

# *Il diritto dell'economia*

rivista quadrimestrale  
di dottrina, giurisprudenza e documentazione

in collegamento con la  
**Unione Italiana Camere di Commercio**  
e con la  
**Associazione Bancaria Italiana**

*Promossa da*

**Università di Bologna**  
Facoltà di Economia e Commercio;  
Giurisprudenza

**Università Cattolica di Milano**  
Facoltà di Giurisprudenza; Economia;  
Scienze Bancarie, Finanziarie e Assicurative

**Università Commerciale  
Luigi Bocconi di Milano**

**Università di Modena e Reggio Emilia**  
Facoltà di Economia; Giurisprudenza

**Università di Camerino**  
Facoltà di Giurisprudenza

**Università di Parma**  
Facoltà di Giurisprudenza

**Università Statale di Milano**  
Facoltà di Giurisprudenza

**Università di Venezia**  
Facoltà di Economia e Commercio

**vol. 25, n. 78 (2-2012)**



Mucchi Editore

---

## *Approfondimenti*

---

### L'assetto delle società pubbliche

*a cura di:*

S. CIMINI, Professore Associato di diritto amministrativo chiamato dalla Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Teramo ([scimini@unite.it](mailto:scimini@unite.it))

L. DE GREGORIIS, Assegnista di Ricerca in Diritto Amministrativo presso la Facoltà Di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Teramo ([ldegregoriis@unite.it](mailto:ldegregoriis@unite.it))

M. DE NADAI, Dottorando di ricerca in Diritto commerciale presso l'Università L. Bocconi, Avvocato in Milano ([marco.denadai@yahoo.it](mailto:marco.denadai@yahoo.it))

A. GIUFFRIDA, Dottore di ricerca in Autonomie locali, Servizi pubblici e Diritti di cittadinanza, Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Torino ([avv.a-giuffrida@libero.it](mailto:avv.a-giuffrida@libero.it))

G. GRÜNER, Ricercatore di ruolo Diritto amministrativo, Università degli Studi Tor Vergata di Roma ([giuliano.gruner@unitoma2.it](mailto:giuliano.gruner@unitoma2.it))

G. LA ROSA, Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo, Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo, Università degli Studi Milano-Bicocca ([Giuseppe.larosa@unimib.it](mailto:Giuseppe.larosa@unimib.it))

D. SICLARI, Consigliere parlamentare, Professore a contratto di *Advanced Law for Economics* nell'Università Sapienza di Roma ([siclari\\_d@camera.it](mailto:siclari_d@camera.it))

D. SICLARI, Ricercatore t.d. di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università per stranieri "Dante Alighieri" di Reggio Calabria ([domenico.siclari@unistrada.it](mailto:domenico.siclari@unistrada.it))

## *Sommario*

GIULIANO GRÜNER, I. Compiti e ruolo del socio pubblico: direzione (società miste) e dominio (società in house).....	3
DOMENICO SICLARI, II. Il guazzabuglio normativo in tema di costituzione e mantenimento delle società pubbliche .....	12
MARCO DE NADAI, III. Poteri speciali, modelli di governance, e tutela del socio “privato” nelle società a partecipazione pubblica .....	24
SALVATORE CIMINI, IV. La responsabilità da reato delle società pubbliche .....	37
LORENZO DE GREGORIIS, V. <i>Corporate Governance</i> e obbligo di adozione di assetti adeguati .....	47
DOMENICO SICLARI, VI. La responsabilità sociale di impresa e le società pubbliche.....	55
GIUSEPPE LA ROSA, VII. La responsabilità degli amministratori delle società pubbliche: tra regime privatistico e regime pubblicistico-contabile.....	64
ARMANDO GIUFFRIDA, VIII. Indirizzo politico e nomina degli amministratori, dei sindaci e delle altre cariche sociali delle società partecipate dallo Stato e da enti pubblici .....	76

## I. Compiti e ruolo del socio pubblico: direzione (società miste) e dominio (società *in house*)

Giuliano Grüner

Al di fuori del peculiare fenomeno delle società derivate dalla trasformazione di enti pubblici economici nazionali [RENNA, 1997], e dell'ancor più peculiare fenomeno delle società così dette "legali" [IBBA, 1992; PIZZA, 2007; GRÜNER, 2009], la disciplina generale delle società con partecipazione pubblica è rinvenibile nell'art. 2449 c.c. e nelle disposizioni sulle società private dettate dal medesimo c.c. [GOISIS, 2006].

A questa disciplina generale occorre, peraltro, aggiungere una assai nutrita serie di altre disposizioni particolari, spesso contenute in leggi di finanza pubblica o in decreti legge [cfr., da ultimo, l'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95], che mirano a contenere, ed in qualche modo a "moralizzare", il fenomeno delle "società pubbliche": si tratta, tuttavia, di discipline che non riguardano specificamente aspetti concernenti i compiti ed il ruolo del socio pubblico, e che quindi, in questa sede, non interessano [sul punto si rinvia, dunque, oltre alla dottrina già citata, a CLARICH, 2009].

L'art. 2449 c.c., nella sua attuale versione (risultante dalle modifiche ad esso apportate dall'art. 13, co. 1, della l. 25 febbraio 2008, n. 34, nell'intento di ovviare a diverse procedure di infrazione aperte dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia [cfr. PATTI, 2011]), si limita a prevedere, per quanto qui interessa, che, se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero di componenti del consiglio di sorveglianza, che sia proporzionale alla partecipazione al capitale sociale: questi soggetti possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati, ma, per ogni altro aspetto, essi hanno gli stessi diritti e i medesimi obblighi degli altri membri nominati dall'assemblea.

Comunque, a parte le discipline speciali appena richiamate, il complessivo regime giuridico delle società con partecipazione pubblica, per ciò che precipuamente attiene al profilo organizzativo, è, come si diceva poc'anzi, lo stesso previsto dal c.c. per le comuni società private: da ciò deriva la conseguenza per cui, in linea generale, i compiti ed il ruolo del socio pubblico all'interno della società, seppure devono essere ispirati ed orientati da motivi connessi alla cura in concreto dell'interesse pubblico, possono però estrinsecarsi, dal punto di vista stretta-

mente giuridico, solo attraverso l'esercizio di quegli stessi poteri (privatistici) che il c.c. riconosce al socio privato [GALGANO, 1972; molto più di recente, nello stesso senso, Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2011, n. 28329].

Ma questa stessa circostanza, seppure dovrebbe consentire all'Amministrazione, proprio nel momento in cui assume la qualità di socio, di perseguire in maniera più efficace e più efficiente l'interesse pubblico [vedi, al riguardo, ROSSI, 1977], rappresenta, al contempo, il problema di fondo sia delle società miste sia delle società *in house*.

