una partecipazione al capitale sociale di corrispondente entità. Emerge subito, quindi, il reale dato di fondo della fattispecie, rappresentato da questa tensione dialettica tra esigenze di stabilità dell'assetto definito dai soci (o da taluni di essi) con i patti parasociali e

temporaneità di ogni conformazione dell'assetto societario che, pur discendendo dalla autonomia negoziale, si risolva in limitazioni, più o meno marcate, alle opportunità offerte dalla più ampia possibilità di disporre dei propri diritti, sempre in ossequio alle regole dell'autonomia negoziale e del diritto delle società. Dove è evidente che tale facoltà di disporre liberamente allude direttamente all'assetto societario e alla connessa configurazione della governance societaria. Ma nello stesso contesto ricadono – tipicamente - anche le eventualità di pattuizioni volte a regolare la facoltà di disposizione delle azioni o quote rappresentative dei singoli soci, o in ogni caso qualunque limitazione o vincolo di sorta, anche di carattere procedurale²⁰, in grado di incidere sulla concreta appetibilità di apporti che possano giungere dall'esterno della compagine societaria o di quella rappresentata nei patti, sotto forma di investimenti e iniezioni di capitale per l'acquisizione di partecipazioni societarie, o l'assunzione di una posizione di controllo nuova rispetto alla precedente, o comunque contributi di utilità nuove ed ulteriori per la società medesima, tali da potere incidere direttamente sull'assetto determinatosi per effetto del concorrere delle volontà negoziali dei soci aderenti al patto parasociale, nella situazione data. In altri termini, può dirsi che la scelta legislativa, partendo dal riconoscimento della validità di principio dei patti parasociali, si è orientata nel senso di cercare di evitare le conseguenze

¹⁸ MUNARI F., *Patti parasociali e norme del diritto internazionale privato e comunitario*, in *Diritto del commercio internazionale*, Gennaio-marzo 2003; SICA A., *I patti parasociali: profili di diritto interno e comparato*, Pensa Editore, 2008.

¹⁹ PINTO M., *La ratio del limite di durata dei patti parasociali a tempo determinato e l'art. 2341-bis, ultimo comma, c.c.*, in *Riv. Soc.*, 2008; QUAGLIOTTI L., *Sui limiti di durata dei sindacati di voto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1996.

²⁰ Si pensi alle ipotesi di patti di consultazione preventiva, o alle previsioni di speciali forme di diritti di opzione degli altri paciscenti nell'eventualità di decisione di disposizione delle azioni.

pregiudizievoli di tali accordi sulla disponibilità delle azioni in funzione della contendibilità del controllo delle società e sulla trasparenza degli assetti societari, per contemperare le esigenze di stabilità nel controllo e libera disponibilità delle partecipazioni societarie, cui è connessa la contendibilità dell'impresa, a sua volta presupposto per stimolare costantemente la tendenza della società a premiare pratiche di amministrazione maggiormente efficienti; l'introduzione di obblighi di natura pubblicitaria, invece, è tesa a garantire la trasparenza degli assetti societari.

Conseguentemente, i limiti alla durata dei patti parasociali (e gli obblighi di trasparenza) imposti nell'ordinamento sono tanto più stringenti, quanto più le società per azioni siano aperte al mercato dei capitali di rischio.

3. Efficacia temporale dei patti parasociali

Ai sensi dell'art. 2341-*bis* c.c., i patti parasociali (dovendosi reputare ammessi alla tutela prevista dall'ordinamento esclusivamente quelli aventi per oggetto quanto espressamente previsto ai sensi del primo comma del medesimo articolo e che siano stati stipulati al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società) possono essere stipulati a tempo determinato, ovvero a tempo indeterminato. In tale ultima evenienza, ciascun contraente ha diritto di recedere con un preavviso di centotanta giorni (art. 2341-*bis*, comma 2, c.c.). Qualora, invece, stipulati con la apposizione di un termine di durata, *“non possono avere durata superiore a cinque anni e si intendono stipulati per questa durata anche se le parti hanno previsto un*

termine maggiore; i patti sono rinnovabili alla scadenza.”. Residua, a questo punto, verificare se, ed eventualmente in che limiti, possa reputarsi valida ed efficace l'eventuale ulteriore previsione pattizia, in forza della quale venga prevista una ipotesi di tacito rinnovo dei medesimi patti, per un periodo di tempo anche inferiore all'originaria scadenza, ma comunque tale da superare il limite dei cinque anni sopra indicato. Occorre, in tale prospettiva, una disamina preliminare del contesto normativo ed interpretativo che assiste tale fattispecie, per verificarne l'effettiva idoneità a dispiegare effetti anche nel caso di specie oggetto della presente analisi, ed eventualmente in che termini o limiti. In generale, se l'ultima parte del primo comma dell'art. 2341-*bis* c.c. espressamente ammette la possibilità di rinnovo dei patti parasociali alla scadenza, quanto alla ammissibilità di una clausola di tacito rinnovo si registrano tra gli interpreti ed in giurisprudenza posizioni non sempre coincidenti. Secondo un primo orientamento, si è rilevato come il rapporto retto dai patti parasociali debba in ogni caso estinguersi alla scadenza per poi eventualmente risorgere con gli stessi contenuti, ma solo a fronte di nuove manifestazioni di volontà espresse dei paciscenti, negandosi, così, la liceità stessa di clausole di rinnovo automatico meramente tacito. E ciò in quanto, si è sostenuto, l'ammissibilità di clausole di rinnovo tacito non farebbe che trasformare i contratti parasociali a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, caratterizzati da un diritto di recesso esercitabile solo ogni cinque anni (e non in ogni momento, come invece pure consentito per i patti parasociali stipulati senza apposizione di un termine di durata, come segnalato), con buona pace dei pro-

blemi di cristallizzazione del controllo degli assetti proprietari²¹. In questa prospettiva, si riconosce la liceità sia di patti parasociali a tempo determinato, sia a tempo indeterminato solo a condizione di un rigoroso temperamento degli interessi in gioco da registrare proprio sul piano della limitazione della durata massima, ovvero della facoltà di recesso in ogni momento. Come sopra accennato, tale equilibrio è conseguito nella prima ipotesi, con il rispetto dei limiti di durata massima previsti dalla legge, cui accede la riconduzione a tale termine massimo anche l'eventuale pattuizione di un termine maggiore eventualmente stabilito pattizamente; nella seconda ipotesi, con il necessario temperamento offerto dal diritto di recedere dal patto con un termine di preavviso normativamente indicato (sei mesi). L'attenzione riservata alla previsione di un limite massimo di durata tende ad impedire che il patto vincoli per un periodo di tempo eccessivamente lungo l'assetto societario come definito con i patti parasociali, espressione di limitazioni di varia natura ed entità alla ordinaria disponibilità delle azioni, fino a rendere tale assetto sostanzialmente irreversibile. Tuttavia, secondo una lettura del dato normativo attento ad una valutazione sistematica e funzionale delle disposizioni direttamente in rilievo, è possibile una diversa ricostruzione del fenomeno e delle connesse conseguenze. Riconosciuta normativamente la rinnovabilità dei patti stipulati con la originaria previsione di un termine di durata, al fine di evitare che tale eventualità possa trasformarsi in una elusione della previsione che ne regola in maniera imperativa un

