

XVI CONVEGNO ANNUALE
DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

**"STATO, IMPRESE, MERCATI IN UN MONDO
ALLA RICERCA DI NUOVI EQUILIBRI"**

Roma, 21-22 febbraio 2025

IVAN DEMURO

PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO COMMERCIALE
UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE

Il collegio sindacale di società a controllo pubblico

SOMMARIO: 1. La (non) disciplina specifica sul collegio sindacale. - 2. La nomina e la composizione del collegio sindacale. - 3. La durata della carica, la *prorogatio* e la revoca diretta. - 4. Il compenso. - 5. L'attività di vigilanza. - 6. L'assunzione e il mantenimento delle partecipazioni sociali. - 7. La nomina dell'organo amministrativo. - 8. L'adeguatezza degli assetti. - 9. La gestione della crisi. - 10. La responsabilità.

1. La (non) disciplina specifica sul collegio sindacale

La disciplina delle società a partecipazione pubblica, ossia quella prevista dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*) (di seguito "**TUSP**") nonché dalle altre disposizioni di carattere speciale applicabili a tali società, o, meglio, alle società a controllo pubblico¹, non presta particolare attenzione, se non alcuna, al collegio sindacale. Sull'organo di controllo, infatti, non è stata posta la stessa attenzione che è (da sempre) stata riservata all'organo amministrativo. Le ragioni di tale lacuna o, se si preferisce, di tale scelta dovrebbero essere "semplici" e riconducibili al fatto che il collegio sindacale non è stato in passato oggetto degli stessi dubbi interpretativi e degli stessi "abusi" che hanno caratterizzato l'organo amministrativo, il quale, come è noto, nel

¹ Le società a controllo pubblico, la cui definizione è prevista all'art. 2 TUSP (*lett. b e lett. m*), sono le destinatarie delle deroghe alla disciplina comune; sul punto I. Demuro, *Le società pubbliche*, in PD Beltrami (opera diretta da), *Le società di diritto speciale*, Bologna, 2023, p. 437, ove si evidenzia che in realtà l'attenzione e la disciplina è concentrata sulla figura del socio pubblico, al fine di subordinare alla sussistenza di determinati presupposti l'assunzione delle partecipazioni sociali da parte delle amministrazioni pubbliche. Ciò però, inevitabilmente, determina anche delle ripercussioni sulla disciplina societaria, rendendola, per alcuni aspetti, "speciale" attraverso vincoli e limitazioni.

corso del tempo è stato interessato da diversi interventi normativi volti a limitare numericamente il numero dei componenti, i loro compensi nonché alcune possibili scelte relative all'organizzazione interna dell'organo. A ciò si aggiunga che, da un punto di vista della tecnica normativa, le disposizioni riferite all'organo di controllo sono in alcuni casi generiche e di rinvio a quanto stabilito per l'organo amministrativo oppure, anche indirettamente, si riferiscono a specifiche attività di controllo.

È innegabile che il TUSP abbia incrementato (i) la disciplina dei controlli interni nelle società a controllo pubblico, introducendo delle soglie ridotte per la denuncia ex art. 2409 c.c., (ii) la regolamentazione degli specifici casi di ricorso allo stesso, nonché, per quanto riguarda la società per azioni, (iii) la necessità di affidare la revisione contabile sempre ad un revisore esterno, senza la possibilità di concentrarla sul collegio sindacale, e (iv) l'obbligatoria nomina dell'organo di controllo (eventualmente anche solo revisore) nelle società a responsabilità limitata a controllo pubblico a prescindere dall'integrazione dei parametri dimensionali di cui all'art. 2477 c.c. L'obbligatorietà dell'organo di controllo nella società a responsabilità limitata continua, in ogni caso, a lasciare inalterata la diversa struttura del controllo (obbligatorio) rispetto alla società per azioni. Pare corretto evidenziare che se tale differenza ha una sua giustificazione sistematica nelle società a partecipazione privata, nella quali la rilevanza e la partecipazione attiva del socio (privato) alla società consente un'attenuazione dei controlli, nelle società a controllo pubblico parrebbe inadeguata e causa di una ingiustificata attenuazione dei controlli, che non ha una ragion d'essere in quanto al socio pubblico non dovrebbero *sic et simpliciter* estendersi le presunzioni (di rilevanza e di "attività") riferibili al socio non pubblico di società a responsabilità limitata.

È innegabile, quindi, che la scelta del tipo società a responsabilità limitata determini un'attenuazione strutturale dei controlli che non è di semplice giustificazione nell'ambito delle società a controllo pubblico.

È bene specificare che anche per il collegio sindacale si deve tenere in considerazione il disposto dell'art. 1, comma 3, TUSP che, a fugare ogni eventuale dubbio, stabilisce che, salvo a quanto non espressamente derogato, «... si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato».

In tale contesto, per l'individuazione della disciplina applicabile al collegio sindacale delle società a controllo pubblico è necessario coordinare la disciplina comune con le deroghe del TUSP ma anche con alcune disposizioni di carattere speciale non sempre di semplice interpretazione e, aspetto di non poco rilievo, di agevole individuazione.

L'individuazione e l'applicazione della disciplina deve anche scontare la non sempre chiara disposizione normativa che, molto spesso concepita con funzione limitativa, non tiene conto delle peculiarità dell'organo di

controllo e delle conseguenze, anche sistematiche, che potrebbero discenderne da un'applicazione *sic et simpliciter*².

2. La nomina e la composizione del collegio sindacale

La nomina dei sindaci non si discosta dalla disciplina di diritto comune in quanto, salva la possibilità di nomina diretta ai sensi dell'art. 2449 c.c., peculiarità codicistica, la competenza è dell'assemblea dei soci. Quindi a prescindere dalle esigenze di rispettare il principio di proporzionalità (*rectius*: rapporto tra partecipazione e soggetti nominabili) previsto dall'art. 2449 c.c. -disposizione in realtà oramai di non frequente utilizzo- la nomina non presenta specialità e, come per le società a capitale privato, potrebbe essere preceduta da accordi tra i soci, anche formalizzati in patti parasociali, per l'individuazione dei sindaci da nominare.

È noto che l'assunzione della carica di sindaco richiede la sussistenza di determinati requisiti di carattere professionale e di indipendenza previsti dagli artt. 2397, comma 2, e 2399 c.c. Tali requisiti sussistono anche per le società a controllo pubblico per le quali ne sono previsti di ulteriori, definibili in termini di specialità, che possono essere individuati nella sussistenza di situazioni soggettive ("in positivo") e nell'assenza di altre situazioni, sempre soggettive, ("in negativo"), ossia di situazioni che non devono sussistere in quanto di ostacolo all'assunzione della carica.

L'individuazione di tali requisiti non è sempre semplice in quanto gli stessi, come si è accennato, sono solitamente previsti per (e riferiti a) gli amministratori e sono contenuti non solo nel TUSP ma anche in altre disposizioni di carattere speciale. È bene precisare che non tutte le limitazioni riferibili alla carica di amministratore sono riprodotte anche per i sindaci. In alcuni casi tale esclusione è evidente e letterale mentre in altri è necessario fare un'attenta valutazione.

Procedendo in ordine, l'art. 11, comma 1, TUSP rinvia ad una normativa di attuazione, ancora non emanata, l'individuazione dei *requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia* che dovrebbero avere i sindaci³.

² A conferma delle peculiarità del controllo, e quindi delle funzioni dell'organo a ciò preposto, è stato puntualmente osservato da M. STELLA RICHTER jr, *I controlli*, in C. Ibba (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, Milano, 2019, p. 157, che il controllo (*rectius*: la funzione di controllo) non deve essere più inteso(a) quale contrapposizione all'amministrazione ma quale momento dell'amministrazione in quanto amministrare un'impresa significa anche, e per certi aspetti anzitutto, controllare.

³ In assenza di questa disciplina per effettuare le nomine, che in ogni caso sono cicliche, si potrebbe prendere spunto (non vincolante) dalla direttiva del MEF 24 giugno 2013, n. 14656 che individua, per le società controllate direttamente o indirettamente dal MEF, i criteri per la nomina dei componenti degli organi di amministrazione che dovrebbero essere seguiti anche per quanto riguarda il collegio sindacale.

L'assenza della disciplina di attuazione e quindi dei criteri oggettivi, che dovrebbero consentire l'individuazione dei componenti degli organi sociali, non significa che la nomina sia "libera" in quanto, manifestata l'astratta esigenza di un *quid pluris* rispetto alle nomine ordinarie, sarebbe opportuno che in sede di nomina si giustificino e motivino le nomine anche con una valutazione del *curriculum* dei candidati⁴.

In merito va però evidenziato che, per quanto riguarda la nomina dei sindaci, a differenza degli amministratori, l'assenza di questa disciplina secondaria non pare particolarmente rilevante in quanto gli artt. 2397, comma 2 e 2399 c.c., stabiliscono, rispettivamente, i requisiti di professionalità e di indipendenza che devono sussistere per ricoprire la carica di sindaco. La disciplina di attuazione prevista dal TUSP, considerando il riferimento all'*autonomia* quale equivalente dell'*indipendenza*⁵, eventualmente, potrebbe innalzare tali requisiti o specificare meglio gli stessi riferendoli alle società a controllo pubblico e quindi eventualmente contestualizzarli, prevedendo, magari, anche una professionalità acquisita con precedenti cariche nelle società a controllo pubblico o ai fini della sussistenza dell'indipendenza stabilire che questa sussista anche nei confronti dei soci pubblici e non solo della società.

Si tratterebbe di possibili scelte di politica legislativa, attuabili (eventualmente) anche statutariamente, che, in ogni caso, andrebbero ben ponderate per evitare di "specializzare" eccessivamente la professionalità, considerando la natura dei soci e non l'attività svolta, a discapito di quella "classica" che potrebbe già di per sé essere sufficiente. Ciò anche perché il nominando sindaco, nell'ambito della sua autovalutazione, dovrebbe considerare se la sua personale professionalità sia adeguata anche in relazione alla "nuova" attività, sia in termini di impegno sia in termini di disponibilità/possibilità del nominando ad approfondire la stessa. In ogni caso occorre considerare che la presupposta professionalità richiesta dalla disposizione codicistica per poter assumere la carica di sindaco, integrata

⁴ M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, p. 21, segnala che, in attesa della disciplina di attuazione, l'art. 11, comma 1, TUSP possa essere considerata una norma di indirizzo in forza della quale l'assemblea dovrà valutare con specifica attenzione i requisiti dei candidati alle cariche sociali.