Per quanto riguarda le società miste [sulle quali cfr., per tutti, GUERRERA, 2011], la loro disciplina di riferimento era, come è noto, contenuta nell'art. 4, co. 12, del d.l. 13 agosto 2011, n. 1380 (e successive modificazioni e integrazioni), il quale, in materia di affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica, ammetteva che gli enti locali potessero svolgere procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto, al tempo stesso, sia la qualità di socio, al quale doveva essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento del capitale sociale, sia l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, purché il bando di gara o la lettera di invito assicurassero che: a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalessero di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; b) il socio privato selezionato svolgesse gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso (e che, ove ciò non si verificasse, si procedesse a un nuovo affidamento); c) fossero previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

Questa disciplina, salvo che per la previsione della partecipazione minima del soggetto privato non inferiore al 40 per cento del capitale sociale, aveva sostanzialmente recepito le indicazioni provenienti, in *subjecta materia*, sia dalla giurisprudenza nazionale, in particolare da Cons. St., Sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456, sia – soprattutto – dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, con sentenza della Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/2008, *Acoset*, ha chiarito che gli art. 43, 49 e 86 TCE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico in favore di una società a capitale misto pubblico-privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, purché il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, e a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni (e purché la società affidataria preservi il medesimo oggetto sociale per l'intera durata della concessione, posto che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara).

La Corte costituzionale, peraltro, con sentenza 17 luglio 2012, n. 199, ha dichiarato incostituzionale, per contrasto con l'art. 75 Cost., e nella sua interezza, il menzionato art. 4 del d.l. n. 138/2011, in quanto riproduttivo della disciplina già abrogata dal *referendum* popolare tenutosi in data 12 e 13 giugno 2011: da ciò consegue, per quanto interessa in questa sede, che, allo stato attuale, mancando nel nostro ordinamento una disciplina positiva delle società miste, alle stesse si applicheranno solamente, oltre alle disposizioni del c.c., i principi del diritto dell'Unione europea rilevanti in materia [cfr., in termini, Corte cost., 16 febbraio 2012, n. 24], cioè, nella sostanza, quegli stessi principi affermati dalla richiamata sentenza *Acoset*.

La *ratio* di questi ultimi è molto chiara e a tutti nota.

La società mista, che rappresenta una delle principali fattispecie di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato [SCOTTI, 2005], dovrebbe consentire all'ente pubblico di svolgere non un mero controllo *ab externo* sul soggetto privato affidatario con gara del servizio pubblico, ma un più penetrante controllo *ab interno*, proprio in qualità di socio, così come, del resto, aveva già rilevato il menzionato parere del Consiglio di Stato: «*La peculiarità rispetto alle ordinarie procedure di affidamento sembra allora rinvenirsi, in questo caso, non tanto nell'assenza di una procedura di evidenza pubblica (che, come si è detto, esiste e opera uno specifico riferimento all'attività da svolgere) quanto nel tipo di controllo dell'amministrazione appaltante sul privato esecutore: non più l'ordinario "controllo esterno" dell'amministrazione, secondo i canoni usuali della vigilanza del committente, ma un più pregnante "controllo interno" del socio pubblico, laddove esso si giustifichi in ragione di particolari esigenze di interesse pubblico (che nell'ordinamento italiano sono comunque individuate dalla legge)*».

Secondo questo modello, dunque, mentre al socio privato dovrebbero essere assegnati compiti operativi connessi alla gestione del servizio (deve trattarsi, cioè, di socio "industriale", che apporta nella società il proprio *know how*, e non di socio soltanto "finanziario"), al socio pubblico, in questa sua precipua qualità, dovrebbe essere rimesso il compito di direzione della società medesima, in modo da indirizzarne la complessiva attività non soltanto alla produzione di lucro, ma anche – se non soprattutto – alla migliore gestione ed erogazione del servizio a favore degli utenti.

Tuttavia, proprio questa alterità di ruoli e di compiti tra socio pubblico e socio privato rappresenta, come è noto, il problema di fondo delle società miste.

Seppure, infatti, non sembra sussistere, quantomeno in astratto, una necessaria incompatibilità tra perseguimento di uno scopo lucrativo e funzione di cura in concreto dell'interesse pubblico [e ciò viene ormai espressamente riconosciuto anche dalla giurisprudenza: cfr., ad esempio, proprio in tema di società pubbliche, Cons. St., Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574], è però evidente che, avendo pur sempre la società un oggetto sociale *double face*, relativo sia alla migliore ge-

stione del servizio pubblico sia alla produzione del lucro, può porsi, come in effetti si pone, nel concreto svolgimento del rapporto sociale, il rischio di un endemico e continuo “conflitto di interessi” tra i soci.

Il socio pubblico, infatti, è naturalmente – se non “istituzionalmente” – indotto a massimizzare il “suo” interesse non lucrativo, cioè l’interesse pubblico alla migliore gestione del servizio in favore degli utenti, mentre il socio privato, dal canto suo, è naturalmente indotto, in maniera non solo del tutto comprensibile ma anche pienamente lecita, a massimizzare lo scopo prettamente lucrativo che si è soggettivamente proposto (e che, del resto, pur sempre corrisponde alla previsione dell’art. 2247 c.c.) [GOISIS, 2004].

Ma, ciò che più preme rilevare, è che questo stesso “conflitto di interessi”, almeno nella normalità dei casi (cioè, almeno nei casi in cui la partecipazione pubblica non sia del tutto dominante rispetto a quella privata, o viceversa), difficilmente può rinvenire una soluzione sicura nell’ambito del diritto societario, proprio perché, come si è rilevato sopra, entrambi i soci, pur assumendo, in punto di fatto, un ruolo ben diverso – se non in qualche modo antitetico – all’interno della compagine societaria, si collocano, però, dal punto di vista strettamente giuridico, in una posizione di perfetta equiordinazione quanto a competenze e poteri esercitabili.

In particolare, il diritto societario non prevede alcuno strumento mediante il quale il socio pubblico possa assumere, solo perché “pubblico”, una preminenza rispetto al socio privato, neanche nelle ipotesi in cui dovessero trovare applicazione le soprarichiamate disposizioni dell’attuale art. 2449 c.c. (anzi, come è noto, un altro filone giurisprudenziale della stessa Corte di giustizia ha in più occasioni chiarito [cfr., per tutte, 23 ottobre 2007, C-112/05 e 6 dicembre 2007, C-463/04 e 464/04] che, in tema di società aperte alla partecipazione del capitale privato, laddove non ricorrano le eccezionali evenienze, da interpretare assai restrittivamente, previste dall’art. 106, par. II, TFUE, qualsivoglia privilegio del socio pubblico all’interno della compagine societaria, concessogli in ragione dell’interesse da questo perseguito, si pone in contrasto con i principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali).