termine massimo di durata, per le esigenze di carattere generale sopra evidenziate connesse alla garanzia di contendibilità delle società, seppure all'esito del temperamento di opposti interessi nel caso di specie posto in evidenza, si giunge alla conclusione in forza della quale diviene determinante concentrare l'attenzione sulle modalità del rinnovo, per evitare che la libera rinnovabilità dei patti parasociali possa trasformarsi nell'aggiramento del limite legale di durata dei medesimi. In questa prospettiva, si ritiene non ammissibile sia il rinnovo tacito, cioè automaticamente derivante dalla mancata manifestazione di volontà contraria di una parte determinata di soci, sia il rinnovo parziale, cioè per una parte soltanto dei soci. Mentre si ritiene ammissibile - e questa diviene, allora, l'unica chiave di lettura della validità di tali pattuizioni secondo tale ottica - l'estinzione del rapporto disciplinato dai patti, necessariamente per tutti i contraenti originari, con la possibilità di stipulare una nuova convenzione; tale convenzione sarebbe possibile anche prima della scadenza, ma solo se preceduta dallo scioglimento anticipato del patto medesimo. Purché comunque il vincolo che obbliga i soci nel futuro esercizio delle facoltà loro spettanti in quanto tali non si protragga per un periodo di tempo superiore al termine normativamente fissato²². Alla luce delle esigenze funzionali alle quali si è riconosciuto risponde la disciplina legale dei patti parasociali, non si può non notare come l'aspetto fondamentale di tale regolamentazione, proprio in quanto sintesi

²² Così, tra gli altri, COSTI, "Il mercato mobiliare", p 328 e ss.; RESCIO, "La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario", in *Riv. Soc.*, 2002; FAUCEGLIA, voce "Patti parasociali", in *Enciclopedia del diritto*, Agg. V.

²¹ Così, tra gli altri, SEMINO, "Le Società", 2003/2 bis.

di esigenze non sempre parallele ed anzi sovente divergenti, come sopra indicato, risiede tutto nella durata dei patti medesimi. Non a caso la legge delega che ha poi condotto all'art. 2341-bis c.c. direttamente rilevante nel caso di specie prevedeva che la durata fosse la sola materia da regolamentare per i patti relativi a tutte le società per azioni non quotate. Ma anche nell'ambito della disciplina dei mercati mobiliari e dei relativi soggetti, già l'art. 124 TUF prevedeva, prima delle modifiche illustrate al codice civile, almeno per alcune società per azioni (quelle con azioni negoziate soltanto in mercati regolamentati comunitari non italiani), come derogabile la disciplina di trasparenza, ma non quella della durata. Pertanto, partendo dal generale riconoscimento dell'istituto, come recepito nella disciplina di legge sopra citata, e considerata la centralità nell'economia dello stesso della regolamentazione della durata dei patti parasociali, si tratta piuttosto di rinvenire il giusto punto di equilibrio tra le diverse esigenze di stabilità dell'assetto societario e libera disponibilità delle azioni. In sede giurisprudenziale, secondo un orientamento più risalente, le conseguenze di patti parasociali con durata indeterminata sarebbero quelle della sanzione di nullità dei medesimi, ai sensi dell'art. 1418 c.c., dato il generale disfavore dell'ordinamento per le obbligazioni di durata indeterminata²³. In tempi successivi, invece, l'evoluzione interpretativa pare stimolare un più diffuso e radicato riconoscimento della esigenza, in tali evenienze, di ritenere applicabile l'istituto del recesso unilaterale *ad nutum*, con obbligo di preavviso o per giusta causa, ritenuto come causa estintiva ordinaria

²³ Cass. 20 settembre 1995, n. 9975.

di qualsiasi rapporto di durata a tempo indeterminato, rispondente all'esigenza di evitare la perpetuità del vincolo obbligatorio²⁴. Si è pervenuti, così, ad esiti interpretativi più recenti, sia nella giurisprudenza di merito che in quella di legittimità, in forza dei quali pur reputandosi condivisibile la premessa da cui muove l'approccio alla questione, e cioè la necessità di risolvere il contemperamento tra le opposte esigenze di stabilità e disponibilità della partecipazione societaria nel senso della inammissibilità di limitazioni perenni, non si è mancato di precisare come la durata indeterminata non è durata perpetua, ma durata concretamente rimessa al perdurare dell'interesse contrattuale delle parti²⁵. In questa prospettiva, la valutazione di liceità di clausole di rinnovo tacito dei patti parasociali risulta conseguente all'impostazione delineata, con il riconoscimento della liceità di tale eventualità. È significativo al riguardo che nella formulazione dell'art. 2341-bis c.c. non è stata modificata la formulazione già adottata dall'art. 122 TUF, sebbene con riferimento a tale ultima disposizione pure erano state sollevate questioni interpretative relative all'ammissibilità del rinnovo tacito²⁶, risolte anche in quel contesto nel senso della liceità di tale pratica. Peraltro, proprio partendo dall'imprescindibile disamina della disciplina già adottata con riferimento alle società quotate, non si può fare a meno di rilevare che

²⁴ Cass. 23 novembre 2001, n. 14865.

²⁵ Cass. 22 marzo 2010, n. 6898; Trib. Lodi, 12 giugno 2002; Corte d'App. Milano, 24 luglio 1998. In dottrina, così OPPO, "Patti parasociali: ancora una svolta legislativa", in *Riv. Dir. Civ.* 1998, II

²⁶ RESCIO, "La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario", in *Riv. Soc.*, 2002, cit..

l'ammissibilità della clausola di rinnovo tacito sembra avallata autorevolmente dall'ordinamento in forza delle previsioni del Regolamento Consob n. 11971/1999 (c.d. Regolamento emittenti), che agli artt. 128 e 131 fa esplicito riferimento al rinnovo anche tacito del patto²⁷. Tanto premesso, preme mettere in evidenza come non manchi l'opzione interpretativa secondo la quale sarebbero invalide in quanto volte ad eludere la previsione del termine massimo di durata previsto per i patti parasociali quelle clausole che prevedano che il patto parasociale si rinnovi automaticamente in mancanza di un espresso atto di disdetta che il paciscente che non intenda proseguire ulteriormente il rapporto parasociale deve comunicare agli altri contraenti prima della scadenza. In questa prospettiva, la previsione di rinnovabilità dei patti alla scadenza di cui all'art. 2341-bis, primo comma, c.c. deve intendersi come tale da imporre agli interessati un onere di rinegoziazione e (solo eventualmente) rinnovo espresso del patto: con la scadenza del termine (originariamente apposto o ricondotto al termine legale di cinque anni), pertanto, occorre che emerga una cesura netta tra passato e futuro, tale che possa ammettersi la validità di un perdurante vincolo (come detto, limitativo della possibilità di esprimere la volontà dei soci in sede assembleare ovvero di disporre delle azioni) solo sulla base di una rinnovata ponderazione da parte degli interessati dei diritti e delle posizioni giuridiche coinvolti. Tale opzione interpretativa, tuttavia, pare difficilmente riconducibile alle

forme dell'autonomia privata riconosciuta nel nostro ordinamento e alle ordinarie modalità e limitazioni della relativa espressione, nell'equilibrato temperamento degli interessi coinvolti. Infatti, alla luce della ponderazione delle esigenze che presiedono al riconoscimento della ammissibilità dei patti parasociali nel nostro ordinamento, è possibile affermare che una lettura della disciplina in oggetto aderente alla sua ratio e, al tempo stesso, non incompatibile con l'ampiezza di forme di manifestazione del consenso consentite nel medesimo ordinamento, richiede semplicemente che il prolungamento del patto oltre la scadenza avvenga sulla base di una nuova manifestazione di volontà dei contraenti. E naturalmente nulla esclude che, previo accordo delle parti medesime, tale manifestazione di volontà potrà essere non solo espressa, ma anche tacita, esattamente come la mancata disdetta²⁸. In altri termini, se il riconoscimento della validità ed efficacia di patti parasociali richiede necessariamente ed indefettibilmente una valida espressione del consenso negoziale da parte di tutti gli interessati, si ritiene che lo stesso consenso possa essere espresso in tutte le forme consentite dall'ordinamento in ossequio al principio di libertà delle forme (argomentando ex art. 1350 c.c.), e pertanto anche in forma tacita, senza che possa utilmente riconoscersi il potere di impe-

²⁷ OPPO, "Patti parasociali: ancora una svolta legislativa", in *Riv. Dir. Civ.* 1998, II, cit.; SANTONI, "Commento all'art. 123", in "Commentario al TUF", diretto da CAMPOBASSO, II.