⁵ F. Cossu, *L'organo di controllo interno delle società a partecipazione pubblica: responsabilità, giurisdizione e funzionamento*, in F. Fimmanò - A. Catricalà - R. Cantone (a cura di), *Le Società Pubbliche*, I, Napoli, 2020, p. 675, evidenzia che difficilmente un componente dell'organo di controllo *autonomo* non sia anche *indipendente*. A ciò si aggiunga che l'art. 2399 c.c., dal quale discende l'indipendenza, in realtà non richiama espressamente l'indipendenza ma individua, già nella rubrica, le *cause di ineleggibilità e di decadenza*.

anche dalla disciplina di *soft law*⁶, potrebbe (*rectius*: dovrebbe) essere una sufficiente garanzia in quanto è quella stabilita dallo stesso legislatore. Diversamente si rischierebbe una scelta “parternalistica”, cioè una scelta nella quale il legislatore, non fidandosi dei soci pubblici, pone dei vincoli (in positivo e in aumento) sulle nomine, che però comporterebbe anche il rischio di circoscrivere eccessivamente i soggetti nominabili, determinando una limitazione numerica di professionisti che potrebbero ricoprire la carica, creando così un circolo vizioso e chiuso -senz’altro non positivo- nonché un blocco generazionale e professionale, integrando una sorta di potenziale “rendita” da posizione in capo a coloro che hanno in passato assunto la carica di sindaco di società a controllo pubblico.

In ogni caso, in sede di nomina, l’auspicata motivazione della stessa potrebbe “giustificare” la scelta evidenziando il *quid pluris* del nominando, che potrebbe anche essere limitato all’esperienza professionale nella carica di sindaco. Ciò anche per cercare di evitare che le logiche di spartizione politica, che innegabilmente ci sono, determinino la (pur legittima) nomina di sindaci in società a controllo pubblico, quindi società “speciali”, di professionisti senza alcuna pregressa esperienza in organi di controllo.

Anche il requisito dell’onorabilità, demandato anch’esso alla disciplina di attuazione, non pare possa considerarsi così essenziale e imprescindibile per quanto riguarda i sindaci. La carica di sindaco infatti presuppone delle professionalità in un certo qual modo certificate, quali l’iscrizione ad albi professionali e la docenza universitaria di ruolo, che sono incompatibili con dei precedenti che potrebbero incidere sull’onorabilità che, eventualmente, potrebbero anche essere parametrati a quelli stabiliti per le società vigilate.

A conferma di ciò si può osservare che il TUSP richiama (art. 11, commi 2 e 14) la disciplina di cui al d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39 (*Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti di diritto privato in controllo pubblico, a norma dell’articolo 1, comma 49 e 50 della legge 6 novembre 2012, n. 190*) che individua le situazioni ostative all’assunzione della carica solamente per gli amministratori⁷, per i quali, come è noto, non sono previsti, neanche per le società a controllo

⁶ Tali potrebbero essere considerate le *Norme di Comportamento del Collegio Sindacale di Società non quotate*, (dicembre 2024), predisposte dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, consultabili nel sito www.commercialisti.it.

⁷ Ciò emerge dalla stessa definizione di «*incarichi di amministratore di enti pubblici o enti privati in controllo pubblico*» individuabili negli incarichi di «*Presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell’ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico*». A conferma di ciò si può richiamare il *Parere ANAC del 26 gennaio 2022, n. 159 (Fasc. Anac n. UVCAT/159/2022)* nel quale si ribadisce che la disciplina richiamata riguarda solamente le funzioni gestorie (con deleghe) e non anche quelle di controllo (nella specie revisore dei conti).

privato, dei requisiti di professionalità dai quali potrebbe discendere un'implicita onorabilità. La non applicazione di tale disciplina ai sindaci dovrebbe discendere anche dalla specialità di cui al d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, che espressamente definisce gli «*incarichi di amministratore di enti pubblici e di entri privati in controllo pubblico*»⁸, cioè i soggetti a cui è riferibile la situazione ostativa e tra questi non ci sono i sindaci⁹.

È naturale che con la disciplina di attuazione si potrebbero prevedere anche per i sindaci dei requisiti ulteriori di onorabilità ma gli stessi probabilmente potrebbero essere un duplicato di quelli ostativi alla sussistenza di professionalità richiesta dall'art. 2397 c.c.

Una limitazione all'assunzione della carica di sindaco extra TUSP è desumibile dal d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito nella l. 14 settembre 2011, n. 148) che, ai commi 19 e 20 dell'art. 4, per quanto riguarda le società (non necessariamente pubbliche) che gestiscono i servizi locali¹⁰ individua una causa di ineleggibilità che riguarda «*gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolamentazione, di indirizzo e di controllo dei servizi pubblici locali*» i quali non possono assumere «*incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesi soggetti*» (comma 19). In questo caso la disposizione normativa, a differenza di altre ipotesi dalla stessa previste¹¹, non fa espresso riferimento alla carica (di amministratore e di sindaco) ma più genericamente ad una ineleggibilità rispetto ad un incarico inerente alla gestione. La genericità del riferimento agli *incarichi* porta a ritenere che il divieto riguardi l'assunzione di qualsiasi carica sociale nell'ambito di una società affidataria di un servizio pubblico locale. Da ciò discende che l'ineleggibilità riguarda (non solo la carica di amministratore ma) anche la carica di sindaco in quanto, senza dubbio, questo svolge un ruolo inerente alla gestione avendo la funzione di controllare la stessa¹². La

⁸ Secondo la definizione si tratterebbe di «*incarichi di Presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico*».

⁹ Diversamente G. D'ATTORRE, *I Controlli nelle società pubbliche*, in R. Rordorf (diretto da), *Società di capitali, Società di diritto speciale*, Milano, 2022, p. 331, ritiene applicabili le limitazioni in questione anche al collegio sindacale in forza del rinvio (generale) dell'art. 11, comma 14, TUSP al d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39.

¹⁰ Pare corretto ritenere che il riferimento generico alle società che gestiscono i servizi pubblici locali debba intendersi neutrale e quindi riferibile anche a società non necessariamente a controllo pubblico e quindi anche a società non pubbliche che gestiscono tali servizi a seguito di una procedura di gara.

¹¹ Il comma 21 dello stesso articolo infatti prevede che «*non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore... negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società*».

¹² I. DEMURO, *La governance*, in Ibba-Demuro (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2018, p. 142.

stessa ineleggibilità è estesa (comma 20) al coniuge, ai parenti e agli affini entro il quarto grado di tali soggetti, nonché a «*coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale*». Quest'ultima causa di ineleggibilità, derivante dalla prestazione di un'attività professionale, è di particolare importanza operativa e in considerazione della non "semplice" individuazione potrebbe non essere sempre rispettata. Un problema interpretativo (e applicativo) potrebbe emergere dalla necessità di stabilire se per integrare la causa di ineleggibilità sia necessario un "minimo" di attività di consulenza o di collaborazione oppure la stessa discenda da qualsiasi attività prestata. La *ratio* dovrebbe essere quella di evitare, proprio per il rapporto di consulenza in essere (o passato), un facile condizionamento nella scelta del soggetto da nominare basata sul rapporto di familiarità piuttosto che su un'oggettiva valutazione della professionalità e quindi, in questo caso, l'ineleggibilità deve essere considerata non quale limite soggettivo del sindaco, in termini di professionalità, ma quale conseguenza della necessità di una valutazione oggettiva nella scelta dello stesso. È altresì innegabile il fatto che essere consulente dell'ente pubblico potrebbe intaccare anche l'obiettività e quindi l'indipendenza del sindaco in quanto l'attività di vigilanza avrà ad oggetto anche i rapporti tra la società e il socio pubblico ma anche, più genericamente, la società e l'ente pubblico affidante. Tale situazione potrebbe essere di ostacolo ad una oggettiva e indipendente attività di vigilanza anche applicando i criteri "classici" di valutazione o, meglio, di autovalutazione.

Tra le limitazioni all'assunzione della carica di sindaco si pone un dubbio interpretativo in merito all'applicazione di quanto previsto, per favorire il ricambio generazionale, dal comma 9 dell'art. 5, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (convertito nella l. 7 agosto 2012, n. 135). In questa, infatti, è stabilito che «*a soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza*» non possono essere attribuite «... *cariche di governo...*» in società controllate da pubbliche amministrazioni. La specificazione in termini di *cariche di governo* (e non, come nella disposizione in precedenza richiamata, di *incarichi inerenti la gestione*) porta a ritenere che i sindaci siano esclusi in quanto l'attività di vigilanza non può essere considerata, neanche in senso ampio, quale attività di governo della società, con la conseguenza che lo stato di quiescenza non dovrebbe essere di ostacolo all'assunzione della carica di sindaco. Il dubbio interpretativo in merito all'applicazione di questa norma ai sindaci discende dal fatto che il richiamo alla stessa è operato dal secondo inciso del comma 1 dell'art. 11 TUSP, che in modo generico e poco chiaro prevede che «*resta fermo quanto disposto... dall'articolo 5, comma 9, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 95...*» e ciò inserito in una disposizione (art. 11, TUSP) con rubrica *Organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico*

e in un comma nel quale, al primo inciso, si individuando quali destinatari *i componenti degli organi amministrativi e di controllo*. Tutto ciò pone il dubbio in merito alla portata del rinvio e quindi se lo stesso sia da considerare solo per quanto espressamente previsto dalla norma richiamata oppure se il rinvio possa avere anche una portata estensiva e comprendere anche i sindaci che nella norma richiamata non solo previsti. Sistemáticamente dovrebbe essere preferibile la portata limitata. La disciplina richiamata non dovrebbe determinare l'estensione della limitazione anche alla nomina dei sindaci; ciò in quanto il tenore letterale e la *ratio* dovrebbero essere rispettate senza ipotizzare una portata espansiva, frequente nella prassi, per i timori delle potenziali sostanziali conseguenze (contenziosi vari e intervento della Corte dei conti).

Il comma 4 dell'art. 11 TUSP sembrerebbe circoscrivere il rispetto del principio di equilibrio di genere alle sole nomine degli amministratori. Ciò in quanto prevede che tale principio (almeno un terzo) dovrà essere rispettato nel caso di nomina di amministratore unico nel numero complessivo delle designazioni o nomine effettuate nel corso dell'anno dall'amministrazione pubblica oppure, in caso di organo amministrativo collegiale, con il richiamo statutario dei criteri stabiliti dalla l. 12 luglio 2011, n. 120. Il riferimento del TUSP alla sola composizione dell'organo amministrativo non determina automaticamente l'esclusione dal rispetto del principio di equilibrio di genere relativamente alla composizione del collegio sindacale che, come è noto, è espressamente compreso nella disciplina italiana ed europea sull'equilibrio di genere¹³. Di conseguenza anche nelle nomine del collegio sindacale è necessario rispettare l'equilibrio di genere¹⁴.

La disciplina speciale del TUSP, diversamente da quanto previsto per l'organo amministrativo, non prevede per il collegio sindacale dei limiti numerici rispetto alla sua composizione.