In sostanza, e anche se potrà apparire strano, proprio con riferimento alla società mista incaricata della gestione di servizi pubblici, rimane sempre vera ed attuale la risalente ed autorevole osservazione per cui tale formula rischia di essere una formula «insincera»: *«Il senso del diritto privato si ritrova appunto nel considerare quale ottimo equilibrio economico quello derivante dall’iniziativa privata ispirata (come necessariamente deve essere) al criterio del massimo utile aziendale, mentre la gestione pubblica trova la sua premessa proprio nella negazione di detta premessa e si può svolgere coerentemente solo nell’ambito nel quale viene negata detta premessa. La gestione pubblica può naturalmente utilizzare istituti elaborati nel diritto privato (ed*

è quanto ormai avviene su larga scala), così come a sua volta il diritto privato ha utilizzato istituti originariamente utilizzati dal diritto pubblico (ed è quanto ha avuto storicamente luogo con la stessa società per azioni). Un istituto giuridico può invero, nel suo tecnicismo, essere adattato anche per finalità diverse da quelle in relazione alle quali si è sviluppato storicamente e sotto questo aspetto la società per azioni può costituire strumento per una gestione pubblica in quanto però non vi partecipino privati. Quello che non credo coerente è l'adozione simultanea nello stesso caso concreto di uno stesso istituto per finalità diverse» [ASCARELLI, 1959].

Probabilmente, il solo strumento offerto dal diritto societario che, seppure ideato per altri fini (cioè per fini di carattere comunque privatistico-patrimoniali), può essere utilmente impiegato dal socio pubblico per ovviare alle rilevate criticità, è rappresentato dai patti parasociali [del resto la stessa Commissione europea, nella «Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati – PPPI –» 2008/C 91/02, ha rilevato, tra l'altro, che l'Amministrazione deve indicare «nel bando di gara o nel capitolato d'onere informazioni di base sull'appalto pubblico o sulla concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto che dovrà essere costituita, sullo statuto di tale entità, sul patto tra gli azionisti e su tutti gli altri elementi che regolano, da un lato, il rapporto contrattuale tra l'amministrazione aggiudicatrice e il partner privato e, dall'altro, il rapporto tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'entità a capitale misto da costituire»].

Il riferimento, si badi, è non solo e non tanto ai patti disciplinati dall'art. 2341-bis, co. 1, c.c. (che hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano, o che pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano, ovvero che hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società), quanto, piuttosto, a quelli previsti dal co. 3 del medesimo articolo, cioè ai patti (atipici) strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione o nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo, ai quali ultimi, come è noto, si applica (soltanto) la disciplina codicistica sulle obbligazioni e sui contratti in generale.

Solo attraverso un accorto utilizzo di questo strumento, infatti, il socio pubblico e il socio privato potranno consensualmente modellare la complessiva *governance* societaria in modo tale che, da un lato, siano ben chiari e formalizzati i diversi ruoli e i diversi compiti che a ciascuno di essi spettano, e, dall'altro, venga composto *ex ante* il potenziale conflitto di interessi di cui si è detto sopra [LIBANORA, 2011].

Problematiche completamente diverse si pongono, invece, con riferimento alle società così dette *in house* [cfr. CASALINI, 2003; URSI, 2005; CASALINI e CAVALLO PERIN, 2006].



Occorre preliminarmente ricordare, al riguardo, che, secondo la ormai univoca giurisprudenza della Corte di Giustizia, tale modello, che consente l'affidamento diretto di appalti e di servizi pubblici, è praticabile soltanto se ricorrano, cumulativamente, il requisito così detto del “soggetto dedicato”, per cui la società deve svolgere la parte più importante della propria attività in favore dell'ente pubblico di riferimento, ed il requisito così detto del “controllo analogo”, per cui lo stesso ente pubblico di riferimento deve svolgere, nei confronti della società, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi [GUERRA, 2011].

Quanto a quest'ultimo requisito, la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia [cfr., per tutte, 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo*; 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*; 10 gennaio 2005, C26/03, *Stadt Halle*; 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*] ha chiarito che esso non può ritenersi soddisfatto se la società risulti partecipata, anche se solo per una quota infinitesimale del capitale sociale, da un soggetto privato (ovvero se, pur non essendo partecipata da un soggetto privato, sia prevista una sua eventuale privatizzazione), né – soprattutto, per quanto qui interessa – se, pur a fronte della partecipazione pubblica totalitaria (ed incredibile), sussista il riconoscimento, per via statutaria, di ampi poteri gestionali in capo all'organo di amministrazione della società, esercitabili autonomamente e senza necessità di una previa autorizzazione da parte dell'ente pubblico di riferimento.

In altri termini, il modello *in house*, i cui requisiti vanno comunque interpretati in maniera restrittiva, richiede l'assenza di una vera e propria alterità tra l'ente pubblico di riferimento e la società, di modo che quest'ultima si configuri, in buona sostanza, alla stregua di un mero organo del primo, con il quale intrattenga un rapporto di dipendenza gerarchica [cfr. Cons. St., Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; in dottrina cfr., ancora, IAIONE, 2007].

A fronte di ciò, il problema di fondo che pongono le società *in house*, per quanto specificamente attiene al ruolo e ai compiti del socio pubblico, risiede nella verifica della loro compatibilità con la disciplina positiva della società per azioni dettata dal codice civile (in particolare, a seguito della riforma del diritto societario del 2003).

Tale disciplina, infatti, si caratterizza, come è noto, per il riconoscimento di poteri gestionali assai ampi in capo agli organi di amministrazione della società, esercitabili in maniera del tutto indipendente rispetto all'assemblea dei soci: ciò avviene non solo nel “nuovo” sistema dualistico (cfr. gli artt. 2409-*octies* c.c.) e nel “nuovo” sistema monistico (cfr. gli artt. 2409-*sexiesdecies* c.c.), ma anche – e soprattutto – nel sistema tradizionale.

Anche in quest'ultimo sistema, infatti, a fronte delle competenze dell'assemblea ordinaria dei soci (che, a norma dell'art. 2364 c.c., sono tassative: approvazione del bilancio; nomina e revoca degli amministratori; nomina dei sindaci e

del presidente del collegio sindacale e, quando previsto, del soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti; determinazione del compenso degli amministratori e dei sindaci, se non è stabilito dallo statuto; deliberazione sulla responsabilità degli amministratori e dei sindaci; deliberazione sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti) e dell'assemblea straordinaria (che, a norma dell'art. 2365 c.c., co. 1, c.c., riguardano soltanto le deliberazioni sulle modificazioni dello statuto, sulla nomina, sulla sostituzione e sui poteri dei liquidatori e su ogni altra materia espressamente attribuita dalla legge alla sua competenza), è espressamente previsto, dall'art. 2380-bis, co. 1, c.c., che: «*La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*».

Come si comprende bene, quest'ultima previsione, nonché, a maggior ragione, le analoghe previsioni contenute nell'art. 2409-*nonies*, co. 1, c.c., con riferimento al consiglio di gestione nel sistema dualistico, e nell'art. 2409-*spetiesdecies*, co. 1, c.c., con riferimento al consiglio di amministrazione nel sistema monistico, risultano quantomeno “distoniche”, se non palesemente contrarie, rispetto allo stringente requisito del controllo analogo, secondo il quale, come si è visto, gli organi di amministrazione della società *in house*, tra l'altro, non devono essere titolari di ampi poteri di gestione esercitabili autonomamente e senza la preventiva autorizzazione dell'ente pubblico di riferimento.

