

**Dichiarazione del socio
anche in caso di “maggioranza” relativa?¹**

1. Si registra una prima posizione del Consiglio di Stato in relazione alla questione interpretativa creatasi intorno all'articolo 38, comma 1, lettere b) e c) del Codice.

Trattasi della problematica concernente l'esatta individuazione dei soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni previste nella menzionata norma.

Vale la pena rammentare che, con il decreto legge 13 maggio 2011 n. 70 - convertito con modifiche in legge 12 luglio 2011 n. 106 -, il legislatore ha novellato l'art. 38, comma 1, lett. b), del Codice, ampliando l'elenco dei soggetti interessati dalla disposizione in esame includendovi - oltre al titolare o direttore tecnico per le imprese individuali; soci o direttore tecnico per le società in nome collettivo; soci accomandatari o direttore tecnico per le società in accomandita semplice; amministratori con poteri di rappresentanza o direttore tecnico per le altre società - anche *“il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società”*.

L'Autorità, con la determinazione n. 1 del 16 maggio 2012, ha reso alcuni chiarimenti in relazione a siffatta novella.

L'Autorità, in particolare, ha sollevato il dubbio in merito all'interpretazione da attribuire alla locuzione “persona fisica”, nonché al significato dell'espressione “socio di maggioranza”.

In riferimento al primo profilo, l'Autorità ha ritenuto che l'accertamento dell'obbligo dichiarativo di cui occupa va circoscritto esclusivamente al socio persona fisica anche nell'ipotesi di società con meno di quattro

¹ In corso di pubblicazione su Appalti e Contratti.

soci; ciò in coerenza con la *ratio* sottesa alle scelte del legislatore. Diversamente argomentando - rileva l'Autorità - risulterebbe del tutto illogico limitare l'accertamento *de quo* alla sola persona fisica nel caso di socio unico ed estendere, invece, l'accertamento alle persone giuridiche nel caso di società con due o tre soci, ove il potere del socio di maggioranza, nella compagine sociale, è sicuramente minore rispetto a quello detenuto dal socio unico.

In riferimento al secondo profilo, l'Autorità ha affermato che la locuzione "socio di maggioranza" va interpretata nel senso di effettuare i controlli di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) nei confronti del soggetto che detiene il controllo della società (*"controllo di cui si dispone anche potendo contare solo sulla maggioranza relativa"*).

Tale posizione è stata ritenuta dall'Autorità conforme alla *ratio* della norma, che ha come obiettivo quello di sottoporre ad una verifica più incisiva, estesa ai soci, esclusivamente quelle società in cui, per via della ridotta composizione azionaria, i singoli soci potrebbero assumere un'influenza dominante.

Nella determinazione in parola, la stessa Autorità, nel richiamare una propria precedente posizione² precisa altresì che, nel caso di società con due soli soci, i quali siano in possesso, ciascuno, del 50% della partecipazione azionaria, le dichiarazioni in parola vanno rese da entrambi i suddetti soci.

Dunque, in soldoni, la posizione dell'Autorità può essere così riassunta:

- il socio cui fa riferimento l'articolo 38, comma 1, lett. b) e c), del Codice è esclusivamente il socio "persona fisica";
- le dichiarazioni vanno rese sia in caso di maggioranza assoluta che relativa, atteso che può disporsi del controllo della società "*anche potendo contare solo sulla maggioranza relativa*";

² Parere del 4 aprile 2012, n. 58.

- in caso di due soci in possesso, ciascuno, del 50% della partecipazione societaria, le dichiarazioni devono essere rese da entrambi i suddetti soci.

2. Sull'ultima questione è intervenuto di recente anche il Consiglio di Stato (sez. V 30 agosto 2012 n. 46549), il quale ha rilevato che il socio titolare del 50% del capitale è certamente in grado di far valere la propria posizione nella direzione dell'impresa societaria, in particolare in quella a responsabilità limitata, come si ricava da una lettura delle disposizioni del codice civile. Più nel dettaglio, si appalesa decisivo il disposto di cui all'articolo 2479-bis, comma 3, il quale fissa i *quorum* costitutivi e deliberativi dell'assemblea, che non sono mai superiori alla "*metà del capitale sociale*".