²⁸ MARCHETTI, BIANCHI, a cura di, "La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza"; CHIAPPETTA, "I patti parasociali nel Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria", in *Riv. Soc.*, 1998, cit.; MEO, "Le società con azioni quotate in borsa", in *Trattato Bessone*; PINARO', "I patti parasociali", in PATRONI GRIFFI, SANDULLI, SANTORO, a cura di, "Intermediari finanziari, mercati e società quotate"; PICCIAU, sub art. 123, in MARCHETTI, BIANCHI, a cura di, "La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza".

dire tale esito a disposizioni normative espressione di una sopravvalutazione delle istanze economico sociali che presiedono alla ricordata esigenza di contendibilità delle società, al di fuori o oltre quanto espressamente previsto dalla legge con la fissazione di oggetto e finalità esclusivi delle pattuizioni in argomento, oltre che di termini massimi di durata (quanto ai patto parasociali a tempo determinato) o della generalizzazione della facoltà recesso ad nutum (per quelli senza predeterminazione di durata). Sarebbero invalide, in questa prospettiva, solo le clausole in base alle quali il patto si consideri rinnovato automaticamente qualora la richiesta di scioglimento o la disdetta non provenga da una percentuale determinata di paciscenti, per evidente lesione della libertà dei contraenti di disporre dei propri beni giuridici anche addivenendo alla decisione di sciogliere il vincolo sociale alla base del rapporto in esame; ovvero, le clausole che incidono direttamente sulla facoltà, riconosciuta al socio, di sciogliersi dal patto escludendo in radice tale facoltà, o ricollegando al suo esercizio conseguenze sanzionatorie, o subordinandola al volere di alcuni soci soltanto.

4. La nuova disciplina delle società pubbliche

In questo contesto, si inserisce il recente decreto legislativo adottato in attuazione della delega contenuta negli artt. 16 e 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124²⁹. Il provvedimento, presentato come “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”, in realtà si pone come occasione

di sintesi di diversi aspetti incidenti nelle dinamiche di società commerciali con un socio, di controllo o meno, connotato come pubblica amministrazione³⁰, ma non sembra che allo stesso provvedimento possa attribuirsi il ruolo di sede esclusiva della disciplina di tutti i profili

³⁰ Sul tema delle società miste del tenore di quelle indicate nel testo, tra gli altri, si rinvia a ABBAMONTE G., *Profili costituzionali della gestione dei servizi pubblici locali a mezzo di società per azioni*, in Studi in onore di Leopoldo Elia, a cura di A. PACE, Giuffrè, Milano, 1999; ACQUAS B., LECIS C., *La società mista*, Giappichelli, Torino, 2001; AICARDI N., *Le società miste*, in AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici* (a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI), I, Milano, 2008, 231 ss.; CAMELLI M., DUGATO M., *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, 2008; CARINGELLA F., *In particolare, le società miste*, in AA.VV., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (a cura di R. DE NICTOLIS), voi. I, Giuffrè, Milano, 2007, 279 ss.; CIRENEI M.T., DUGATO M., *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in A. CERRAI-M.T. CIRENEI C. IBBA G. VOLPE PUTZOLU, *Società di diritto speciale*, in *Tratt. soc. per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, vol. III, Torino, 1992, pp. 3 e ss.; DE NICTOLIS R., CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, Giuffrè, 2008; DI CHIO G., CAMERIERO L., *Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. Dir. Comm.*, Vol. XIV, Torino, 1997, pp. 158 ss.; DI RUSSO D., *Manuale delle società pubbliche. Profili codicistici e di legislazione speciale*, EUTEKNE, 2015; DUGATO M., *Costituzione di società miste e partecipazione a società già costituite*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, pp. 154 ss.; GIURDANELLA A., *Il fallimento delle società a partecipazione pubblica*, CESDA Editore, 2014; GOISIS F., *Contributo allo studio della società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; GUERRERA F., *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, 2010; IBBA C., MALAGUTI M. C., MAZZONI A., *Le società “pubbliche”*, Giappichelli, 2011; LASCA R., PIERINI P., MUSCILLO C., *Codice sistematico delle società partecipate*, EDK Editore, 2012; MACCHIA M., *Le società a partecipazione statale*, Editoriale Scientifica, 2015; MANGIONE A., *Questioni aperte in tema di qualifiche soggettive nelle società per azioni a partecipazione pubblica: il ritorno agli indici sintomatici della pubblicità*, in *Riv. pen. econ.*, 1996, pp. 356 e ss.; MASSERA A., *Nuovi aspetti dell’uso della società per azioni con partecipazione pubblica*, in *Studi Ottaviano*, cit., pp. 551 e ss.; PIRAS P., *Servizi pubblici e società a partecipazione statale*, Giuffrè, Milano, 1994; COCA F. G., *Il punto sulle cd. società pubbliche*, in *Dir. economia*, 2005, 239.

²⁹ Si tratta del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 210 del 8 settembre 2016, ed entrato in vigore in data 23 settembre 2016.

emergenti con riferimento a società di questo tenore. Sembrano dominare, piuttosto, esigenze di razionalizzazione di una serie di disposizioni succedutesi in maniera più o meno ordinata nel corso del tempo, frutto, quindi, anche di contesti caratterizzati dall'emergere di diverse priorità³¹, con il risultato – non infrequente in una legislazione come quella in esame – di produrre un esito frastagliato sul piano sistematico, e poco coerente, sul versante di politica legislativa dell'efficacia delle risposte alle differenti problematiche emergenti, ove affidate allo strumento normativo. In questo contesto un ambito non secondario è riservato alle società a partecipazione mista pubblico-privata. Si tratta di compagini sociali, che nell'esperienza hanno incontrato speciale successo nell'esperienza degli enti locali³² – che ora si vuole più compiuta-

mente circoscrivere ai casi di costituzione per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180 del d.lgs. n. 50 del 2016 – nelle quali la particolarità prima è da