Dunque, seppure nella pratica sono numerosissimi gli organismi *in house*, o presunti tali, che assumono la struttura di s.p.a., questa stessa struttura, in realtà, non si addice affatto a quelli che, proprio secondo il modello *in house*, dovrebbero essere i rapporti tra l'ente pubblico di riferimento, in qualità di socio, e gli organi di amministrazione della società: rapporti caratterizzati, come si è visto, da una vera e propria dipendenza gerarchica degli organi di amministrazione, e non dalla loro competenza esclusiva nella gestione dell'impresa.

La conseguenza dell'adozione del modello della s.p.a. è che, nella prassi, si è costretti a redigere statuti societari che, proprio per la necessità di rispettare il requisito del controllo analogo, finiscono quasi sempre per porsi in contrasto con le richiamate previsioni del c.c., e tutto ciò, nonostante sembrerebbe ammesso dalla giurisprudenza amministrativa [cfr., ad esempio, Cons. St., Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514], ingenera notevole confusione e notevoli difficoltà applicative.

Per ovviare a tali inconvenienti sembrerebbe, allora, preferibile optare per il modello della società a responsabilità limitata [URSI, 2004; URSI, 2006; URSO, 2006].

La disciplina che di essa offre il codice civile, infatti, è di gran lunga più flessibile e “modulabile” rispetto a quella della s.p.a., per quanto riguarda, in parti-

colare, l'ampia autonomia rimessa alle decisioni dei soci nella configurazione del complessivo sistema di governo della società: proprio per questo, essa dovrebbe consentire di realizzare assetti organizzativi conformi – o, comunque, maggiormente conformi – con il requisito del controllo analogo imposto nel modello *in house*.

Al riguardo, occorre rilevare che l'art. 2463, co. 2, n. 7, c.c., rimette integralmente all'atto costitutivo della s.r.l. la determinazione di tutte le norme relative al complessivo funzionamento della società, comprese quelle concernenti l'amministrazione e la rappresentanza.

L'art. 2475, co. 1, c.c., inoltre, consente che l'amministrazione della società sia affidata a uno o più soci (in questo caso è costituito un consiglio di amministrazione), nominati con decisione degli stessi soci presa ai sensi dell'articolo 2479.

Il co. 1, di quest'ultimo articolo, infine, consente che l'atto costitutivo della società rimetta alla competenza esclusiva dei soci qualsivoglia decisione concernente la gestione della società medesima.

Come si vede, questa disciplina, rispetto a quella della s.p.a., senza dubbio agevola l'ente pubblico di riferimento nella costituzione di organismi *in house* con il rispetto di tutti i requisiti imposti al riguardo dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Risulta, infatti, possibile, per via statutaria, rimettere l'assunzione anche di tutte le decisioni prettamente gestionali alla competenza esclusiva del socio pubblico totalitario, ed investire, invece, gli amministratori, che ben possono essere – anch'essi – già legati da un rapporto di immedesimazione organica con lo stesso ente pubblico di riferimento (ad esempio, in qualità di dirigenti o funzionari del medesimo), della mera esecuzione di tali decisioni.

Tuttavia, anche con riferimento alla s.r.l., rimane ancora teoricamente insoluto il problema di come possa conciliarsi, dal punto di vista giuridico, l'autonomia personalità giuridica della società, che, come è noto, rappresenta la caratteristica tipica e fondamentale di ogni società di capitali, con il rapporto di immedesimazione organica e di dipendenza gerarchica che deve caratterizzare, invece, il modello *in house*, e che rappresenta, a ben vedere, la negazione stessa della personalità giuridica.

Viene da chiedersi, allora, se non sarebbe più semplice dal punto di vista pratico, e più soddisfacente dal punto di vista teorico, tornare all'antico modello dell'azienda-organo.

*Bibliografia*

- ASCARELLI, *Tipologia delle società per azioni e disciplina applicabile*, in *Riv. Soc.*, 1959, 1013 ss.;
- GALGANO, *La società per azioni in mano pubblica*, in *Pol. Dir.*, 1972, 681 ss.;
- ROSSI, *Profili giuridici della società a partecipazione pubblica*, Milano, 1977;
- RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici e di aziende autonome statali*, Torino, 1997;
- IBBA, *Le società «legali»*, Torino, 1992;
- CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003;
- URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, 747 ss.;
- SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste*, in *house providing e partenariato pubblico-privato*, in *Dir. Amm.*, 2005, 915 ss.;
- URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 2005, 179 ss.;
- CASALINI - CAVALLO PERIN, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, 51 ss.;
- GOISIS, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006;
- URSI, *La Corte di Giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società «in house»*, in *Foto It.*, 2006, IV, 79 ss.;
- URSO, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urb. App.*, 2006, 1427 ss.;
- IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di autorganizzazione e auto-produzione negli enti locali*, Napoli, 2007;
- PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007;
- CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 2009, pp. 253 ss.;
- GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a. Contributo allo studio delle società «legali» in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009;
- GUERRA, *Il controllo analogo*, in *Giur. Comm.*, 2011, 774 ss.;
- GUERRERA, *Lo statuto della nuova società «a partecipazione mista» pubblico-privata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, 511 ss.;
- LIBANORA, *Le società miste pubblico-privato e le operazioni di project financing*, Milano, 2011;
- PATTI, *I diritti speciali dello Stato tra libera circolazione dei capitali, golden shares e regole di diritto societario*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2011, 525 ss.

## II. Il guazzabuglio normativo in tema di costituzione e mantenimento delle società pubbliche

Domenico Siclari\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2.1 La disciplina in tema di società pubbliche: dal codice civile alle disposizioni speciali. – 2.2 (*Segue*) L'icastica questione della capacità di diritto privato degli enti pubblici. – 3. Prime considerazioni conclusive e prospettive *de iure condendo*.

### 1. Premessa.

Il ricorso al modello societario nel novero del diritto amministrativo, nodo gordiano del presente lavoro, non costituisce un'acquisizione recente per il nostro ordinamento. A tal proposito, nel prosieguo della trattazione si tenterà di ripercorrere i principali passaggi normativi – con la relativa evoluzione giurisprudenziale – in tema di capacità degli enti pubblici di ricorrere al modello societario e, in relazione a ciò, di ravvisare la dimensione contenutistica della capacità di diritto privato degli stessi.

Il legislatore postunitario infatti, con modalità e dinanzi ad esigenze – certamente – non assimilabili a quelle attuali, aveva dal canto suo trasposto siffatto schema nel quadro delle soggettività di tipo pubblicistico [Sul tema della evoluzione del ricorso al modello societario si vedano, *ex multis*, IBBA, 1992; RENNA, 1997; GOISIS, 2004; URSI, 2004; NAPOLITANO, 2006; PIZZA, 2007; CLARICH, 2009]. Un'esemplificazione in tal senso può rinvenirsi con l'istituzione della Banca d'Italia come società di diritto speciale, avvenuta con legge, 10 agosto 1893, n. 449.