Anche in questo caso la disciplina di diritto comune evidentemente è stata ritenuta sufficiente per evitare degli abusi numerici e quindi ai sensi dell'art. 2397, comma 1, c.c., il collegio sindacale potrà essere composto da tre o cinque membri effettivi e due supplenti. In ogni caso, nelle società per azioni, la revisione legale dei conti non potrà essere affidata al collegio sindacale, determinando così, come è previsto dalla disciplina di diritto

¹³ È noto infatti che l'art. 3, l. 12 luglio 2011, n. 120, estende la disciplina sull'equilibrio di genere previsto anche per il collegio sindacale delle società quotate, alle società non quotate controllate dalle pubbliche amministrazioni; aspetto evidenziato anche da M. STELLA RICHTER *jr*, *I controlli*, cit., p. 160. Per l'evoluzione normativa sul tema E. DESENA, *Sostenibilità ed equilibrio di genere*, in *Giur. it.*, 2024, 5, p. 1219, ove riferimenti al quadro normativo italiano e alla Direttiva *woman on board*.

¹⁴ Negli stessi termini G. D'Attorre, *I Controlli nelle società pubbliche*, cit., p. 331.

comune per il sistema dualistico e monistico, l'obbligatoria separazione tra la funzione di controllo sulla legalità e la revisione legale dei conti.

In caso di società a responsabilità limitata, come in precedenza evidenziato, è sempre possibile la nomina monocratica (sindaco o revisore) ma questa, *ex art. 3, comma 2, TUSP*, è sempre obbligatoria a prescindere dall'integrazione dei parametri di cui all'*art. 2477, comma 2, c.c.* L'alternativa di nomina tra il sindaco o il revisore pone il problema di valutare se, per coerenza con la scelta operata nelle società per azioni, al nominato possano essere attribuite anche le funzioni e le competenze dell'altro. Ciò al fine di garantire che, per coerenza sistematica, nelle società a controllo pubblico siano previsti entrambi i controlli. Se non pare che sussistano ostacoli nell'attribuzione al sindaco (o, al sempre nominabile, collegio sindacale¹⁵) delle funzioni anche di revisore legale dei conti, diversamente, coerentemente alle conclusioni condivise relativamente alla disciplina di diritto comune, non pare sia possibile attribuire al revisore anche le funzioni di controllo sulla legalità¹⁶.

La differenziazione in tema di controllo legale dei conti in relazione al tipo di società scelto pare una scelta contraddittoria, in quanto è difficilmente spiegabile perché, da un lato, derogando al diritto comune, nelle società per azioni a controllo pubblico non sia possibile l'attribuzione della revisione legale al collegio sindacale mentre, dall'altro lato, nelle società a responsabilità limitata sia possibile la scelta tra un controllo o l'altro¹⁷.

3. La durata della carica, la *prorogatio* e la revoca diretta.

La durata della carica del sindaco di società a controllo pubblico è sempre di tre esercizi, con scadenza all'approvazione del bilancio del terzo esercizio e quindi non diverge rispetto alla disciplina di diritto comune di cui all'*art. 2400 c.c.*

In merito, però, occorre tenere in considerazione alcune peculiarità proprie della disciplina *extra TUSP* e valutarne l'applicazione.

Il richiamo da parte del comma 15 dell'*art. 11 TUSP* al d.l. 16 maggio 1994, n. 293¹⁸ (convertito nella l. 15 luglio 1994, n. 444) pone la necessità di

¹⁵ Non pare, infatti, vi siano ostacoli alla nomina di un organo di controllo collegiale, anche quanto non si integrano i presupposti dimensionali della nomina *ex art. 2477 c.c.*

¹⁶ Spunti in tal senso in M. STELLA RICHTER jr, *I controlli*, cit., p. 161.

¹⁷ L. FURGIUELE, *I controlli interni nella società per azioni a partecipazione pubblica*, in G. Guizzi (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, 2017, p. 208, ritiene che le diverse valutazioni in merito all'obbligatorietà dell'esternalizzazione della revisione legale non discendano dal tipo di impresa (pubblica) bensì «rispetto a un tipo di (disciplina dell')investimento dell'amministrazione in una società azionaria».

¹⁸ Rubricato *Disciplina della proroga degli organi amministrativi*.

valutare la portata di tale rinvio prevista limitatamente per gli *organi di amministrazione e di controllo delle società in house*. Tale rinvio pone dei dubbi interpretativi in quanto la disciplina richiamata riguarda la proroga degli organi amministrativi (anche) *delle persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica*¹⁹ ma la si richiama (art. 11, comma 15, TUSP) quale applicabile agli organi di amministrazione e di controllo delle società *in house*, quindi astrattamente anche per il collegio sindacale.

Il rinvio, probabilmente non adeguatamente ponderato, sembrerebbe estendere al collegio sindacale quanto previsto per gli amministratori e in particolare, nell'ambito della disciplina richiamata, le previsioni relative alla proroga e ai limiti temporali della stessa in caso di mancato rinnovo alla scadenza. In proposito gli artt. 2 e 3 della disciplina richiamata prevedono che gli organi amministrativi debbano essere ricostituiti entro la scadenza del termine di durata e, in caso di mancata sostituzione, la proroga degli stessi è di (soli) quarantacinque giorni. Durante la proroga inoltre possono compiere solo gli atti di ordinaria amministrazione urgenti e indifferibili motivando la specifica urgenza. Gli atti non integranti tali presupposti sono espressamente considerati nulli. In forza del rinvio operato, tale disciplina, alquanto discutibile e in contrasto con la Prima Direttiva CEE (n. 68/151/CEE) in materia societaria e, in particolare, di protezione dei terzi in tema di rappresentanza degli amministratori²⁰, dovrebbe applicarsi anche nell'ipotesi di scadenza del collegio sindacale. Pare corretto ritenere che tale disciplina, anche se richiamata quale applicabile all'organo di controllo, dovrebbe essere applicabile nei limiti della compatibilità in considerazione del ruolo e della funzione che il collegio sindacale rappresenta anche nei confronti dei terzi e anche nelle società *in house*²¹. Ipotizzare per il collegio sindacale la decadenza (immediata) decorsi i quarantacinque giorni dalla scadenza naturale e (anche solo) interrogarsi sull'applicazione delle limitazioni dei poteri, circoscrivendoli a quelli (non semplicemente individuabili in) ordinari, rappresenterebbe senza dubbio una situazione di forte impatto sistematico, probabilmente non adeguatamente considerata dal legislatore nel semplicistico rinvio strumentale, presumibilmente, ad evitare il fenomeno della *prorogatio ad libitum*.

¹⁹ In realtà l'art. 1, comma 1, d.l. 16 maggio 1994, n. 293, estende l'applicazione del decreto anche agli organi di controllo che però nelle altre disposizioni dello stesso provvedimento non vengono richiamati né disciplinati.

²⁰ In argomento C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in C. Ibba (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, Milano, 2019, p. 36.

²¹ L. FURGIUELE, *I controlli interni*, cit., pp. 215-216, evidenzia il contrasto con l'essenzialità della funzione di vigilanza.

Da ciò dovrebbe discendere che la disciplina richiamata (d.l. 16 maggio 1994, n. 293), prevista per la proroga dell'organo amministrativo, può essere applicata al collegio sindacale nei limiti della compatibilità con la funzione e la rilevanza che l'ordinamento attribuisce all'organo di controllo, escludendo quindi la decadenza automatica e la limitazione dei poteri. Al collegio sindacale potrebbe eventualmente essere applicabile solo la disposizione relativa alla ricostituzione degli organi (art. 4) che prevede, in caso di mancata ricostituzione nei termini, un trasferimento di competenza per la nomina che passa dall'organo collegiale al presidente dello stesso²². È evidente che ciò potrebbe essere applicabile alla nomina del collegio sindacale (ma anche dell'organo amministrativo) solo nelle ipotesi di nomina diretta ex art. 2449 c.c., qualora l'organo interno (collegiale) dell'ente pubblico non provveda alla nomina nei termini stabiliti. Non è invece ipotizzabile l'applicazione del potere sostitutivo nelle ipotesi (e nei limiti) di nomina assembleare, in quanto ciò determinerebbe la nomina da parte del presidente dell'assemblea che, come è noto, non è una carica "istituzionale" se non durante lo svolgimento dell'assemblea.

Come in precedenza richiamato, al collegio sindacale si applica l'art. 2449 c.c. che, oltre al potere di nomina diretta (del sindaco) attribuisce al socio pubblico nominante anche il potere di revoca dello stesso. A prescindere dal dibattito sulla natura giuridica (privatistica o pubblicistica) dell'atto di nomina e di revoca²³, l'art. 9, comma 7, TUSP evita i dubbi interpretativi in merito alla revoca dei sindaci che, come per le società a controllo privato, deve essere rispettosa di quanto stabilito dall'art. 2400, secondo comma, c.c., espressamente richiamato. La revoca, quindi, che può essere diretta e non assembleare deve però sempre avere quale presupposto la giusta causa e il decreto di approvazione del tribunale nel rispetto di quanto stabilito proprio dalla disciplina ordinaria²⁴.

Tale conclusione rafforza l'esclusione dell'applicazione della disciplina del c.d. *spoil system*²⁵ che, oltre ad essere riferita all'organo

²² Il secondo comma dell'art. 4 richiamato prevede che «nei casi in cui i titolari della competenza alla ricostituzione siano organi collegiali e questi non procedano alle nomine o designazioni ad essi spettanti almeno tre giorni prima della scadenza del termine di proroga, la relativa competenza è trasferita ai rispettivi presidenti, i quali debbono comunque esercitarla entro la scadenza de termine medesimo».

²³ Sul punto rinvia a M. Cossu, *delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici. Delle società di interesse nazionale*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2018, p. 38 ss.

²⁴ Sulla revoca per giusta causa si rinvia a I. Demuro, *Collegio sindacale*, in *Trattato delle società*, diretto da V. Donativi, 2022, II, p. 2112 ss.

²⁵ La l. 15 luglio 2002, n. 145, e in particolare l'art. 6 comma 1, prevede una causa speciale di revoca (anticipata) svincolata da qualunque presupposto, quale la sussistenza di una giusta causa e al conseguente risarcimento danno, al verificarsi di un cambio di maggioranza politica in capo all'ente pubblico che ha effettuato la nomina.

amministrativo, è stata anche espressamente esclusa dalla giurisprudenza, la quale, anche in considerazione della disciplina propria prevista per la revoca del collegio sindacale (art. 2400, comma 2, c.c.), ha ribadito che l'esigenza di indipendenza del sindaco deve essere salvaguardata anche nei confronti degli enti pubblici proprio per la funzione di controllo riconducibile ai sindaci, anche nei confronti dei soci di minoranza e dei terzi²⁶.

Diversamente si determinerebbe la decadenza del collegio sindacale dopo quarantacinque giorni dalla scadenza naturale, con la conseguenza che, decadendo anche i sindaci supplenti, la società sarebbe priva di collegio sindacale fino alla nomina del nuovo. A ciò si aggiunga che durante la proroga, volendo applicare la disciplina richiamata, il collegio potrebbe compiere solo l'attività ordinaria.