modelli delle società con partecipazione degli enti locali per la gestione dei servizi pubblici, in *Foro amm.-Tar*, 2004, 2654; BERNARDINI L., *Le società per azioni miste a partecipazione pubblica locale*, in *Impresa*, 1996, 1616; BUONOCORE V., *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 5; CABEDDU M. A., *Le società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Studium iuris*, 1999, 302; CAIA G., *Aziende speciali e società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.*, 1995, 172; CAIA G., *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rass.*, 1995, 1082; CAIA G., *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali dopo la legge finanziaria 2002*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2003; CAPACCI S., MORETTI F., *Le società a partecipazione pubblica locale*, Maggioli, Rimini, 2006; CAMPOBASSO G. F., *La costituzione delle società miste per i servizi locali*, in *Foro nap.*, 1997, 87; CAMPOBASSO G. F., *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. società*, 1998, 390; DUGATO M., *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali*, in *Riv. trim. app.*, 1996, pp. 230 ss.; FISCHIONE G., *Le società a partecipazione pubblica che operano nell'ambito dei servizi pubblici locali e la categoria dell'organismo di diritto pubblico dopo la riforma legislativa del 2003*, in *Giust. amm.*, 2005, 170; GARLATTI A., *Enti locali e società miste. Teoria e tecnica delle partnership societarie*, ETAS, 2001; LEOZAPPA A. M., *Sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici degli enti locali*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 67; MONZANI S., *L'attività imprenditoriale delle società a capitale misto pubblico-privato per la gestione di servizi pubblici locali*, in *Ammin. it.*, 2006, 170; NICO M., *Le società partecipate dagli enti locali dopo la legge di stabilità 2015*, Maggioli Editore, 2015; NICO M., *Le società partecipate dagli enti locali dopo il decreto sui controlli*, in *Amministrazione e Management*, Maggioli Editore, 2013; STAZI A., AGOCELLA C., *Le società miste per la gestione di servizi pubblici locali e la scelta del socio privato*, in *Nuova giur. civ.*, 2006, li, 153; VALAGUZZA S., *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, in *Collana Univ. Milano-Fac. Giuridica*, Giuffrè, 2012; VITOLO R., *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, Editoriale Scientifica, 2006.

³¹ BASSI G., *Operazioni di concentrazione e strategie di riorganizzazione nelle società a partecipazione pubblica locale*, in *Appalti & Contratti*, 2007, fase. 4,54; FALDUTO L., *Politiche aziendali e governo delle partecipate*, Giappichelli, 2009.

³² AA.VV., *Le società miste per i servizi locali* (atti del convegno, Messina, 22-23 novembre 1996), a cura di F. TRIMARCHI, Milano, 1999; AAVV., *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici - La società per azioni per gli enti locali* (a cura di E. MELE), Giuffrè, Milano, 2003; ALPA P., CARULLO A., CLARIZIA A., *Le spa comunali e la gestione dei servizi pubblici - Primo commento al regolamento emanato con d.P.R. ». 333/1996*, Il Sole- 24 Ore-Pirola, Milano, 1998; AMMANATI L., *Servizi pubblici locali, società per azioni a partecipazione pubblica locale e concorrenza*, in L. AMMANATI-M.A. CABIDDU-P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001, pp. 59 e ss.; ANDREANI A., *Questioni nuove nella recente legislazione in tema di società di capitali con partecipazione degli enti locali*, in *Dir. Amm.*, 1995, pp. 245 e ss.; BASSANI M., *La partecipazione degli enti locali sulle società a capitale misto: una riforma mancata*, in *Nuova rass.*, 2006, 1144; ARMAO G., *La disciplina delle società di capitali partecipate da enti locali nella regione siciliana*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 1992, 783; BASSANI M., *Le società partecipate dagli enti locali: un ordinamento troppo speciale*, in *Nuova rass.*, 2007, 1354; BASSI G., MASSARI A., BERCELLI J., I

sempre offerta, pertanto, dal coinvolgimento di un operatore economico privato³³. Le finalità peculiari che sembrano animare l'interesse del legislatore si riversano immediatamente sulla precisazione dei criteri selettivi: il partner, infatti, deve essere selezionato mediante l'espletamento di procedure aperte o, nei casi previsti dalla legge, di procedure competitive di negoziazione; a tali procedure è comunque ammesso a partecipare qualsiasi soggetto in possesso di requisiti tecnici, finanziari, organizzativi e di onorabilità previsti negli atti della procedura di selezione³⁴. La precipua preoccupazione del legislatore di porre in evidenza il criterio di selezione, finisce per fare premio anche su taluni aspetti di più rigorosa coerenza della formulazione, posto che, in funzione delle esigenze di coinvolgimento del privato finalizzate al più efficiente affidamento dell'opera o

del servizio, ben può ipotizzarsi che tale privato sia a sua volta una società commerciale (anche nelle vesti di consorzio), più che un mero "imprenditore", come recita l'art. 4, comma 2, lett. c) del decreto legislativo n. 175 del 2016 citato. In questo contesto, quello che più merita di essere segnalato è un approccio normativo che non sembra brillare particolarmente per capacità di dare voce alle istanze più innovative (e non per questo anche eversive del sistema ordinamentale di riferimento). Ci si intende riferire, in questo senso, alla automatica esclusione di tutta una serie di possibili soluzioni che sempre più spesso risultano vincenti per promuovere la partecipazione di operatori economici privati al fianco di istituzioni pubbliche nella gestione di attività di rilevante impatto economico. E' evidente, infatti, come il coinvolgimento del privato nella partnership di cui in questa sede si parla non può considerarsi relegato al solo caso in cui spicchi la valenza imprenditoriale della persona fisica che esibisca le qualità in grado di garantire un positivo intervento come diretto, o assolutamente prevalente, conduttore dell'impresa, in qualità di quello che potrebbe definirsi una sorta di socio d'opera qualificato³⁵.

Questa eventualità, infatti, certamente rispondente a indubbie istanze di tutela del pubblico interesse, sembra corrispondente però a dinamiche meno attuali di quanto invece imposto nel contesto presente: in presenza di imprese che richiedano la mobilitazione di ingenti risorse finanziarie, prima di tutto, infatti sempre più frequentemente diventa rilevante per

³³ AZZARITI A., *Il socio privato nella società mista per la gestione dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it; CAVAZZUTI F., *Società a partecipazione pubblica locale di maggioranza e scelta del partner privato*, in *Giur. comm.*, 1997, II, 114.

³⁴ Con riferimento all'esperienza precedente all'intervento di riordino del nuovo decreto legislativo citato nel testo, sul punto specifico, si rinvia a ALAIMO A., *Affidamenti diretti e in house: l'esperienza della Francia*, in *Amministrare*, 2006, 433; ALAIMO A., TEMPESTA A., *Affidamenti diretti e in house: l'esperienza del Regno Unito*, in *Amministrare*, 2006, 425; ALBERTI P., *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *Economia e dir. del terziario*, 2003, 589; CLARICH M., *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in *Corriere giur.*, 2007, 893; COLAVECCHIO A., *Gli affidamenti in house a «future» società miste*, in *Giust. amm.*, 2005, 524; DE ROSE C., *Le società miste ed i lavori in house tra norme comunitarie e norme nazionali: spunti da un convegno dell'IGI*, in *Cons. Stato*, 2003, II, 1611-1618; DUGATO M., *L'affidamento diretto di servizi a società con partecipazione pubblica locale minima*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, pp. 1129 ss.; GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house. Nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè, 2009; MANGIAVACCHI L., *L'affidamento in house tra capitale pubblico e partecipazione privata*, in *Giusi, amm.*, 2006, 1011.