In Italia, in risposta al “capitalismo finanziario” delle banche ed alla crisi recessiva del 1929, con un *trend* assai più rilevante rispetto agli altri contesti che avevano conosciuto le cc.dd. municipalizzazioni, si favorì la facoltà per le amministrazioni di essere titolari di quote o di azioni in società di capitali. Un'attenzione tale che porterà nel 1933 alla creazione dell'Istituto per la ricostruzione industriale (IRI) e nel 1956 del Ministero delle partecipazioni statali introdotto

---

\* Ricercatore t.d. in Istituzioni di Diritto Pubblico, Università per stranieri “Dante Alighieri” di Reggio Calabria.

con l. 1589/1956 [cfr. GIANNINI, 1992]. Nel medesimo lasso temporale, vennero costituiti tutta una serie di enti pubblici-*holding*, tra i quali si annoverano ENI, EFIM ecc.

A questo primo momento di contaminazione ne fece seguito un secondo, di più recente diffusione ed i cui effetti sono ancora *in fieri*: così il processo di privatizzazione e la congiuntura di ragioni giuseconomiche, sottese agli obiettivi delle nuove politiche industriali e sociali, hanno negli ultimi decenni ravvivato l'interesse verso la positivizzazione e la consequenziale diffusione degli schemi del diritto comune anche sul versante organizzativo [cfr. CIVITARESE MATTEUCCI, 2011].

Si tratta in particolare del momento storico in cui, nel dare seguito alla privatizzazione, il legislatore ha optato per la trasformazione degli enti pubblici economici in società. Un'affermazione che trova riscontro nell'apertura legislativa, avviata a partire dall'art. 22 della l. 142/1990 – e confermata dall'art. 113 del T.U.E.L. d.lgs. 267/2000 –, in forza della quale gli stessi enti territoriali diventano titolari della facoltà di istituire società per la gestione dei servizi pubblici locali.

Il prismatico scenario che ne è emerso, contrassegnato da un'eterogenea e magmatica regolamentazione, ha dato vita ad una vera e propria “nomorrea”; vale a dire, ad una sovrapproduzione normativa di per sé generatrice di un “caos regolativo”, accompagnata dalla persistente assenza di un criterio di raccordo volto a discernere tra tipologie strutturalmente e soggettivamente diversificate.

Attenta dottrina suole in proposito affermare come «*La “nomorrea” è così diffusa da rendere difficile parlarne ancora in termini di eccezionalità o di patologia; e, del resto, la situazione non è molto diversa negli altri ordinamenti paragonabili all'italiano. Ciò che rende inaccettabile la presente situazione è, più che l'eccesso di norme, il loro disordine formale e sostanziale. La disciplina delle società miste muta continuamente e manca tra le tante norme applicabili qualsivoglia filo rosso, elemento di coerenza*» [CHITI, 2009].

L'aver palesato la volontà di mantenere una sorta di regime organico – a fronte di una proliferazione alla costituzione che vede affacciarsi oltre 5.000 realtà soggettive alquanto differenziate l'una dall'altra – ha portato alla definizione di un guazzabuglio normativo incapace di rispondere alle specificità proprie delle varie categorie presenti, cioè alle esigenze di differenziazione – individuate da Assonime e riproposte da una parte degli osservatori del fenomeno – tra “società partecipate equivalenti di organizzazioni pubbliche (o semiamministrazioni)” e “società di direzione pubblica di settori economici” (cioè di mercato: quotate e non); nonché dalle società operanti a livello locale rispetto a quelle aventi vocazione nazionale ovvero internazionale e così via [cfr. GIANNINI, 1992].

Un numero quello delle società a partecipazione pubblica aumentato in termini esponenziali nel corso dell'ultimo trentennio, passando da circa 1000 negli anni '80 a oltre 5000 nel 2008 [AA.VV., 2009; ASSONIME, 2008].

Tale situazione è ulteriormente regredita a causa del susseguirsi di tutta una plethora di interventi di revisione e di una costante giurisprudenza (costituzionale e amministrativa) che hanno sortito quale unico effetto l'ulteriore imbrigliamento tanto della materia organizzativa quanto di quella gestoria [Corte dei conti, *Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di comuni e province, Relazione conclusiva approvata nell'adunanza del 22 giugno 2010*].

Un *arrêt* dovuto al radicarsi della c.d. logica di assimilazione delle partecipate all'alveo delle persone giuridiche di diritto pubblico. «*Secondo una parte della dottrina questo peculiare regime misto dovrebbe fare propendere per il riconoscimento, in capo alla società, della personalità giuridica non di diritto comune, bensì di diritto pubblico, configurando la categoria dell'ente pubblico con forma o struttura societaria, tornando quindi in qualche misura a quell'ente pubblico economico da cui si era partiti. Questo tipo di posizioni si pongono, pertanto, in una prospettiva completamente diversa da quelle che criticano lo snaturamento della disciplina societaria che si realizza mediante la legislazione in esame, poiché escludono in partenza che quelle in parola siano società commerciali. Anche in questo caso, però, il problema è quello della generalizzazione. Quando una società, a causa delle deroghe al suo funzionamento, diviene un ente pubblico in forma societaria?*» [CIVITARESE MATTEUCCI, 2011, si veda anche ROSSI, 2004].

Così, a partire dalla legge finanziaria per il 2008, il tentativo di connotare in termini di crescente "specialità" la disciplina in esame ha consegnato ad un regime asimmetrico dell'impresa pubblica rispetto a quella privata.

La Corte costituzionale, dal canto suo, ha sostenuto come le società "di diritto speciale" mutuerebbero dall'assetto codicistico solo taluni aspetti strutturali, rimanendo oggetto di autonoma definizione sul versante genetico, funzionale e del rapporto con gli interessi generali [cfr. Corte cost., 28 dicembre 1993, n. 466].

In continuità con le considerazioni predette il Consiglio di Stato ha ribadito come la riconversione degli enti pubblici economici in società per azioni, avvenuta a mezzo di deliberazione del CIPE, non avrebbe comportato un effetto estintivo in ordine alla loro vocazione funzionale. Sicché, gli enti coinvolti, pur avendo subito una rivisitazione qualificatoria, avrebbero pur sempre mantenuto la finalità originaria, protesa alla cura di un dato interesse pubblico, conservando così l'ontologica valenza amministrativistica [cfr. Cons. St., sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498].

Non a caso, i giudici di Palazzo Spada hanno sottolineato come il dato nominalistico risulterebbe di per sé inidoneo a qualificare la natura pubblicistica o privatistica di una data soggettività «*Il tema va affrontato senza farsi condizionare (...) è necessario verificare, in particolare, se le deviazioni dal modello societario di*



*tipo codicistico che caratterizzano il regime giuridico di determinate strutture societarie possano considerarsi ancora compatibili, anche se indicative di una situazione di rilevanza pubblicistica, con la qualificazione privatistica delle medesime (...), ovvero se, comportando una consistente alterazione dello schema societario (...) non debbano indurre, piuttosto, a ritenere che si sia in presenza di enti a struttura societaria, ma con natura pubblicistica» [Cons. St., Sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303].*

Dinanzi a tale assetto, il rapporto rilasciato da Assonime nel 2008 ha posto l'attenzione sullo smodato e frequente ricorso alle "(semi)amministrazioni" che, pur non assurgendo a categoria autonoma, costituiscono uno dei pilastri delle società pubbliche. Queste ultime, identificate come amministrazioni operanti sotto forma di entità privatistiche, mal si attaglierebbero all'utilizzo di un'impalcatura (come quella societaria) improntata sulla flessibilità. Non a caso, le stesse non avendo una vocazione concorrenziale avrebbero amplificato il *deficit* funzionale ed efficientista del modello in commento, rendendolo sempre meno avvezzo al confronto con gli altri *stakeholders* presenti sul mercato.