Ne consegue – a giudizio del Consiglio di Stato - che il titolare di siffatta porzione del capitale sociale è in grado di assumere tutte le decisioni necessarie al funzionamento della società, *“risultandone quindi smentito l'assunto, pur pregevolmente argomentato, su cui si impernia il contrario avviso del Giudice di primo grado, e cioè che il possesso del 50% del capitale conferisce al relativo titolare meri poteri di condizionamento negativo in ordine alle scelte di gestione della società”*.

La titolarità dei poteri di gestione attiva, che deve invece annettersi alla titolarità di una tale porzione di capitale, è evidentemente tale da indurre a ritenere che ad essa si attagli la disposizione del codice dei contratti pubblici di cui occupa, poiché è proprio in funzione della sostanziale direzione dell'impresa societaria che può spiegarsi l'estensione dei doveri dichiarativi in ordine ai requisiti di affidabilità morale nei pubblici appalti al soggetto formalmente privo di cariche amministrative.

La posizione del Consiglio di Stato appare chiara – e condivisibile - ma non chiarisce l'aspetto rimasto ancora “oscuro” nella norma, ossia se il termine maggioranza deve intendersi in senso assoluto o relativo.

Sul punto, la sentenza di primo grado³ - riformata e dunque superata dalla pronuncia del Consiglio di Stato - era piuttosto netta nell'abbracciare la tesi della "maggioranza assoluta", evidenziando che in favore di quest'ultima militano due considerazioni, l'una di ordine letterale, l'altra logico-funzionale.

Osserva, in particolare, il giudice di prime cure che *"l'espressione <<socio di maggioranza>> esprime un valore assoluto, come tale escludente ogni altra possibile relazione proporzionale nella distribuzione del capitale sociale"*; va esclusa, quindi, *"ogni diversa accezione della norma che si allontani da tale specifica voluntas legis (...) d'altronde, non deve all'interprete sfuggire che si tratta pur sempre di norma di stretta interpretazione, sia per l'efficacia potenzialmente inibitoria della partecipazione alle gare che reca, sia per la forte connotazione sanzionatoria che assume alla luce della tipizzazione delle cause di esclusione introdotta dalla novella del d.l. 13 maggio 2011 n. 70; del resto, se il legislatore avesse inteso relativizzare la posizione di maggioranza, nel senso di riferirsi non già alle persone fisiche proprietarie, ma al valore economico del capitale sociale anche in forma aggregata, non solo avrebbe espressamente disciplinato il caso in cui a detenerne una parte fosse una persona giuridica, ma avrebbe dovuto anche fissare una soglia di valore per la determinazione della maggioranza del capitale"*. In assenza di tali previsioni, conclude la sentenza, *"alla norma non può che attribuirsi il significato letterale che le è proprio, ossia che "socio di maggioranza" è colui che da solo è proprietario, in forma diretta, del 50% + 1 del capitale"*⁴

³ TAR Campania, Salerno, sez. I 5 luglio 2012 n. 1356.

⁴ La questione era stata affrontata nei medesimi termini anche dal TAR Campania, Napoli, 4 aprile 2012 n. 1624. In quest'ultima pronuncia è altresì rilevato che *"l'altro elemento interpretativo, di matrice logico-funzionale, sottende l'intendimento del legislatore di assimilare il ruolo del socio di maggioranza in società con meno di quattro soci all'amministratore che sia anche legale rappresentante; al riguardo, ...il socio di maggioranza in simili assetti proprietari è in grado di assumere una posizione di prevalenza tale da riconoscergli una sostanziale capacità di gestione della società; ed il limite del numero inferiore a quattro soci trova giustificazione nell'assimilazione organizzativa e gestionale di tali assetti di società di capitali alle società di persone, in cui la tradizionale rilevanza dell'elemento personale*

Ciò nonostante, la questione sembrerebbe essere stata risolta in senso inverso – seppur solo in via indiretta - dalla pronuncia del Consiglio di Stato.

Infatti, laddove i giudici di Palazzo Spada ritengono che anche in caso di possesso del 50% del capitale sociale – che da un punto di vista matematico non costituisce maggioranza assoluta – scattano gli obblighi dichiarativi di cui all'articolo 38, comma 1, lett. b) del Codice, è evidente che si sta sposando la tesi della “maggioranza relativa”.

Peraltro, nella motivazione della sentenza c'è un passaggio che sembrerebbe confermare tale conclusione, laddove è evidenziato che non assume rilievo alcuno la circostanza che l'articolo 38 utilizzi il termine “socio” al singolare, potendosi spiegare tale circostanza *“in funzione della portata dell'obbligo dichiarativo, che fa evidentemente capo al singolo esponente societario, non senza trascurare che la formulazione della norma non reca la specificazione che deve trattarsi di maggioranza assoluta”*.