³⁵ LUPO A., *Legittimazione delle società miste ad esercitare direttamente o a mezzo di soci operativi il servizio pubblico locale - Aspetti problematici*, in *Nuove autonomie*, 2000, 951.

l'amministrazione pubblica partecipare alla realizzazione e gestione dell'opera pubblica o all'organizzazione e gestione del servizio di interesse generale non tanto (e non solo) insieme al privato in possesso della qualificazione tecnica occorrente, ma soprattutto in possesso delle risorse finanziarie indispensabili per la realizzazione dell'opera (che a ben vedere implica a sua volta la necessaria definizione di ogni aspetto preparatorio, primo fra tutti quello attinente alla compiuta progettazione tutte le volte in cui l'amministrazione appaltante non sia in grado di offrire tale risultato), la gestione del servizio, la conduzione dell'attività complessivamente prefigurata³⁶. E questo vuol dire, sempre più frequentemente, necessità di fare ricorso a soluzioni appena più sofisticate della mera ipotesi dell'intervento di un (certamente abile e qualificato) mero "imprenditore", come espressamente invece prevede la normativa in commento. Si pensi innanzi tutto, in questo senso, alla capacità di attrarre e veicolare le ingenti risorse finanziarie sempre più frequentemente individuate come indispensabili per il successo delle più importanti iniziative del genere prefigurato, derivante dalle forme di raccolta del risparmio che si traducono nella istituzione di patrimoni autonomi rispetto a quelli della molteplicità degli investitori che hanno conferito le relative risorse finanziarie, attraverso l'acquisto di quote dello stesso, per provvedere al migliore investimento finanziario affidato ad una apposita società di gestione. È il caso, cioè, di OICR, fondi comuni di investimento, e tutte le

molteplici variabili presenti nell'esperienza economica e nel riconoscimento reso dall'ordinamento³⁷ (talvolta neppure nazionale, ma pur sempre ammesse ad operare lecitamente secondo la valenza economico giuridica della fattispecie incarnata), ma sempre più frequentemente presenti nello scenario economico (anche nazionale) proprio in quanto motori effettivi di quella capacità di veicolazione del risparmio da masse di investitori a iniziative realmente profittevoli per gli stessi. Ovviamente, ai fini in analisi, resta indifferente che emerga in concreto la operatività di un fondo di investimento - nelle diverse variabili accennate, ma comunque riconducibile alle forme descritte di patrimonio autonomo al quale partecipano i diversi investitori attraverso la detenzione delle quote - destinato ad operare le proprie scelte di gestione ed investimento fondamentali attraverso l'apposita società di gestione, ovvero direttamente di una SICAV (vera e propria società, e non mero patrimonio autonomo, con propri soci e relativi diritti³⁸), in quanto comunque resta invariata la funzione svolta dall'organismo nella sua dimensione economica. Ed è proprio questo significato economico della realtà descritta, come espressione delle modalità sempre più privilegiate di raccolta di risparmio e successivo investimento

³⁶ GIAMPAOLINO L., *Le società miste nell'evoluzione della legislazione sui lavori pubblici*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 1998, 359; LIBANORA M., *Le società miste pubblico-private e le operazioni di project financing. Gli strumenti per rilanciare servizi pubblici e investimenti negli enti locali*, IPSOA, 2011.

³⁷ Soltanto per rimanere all'ipotesi, citata nel testo, di patrimoni autonomi suddivisi in quote ed espressione della gestione collettiva del risparmio, si pensi innanzi tutto alle varie forme di OICR espressamente disciplinate dall'ordinamento, OICVM, FIA, EuVECA, EuSEF e altre fattispecie analoghe previste dal Testo unico della finanza di cui al decreto legislativo 24.2.1998, n. 58 e dalla regolamentazione, anche UE, in materia di intermediazione mobiliare. In proposito, si rinvia tra gli altri a COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit.

³⁸ Art. 1, comma 1, lett. i) del Testo unico della finanza di cui al decreto legislativo 24.2.1998, n. 58.

nell'economia reale, che in questa sede si vuole sottolineare essere assolutamente imprescindibile per assicurare la veicolazione verso il bacino di interesse pubblico delle relative potenzialità. Ma stride con questa ambizione la prospettiva di un legislatore che sembra accontentarsi di un approccio meno sensibile a queste necessità. E in questo stesso senso non avrebbe senso sottolineare la valenza fondamentale che potrebbe acquisire tale capacità di attrazione degli investimenti verso le migliori iniziative infrastrutturali di interesse pubblico, sovente presente negli auspici di reperimento di risorse finanziarie congrue per le crescenti esigenze di interesse pubblico pur nella penuria di risorse consentite dal quadro corrente di finanza pubblica, se poi la nuova disciplina in tema di partenariato pubblico-privato contemporaneamente li "dimentichi" nella configurazione dell'assetto tipo da riservare nel nostro ordinamento a tali forme di collaborazione. Persino in quello che viene proposto come il "Testo unico" in materia di società a partecipazione pubblica probabilmente sarebbe stato auspicabile un approccio meno datato e più attento semplicemente a quanto la realtà delle scelte economiche già da tempo in campo impone, a dispetto di approcci che sembrano più legati ad una prefigurazione del rapporto pubblico-privato superata non tanto per (francamente non immaginabili nel caso di specie) esigenze di miglior tutela dell'interesse pubblico, quanto per una tralaticia ripetizione di formule e prospettive che rischiano di limitare alquanto l'operatività di strumenti indispensabili per ambire a soddisfare ugualmente interessi pubblici degni della migliore tutela, pur in presenza di strutturale insufficienza delle risorse deri-

vanti dalla sola finanza pubblica. Invece, sembra emergere una attenzione meramente "retrospettiva" del legislatore, scarsamente sensibile alle istanze che, nel campo del diritto dell'economia, provengono proprio dalle migliori e, spesso, ormai consuete prassi in grado di coniugare gli stimoli e le sollecitazioni offerti dal mercato, in un equilibrio funzionale allo sviluppo più solido sia delle ragioni di pubblico interesse, sia delle aspettative dei privati coinvolti in regime di partenariato. In altri termini, proprio la scarsa attenzione evidenziata a fondamentali – e francamente ordinarie – formule di definizione di quel rapporto tra pubblico e privato che così intensamente caratterizzano la regolamentazione normativa dell'economia e la partecipazione diretta di soggetti pubblici in veste di attori, prima ancora che meri regolatori, al mercato come sede privilegiata di sviluppo economico, sembra portare con sé un ineliminabile connotato di stantio, nella stanca ripetizione di un *deja vu* in grado di soddisfare finalità diverse, ma di dubbia utilità nel costruire quel porto sicuro per l'accelerazione delle più efficienti opportunità di crescita economica e sociale che devono giustificare la diretta discesa in campo di un soggetto pubblico nella conduzione di un'attività a squisito contenuto imprenditoriale.

5. Verso la creazione di un (ulteriore) diritto speciale?

Quello che, comunque, merita di essere segnalato in questa sede è il fatto che tali società miste, pubbliche-private, finiscono per essere assoggettate ad una disciplina del tutto peculiare, tanto da tradursi nella attribuzione di un vero e

proprio status del tutto singolare³⁹, con una moltiplicazione delle deroghe ed eccezioni rispetto all'ordinario statuto derivante dalla disciplina di riferimento⁴⁰. Dall'entità della partecipazione del privato (che, sembra di poter dedurre, può esprimersi in una percentuale compresa tra il 30 e il 100 per cento meno una azione, non potendo essere inferiore al 30%, ma non prevedendosi un tetto massimo), alla durata della società stessa (che resta indissolubilmente legata a quella dell'appalto o della concessione per l'affidamento e l'esecuzione dei quali la società medesima è costituita), tutto concorre a delineare un vero e proprio "diritto speciale" per questa singolare forma di compagine societaria, avente scopo e funzione focalizzati unicamente sull'appalto o sulla concessione ai quali è destinata. In questo contesto una delle particolarità che connotano questa tipologia societaria singolare è rappresentata dalla previsione della possibilità di derogare a taluni aspetti essenziali e qualificanti l'istituto dei patti parasociali nel nostro ordinamento, secondo quanto sopra riassunto. Da un lato, nel corpo del decreto legislativo n. 175 del 2016 in rassegna (art. 9,