La pluralità fattoriale menzionata, affiancata al fenomeno delle liberalizzazioni [cfr. *ex multis* GIULIETTI, 2012], pare aver indotto il legislatore ad operare un'inversione di rotta in ordine all'utilizzabilità del modulo societario. Più precisamente, l'accrescimento della spesa pubblica e l'asservimento in termini di politicizzazione degli strumenti in esame, hanno imposto l'avvio di una vera e propria "controriforma", diretta a comprimerne l'utilizzabilità.

Cosicché specie a livello locale, laddove il "capitalismo municipale" ha portato all'espansione di società preposte alla gestione ed erogazione dei servizi pubblici, si è resa necessaria l'introduzione di meccanismi di contenimento, sancendo l'eccezionalità dell'*in house* e favorendo il partenariato pubblico/privato.

*«La partnership con i privati può effettivamente essere considerata come una soluzione idonea a coniugare esigenze di mercato e concorrenza da un lato e conservazione / valorizzazione di assets pubblici dall'altro: con l'avvertenza che il partenariato, specie quello di tipo "istituzionale" come lo presenta (positivamente) la Commissione Europea nella sua comunicazione interpretativa del 5.2.2008 (...) e soprattutto se attuato come azione "di secondo livello" (che intervenga cioè dopo un primo processo di efficientamento interno della società pubblica (...)), rappresenta uno strumento duttile ma complesso nella gestione delle procedure di gara e dei successivi conflitti di interesse, esterni – tra soci pubblici e privati – ed interni – visto il duplice ruolo dell'ente pubblico, di affidante e di azionista (conflitti da gestire a livello di patti associativi e di contratto di servizio). Sebbene alcune applicazioni pratiche siano da più parti considerate in termini non del tutto positivi, ciò non mette in discussione la validità in linea di principio dello strumento, naturalmente se, e soltanto se, correttamente istituito e governato» [LOMBARDO, 2011].*



## 2.1 *La disciplina in tema di società pubbliche: dal codice civile alle disposizioni speciali.*

Come testé affermato le entità giuridiche in commento, rientrando nel novero dello schema societario, rinvergono il proprio fondamento nel libro V, Titolo V, Capo V, del Codice, e, con maggiore esattezza, nella Sezione XIII di tale Capo all'art. 2449 c.c., rubricato non a caso "*Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*". Una previsione questa dettata, già dagli anni '40, al fine di rispondere all'esigenza che lo Stato si assoggettasse «*alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici*» [Relazione al codice civile del 1942. Così si legge in CIVITARESE MATTEUCCI, 2011].

Originariamente, le norme di riferimento erano contenute agli artt. 2458, 2459 e 2460 c.c., salva poi la previsione di apposite deroghe a favore degli enti in ordine alla nomina e alla revoca degli amministratori e dei sindaci nonché in merito alla designazione del presidente del collegio sindacale in caso di capitale non interamente pubblico [cfr. GIANNINI, 1992].

Al frammento di matrice codicistica si è progressivamente susseguita una copiosa disciplina speciale che, oggetto di una vera e propria stratificazione, ha rappresentato la propensione da parte del legislatore all'utilizzo del paradigma societario, a fronte delle aziende pubbliche [cfr. CASSESE, 2004].

Altresì, è stato rilevato come tenuto conto del procedimento avviato dalla l. 127/1997, «*il legislatore del 1997 ha manifestato con più chiarezza l'intenzione di fare della società di capitali lo strumento ordinario di gestione dei servizi a valenza imprenditoriale*» [DUGATO, 2001].

Tuttavia, all'iniziale fragore si è affiancata un'ineluttabile battuta di arresto, che ha posto a carico delle amministrazioni interessate un limite indefettibile per la creazione di società. Alla timida previsione dell'art. 13 del decreto Bersani d.l. n. 223, del 4 luglio 2006 (convertito in legge n. 248, del 4 agosto 2006) ha di fatto susseguito, con maggiore incisività, la finanziaria per il 2008 che, nel tutelare la concorrenza e il mercato, ha stabilito che le amministrazioni non possano costituire società aventi per oggetto la produzione di beni e servizi che non siano strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali [art. 3, co. 27, l. n. 244/2007].

Pertanto, incomberebbe in capo a tutte le p.a. [vedi art. 1 co. 2 d.lgs. n. 165/2001] il divieto di istituire nonché di mantenere la titolarità di società, ad eccezione delle ipotesi in cui il ricorso alle stesse non risponda ai presupposti contemplati dalla norma, che dovranno essere accertati e motivati in relazione al caso concreto; dovendo l'ente accertare che il ricorso allo schema societario consenta

di perseguire l'interesse pubblico secondo una migliore commistione degli indici di efficacia, efficienza ed economicità dell'attività amministrativa.

L'aver ancorato la scelta dell'amministrazione interessata alla sussistenza di un legame tra le proprie finalità istituzionali e lo svolgimento in forma societaria strettamente necessario alla propria *mission*, risulta assai rilevante, così come rimarcato dalla Consulta, in quanto consente di definirne l'ambito di applicazione in relazione all'oggetto sociale e mira «*da un canto, a rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici, dall'altro, ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione*» [Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 148].

*«In altri termini l'Ente, solo dopo aver valutato con esito negativo tutte le altre modalità con le quali sarebbe possibile realizzare la finalità istituzionale di cui è portatore, è legittimato a ricorrere allo strumento societario ovvero all'assunzione di partecipazioni societarie che si pongono, quindi, quale scelta residuale conseguente all'acclarata e motivata mancanza di alternative. Laddove, invece, le finalità istituzionali dell'ente possono essere soddisfatte con strumenti diversi e diverse modalità senza ricevere alcuna compressione o compromissione, non può ritenersi legittima la costituzione di società o l'assunzione di partecipazioni societarie»* [Corte Conti, Sez. controllo Molise, n. 32/2009/PAR].

Sicché, qualora si voglia procedere alla costituzione ad opera dello Stato, la scelta dovrà essere manifestata a mezzo di decreto del Presidente del Consiglio, su proposta del Ministro competente per materia e di concerto con il Ministro dell'economia. La disposizione avvalorava il ruolo del Dicastero preposto alla cura del sistema finanziario, conferendogli l'attribuzione delle partecipazioni e, consequenzialmente, l'esercizio dei diritti di azionariato [L'art. 6, co. 6 della legge di stabilità 2012 (l. 183/2011) ribadisce tale ruolo].