In buona sostanza, la sentenza, nell'affermare che nell'articolo 38 non è specificato che deve trattarsi di maggioranza assoluta, indirettamente conferma che detta disposizione opera un riferimento alla maggioranza relativa.

Del resto delle due l'una

Ora, in considerazione della posizione espressa dall'Autorità e della – invero timida – conferma pervenuta dal Consiglio di Stato, la questione sembrerebbe essere, almeno per il momento, risolta.

Restano comunque alcune perplessità di fondo.

istituzionalmente fa coincidere il ruolo di amministratore con quello dei soci patrimonialmente responsabili; per converso, quanto più è distribuito il capitale sociale tra un maggior numero di persone, presuntivamente, minore saranno l'incidenza e la capacità di orientamento sulle scelte gestionali da parte del socio di maggioranza; può, quindi, conclusivamente ritenersi che, nella fattispecie, il legislatore abbia voluto riconoscere specifica rilevanza alla figura del socio di maggioranza, assumendone presuntivamente il ruolo di amministratore di fatto qualificato dalla sua posizione di unico maggiore proprietario del capitale sociale”.

3. In particolare, non è dato rivenire lo scopo di imporre ad un soggetto che non detiene la maggioranza assoluta del capitale (in ipotesi il 34% in una società formata da tre soci dove gli altri due detengono ciascuno il 33%) il rilascio delle dichiarazioni di che trattasi.

E', infatti, evidente che detto socio potrebbe non avere alcun ruolo nell'assunzione delle decisioni afferenti la vita della società, che, viceversa, potrebbero essere assunte autonomamente dagli altri soci in possesso, seppur cumulativamente, dalla maggioranza assoluta del capitale e che, in virtù della disposizione di legge, sono esentati dall'obbligo dichiarativo in questione.

In tal senso, non appare convincente la posizione dell'Autorità, secondo la quale interpretare la disposizione in analisi nel senso di porre l'obbligo dichiarativo a carico del socio di "maggioranza relativa" sarebbe conforme alla *ratio* della norma, atteso che detto socio potrebbe assumere "un'influenza dominante".

L'influenza dominante sarebbe difatti meramente ipotetica, considerato che la maggioranza del capitale è detenuta dagli altri soci.

Trattasi, dunque, di una dichiarazione sostanzialmente priva di utilità, che potrebbe generare estromissioni di concorrenti da una gara prive di effettivo scopo, anche sulla scia del principio, dettato dal "decreto sviluppo", di evitare esclusioni basate su irrilevanti formalismi.

E' pur vero che, optando per l'altra ipotesi interpretativa – in base alla quale, giova ripetere, il termine "maggioranza" andrebbe letto nel senso di maggioranza assoluta –, la previsione del Codice verrebbe a perdere di logicità e coerenza. Ciò in quanto, non si comprenderebbe il motivo per il quale, nelle società con più di tre soci, a differenza delle altre, il possesso della maggioranza assoluta – e dunque del potere di influenzare la volontà societaria – non determinerebbe alcun obbligo dichiarativo delle situazioni di cui all'articolo 38 comma 1 lett. b) e c).

In buona sostanza, si verrebbe a creare un'ingiustificata situazione di disparità di trattamento tra società a seconda se esse abbiano o meno

un numero ridotto di soci. In particolare, per le società con meno di quattro soci, costituirebbe causa di esclusione l'eventuale sussistenza di una situazione di cui alle predette lettere b) e c) dell'articolo 38, comma 1, a carico del socio di maggioranza assoluta che, viceversa, non rileverebbe per le società con capitale suddiviso tra un numero di soci superiore a tre.

Disparità di trattamento che invero permarrebbe anche nel caso di interpretazione del termine maggioranza in senso relativo, ma che potrebbe risultare maggiormente giustificata proprio dalla circostanza che più sale il numero dei soci, maggiore diventa la probabilità che una maggioranza relativa possa assumere, in termini di influenza della vita societaria, connotati meno significativi.

In siffatto contesto, è opinione di chi scrive che non sarebbe disprezzabile un intervento chiarificatore del legislatore – approfittando del momento particolarmente prolifico della sua attività - che ponesse fine ad ogni dubbio interpretativo, creando un clima di certezza per gli operatori del settore.