Pare evidente che la decadenza automatica del collegio sindacale e la non semplice individuazione dell'attività ordinaria di controllo, con la conseguente nullità di quella eccedente, difficilmente si concilierebbe con la funzione dell'organo di controllo e con la disciplina prevista dall'art. 2400, comma 1, c.c. che prevede la durata nella carica, dopo la scadenza, fino alla nomina del nuovo collegio.

4. Il compenso

Il comma 6 dell'art. 11 TUSP rinvia ad un decreto ministeriale, non ancora emanato, per l'individuazione degli indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di determinare, nelle società a controllo pubblico, fino a cinque fasce per la classificazione di dette società per stabilire, proporzionalmente, i limiti dei compensi massimi, secondo criteri oggettivi e trasparenti, da corrispondere (agli amministratori e) ai «*titolari e componenti degli organi di controllo*». Quale disciplina transitoria, il comma 7 dell'art. 11 TUSP rinvia a disposizioni pregresse e riferibili solo agli amministratori e quindi, in considerazione della specialità della stessa, non estendibile anche ai sindaci²⁷.

²⁶ Trib. Palermo, sez. impr., 13 febbraio 2013, in *Società*, 2013, p. 1036; Cass. Civ., sez. I, 6 ottobre 2020, n. 21495, in *Società*, 2021, p. 19; quest'ultima, avente ad oggetto la revoca del presidente del consiglio di sorveglianza, pur non entrando nello specifico dello *spoil system* ha evidenziato che «... il cambio di maggioranza politica dell'ente pubblico socio non giustifica, di per sé, la revoca degli amministratori di società quotate in borsa, a meno che non ne determini la paralisi organizzativa».

²⁷ Il comma 7 richiama l'art. 4, comma 4, secondo periodo, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (riguardante la remunerazione degli amministratori, anche investiti di particolari cariche, che dovrebbe essere parametrata ad un importo non superiore all'80 per cento del costo complessivamente sostenuto nell'anno 2013...) e il decreto MEF del 24 dicembre 2013, n. 166 (Regolamento relativo ai compensi per gli amministratori con deleghe delle società controllate dal Ministero dell'economia e delle finanze).

Ai sindaci invece sono riferibili alcune delle altre limitazioni ai compensi stabilite dall'art. 11 TUSP.

Si applicherà il limite massimo di euro 240.000 annui al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario. È bene precisare che tale limite non riguarda necessariamente il compenso per la carica in una società a controllo pubblico, che difficilmente e realisticamente potrebbe raggiungere tale importo, ma il *totale* dei compensi percepiti dalle pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico²⁸. In sede di nomina, quindi, sarebbe opportuno (se non necessario) acquisire una dichiarazione da parte del sindaco in merito ai corrispettivi dallo stesso percepiti da parte di pubbliche amministrazioni o altre società pubbliche. Il riferimento specifico ai *compensi* porta a ritenere che debbano essere considerati quelli percepiti non solo come sindaci (*rectius*: altri incarichi di sindaco) ma, più genericamente, quelli percepiti quale componente di un organo societario, anche gestorio e anche riferibile ad altre funzioni interne alla *governance* della società. In proposito, infatti, pare corretto ritenere che sia necessario comprendere nel calcolo anche i *compensi* derivanti da altre funzioni di controllo quali, ad esempio, di DPO o di membro di OdV *ex* d.lgs. 231/2001, che, pur non essendo tecnicamente organi, sono inseriti e fanno parte dell'organizzazione della società, a prescindere dalla loro non obbligatorietà e dalla non "piena" rilevanza esterna. Pare corretto ritenere che tali compensi siano considerati nella logica di quelli *pubblici* ai fini della determinazione dell'importo massimo. Diversamente, non dovranno essere considerati gli eventuali compensi derivanti da attività professionale a favore dell'amministrazione pubblica o di società a controllo pubblico che, in ogni caso, potranno essere di ostacolo alla nomina qualora l'attività professionale sia riferibile alla società nella quale si dovrebbe assumere la carica di sindaco. Nel calcolo dovrebbero essere altresì compresi gli eventuali incarichi di revisore tanto di altra società a controllo pubblico quanto della amministrazione pubblica quale revisore dell'ente locale.

Un altro limite che dovrebbe essere applicabile ai compensi (anche) del collegio sindacale è previsto dalla *lettera c*, comma 9 dell'art. 11 TUSP in forza del quale gli statuti delle società a controllo pubblico devono prevedere «*il divieto di corrispondere gettoni di presenza o premi di risultato deliberati dopo lo svolgimento dell'attività, e il divieto di corrispondere trattamenti di fine mandato, ai componenti degli organi sociali*». La disposizione, probabilmente prevista per gli amministratori, è parzialmente applicabile ai sindaci e precisamente nella parte che prevede il divieto di corrispondere

²⁸ Il già richiamato comma 6 dell'art. 11, TUSP nell'individuare il limite massimo specifica che lo stesso deve essere conteggiato «... *tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico*».

gettoni di presenza²⁹. In merito, se è pur vero che nella prassi il gettone di presenza riguarda quasi sempre gli amministratori, non vi dovrebbero essere ostacoli nel prevedere anche per il collegio sindacale un gettone di presenza per la partecipazione agli *audit* che, per il sindaco, non dovrebbe essere considerato quale incentivo all'attività, obbligatoria e sanzionata anche con la decadenza (art. 2404, comma 2, c.c.), ma quale compenso "variabile" collegato all'attività svolta in relazione all'intensità (e complessità) dell'attività da svolgere. A prescindere dal fatto che tale previsione sia astrattamente possibile, nelle società a controllo pubblico è imposta una clausola statutaria che la esclude espressamente che, in ogni caso, si applicherà anche ai compensi del collegio sindacale.

Al netto dei limiti in precedenza indicati, il compenso del collegio sindacale è "libero" ma si pone la necessità di valutare se allo stesso sia applicabile quanto stabilito in termini di equo compenso dalla l. 21 aprile 2023, n. 49 che, non facendo espresso riferimento alle cariche sociali, potrebbe essere di dubbia interpretazione³⁰.

Per quanto riguarda i sindaci che sono dottori commercialisti secondo le *Norme di comportamento del Collegio Sindacale di Società non quotate* (Norma 1.5 - *Retribuzione*) la disciplina dell'equo compenso si applica (anche) agli incarichi di sindaco anche quando si tratta di «prestazioni rese in favore della pubblica amministrazione o di società disciplinate dal d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175».

A prescindere dall'espressa previsione letterale, che prevede l'equo compenso per i sindaci, la *ratio legis* e, prima ancora, il buon senso e la rilevanza della carica di sindaco impongono che il compenso sia adeguato (*rectius*: equo) anche a tutela della professionalità e dell'indipendenza.

5. L'attività di vigilanza

L'art. 1, comma 3, TUSP stabilisce, come è noto, che, salvo le deroghe espressamente previste, alle società a partecipazione pubblica si applicano le norme di diritto comune e quindi quelle di diritto societario ordinario³¹.

Da ciò discende che, mancando deroghe specifiche, il collegio sindacale deve vigilare sulla società secondo quanto stabilito dall'art. 2403 c.c. e

²⁹ A prescindere dall'espresso divieto per quanto riguarda le società a controllo pubblico, non sono in ogni caso ipotizzabili (e quindi prevedibili) per i componenti del collegio sindacale dei premi di risultato, indipendentemente da quando siano deliberati, o un trattamento di fine mandato.

³⁰ Sul tema si rinvia alla *Circolare Assonime* (n. 24 del 3 agosto 2023), *L'impatto della legge in materia di equo compenso sulle società di capitali*, p. 18 ss.

³¹ M. STELLA RICHTER jr, *I controlli*, cit., p. 159, evidenzia la scelta del TUSP, anche in tema di controlli, di non abrogare la disciplina ordinaria né derogare a quella singolare (art. 4, comma 1, lett. a, TUSP), pur essendo coerente con la "maggiore specialità" delle norme singolari, rappresenta una contraddizione con le finalità di riordino poste alla base del testo unico.

attraverso le modalità e con gli strumenti indicati dalle previste disposizioni.

In realtà, se è innegabile che la funzione di vigilanza del collegio sindacale e le modalità di esercizio della stessa non divergano rispetto a quelle ordinarie è pur vero che le peculiarità della disciplina delle società a controllo pubblico impongano una vigilanza che tenga conto delle stesse, anche e soprattutto nel rispetto dei principi di corretta amministrazione.

Questo, che dovrebbe essere scontato, in realtà presenta delle difficoltà oggettive, non sempre adeguatamente considerate, che rendono l'attività di vigilanza in parte differente rispetto a quella ordinaria, dovendo i sindaci vigilare anche su aspetti in parte pubblicistici.

Per meglio comprendere ciò occorre partire dalla constatazione che le disposizioni del TUSP, ma anche di altre previsioni in materia, sono indirizzate e concentrate sulla figura del socio pubblico, al fine di subordinare alla sussistenza di determinati presupposti l'assunzione delle partecipazioni sociali da parte delle amministrazioni pubbliche nonché la gestione delle stesse. Nonostante tale *focus*, le scelte (anche pubblicistiche) riguardanti il socio determinano anche delle inevitabili ripercussioni sulla disciplina societaria, rendendola in alcuni aspetti "speciale" a causa della previsione di vincoli e limitazioni che, astrattamente, potrebbero comportare (e comportano) anche delle contraddizioni, se non contrasti, con i principi di corretta amministrazione e di adeguatezza organizzativa.

In tale contesto l'attività di vigilanza non è semplice in quanto la disciplina alla quale essere *compliant* non è particolarmente chiara e si presta a rilevanti dubbi interpretativi, ponendo l'organo di controllo in una situazione di non (sempre) semplice individuazione delle disposizioni applicabili e, soprattutto, di incerta applicazione. Tali incertezze applicative rendono, inevitabilmente, l'attività del collegio sindacale complicata poiché la vigilanza sull'operato degli amministratori, compreso quello derivante dal condizionamento dei soci, deve tenere conto dell'equilibrio tra esigenze pubblicistiche e societarie. Si tratta di un equilibrio cercato anche dal legislatore che però, non sempre, ha posto al centro o, anche solo, adeguatamente considerato la disciplina societaria e le disposizioni a tutela degli *stakeholder* che, astrattamente, potrebbero essere pregiudicati da determinati vincoli pubblicistici.

Il collegio sindacale si trova quindi a dovere svolgere l'attività di vigilanza sul rispetto della legge, quindi, anche per quanto riguarda le disposizioni pubblicistiche, ma anche sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, non sempre adeguatamente considerati dalla stessa disciplina e dalle interpretazioni pubblicistiche, anche giurisprudenziali.

Al fine di meglio valutare le conseguenze sull'attività di vigilanza relativa alle peculiarità delle società a controllo pubblico, nel proseguo, è

opportuno soffermare l'attenzione sulle diverse fasi nelle quali queste si presentano.