Al contempo la stessa, nel prevedere l'obbligo di informazione alla sezione competente della Corte dei conti, pare aver recepito un ulteriore ruolo del giudice contabile in sede di controllo della motivazione espressa per la costituzione della società, una sorta di riesame di legalità e regolarità [ALBO, 2010].

Sul versante delle dismissioni la finanziaria aveva fissato, quale termine utile per procedere in tal senso, diciotto mesi dalla sua entrata in vigore, vale a dire entro il 30 giugno 2009. Tuttavia, la prevedibile ritrosia da parte della politica ha portato a prorogare in prima istanza con l'art. 19, co. 2, lett. b), del d.l. n. 78/2009, che stabiliva quale *dies ad quem* il 30 settembre 2009 (rimasto lettera morta a causa della soppressione in sede di conversione). In seconda istanza, con l'art. 71, co. 1 lett. e), della l. n. 69, del 18 giugno 2009, si è inteso rinviare al 1 gennaio 2011.

Entro detto lasso temporale le amministrazioni avrebbero dovuto, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, provvedere alla cessione a terzi delle partecipazioni vietate. Ciononostante la previsione, non operante per le partecipazioni in società quotate nei mercati regolamentati, è rimasta sostanzialmente inattuata nella sua interezza, fors'anche per l'intervenuta qualificazione, da parte della Corte dei conti, in chiave ordinatoria del termine [Corte Conti, Sez. controllo Lombardia, n. 48/2008/PAR].

Quanto alle amministrazioni locali, fermi i vincoli generali sopra descritti, soggiungono ulteriori prescrizioni imposte dal legislatore. Il contraccolpo più rilevante è avvenuto con la c.d. "manovra anticrisi" che con l'art. 14 co. 32 del d.l. n. 78/2010 (Decreto convertito con modificazioni in l. n. 122, del 30 luglio 2010) ha regolamentato restrittivamente il ricorso alla disciplina societaria per le piccole e medie amministrazioni comunali. Più precisamente, si è sancito il divieto assoluto di costituzione per i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti, in caso di realtà già presenti le stesse dovranno essere messe in liquidazione ovvero cedute entro il 31 dicembre 2012.

Restano escluse dall'alveo della norma, sempre nel caso di Comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti, le società già costituite che:

- a) abbiano, al 31 dicembre 2012, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi;
- b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio;
- c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime.

Le medesime disposizioni non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite abbiano avuto il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi.

Per gli enti con popolazione ricompresa tra 30.000 e 50.000 si conferisce la possibilità di istituire una sola società, con l'obbligo di liquidazione o di cessione delle partecipazioni entro il 31 dicembre 2011.

Dunque, si istaura un vero e proprio regime di contenimento.

Un ultimo nodo da chiarire attiene alla estensibilità della predetta disciplina alle cc.dd. partecipazioni indirette da parte dei soggetti pubblici. Tale quesito è insorto all'indomani della abrogazione della formula "indirette" contenuta all'art. 3 co. 27 della l. 244/2007, operata dall'art. 71, co. 1, lett. b) della l. 69/2009. La modifica aveva aperto la possibilità di interpretare in maniera restrittiva la norma, con una consequenziale elusione del divieto di partecipazione, quanto alle società costituite e non preposte in via diretta alla produzione di beni e servizi non funzionali al perseguimento alle finalità istituzionali dell'amministrazione partecipante. In proposito, sono intervenute due disposizioni che paiono fugare ogni

dubbio circa l'estensione della disciplina, l'allusione va agli artt. 6, co. 6 e 9 co. 29 del d.l. 78/2010 (così novellato in sede di conversione).

*«Nelle società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (Istat) ai sensi del c. 3, art. 1, legge 31 dicembre 2009, n. 196, nonché nelle società possedute direttamente o indirettamente in misura totalitaria, alla data di entrata in vigore del presente provvedimento dalle amministrazioni pubbliche, il compenso di cui all'articolo 2389, primo comma, del codice civile, dei componenti degli organi di amministrazione e di quelli di controllo è ridotto del 10 per cento»* (art. 6, co. 6).

*«Le società non quotate, inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istat ai sensi del c. 3 dell'art. 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche, adeguano le loro politiche assunzionali alle disposizioni previste nel presente articolo»* (art. 9 co. 29).

Le norme in esame, infatti, ripropongono in via espressa la tipologia indiretta consentendo di arginare possibili fenomeni di elusione normativa.

Accanto ai profili predetti deve, in chiosa, rammentarsi come la restante specialità che avvolge le soggettività giuridiche interessate può ricondursi ai settori della composizione e nomina degli organi sociali di gestione e di controllo ed ai limiti alle spese delle società partecipate. A ciò, con riferimento agli enti locali, si accostano le ulteriori peculiarità in ordine all'assoggettamento al patto di stabilità interno, ai limiti sulle spese di personale nonché sul versante della modalità di svolgimento delle gare.

## 2.2 (Segue) *L'icastica questione della capacità di diritto privato degli enti pubblici.*

L'*excursus* sui profili genetici delle società pubbliche non può operare in maniera slegata rispetto all'annosa questione della capacità giuridica di diritto privato degli enti pubblici [AMORTH, 1938].

Appare, infatti, necessario accertare sé ed in quale misura l'ordinamento, riconoscendo alle amministrazioni la facoltà di ricorrere a figure soggettive di diritto comune, conferisca loro una paritetica capacità di incidere sulla enunciazione dei propri fini rispetto a quelli conferiti in sede costitutiva. Un'eterogenesi dei fini che – deve sottolinearsi sin d'ora – si pone in rotta di collisione con la intrinseca sottoposizione al principio di legalità e con la vocazione funzionale dell'attività dell'amministrazione.

A tal proposito, gli studi più risalenti del fenomeno dell'attività di diritto privato avevano scongiurato una qualsivoglia capacità dei soggetti pubblici di operare in via autonoma in sede di definizione dei propri scopi, soffermandosi a

*contrario* sulla possibilità di tali enti di ricorrere a mezzi di derivazione privatistica tenuto conto degli interessi invocati dalle norme quale base funzionale degli enti.

È stato in proposito, attentamente, rilevato come «*la loro autonomia è, per definizione, una autonomia funzionale, cioè pur sempre limitata al perseguimento degli scopi che le figure soggettive pubbliche devono perseguire ex lege*» [GRUNER, 2011].

Tuttavia, una revisione sostanziale a siffatto assetto è giunta grazie all'apporto di Giannini e di altri autori che hanno progressivamente fornito una nuova chiave ermeneutica in ordine all'argomento *de quo*, negando la capacità limitata in capo alle amministrazioni e ravvisando la valenza circoscritta del principio di legalità [GIANNINI, 1992; MANGANARO, 2000].

In buona sostanza, le tesi in commento sono giunte ad inombrire il ruolo della legalità al cospetto dell'esercizio di una attività di espressione di autonomia privata, considerando le stesse deroghe normative eventualmente presenti alla stregua di limiti esterni alla affermazione della capacità generale.