comma 5⁴¹) si ha cura di precisare – ribadendo un dato pacifico nella configurazione dell'istituto, e proprio per questo maggiormente preoccupante rispetto alle reali finalità che allora devono connotare l'approccio generale al tema – che la conclusione, modificazione o scioglimento di patti parasociali richiede l'adozione dei provvedimenti dell'autorità pubblica di indirizzo politico-amministrativo di indirizzo da adottare parallelamente in tutte le evenienze in cui si debba deliberare in ordine alla costituzione di una società con partecipazione dell'amministrazione pubblica, ovvero alla partecipazione della medesima a tale compagine. Dall'altra, e in sintonia con questo approccio, si prevede altresì che l'eventuale contrasto delle modalità di gestione della partecipazione pubblica con impegni assunti mediante patti parasociali non determina l'invalidità delle relative deliberazioni societarie, "ferma la possibilità che l'esercizio del voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme generali di diritto privato" (art. 9, comma 6⁴²). Evidentemente, in entrambe le evenienze ora indicate ci si riferisce alla situazione in cui emerga il possibile contrasto tra il comportamento civilisticamente rilevante del socio, o comunque da valorizzare nel contesto societario, e la cornice autorizzatoria, di competenze e di indirizzo pubblicistica. Ma la soluzione ribadita espressamente, a ben vedere, non fa che recepire esiti coerenti

³⁹ ANTONIOLI M., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Giuffrè, 2008.

⁴⁰ Con riferimento all'esperienza pregressa alle nuove disposizioni in commento, si veda BASSI G., *Il «potere di ingerenza» dell'ente locale nella governance delle società partecipate: qualche breve considerazione tra diritto societario ed ordinamento pubblicistico*, in *Appalti & Contratti*, 2006,61; CALDIROLA D., *Dialettica tra pubblico e privato nel sistema delle società di capitale a partecipazione locale*, in *Dir. regione*, 1995, 925; DOMENICHELLI V., *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, CEDAM, 2008; TORCHIA L., *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, pp. 223 e ss.

⁴¹ "5. La conclusione, la modificazione e lo scioglimento di patti parasociali sono deliberati ai sensi dell'articolo 7, comma 1."

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

con la configurazione generale dei patti parasociali rispetto alle dinamiche societarie nella già evidenziata possibilità di valutazione dei comportamenti posti in essere in violazione degli stessi patti solo quali manifestazioni di inadempimento delle relative previsioni; ovviamente, ferme eventuali ulteriori ricadute e conseguenze di carattere generale. Pure riconducibile a comprensibili esigenze di riequilibrio sostanziale delle posizioni dei soci interessati può considerarsi la previsione dell'art. 16, comma 6 del decreto legislativo n. 175 del 2016, ai sensi della quale sostanzialmente si riporta al livello di previsione normativa di rango primario quella situazione che verosimilmente può avere avuto efficacia decisiva nella stipulazione di patti parasociali volti a realizzare i requisiti del controllo analogo in stretta connessione con l'affidamento diretto di un contratto pubblico, quale presupposizione⁴³. Certo sarebbe interessante anche esplorare un ulteriore aspetto emergente con riferimento alla previsione da ultimo citata. E cioè se sia possibile (ed eventualmente in che termini e quali condizioni) una sorta di "reversibilità" dell'esito ora raffigurato: cosa ipotizzare, infatti, nell'eventualità che si riproponga l'affidamento diretto che, nel dato citato, costituisce il presupposto dell'assetto di governance destinata a risolversi nell'attribuzione alla parte pubblica dei poteri e delle prerogative proprie del controllo analogo? Come la perdita di efficacia delle corrispondenti previsioni contenute in patti parasociali opera

automaticamente nell'eventualità del venir meno dell'affidamento diretto, può ipotizzarsi una sorta di automatica sopravvenuta "riacquisizione di efficacia" delle medesime disposizioni ove mai si ricostituisca la situazione di fatto che ne sorreggeva la configurabilità? Ovvero occorrerà in ogni caso una specifica ed autonoma nuova stipulazione, che significa nuovo avvio ed esperimento del procedimento amministrativo autorizzatorio e di indirizzo compendiato nelle previsioni dell'art. 7 del decreto legislativo n. 175 del 2016? Per quanto interessanti gli spunti interrogativi suscitati dalle previsioni ora rammentate, va precisato che il contenuto specifico della presente analisi non consente un adeguato approfondimento in questa sede, dedicata principalmente, piuttosto, alla verifica di effettiva coerenza tra le nuove previsioni e quelle già presenti nell'ordinamento con valenza sistemica e generale per delineare istituti essenziali al fine della definizione concreta degli interessi delle parti coinvolte nelle dinamiche societarie, come per l'appunto allorché emerga il ricorso a patti parasociali per la relativa definizione. In questa prospettiva, molto meno agevole di quanto sopra rimarcato, invece, è cercare di rinvenire analoga coerenza sistematica rispetto ad altre scelte del legislatore rispetto alla gestione dei patti parasociali, come strumento pressoché indefettibile in molti casi di realtà societarie che pure vedono la partecipazione di una amministrazione pubblica. È il caso, anzitutto ed emblematicamente, della previsione con la quale si introduce una significativa deroga alla disciplina generale in ordine ai termini di durata previsti per i patti parasociali ai sensi dell'art. 2341-bis c.c., primo comma, sopra ricordato,

⁴³ "6. Nel caso di rinuncia agli affidamenti diretti di cui al comma 5 la società può continuare la propria attività se e in quanto sussistano i requisiti di cui all'articolo 4. A seguito della cessazione degli affidamenti diretti, perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo."

purché – ha cura di precisare la nuova previsione dell'art. 17, comma 4, lett. d) del decreto legislativo in esame⁴⁴, con cura apprezzabile nello sforzo di precisione probabilmente superiore alla reale utilità sul piano logico prima ancora che strettamente giuridico – entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita. E, infatti, non si vede come si sarebbe potuto ammettere, pur nel moltiplicarsi di profili speciali per fattispecie ogni volta disegnate dal legislatore come singolari rispetto all'impianto sistematico generale, la presenza di patti parasociali destinati ad operare – cioè a vincolare i sottoscrittori – per una durata eccedente la stessa durata della compagine sociale alla cui vita, attività e governance a tutti gli effetti accedono⁴⁵. Va precisato che tale previsione, a sua volta, pare sostanzialmente parallela (ai fini della presente analisi) alla corrispondente disposizione di cui all'art. 16, comma 2, lett. c) del decreto legislativo n. 175 del 2016, ove, disciplinandosi le modalità di acquisizione del controllo analogo caratterizzante la società in house, si prevede espressamente la possibilità di fare appello a patti parasociali anche di durata superiore a cinque anni, in palese deroga con la disciplina codicistica⁴⁶.

Se è ammissibile, come sopra accennato, che patti di tale natura e contenuto possano essere sottoscritti prima ed in funzione della costituzione della società, proprio in funzione della migliore definizione consensuale di aspetti reputati essenziali per la definizione degli interessi delle parti del medesimo rapporto sociale, è evidente che tali pattuizioni negoziali resteranno condizionate all'effettiva costituzione della società e alla partecipazione dei sottoscrittori alla compagine sociale. Ponendosi quali strumenti in grado di facilitare la nascita stessa della nuova compagine sociale, evidentemente potranno dispiegare i propri effetti solo in presenza della stessa, avendo contribuito a fissare tra le parti l'assetto di interessi reputato tranquillizzante proprio ai fini dell'effettiva nascita di quella stessa società. Con il che si può anche affermare che, in questa prospettiva, i patti parasociali stipulati prima della costituzione della società possono assumere una valenza significativa prima ancora che per la effettiva regolamentazione negoziale che rappresentano, proprio per consentire il sorgere del presupposto perché possano esprimere gli effetti negoziali loro connessi. Che potranno effettivamente dispiegarsi, come detto, solo allorché risulti effettivamente costituita la società alla cui conduzione accedono. Ma certamente è difficilmente prefigurabile il contrario. E cioè, patti parasociali destinati a permanere efficaci tra le parti anche dopo l'estinzione della società in relazione alla quale sono stati sottoscritti. È vero che nulla esclude che patti parasociali possano prendere in esame taluni aspetti connessi con vicende legate al momento estintivo del vincolo

⁴⁴ “4. Nelle società di cui al presente articolo: (...) d) i patti parasociali possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile, purché entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita.”