Per quanto riguarda la vigilanza sullo statuto non pare che sussistano specifiche peculiarità rispetto alle società a controllo privato. L'organo di controllo dovrà, in ogni caso, vigilare (anche) sul contenuto dello statuto in relazione all'inserimento di specifiche previsioni che sono espressamente richieste dal TUSP in tema di limiti organizzativi, competenze gestorie, specifica individuazione dell'oggetto sociale nonché limiti all'attività *extramoenia*.

6. L'assunzione e il mantenimento delle partecipazioni sociali

L'assunzione di una partecipazione sociale, diretta o indiretta, da parte delle amministrazioni pubbliche non è libera ma è subordinata alla sussistenza di determinati presupposti e al rispetto di un cadenzato *iter* procedurale sul quale il collegio sindacale dovrà vigilare.

In linea generale, ai sensi dell'art. 4, comma 1, TUSP, l'assunzione di una partecipazione è possibile quando la stessa è *strettamente necessaria per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione pubblica*³². Tale vincolo generale è affiancato da alcune disposizioni che espressamente ammettono la partecipazione pubblica relativamente ad alcune attività³³. Oltre al presupposto oggettivo, che individua l'astratta ammissibilità dell'assunzione della partecipazione, è necessario il rispetto di un procedimento interno all'amministrazione pubblica la quale, ai sensi dell'art. 5 TUSP, deve analiticamente motivarne le ragioni e tramettere le stesse anche all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alla Corte dei conti per le verifiche di loro competenza³⁴. Questa fase, tanto in sede di costituzione della società quanto in sede di acquisto successivo alla costituzione, è senza dubbio di natura pubblicistica e interna all'amministrazione pubblica³⁵ e, in quanto tale, sembrerebbe non dovere essere oggetto di attività di vigilanza da parte del collegio sindacale.

³² Il primo comma dell'art. 4 TUSP, formulato in negativo, espressamente prevede che «*le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*»

³³ Nei commi successivi dello stesso art. 4 TUSP (nonché nell'art. 4-bis TUSP) sono indicate delle attività nelle quali, sempre nei limiti della stretta necessità rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali, alle amministrazioni pubbliche è consentita l'assunzione di una partecipazione societaria.

³⁴ Per le diverse fasi dell'*iter* procedurale si rinvia a I. DEMURO, *Le società pubbliche*, cit., p. 437 ss.

³⁵ Si tratta di una fase prodromica riconducibile all'attività amministrativa che produrrà l'atto contenente la determinazione di partecipare alla società; per i diversi aspetti inerenti

In realtà, come evidenziato in precedenza, la disciplina (pubblicistica) riferibile al socio pubblico ha delle implicazioni anche societarie sulle quali inevitabilmente il collegio sindacale deve vigilare. Ciò è evidente se si considerano le conseguenze (societarie) del mancato rispetto o dell'invalidità dell'*iter* procedurale richiesto o la mancata alienazione di una partecipazione non (più) detenibile da parte dell'amministrazione pubblica. L'art. 7 TUSP individua, in relazione alle diverse amministrazioni pubbliche, il soggetto che deve deliberare l'assunzione della partecipazione e il contenuto dell'atto deliberativo, comprensivo della richiesta motivazione. L'assenza o il vizio dell'atto deliberativo, compreso quello sul contenuto dello stesso (atto deliberativo), determina la liquidazione della partecipazione o, qualora la partecipazione sia da considerare *essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale*, l'applicazione di quanto stabilito dall'art. 2332 c.c. ovvero della nullità della società. È innegabile che sia la liquidazione della partecipazione sia, a maggior ragione, la potenziale nullità della società determini delle conseguenze sulle quali il collegio sindacale dovrà vigilare. Naturalmente la vigilanza non potrà avere ad oggetto il merito delle discrezionali e motivate scelte dell'amministrazione pubblica poste alla base dell'acquisizione della partecipazione, sindacabili solo dal giudice amministrativo, ma il rispetto dell'*iter* procedurale seguito nonché, in caso di vizi, la valutazione, in termini societari e quindi di ragionevolezza, dell'*essenzialità* della partecipazione per il conseguimento dell'oggetto sociale, che, in ogni caso, dovrà essere effettuata dagli amministratori.

Per quanto riguarda la liquidazione è richiamato il comma 5 dell'art. 24 TUSP che, come è noto, disciplina la c.d. revisione straordinaria delle partecipazioni, applicabile in parte anche alla razionalizzazione periodica ex art. 20 TUSP, prevedendo, nella *sedes materiae*, che a seguito della mancata alienazione di partecipazioni non detenibili al socio è inibito l'esercizio dei diritti sociali e la partecipazione è liquidata secondo i criteri stabiliti dall'art. 2437-*quater* c.c. L'applicazione di tale previsione alle ipotesi di assenza e di invalidità della delibera interna all'amministrazione pubblica determina che il socio pubblico non potrà esercitare i diritti sociali e che la partecipazione dovrà essere liquidata.

È evidente che, in considerazione della rilevanza di tali conseguenze, l'organo di controllo dovrà monitorare le partecipazioni sia per vigilare sul corretto esercizio dei diritti sociali (partecipazione alle assemblee, esercizio

a questa fase si rinvia a C. Pecoraro, *La costituzione della società*, in AAVV, *Società di diritto speciale*, Milano, 2022, 239 ss. e, anche per l'analisi critica delle disposizioni relative ai vizi riscontrabili in sede di costituzione, a V. Sanna, *I vizi della costituzione (e le modifiche dell'atto costitutivo): profili problematici*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, cit., 101 ss.

del voto, distribuzione di utili, ecc.) sia per il rispetto della procedura di liquidazione. L'attività di vigilanza dovrà necessariamente tenere conto del momento nel quale le conseguenze societarie (*rectius*: inibizione all'esercizio dei diritti sociali) si verificano. Queste varieranno in relazione al vizio dell'atto deliberativo e all'accertamento dello stesso. L'assenza dell'atto deliberativo dovrebbe essere "facilmente" accertabile, doverosa per gli amministratori e, prima ancora, per il notaio in sede di costituzione o di acquisto delle partecipazioni. L'atto deliberativo interno è da considerare quale legittimazione ad agire del rappresentante dell'amministrazione pubblica, individuato anche soggettivamente dall'art. 7 TUSP, ai fini dell'acquisizione della partecipazione sociale. L'assunzione della partecipazione in assenza dell'atto deliberativo, che probabilmente rappresenta un caso di scuola, dovrebbe determinare una sorta di decadenza della stessa, accertata dagli amministratori, con l'immediata sterilizzazione dei diritti sociali e il conseguente avvio della procedura di liquidazione *ex art. 2437-quater c.c.* Il collegio sindacale dovrà quindi vigilare (anche) sulla verifica da parte degli amministratori della sussistenza della legittimazione in capo al rappresentante del socio amministrazione pubblica e attivarsi in caso di inerzia da parte degli amministratori qualora questa non sussista.

Senza dubbio più problematica sarà la situazione nella quale l'atto deliberativo sussista ma sia, presumibilmente, viziato. In questo caso, poiché l'invalidità deve essere accertata giudizialmente, si pone la necessità di valutare, anche per il collegio sindacale, se, nelle more del giudizio, sia necessario qualche accorgimento societario in relazione alla partecipazione (*rectius*: diritti sociali) del socio. Prudenzialmente gli amministratori, che dovrebbero verificare la sussistenza dei presupposti dello *status* di socio, in pendenza di un giudizio sull'atto deliberativo interno, dovrebbero chiedere al socio, senza però potere coercitivo, di "sanare" il vizio laddove ciò sia possibile.

In tale circostanza (giudizio sull'invalidità dell'atto interno) il collegio sindacale dovrebbe vigilare sull'operato dell'organo amministrativo volto, in primo luogo, ad accertare lo *status* di socio nonché a limitare l'impatto dell'incertezza sull'organizzazione e sull'attività della società. La rilevanza di tale incertezza è proporzionale alla rilevanza della "partecipazione" del socio non solo quale socio ma in relazione all'attività affidata dallo stesso (quale amministrazione pubblica) alla società. Ciò potrà essere verificato solamente nel caso concreto, in relazione al quale si dovrà valutare la "reazione" del collegio sindacale volta a segnalare le

potenziali conseguenze dell'incertezza sulla corretta gestione e sulla continuità dell'attività sociale³⁶.

Il collegio sindacale dovrà altresì vigilare sul rispetto dei piani di *Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche* che, ai sensi dell'art. 20 TUSP, dovranno essere annualmente effettuati dalle amministrazioni pubbliche, strumentalmente alla verifica della sussistenza dei presupposti richiesti per il mantenimento della partecipazione sociale. In relazione all'esito di tale valutazione vi potranno essere delle conseguenze sulle società (operazioni straordinarie) e sulle partecipazioni sociali (obbligo di dismissione), il tutto con delle inevitabili implicazioni sull'assetto societario e sull'organizzazione della società. Ciò in quanto la mancata dismissione, entro i termini stabiliti, di una partecipazione non detenibile comporta la decadenza dall'esercizio dei diritti sociali da parte del socio pubblico, nonché l'avvio del procedimento di liquidazione. In questo caso l'attività di vigilanza del collegio sindacale dovrebbe riguardare tanto la legittimazione dei soci relativa all'esercizio dei diritti sociali quanto l'attività extrasociale del socio, cioè l'adempimento all'obbligo di razionalizzazione periodica in forza della quale il socio, in sede assembleare o con specifica comunicazione, dovrebbe rendere noto agli amministratori la sussistenza dei presupposti per il mantenimento della partecipazione e quindi il loro poter continuare ad essere soci.

L'*iter* procedurale in precedenza illustrato è espressamente previsto anche per l'acquisto indiretto di partecipazioni, cioè quello effettuato tramite una società controllata dall'amministrazione pubblica. Anche in questo caso la partecipazione, che sarà acquistata dalla società controllata, deve essere strettamente necessaria per il perseguimento delle finalità istituzionali (non della società ma) dell'amministrazione pubblica controllante. Su tale acquisto la vigilanza del collegio sindacale deve avere ad oggetto il rispetto dell'*iter* procedurale interno del socio ma anche il recepimento della scelta del socio da parte degli amministratori. Questi, infatti, non devono *sic et simpliciter* dare esecuzione a quanto deciso dal socio di controllo ma hanno l'obbligo di effettuare una valutazione "critica" sull'acquisto e potrebbero (*rectius*: dovrebbero) non procedere all'acquisizione qualora la stessa, pur se astrattamente "utile" per il socio, potrebbe non essere (anche solo) non conveniente per la società o

³⁶ È evidente che vi sia una differenza tra la situazione nella quale l'incertezza sullo *status* di socio e, soprattutto, sull'affidamento dell'attività effettuato a favore della società sia poco rilevante rispetto a quella nella quale l'impatto, anche economico e organizzativo, in capo alla società sia rilevante fino al punto da "condizionare" la prospettiva futura e la continuità. È innegabile che l'individuazione di una linea di demarcazione non sia semplice.

difficilmente gestibile³⁷. Da ciò discende che l'attività di vigilanza dell'organo di controllo non può essere limitata all'*iter* procedurale e alla motivazione del socio pubblico ma deve, necessariamente, avere ad oggetto anche le valutazioni, in termini di ragionevolezza dell'acquisto, che dovranno essere effettuate dall'organo amministrativo che, è bene ribadirlo, deve gestire la società secondo canoni imprenditoriali e non assecondare tutte le richieste del socio pubblico che contrastino con tali canoni e possano porsi in contrasto con i principi di corretta amministrazione.

La definizione di partecipazione indiretta prevista dal TUSP (art. 2, lett. g) è riferita ad un controllo sulla società da parte di un singolo socio³⁸. Questo pone la necessità di coordinare la definizione di partecipazione indiretta e di quella di controllo che, nel TUSP, si riferisce anche a quello esercitato in modo congiunto da più soci quando «*in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*». Senza, in questa sede, poter affrontare le problematiche relative al controllo congiunto³⁹, è evidente che in caso di società pluripartecipata a controllo pubblico, molto frequente nelle società *in house*, si porrà il problema di stabilire se l'acquisto delle partecipazioni da parte della società rappresenti un acquisto indiretto da parte dei soci, con la conseguente necessità del rispetto della procedura interna, della motivazione e del(l'unanime) consenso da parte di tutti i soci che "condividono" il controllo.

In presenza di tale incertezza interpretativa, la scelta degli amministratori e la conseguente vigilanza da parte del collegio sindacale dovrebbero fondarsi sulla ragionevolezza dell'acquisto della partecipazione, quale atto di corretta amministrazione che, come in precedenza osservato, dovrebbe essere alla base dell'acquisto della partecipazione anche in presenza di una "richiesta" del socio pubblico controllante. La ragionevolezza dovrebbe, di conseguenza, essere il

³⁷ Non è da escludere, infatti, che gli acquisti indiretti di partecipazioni possano avere alla base delle valutazioni politiche e di "salvataggio" di altre società o di attività che, anche se astrattamente ammissibili, potrebbero non essere imprenditorialmente o, anche solo, economicamente-finanziariamente convenienti e utili per la società. Sul dovere degli amministratori di disattendere indirizzi illegittimi M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa*, cit., p. 26.

³⁸ È infatti espressamente previsto per partecipazione indiretta debba intendersi «*la partecipazione in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica*».

³⁹ In argomento si rinvia a I. DEMURO, *Il controllo congiunto nelle società a partecipazione pubblica prevalente*, in C. Ibba (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 283 ss.; M. BIANCHINI, *Il rapporto tra "società a partecipazione pubblica" e "società a controllo pubblico" alla luce della nozione di "controllo" (solitario e congiunto) del Testo Unico*, in *Le società pubbliche*, cit., p. 59 ss.

presupposto dell'acquisto anche in presenza di un controllo congiunto al quale, in ogni caso, stando al dato letterale, non si riferisce la definizione di partecipazione indiretta.

Da ciò dovrebbe discendere che gli amministratori di una società a controllo pubblico congiunto potrebbero "liberamente" acquistare una partecipazione in una società e che su tale scelta gestoria la vigilanza del collegio sindacale non si differenzi rispetto a quella ordinaria.

7. La nomina dell'organo amministrativo

La nomina dell'organo amministrativo è di competenza assembleare, salvo le eventuali nomine dirette *ex art. 2449 c.c.*, e conseguentemente la vigilanza avrà ad oggetto le scelte dei soci.

Mancando ancora la disciplina di attuazione relativa ai *requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia* (art. 11, comma 1, TUSP), la vigilanza sulla scelta soggettiva può essere circoscritta alla conformità agli eventuali requisiti previsti statutariamente, senza escludere però una "reazione" in presenza di una nomina palesemente inadeguata per oggettiva carenza di un'adeguatezza soggettiva che potrebbe integrare una non adeguata gestione, anche in termini di efficienza, ponendo in capo al collegio sindacale l'obbligo di reazione con contestuale segnalazione ai soci anche mediante richiesta di convocazione dell'assemblea⁴⁰.

Nel fare ciò si dovranno evidenziare anche le ragioni della segnalazione fondate sul *curriculum* o su altri dati oggettivi dai quali potrebbe essere evidente l'inadeguatezza.

L'attività di vigilanza sull'adeguatezza dovrà necessariamente tenere conto anche dell'aspetto "numerico" dell'organo amministrativo.

È noto che, di *default*, il secondo comma dell'art. 11 TUSP stabilisce che l'organo amministrativo debba essere monocratico. L'eventuale scelta di un organo collegiale può essere oggetto di *delibera motivata con riguardo a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi*⁴¹.

⁴⁰ Questo potrebbe essere evidente qualora l'amministratore (o gli amministratori) nominato(i) non abbia(no) un'esperienza professionale adeguata o, addirittura, non abbia(no) alcuna esperienza nel settore nel quale opera la società. Purtroppo, è innegabile, non è raro che tali situazioni possano verificarsi e si siano verificate; sull'attenzione da porre sulla scelta dei nominandi amministratori (ancora) M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa*, cit., p. 21.

⁴¹ M. DI RIENZO, *Gli organi di amministrazione e di controllo nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in S. Fortunato e F. Vessia (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, p. 166, valuta positivamente l'attribuzione all'assemblea della competenza in merito alle scelte organizzative (organo gestorio collegiale); in questo modo, pur ampliando la discrezionalità del socio pubblico, si riporta alla sede assembleare

Il collegio sindacale, nell'ambito della vigilanza sull'adeguatezza, dovrà tenere in considerazione, in relazione alle peculiarità dell'attività sociale e della struttura organizzativa, se l'organo monocratico sia in grado di "garantire" l'adeguatezza e se le eventuali scelte a favore dell'organo collegiale siano supportate, in termini di ragionevolezza, dalle esigenze di adeguatezza organizzativa. In caso di difetto o insufficienza della motivazione a supporto dell'organo collegiale o, eventualmente, non coerenza tra l'esigenza manifestata e le nomine effettuate, il collegio sindacale dovrà necessariamente reagire ed impugnare la relativa deliberazione⁴².

Tale vigilanza non pare possa essere in contraddizione o anche solo in sovrapposizione con l'invio alla Corte dei conti della delibera che nomina l'organo collegiale (ultimo inciso del terzo comma dell'art. 11, TUSP). Tale invio, infatti, dovrebbe essere strumentale ad una valutazione sui costi, in quanto la nomina deve essere effettuata anche *tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi*, e non di carattere societario-organizzativo la cui competenza è dell'organo di controllo.

Per evitare dubbi interpretativi e applicativi, anche se non espressamente richiesto, si potrebbe inserire nella delibera di nomina anche un parere o anche solo una valutazione, in termini di vigilanza, del collegio sindacale inerente all'esigenza di adeguatezza posta alla base della scelta dell'organo collegiale.

8. L'adeguatezza degli assetti

È noto che una specifica attività di vigilanza del collegio sindacale è concentrata «sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile dotato dalla società e sul suo concreto finanziamento». Senza entrare nel dettaglio degli assetti, a cui sono soggette anche le società a controllo pubblico⁴³, in questa sede pare sufficiente richiamare le *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate* che (alla Norma 3.5) per assetto organizzativo intendendo: (i) *il sistema di funzionigramma e di*

la discussione sulla composizione dell'organo amministrativo. Tale sede, senza dubbio, è più adeguata e consona anche per la vigilanza del collegio sindacale.

⁴² In questi termini anche M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa*, cit., p. 18, che ritiene tale deliberazione annullabile e non nulla e doverosamente impugnabile da parte del collegio sindacale.

⁴³ Non vi è dubbio che il principio di adeguatezza organizzativa, oramai riconosciuto quale principio fondamentale del diritto societario (e dell'impresa in generale), sia applicabile anche alle società a controllo pubblico; in argomento M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa*, cit., p. 5, il quale evidenzia (p. 9) che, la scelta da parte del soggetto pubblico, dello strumento privatistico societario determina anche l'accettazione dei principi privatistici inerenti all'organizzazione e alla gestione della società e quindi il rispetto del principio di adeguatezza organizzativa.

organigramma e, in particolare, il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità, (ii) il complesso procedurale di controllo. Si specifica inoltre che un assetto organizzativo è adeguato se presenta una struttura compatibile alle dimensioni della società, nonché alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale, nonché alla rilevazione tempestiva degli indizi di crisi e di perdita della continuità aziendale e possa quindi consentire, agli amministratori preposti, una sollecita adozione delle misure più idonee alla sua rilevazione e alla sua composizione. Le stesse Norme "definiscono" il sistema di controllo interno⁴⁴ e il sistema amministrativo-contabile⁴⁵ sui quali il collegio sindacale deve vigilare.

L'organo di controllo deve, in primo luogo, vigilare sul processo di valutazione dei rischi e di implementazione adeguata da parte degli amministratori degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, tenendo conto delle peculiarità della società (*rectius*: natura e dimensione) e di come li stessi siano in grado di gestire i rischi che caratterizzano l'attività sociale, anche strumentalmente a prevedere e gestire la crisi⁴⁶.

Contestualizzando tale principio all'attività di vigilanza nelle società a controllo pubblico occorre necessariamente tenere in considerazione che, pur apparendo paradossale, alcune disposizioni normative potrebbero essere di ostacolo all'adeguatezza organizzativa della società, ponendo non pochi problemi (non solo agli amministratori nella gestione ma anche) all'attività di vigilanza del collegio sindacale, che dovrà tener conto dell'equilibrio tra le disposizioni di ispirazione pubblicistica e quelle poste a fondamento della corretta e adeguata amministrazione delle società⁴⁷.

⁴⁴ Definito dalla Norma 3.6 quale «l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative adottate dall'impresa allo scopo di raggiungere, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi» strumentali a consentire scelte adeguate nel rispetto degli obiettivi strategici con efficienza e rendicontazione dell'attività. Si specifica, inoltre, che «un sistema di controllo interno risulta adeguato se permette la chiara e precisa indicazione dei principali fattori di rischio aziendale e ne consente il costante monitoraggio e la corretta gestione».

⁴⁵ Definito dalla Norma 3.7 quale «l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire a completezza, la correttezza e la tempestività di una informativa societaria attendibile, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa». Tale sistema sarà adeguato se permette: (i) completezza, tempestività attendibilità della rilevazione contabile e della rappresentazione dei fatti di gestione; (ii) produzione di informazioni valide e utili per le scelte gestionali e la salvaguardia del patrimonio aziendale; (iii) dati attendibili per l'informativa societaria.