⁴⁵ GROSSI G. (a cura di), *Le corporate governance delle società miste. L'esperienza in Italia e negli altri paesi europei*, CEDAM, 2006; MATTEI C., *La governance delle società di gestione dei servizi pubblici partecipate dagli enti locali*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 2005, fase. 1, 89 e *Riv. amm.*, 2005, 519.

⁴⁶ “2. Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma 1: (...) c) in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata

superiore a cinque anni, in deroga all'art. 2341-bis, primo comma, del codice civile.”

sociale: si pensi alla decisione comune in merito alla destinazione del patrimonio residuo in tale occasione, o alla correlativa modalità e misura della partecipazione dei diversi soci al relativo riparto, ma a ben vedere si tratta di evenienze legate alla fase liquidatoria, che comunque presuppone l'esistenza (giuridica) della società, passata soltanto in un diverso percorso della propria esistenza, ma non ancora estinta. Al riguardo, è solo il caso di osservare che l'art. 17, comma 4, lett. d) del decreto legislativo n. 175 del 2016, come accennato, prevede la deroga all'ordinario criterio di durata dei patti parasociali di cui all'art. 2341-bis c.c., *"purché entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita"*. Quindi, di fronte alla possibile obiezione secondo la quale le considerazioni critiche sopra svolte sembrerebbero poco puntuali – atteso che sembrerebbe riferirsi alla durata dell'appalto o della concessione per i quali è stata costituita la società mista in esame – è evidente precisare che la durata della partecipazione privata alla società in questione resta comunque indissolubilmente legata alla durata di tale appalto o concessione (ai sensi dello stesso art. 17, comma 3, del decreto legislativo n. 175 del 2016⁴⁷). Pertanto, per quanto forse non del tutto propriamente si faccia riferimento alla durata del *"contratto"*, evidentemente non è possibile immaginare per lo meno la permanenza del socio privato all'interno della società mista così costituita oltre il periodo di tempo occorrente per la realizzazione

dell'opera o la gestione del servizio oggetto dell'appalto o della concessione che hanno determinato il ricorso a tale formula organizzativa. A ben vedere, neppure è chiarito a chi tale facoltà possa ascrivere. Infatti, la formulazione rammentata prevede una facoltà di deroga alle disposizioni del codice civile che risulta generalizzata e indifferenziata. Ben potrebbe ammettersi, allora, che nell'articolato gioco di interessi emergente nella specifica fattispecie concreta, i patti parasociali in esame siano sottoscritti senza la partecipazione del socio pubblico, posto che nulla impedisce che nella società mista pubblico-privata di cui si discorre la presenza privata sia rappresentata da più di un solo socio. In una eventualità di tal genere, seppure mediata dalla relativa previsione statutaria, si assisterebbe alla cristallizzazione dell'assetto di interessi definito dalla pattuizione in tema di disponibilità delle azioni, o di governance societaria, o di partecipazione alle attività aziendali, per un arco temporale più esteso di quanto ordinariamente previsto dal codice civile per le comuni società commerciali, ma persino senza che ciò avvenga in ragione del coinvolgimento tra i paciscenti di un soggetto pubblico. E quindi, la limitazione alla ordinaria disponibilità dei diritti e delle posizioni giuridiche soggettive sarebbe in tale eventualità ancora più difficilmente riconducibile ad esigenze di pubblico interesse, potendo al contrario risultare frustrante proprio per le più genuine necessità di cura di quell'interesse. Ma anche al di fuori di questa eventualità, e quindi con riferimento all'ipotesi in cui comunque tra i sottoscrittori del patto parasociale figurino il socio pubblico, resta da chiedersi se una previsione quale quella in commento risponda effettivamente alla

⁴⁷ *"3. La durata della partecipazione privata alla società, aggiudicata ai sensi del comma 1 del presente articolo, non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione. Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio."*

migliore rappresentazione degli interessi pubblici realmente in gioco nel caso di specie. Se è vero, infatti, che i patti parasociali possono rappresentare un vincolo alla ordinaria libertà di disposizione dei diritti connessi alla partecipazione societaria, o comunque un vincolo (negozialmente assunto) a talune regole di governance societaria, è giustificato limitarne l'efficacia in un arco temporale ravvisato congruo dall'ordinamento nell'equilibrato temperamento delle diverse esigenze sottese, come sopra illustrato. Quando poi, però, uno dei soci assuma la veste pubblica e lo statuto sociale si renda coerente con quanto prefigurato nella nuova disciplina in commento, queste superiori esigenze dell'ordinamento - persino in grado di superare e conformare diverse manifestazioni di volontà libere per ipotesi assunte dalle parti di "ordinari" patti parasociali, come visto - si vedono a loro volta suscettibili di sterilizzazione in virtù della nuova disciplina così introdotta. Quali siano le reali esigenze di interesse pubblico in grado di giustificare tale previsione diventa difficile ravvisare. Soprattutto tenendo conto che quello che dovrebbe rilevare non è tanto la necessità di tutela delle esigenze dell'amministrazione pubblica, che in questa veste rappresenta pur sempre una parte della compagine sociale, che non è neppure detto sia quantitativamente prevalente. Nulla si può ricavare in proposito dalla relazione illustrativa del provvedimento⁴⁸. Nessuna delle pur numerose osservazioni e condizioni che hanno carat-

⁴⁸ In verità, la relazione illustrativa del decreto legislativo in commento si limita, con formula tautologica quanto di opinabile utilità, a prevedere testualmente: "Sono disciplinate le modalità di designazione degli organi di vertice, i contenuti degli statuti e le regole in materia di patti parasociali."

terizzato l'esame parlamentare dello schema di provvedimento da parte delle varie Commissioni parlamentari competenti ha toccato questo aspetto, o ha comunque consentito di far emergere in maniera meno criptica le effettive ragioni a sostegno della previsione. Anche il parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto, certamente in grado di ricondurre a più solida coerenza sistematica non poche misure disseminate nel testo, ha richiamato l'esigenza di un migliore raccordo tra la previsione dedicata all'elencazione delle disposizioni speciali che connotano società miste pubblico-private del tenore di quelle in esame rispetto alle finalità stesse per le quali lo stesso provvedimento normativo aveva previsto la possibilità della loro costituzione⁴⁹. Ma non si possono ricavare riferimenti di sorta al tema del problematico temperamento tra esigenze di pubblico interesse e deroghe al generale impianto normativo che assiste la disciplina societaria nel

⁴⁹ Si riporta testualmente il passaggio del parere del Consiglio di Stato riservato all'articolato citato: "Osservazioni sull'art. 17 (Società a partecipazione mista pubblico-privata).

La norma detta la disciplina delle società a partecipazione mista pubblico-privata, rinviando, al fine della definizione del campo di applicazione, a quelle «costituite per le finalità di cui all'art. 4, comma 2, lettera c)».

Il Collegio, rinviando a quanto già esposto, rileva la necessità che la norma in esame e quella da essa richiamata vengano più chiaramente coordinate.