⁴⁶ In argomento F. FIMMANÒ, *Poteri, doveri e responsabilità dei sindaci nel codice della crisi. La nuova "causalità omissiva*, in *Rivista cortei dei conti*, 2024, 5, I, p. 7 ss., e, più in generale, I. DEMURO, *Collegio sindacale*, cit., p. 2131.

⁴⁷ Spunti in tal senso in M. STELLA RICHTER jr, *I controlli*, cit., p. 168, che evidenzia una ridotta autonomia del socio pubblico, che si pone in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento, nonché la mancanza di coerenza tra il profilo funzionale e quello

In precedenza è stata evidenziata l'attività di vigilanza in merito all'adeguatezza soggettiva e numerica dell'organo di gestione (monocratico *vs* collegiale), che potrebbe essere anche accentuata dalle potenziali (ma reali) limitate possibilità di nominare dei soggetti con adeguata professionalità, poiché questi potrebbero essere "scoraggiati" (*rectius*: non incentivati) dalla circostanza che i compensi a loro attribuibili sarebbero sicuramente non in linea e non conformi al mercato e soprattutto alle competenze richieste e molto spesso trascurate.

Da ciò discende che l'attività di vigilanza del collegio sindacale dovrà essere improntata anche sull'adeguatezza soggettiva, sia in termini numerici sia in termini "qualitativi" (*rectius*: professionalità), e su quanto la stessa possa, anche solo astrattamente, incidere sull'implementazione di un'adeguatezza oggettiva.

È innegabile, infatti, che l'inadeguatezza soggettiva possa determinare una potenziale (quasi certa) mancanza di adeguatezza (degli assetti) oggettiva, che non può essere superata dall'"imposizione" dei principi sull'organizzazione e sulla gestione previsti dall'art. 6 TUSP, che, pare evidente, contrastino con le limitazioni alle scelte organizzative previste dall'art. 11 TUSP (limiti numerici, compensi, al conferimento delle deleghe, al conferimento di incarichi, ecc.)⁴⁸, nonché rispetto agli ostacoli di un'eventuale assunzione "privatistica" del personale o all'ingerenza del socio pubblico attraverso il controllo analogo ... anche congiunto.

In questo contesto la vigilanza del collegio sindacale è complicata, soprattutto per la parte della stessa che riguarda la "reazione", cioè quella parte relativa all'intervento dell'organo di controllo volta ad impedire o limitare l'atto, la scelta o l'attività che, anche solo potenzialmente, potrebbe determinare un danno.

La complicazione discende dal fatto che non è certo che la reazione garantisca un risultato (*rectius*: la correzione di un'attività o di una situazione), che, in ogni caso, potrebbe essere incerto o incontrare ostacoli interpretativi e/o applicativi dovuti anche all'intervento dei soci pubblici,

strutturale (e viceversa), che determina la contraddizione di chiedere più controlli ma, contestualmente, "imporre", di *default*, l'amministratore unico, limitando così il primo presidio di controllo che, oramai, risiede proprio nella collegialità dell'organo gestorio, nella diversità dei suoi componenti, nella possibilità di articolare la propria struttura anche in appositi comitati.

⁴⁸ M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa*, cit., p. 24, segnala che dai profili organizzativi delle società a controllo pubblico emergono due orientamenti tra loro contrastanti. Ciò in quanto, da un lato, vi sono norme di semplificazione dell'organizzazione, ispirate soprattutto al contenimento dei costi (es. amministratore unico), dall'altro lato vi sono norme indirizzate a caricare l'organizzazione di compiti e funzioni, facoltativi nelle società a controllo privato, che richiederebbero maggiori spazi per l'autonomia organizzativa dell'organo amministrativo (es. art. 6 TUSP in merito ai *Principi fondamentali sull'organizzazione delle società a controllo pubblico*).

accentuato in caso di controllo analogo ed esercizio dello stesso oltre i limiti (presumibilmente) consentiti.

È evidente quindi che si ponga il problema di valutare se la corretta gestione e l'adeguatezza sia neutrale rispetto alla compagine sociale oppure se questa si differenzi in relazione alla natura pubblica o privata della maggioranza del capitale sociale.

Si renderà necessario valutare se una disposizione normativa o un'interpretazione "pubblicistica" della stessa, che limita l'operato o anche solo una scelta gestoria degli amministratori, possa essere in grado di ostacolare delle scelte razionali e ragionevoli, secondo l'*id quod plerumque accidit*, nell'ambito della corretta gestione e quindi se le scelte razionali e ragionevoli siano in grado di "superare" o modificare gli "ostacoli pubblicistici". Alcune discutibili e poco chiare disposizioni normative, con la conseguente incertezza interpretativa, non consentono di individuare una chiara linea di demarcazione tra l'aspetto pubblicistico (limitativo) e quello societario e, soprattutto, non consentono di fare prevalere la razionalità e la ragionevolezza gestoria rispetto ad un limite (non chiaro) di stampo meramente pubblicistico, molto spesso strumentale ad un risparmio di spesa nel breve termine, cioè senza considerare le implicazioni future anche in termini di efficienza.

In proposito si potrebbero evidenziare le difficoltà di "reazione" rispetto ad un'attività di *controllo analogo* che vada oltre o, meglio, non riguardi gli obiettivi strategici o le decisioni significative della società controllata⁴⁹ e quindi vada oltre la c.d. "alta amministrazione"⁵⁰, oppure, qualora sia esercitato congiuntamente, sia palesemente "astratto" e non consenta, nonostante le fantasiose interpretazioni giurisprudenziali⁵¹, a

⁴⁹ Spunti in tal senso in M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa*, cit., p. 14, secondo il quale il "controllo analogo" consente al socio pubblico di avere un ruolo più forte rispetto a quello che ordinariamente avrebbe in una società di capitali ma ciò non dovrebbe essere tale da «assorbire il compito degli amministratori nel creare un'adeguata organizzazione aziendale e nel realizzare un'efficiente gestione dell'attività produttiva (con le relative responsabilità)». In proposito si può richiamare anche la *Massima n. 213 (Deroghe statuarie alla competenza gestoria esclusiva degli amministratori nelle s.p.a. in house e nelle società miste)*, elaborata dalla Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, consultabile su www.consiglionotarilemilano.it, nella quale si prevede che «la deroga può consistere nell'assegnazione all'assemblea di poteri di alta amministrazione, mediante l'attribuzione alla stessa di competenze decisorie su specifiche materie determinate dallo statuto o di estesi poteri autorizzatori, senza tutta via far venir meno la funzione gestoria dell'organo amministrativo».

⁵⁰ C. PECORARO, *La società in house: profili societari*, in C. Ibba e I. Demuro (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2018, p. 210 ss.

⁵¹ Pare innegabile che i presupposti per l'integrazione del controllo analogo singolo non possano essere utilizzati *sic et simpliciter* per il controllo analogo congiunto. È innegabile, infatti, che «l'influenza determinante di un socio potrebbe entrare in contrasto con quella di un altro socio, creando una sorta di reciproca limitazione che potrebbe far venire meno (reciprocamente) la capacità del singolo socio pubblico di influenzare le decisioni»; così I. DEMURO, *Le società*

ciascun socio la richiesta influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società.

L'eccessivo *controllo analogo* o la carenza dello stesso potrebbero determinare un'ingerenza del socio nella gestione non ammissibile o, nel secondo caso, la carenza dei requisiti per l'affidamento diretto.

In tale contesto, nel quale potrebbe essere in dubbio chi abbia o se lo abbia legittimamente *il potere decisionale* e se lo stesso sia *effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità*, in caso inerzia dell'organo amministrativo, la doverosa reazione del collegio sindacale dovrebbe portare lo stesso, qualora non vengano posti in essere dei correttivi, a presentare una denuncia *ex art. 2409 c.c.* al tribunale, evidenziando, quali gravi irregolarità, l'ingerenza eccessiva dei soci nella gestione della società o la (presunta) carenza dei presupposti per lo svolgimento dell'attività affidata *in house*.

Si tratterebbe senza dubbio di una reazione rilevante che, anche per la non sempre lineare interpretazione giurisprudenziale del controllo analogo, merita un'adeguata ponderazione e valutazione. In ogni caso, sussistendone i presupposti, sarebbe pur sempre una reazione doverosa che, probabilmente, non è stata adeguatamente valorizzata o, anche solo, considerata.

Un'altra situazione dalla quale potrebbe discendere una non adeguatezza organizzativa potrebbe essere rappresentata dalla carenza strutturale che si manifesta con un'inadeguatezza, anche solo numerica, del personale⁵². In questo caso, nonostante le dimensioni richiederebbero un incremento numerico-qualitativo, la società non può provvedere

pubbliche, cit., p. 459, in posizione critica rispetto alla "soluzione giurisprudenziale" che ritiene sufficiente per l'integrazione del controllo analogo congiunto la presenza nell'organo amministrativo di un rappresentante comune dei soci pubblici che, in forza di specifiche clausole statuarie, consentano ai singoli soci l'influenza determinante. Critica sul punto anche C. GARILLI, *In house providing e società pubbliche pluripartecipate. Riflessioni sul "controllo analogo congiunto" nel quadro generale delle "società a controllo pubblico"*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 468 ss.

⁵² M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa*, cit., p. 8, evidenzia che l'adeguatezza delle risorse tecniche e delle risorse umane destinate allo svolgimento dell'attività produttiva, anche se non espressamente menzionate, fanno parte integrante dell'adeguatezza organizzativa. Quest'ultima, infatti, non si realizza solamente con la predisposizione di programmi annuali e pluriennali e procedure efficienti ma anche mediante l'effettiva ed efficace attuazione degli stessi. In argomento già G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in M. Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, Torino, 2016, p. 67, il quale puntualmente segnala il profilo statico, quale formale predisposizione degli assetti, al quale deve necessariamente seguirne uno dinamico, consistente nella sua efficace attuazione. Ciò potrà avvenire solamente con un'adeguata struttura tecnica e quindi con adeguato personale.

liberamente con “criteri privatistici”⁵³, eventualmente attraverso dei contratti di consulenza o, come avviene nelle società a controllo privato, con delle selezioni rapide e non necessariamente ad evidenza pubblica o vincolate a criteri di spesa pubblica che, spesso, non tengono conto delle esigenze aziendalistiche e dei ritorni anche nel medio termine, anche semplicemente per quanto riguarda le tempistiche richieste per lo svolgimento della selezione. In tal caso, i vincoli procedurali potrebbero determinare delle conseguenze in termini di carenza di adeguatezza. Anche in questo caso la reazione del collegio sindacale non è semplice e, pur se doverosa, potrebbe determinare una denuncia al tribunale *ex art.* 2409 c.c. solamente nelle ipotesi nelle quali gli amministratori non pongano in essere tutte le possibili alternative per limitare le conseguenze dei vincoli normativi imposti, comprese quelle che determinerebbero una restrizione dell’attività sociale o la non espansione della stessa evitando, per esempio, l’ingresso in società di un nuovo socio pubblico, che determinerebbe anche l’incremento dell’attività non sostenibile senza un adeguato potenziamento della struttura organizzativa.

9. La gestione della crisi

La oramai pacifica applicazione del Codice della crisi alle società a controllo pubblico⁵⁴ porta con sé anche la necessità di agire in prevenzione e strutturare degli assetti organizzativi strumentali alla previsione della crisi e alla gestione della stessa. Il TUSP, già prima della modifica dell’art.

⁵³ A conferma di ciò si può richiamare anche solo il comma 5 dell’art. 19 TUSP in forza del quale «*le amministrazioni pubbliche società fissano, con propri provvedimenti, obiettivi specifici annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate...*»; in argomento si rinvia a R. ROMEI, *La costituzione del rapporto di lavoro con le società pubbliche*, in *Le società pubbliche*, cit., p. 366 ss.

⁵⁴ L’art. 14 TUSP, come è noto, supera (auspicabilmente) definitivamente i dubbi in merito all’applicazione della disciplina (prima del fallimento e delle procedure concorsuali, ora) del Codice della crisi alle società a partecipazione pubblica, imponendo, però, un necessario coordinamento tra gli aspetti pubblicistici e quelli societari e concorsuali. Tale coordinamento non è agevolato dalla disciplina del TUSP che prevede dei limiti alla gestione (della società e conseguentemente) della crisi, strumentali a vincoli pubblicistici che mal si conciliano con le esigenze di preservare la continuità dell’attività in una prospettiva di mercato e nel mercato. Sul punto, anche l’evoluzione della disciplina, C. IBBA, I. DEMURO, F. CUCCU, *Le società pubbliche*, in L. Panzani - O. Cagnasso (a cura di), *Trattato Omnia Crisi d’impresa*, Milano, ..., p ...; A. GIORDANO, *La disciplina della crisi d’impresa delle società pubbliche*, in M. Irrera e S. Cerrato (diretto da), *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo ter*, Torino, 2024, II, p. 3097 ss. Per gli aspetti operativi derivanti anche dal necessario coordinamento tra la disciplina del TUSP e quella del Codice della crisi si rinvia al Documento, *La crisi nelle società pubbliche, tra TUSP e CCII*, elaborato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, (Giugno 2023), consultabile nel sito www.commercialisti.it.

2086 c.c., ha previsto (art. 6, comma 2) l'obbligo per gli amministratori di società a controllo pubblico di predisporre *specifici programmi di valutazione del rischio crisi aziendale*, stabilendo altresì degli obblighi informativi nonché delle limitate possibilità di reazione, individuando inoltre, in negativo, quali debbano essere le reazioni adeguate e, quindi, quali non lo siano.

In proposito l'art. 14, commi 4 e 5, TUSP fissa alcuni principi e alcuni vincoli che caratterizzano la gestione della crisi delle società a controllo pubblico, limitando la possibilità di apporti patrimoniali o finanziari dei soci pubblici, che potrà avvenire solamente in presenza di specifici presupposti⁵⁵.

A ciò si aggiunga che, innegabilmente, la gestione della crisi di una società a controllo pubblico è differente rispetto a quella di una società a controllo privato. La limitata operatività degli amministratori, che non possono discrezionalmente dismettere rami d'azienda, *assets* e consentire l'ingresso in società di soci finanziatori, pone la necessità di individuare la situazione di crisi in un momento nel quale al socio pubblico sia ancora consentito intervenire con uno degli strumenti previsti dal TUSP e dal Codice della crisi, compatibilmente con l'operatività degli amministratori⁵⁶.

Rispetto alle società a controllo privato quelle a controllo pubblico devono, quindi, individuare l'insorgenza della crisi in un momento anteriore, cioè in quello nel quale ancora sia possibile reagire nel rispetto dei vincoli posti dal TUSP e, in generale, dalla disciplina pubblicistica relativa agli affidamenti dell'attività nonché ai vincoli imposti per l'intervento finanziario dei soci.

In questo contesto la vigilanza del collegio sindacale deve tenere in considerazione e valutare se gli *specifici programmi di valutazione del rischio crisi aziendale* abbiano tenuto conto delle limitazioni imposte agli amministratori e quindi siano in grado di garantire una gestione tempestiva.

La reazione del collegio sindacale a tale carenza può essere considerata alla stregua di una reazione ordinaria, cioè identica a quella che dovrebbero

⁵⁵ Gli amministratori, qualora emergano uno o più indicatori di crisi aziendale, dovranno porre in essere, senza indugio dei provvedimenti adeguati che, necessariamente non potranno essere di semplice "soccorso finanziario" ma dovranno evidenziare e prevedere «la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte» nonché, in caso di aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito e concessioni di garanzie, dei piani di risanamento che contemplino «il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni». Su tali disposizioni, e sul loro necessario coordinamento con il Codice della crisi, si rinvia a C. IBBA, I. DEMURO, F. CUCCU, *Le società pubbliche*, cit., p.; A. GIORDANO, *La disciplina della crisi*, cit., 3101 ss.

⁵⁶ Sul punto si rinvia C. IBBA, I. DEMURO, F. CUCCU, *Le società pubbliche*, cit., p., ove si evidenziano le peculiarità della crisi delle società pubbliche che ne rendono diversa la gestione.

avere in una società a controllo privato qualora gli amministratori non abbiamo predisposto degli assetti adeguati⁵⁷. In proposito, è bene evidenziare che il TUSP, probabilmente per fugare dubbi di “sensibilità” pubblicistica, stabilisce (art. 14, comma 3) che la mancata adozione da parte dell’organo amministrativo di «provvedimenti adeguati» costituisca una grave irregolarità ex art. 2409 c.c. A maggior ragione, in un’ottica preventiva, la grave irregolarità dovrebbe sussistere anche in presenza di una (assenza o) non adeguatezza degli *specifici programmi di valutazione del rischio crisi aziendale*, imponendo al collegio sindacale, qualora la reazione interna non abbia determinato risultati in termini di adeguatezza⁵⁸, l’obbligo di procedere con una denuncia ex art. 2409 c.c.⁵⁹.

In questo caso quindi l’attività di vigilanza dovrà tenere in considerazione le peculiarità delle società a controllo pubblico che, per le ragioni evidenziate (limiti all’operatività ordinaria degli amministratori), dovranno anticipare l’individuazione della crisi e la gestione della stessa con gli strumenti previsti dal TUSP e dal Codice della crisi⁶⁰, cadenzando la propria attività e i relativi poteri/ doveri in relazione alle diverse fasi e cioè dall’implementazione degli assetti (*rectius*: programmi di valutazione del rischio crisi) fino alla gestione dell’eventuale crisi sulla base del rapporto dialettico con gli amministratori (e i soci pubblici) nel rispetto dell’equilibrio e del coordinamento tra il TUSP e il Codice della crisi⁶¹.

⁵⁷ In argomento v. F. FIMMANÒ, *Poteri, doveri e responsabilità dei sindaci nel codice della crisi. La nuova “causalità omissiva*, in *Rivista corte dei conti*, 2024, 5, I, p. 17; O. CAGNASSO, *Denuncia di gravi irregolarità e omissione dell’istituzione di assetti adeguati*, in *Società*, 2024, p. 716 ss.; P. BENAZZO, *La denuncia al Tribunale di gravi e l’adozione di assetti organizzativi adeguati: da prevenzione della crisi a “condizione per l’esercizio dell’attività d’impresa”*, in *Il Fallimento*, 2023, p. 822 ss.;

⁵⁸ Sulle diverse e proporzionali “reazioni” del collegio sindacale si rinvia a I. DEMURO, *Collegio sindacale*, cit., p. 2167 ss., nonché alla Sezione 6 delle *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate* che individuano i *Principi* e i *Criteri applicativi* relativi e ai doveri/poteri di reazione del collegio sindacale.

⁵⁹ Spunti in tal senso in F. FIMMANÒ, *Poteri, doveri e responsabilità dei sindaci*, cit., p. 24.

⁶⁰ F. FIMMANÒ, *Poteri, doveri e responsabilità dei sindaci*, cit., p. 24, osserva che nella fenomenologia delle società pubbliche, soprattutto a causa del divieto di “soccorso finanziario”, sia molto più agevole andare verso la liquidazione giudiziale che verso gli strumenti di regolazione della crisi caratterizzati dalla continuità.

⁶¹ In generale per l’attività di vigilanza del collegio sindacale in situazione di crisi d’impresa la Sezione 11 (*Attività del collegio sindacale nella crisi d’impresa*) delle *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, individua i *Principi* e i *Criteri applicativi* relativi e ai doveri/poteri del collegio sindacale nelle diverse “fasi” dell’attività di vigilanza. Si tratta di *Norme* che, pur non considerando le peculiarità delle società a controllo pubblico, sono senza dubbio rilevanti e importanti per individuare i doveri di comportamento dell’organo di controllo.

10. La responsabilità

Anche nelle società a controllo pubblico i sindaci rispondono secondo quanto stabilito dall'art. 2407 c.c.

La contestualizzazione di tale disciplina alle società a controllo pubblico pone la necessità di tenere conto della peculiarità della stessa e dei limiti ad alcune scelte di carattere gestorio "imposte" agli amministratori.

Ciò però non dovrà partire dal presupposto che tutte le scelte degli amministratori per "assecondare" le decisioni del socio pubblico siano necessariamente corrette (*rectius*: di corretta amministrazione) in quanto derivanti da una "fonte pubblicistica" supportata, eventualmente, da un'interpretazione anch'essa pubblicistica, cioè che non tenga in debita considerazione gli aspetti societari e di mercato.

Un'interpretazione non corretta o, anche solo, molto "discutibile" dovrebbe in ogni caso determinare una reazione del collegio sindacale per evitare che allo stesso sia imputata una responsabilità per non avere impedito una scelta (*rectius*: un fatto o un'omissione) degli amministratori che ha causato un danno.

A tal proposito il collegio sindacale sarà responsabile quando non abbia reagito rispetto all'eccessivo controllo analogo, dal quale è dipeso il danno, posto in essere dai soci, senza alcuna reazione "critica" degli amministratori.

Una responsabilità del collegio sindacale potrà essere configurata anche in presenza di un controllo analogo non integrato, dal quale sia derivato il venire meno dell'affidamento e il conseguente danno, sul quale gli amministratori non hanno reagito.

In questa sede non è possibile richiamare le diverse ipotesi nelle quali sarebbe necessaria una doverosa reazione del collegio sindacale.

In linea generale, quindi, si può ritenere che la responsabilità dei sindaci sia configurabile nel non avere impedito il fatto o l'omissione degli amministratori riconducibile ad una scelta non ragionevole in merito al (presunto) rispetto di un vincolo "pubblicistico" dal quale sia derivato il danno.

Si tratta di una responsabilità peculiare, derivante dalla natura dell'attività (*rectius*: dalla natura dei soci di controllo), che si aggiungerà all'ordinaria responsabilità derivante dall'attività di vigilanza.