La norma in esame, infatti, dettando una puntuale disciplina, delle modalità di scelta del socio privato secondo le regole della "gara a doppio oggetto" e della durata della partecipazione, fa riferimento al «contratto di appalto e di concessione» e, dunque, sembra ritenere che l'ambito di operatività delle società miste sia afferente all'intero settore degli appalti e dei servizi pubblici. L'art. 4, comma 2, lettera c), sembra ammettere soltanto «attività di realizzazione e gestione di un'opera» (pubblica). "

nostro ordinamento; a maggior ragione con riferimento ad un tema, quale quello affrontato in questa sede, emblematica rappresentazione della difficoltà di conciliazione nella tensione tra i due estremi segnalati. Sfuggono, in questo contesto, le effettive esigenze in grado di comportare così tranquillamente una tanto significativa deroga ad uno degli aspetti qualificanti la disciplina societaria, determinato esclusivamente dalla natura pubblica di uno dei soci. Al punto da non potersi escludere dubbi di legittimità della disposizione anche nella prospettiva del diritto UE, se è vero che l'art. 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea⁵⁰ prevede l'indifferenza tra natura pubblica e privata del soggetto ai fini del regime normativo applicabile, pur profilandosi significativi aggravati della relativa posizione giuridica soggettiva in un contesto che però, quanto meno allo stato, non sembra fare emergere in maniera inequivoca reali motivazioni e giustificazioni

⁵⁰ Si riporta il riferimento normativo citato nel testo, nella versione in vigore dal 1.12.2009: "Articolo 106 (ex articolo 86 del TCE)

1. *Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi.*

2. *Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione.*

3. *La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendosi, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni."*

coerenti con le scelte di fondo dell'ordinamento. Perché, infatti, per una società quale quella riconducibile allo schema dell'art. 17 del decreto legislativo n. 175 del 2016, possano valere vincoli diversi da quelli valevoli per tutte le altre tipologie societarie non è dato comprendere. Né può offrirsi una risposta tranquillizzante all'eventuale interrogativo circa la differenza di trattamento rispetto ad operatori economici concorrenti nel medesimo mercato di riferimento⁵¹, o coinvolti nella medesima procedura. Peraltro, non si può fare a meno di valutare quanto finora evidenziato con gli obiettivi strategici qualificanti l'intervento normativo ora in rassegna. Alla luce di quanto lo stesso decreto legislativo n. 175 del 2016 indica nella relazione illustrativa, i criteri di delega contenuti nell'art. 18 della legge di delega 7.8.2015, n. 124, muovono dalla constatazione di un contesto dominato da una stratificazione di interventi spesso disorganici. Conseguentemente, scopo prioritario della delega è quello della stabilizzazione normativa, a sua volta non fine a se stessa, ma strumento imprescindibile per il migliore utilizzo delle risorse pubbliche anche mediante la rimozione delle fonti di spreco. In tale prospettiva, quindi, risultano funzionali ed imprescindibili la chiarezza delle regole, la semplificazione normativa, interventi mirati alla effettiva tutela e promozione del fondamentale principio della concorrenza, e, non ultimo, l'ulteriore contributo fornito in questo modo alla generale trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa. Se

⁵¹ DUGATO M., *La concorrenza e la extraterritorialità delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Urb. e app.*, 2005, pp. 1054 ss.; SANTORO P., *Società a partecipazione pubblica e concorrenza*, in *Riv. personale ente locale*, 1997, 405.

questi sono gli assi portanti principali dell'intervento riformatore affidato al nuovo Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, però, diviene arduo scorgere la effettiva realizzazione nelle misure in precedenza rammentate, in quanto certamente rilevanti emblematicamente come terreno di verifica del reale orientamento della nuova disciplina verso canoni di successo. Come accennato, certamente diviene difficile affermare con tranquilla sicurezza la sbandierata chiarezza delle regole, stanti i non pochi e non irrilevanti dubbi interpretativi fatti emergere dalla singolarità (non adeguatamente supportata da ragioni obiettive sistematicamente coerenti) delle disposizioni riservate al tema dei patti parasociali per le società a partecipazione pubblica. In questo senso, poi, diviene conseguentemente solo illusorio pretendere di ravvisare una reale semplificazione normativa, soprattutto tenendo conto delle pesanti deroghe introdotte senza adeguata rappresentazione della relativa giustificazione, sì da rafforzare la sensazione della creazione di un'area del tutto singolare di disciplina riservata alle società a partecipazione pubblica solo in quanto tali. Senza dire che la decisa scelta operata verso un'immotivata "fissità" della governance affidata nelle società a partecipazione pubblica ai patti parasociali, finisce per tradire emblematicamente le ambizioni di valorizzazione della tutela (se non anche della promozione, come recita la relazione illustrativa sopra ricordata) del principio della concorrenza, riportando indietro le lancette su una considerazione del rapporto tra socio privato e pubblico all'interno di società miste che sembra aprioristicamente rivolta esclusivamente ad una (malintesa) forma di considerazione

solo delle esigenze di quest'ultimo, e non anche del primo. E che soprattutto, come evidenziato, appare persino chiusa alla considerazione di forme di apporto privato ormai frequenti nelle dinamiche societarie ordinarie, ma destinate all'oblio normativo solo che ricorra la possibilità di partecipazione di un'amministrazione pubblica, secondo il nuovo testo unico. Conseguentemente, anche le aspirazioni a un efficiente utilizzo delle risorse pubbliche come precipitato finale del processo di rinnovamento normativo risulta pesantemente compromesso, se solo si pensi alla mancata considerazione, sopra evidenziata, di forme di coinvolgimento di finanziamenti privati del tutto comuni in realtà comparabili a quelle in esame. Di fronte a tanto, allora, non diviene difficile concludere che gli obiettivi che l'intervento normativo indica come qualificanti risultano tutti palesemente mancati, con riferimento al tema in analisi. Ovviamente, dovendosi altresì rilevare come l'immane riferimento alla tutela della trasparenza anche in questo campo appaia più riferimento di stile che dotato di reali contenuti concreti, se è vero che proprio i pesanti dubbi sulla concreta identificazione delle ragioni e delle motivazioni a fondamento delle scelte prefigurate finiscono per delineare un contesto così pesantemente opaco sin dalla definizione del perimetro di fondo delle opzioni normative. Questi interrogativi, che certamente la prassi applicativa e l'elaborazione successiva dei commentatori riusciranno a dipanare con sicurezza superiore alle incertezze in questa sede palesate, tuttavia sono specchio della difficoltà ad accettare un approccio del legislatore così agilmente pronto a sancire deroghe di sorta anche ad assetti di comprovata coerenza con le

ragioni di fondo dell'ordinamento, nell'equilibrato contemperamento dei diversi interessi in gioco. Non volersi rassegnare al ricorso a tali modalità di definizione della disciplina per fattispecie che ambiscono ad un ruolo "di sistema" nel quadro ordinamentale significa rivendicare corrispondentemente un approccio sistematicamente coerente rispetto a scelte e soluzioni che sovente rischiano di caratterizzarsi come solo estemporanee o, peggio ancora, pericolose nell'ulteriore apporto che rischiano di fornire a questa legislazione "carsica", in quanto fatta di deviazioni e deroghe, se non anche di vere e proprie "trappole" occulte per l'interprete e l'operatore, rispetto all'impianto di sistema, a tutto dispetto delle rivendicazioni di semplicità, coerenza, chiarezza della normativa, precondizioni necessarie per la sua applicazione non solo subita da un cittadino che finisce per dirsi normativamente oppresso.