Altra parte della dottrina, invece, sostenendo una posizione diametralmente opposta, ha sottolineato la esistenza di un *discrimen* ontologico tra persone giuridiche pubbliche e private, che andrebbe ad annidarsi nella base soggettiva delle stesse [MARZUOLI, 1982]. Sicché, mentre le prime sarebbero il frutto della manifestazione di volontà di un gruppo di soggetti privati, le seconde – stante il vincolo genetico e funzionale – si rivolgerebbero ai soggetti singoli nella loro dimensione comunitaria.

Tale elemento andrebbe ulteriormente considerato alla luce della loro capacità giuridica in termini di ascrizione di atti, in quanto in relazione alle persone giuridiche di stampo pubblicistico verrebbe a sussistere una mera idoneità alla imputazione giuridica di atti [FALZEA, 1960].

Il principio della capacità generale degli enti pubblici è stato compreso nella recente legislazione giuscontabile al fine di rispondere ad una pluralità di esigenze incombenti nello scenario positivo, «*in termini di tutela della concorrenza e del mercato, argine all'abuso di forme privatistiche da parte degli enti pubblici, sovente presenti in settori estranei alla loro "mission", possibile elusione degli obiettivi del patto di stabilità interno nonché limite alla tendenza di taluni organismi partecipati a non operare secondo criteri di economicità. L'effetto ultimo dei suddetti interventi legislativi è quello di contenere i costi delle società costituite o partecipate da enti pubblici, tra cui i Comuni*» [Corte Conti, Sez. controllo Lombardia, *Indagine sulle società ed organismi partecipati dagli enti locali della Regione Lombardia*, 2011].

In questo scenario si è affermata una vera e propria autonomia negoziale "limitata". «*Alla luce dei principi costituzionali che governano l'azione amministrativa come pure alla luce degli ulteriori principi di rango legislativo che reggono*

*l'attività amministrativa e predicati dall'art. 1, comma 1 della legge 241, in gran parte, a loro volta, di diretta ascendenza costituzionale. Il potere di autonomia privata della pubblica amministrazione deve infatti sempre e comunque esplicarsi (...) nel rispetto dei principi di legalità, imparzialità e di tutela del terzo» [MONTEFERRANTE, 2005].*

Le predette considerazioni sono state oggetto di statuizione da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 10/2011, nel corpo della quale il Supremo Consesso prende le mosse dall'art. 27, co. 3, l. n. 244/2007, secondo cui «*al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni (...), non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*».

Attraverso la disposizione in esame il legislatore avrebbe sussunto nel corpo della norma un principio, avente già valenza immanente nell'ordinamento, di matrice comunitaria che (art. 106 TFUE) sancisce il divieto per gli stati membri di emanare misure contrarie alle disposizioni dei trattati avverso le imprese pubbliche e le imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, avuto riguardo a quelle in tema di tutela della concorrenza e divieto di erogazione di aiuti di Stato.

Pertanto, le amministrazioni non possono dare vita a società commerciali con finalità lucrative il cui ambito di operatività esuli dalle relative finalità istituzionali, cioè che non siano strumentali rispetto al loro operato, tutto ciò al fine di evitare che soggetti portatori di privilegi operino in mercati concorrenziali comportando distorsioni agli stessi.

### *3. Prime considerazioni conclusive e prospettive de iure condendo.*

L'analisi d'insieme della disciplina in tema costituzione delle società pubbliche porta a ritenere come il legislatore sia, nel corso degli ultimi due anni, intervenuto anche nel settore in commento in modo da introdurre forme di contenimento della spesa pubblica e di resistenza all'eterogenesi dei fini dovuta ad un ricorso distorto dello strumento de quo, specie a causa del dispiegarsi delle "pratiche elusive delle discipline vincolistiche per le amministrazioni" [NOVELLI, 2011].

Orbene, le linee direttrici utili in sede di predisposizione delle strategie volte a ridefinire la complessità del settore delle società pubbliche possono così sintetizzarsi: in prima battuta, ancorché in assenza di un referente normativo volto a discriminare le società "(semi)amministrazioni" da quelle operanti sul mercato, si

profila ineluttabile la introduzione di una disciplina che tenga conto della diversità ontologica dei due modelli.

Il diritto positivo, infatti, non può fare a meno di recepire strumenti operativi differenziati che tengano in debita considerazione le specificità delle realtà soggettive aventi un ruolo sostanzialmente amministrativo – in quanto tali prive di una logica concorrenziale –, rispetto alle società operanti sul mercato (siano esse quotate o meno) la cui *mission* risulta, invece, essere proprio quella di confrontarsi in maniera competitiva con gli altri operatori economici, abbisognando dunque di un regime gestionale nettamente più flessibile.

La razionalizzazione normativa, dunque, dovrebbe operare sul versante delle società a sfondo concorrenziale, attraverso la progressiva rimozione dei vincoli introdotti come *pendant* della specialità della disciplina, a partire dalla finanziaria per il 2008. In tal senso, nel dare seguito alla – tanto auspicata – “moralizzazione” però non potrebbe farsi a meno di compendiare il sistema con la previsione in via immediata dell’obbligo del ricorso alle gare in sede di affidamento di qualsivoglia servizi pubblico locale.

*«In particolare potrebbe essere opportuna l’approvazione di una legge di delega finalizzata a operare una revisione generale, sulla base di un criterio di rigida proporzionalità al quale fa riferimento il rapporto dell’OCSE prima citato, della congrue di disposizioni legislative vigenti. In particolare, sarebbe utile un riesame organico dei profili di specialità rispetto al diritto comune, da un lato, confermando soltanto quelli realmente funzionali al perseguimento dell’interesse pubblico; dall’altro, rimettendo al normale potere dell’azionista pubblico la definizione di assetti organizzativi e di indirizzi operativi della singola società coerenti con le ragioni che, a monte, giustificano la stessa presenza del capitale pubblico nella società»* [CLARICH, 2009].

Sull’opposto versante delle “(semi)amministrazioni” appare opportuno dare attuazione alla – tanto agognata – dismissione delle partecipazioni non strategiche che, nonostante sia stata più volte ribadita in sede di legislazione ordinaria, è stata oggetto di reiterata inattuazione, stante una stringente reticenza politica.

Nello specifico comparto degli enti locali, tenuto conto dei vincoli imposti dal patto di stabilità e dalle disposizioni sul calcolo della spesa per il personale, la tendenza si proietta in una dimensione opposta all’*outsourcing*, a favore cioè della “reinternalizzazione” o del ricorso diretto al mercato [LIBANORA, 2010]. La facoltà che gli enti hanno di optare – nuovamente – verso l’*in house* ovvero per forme di partenariato pubblico-privato, infatti, resta fortemente menomata dagli stringenti limiti quantitativi e qualitativi imposti in tema di partecipazioni.



*Bibliografia*

- GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *www.giustamm.it*, 2012;
- CIVITARESE MATTEUCCI, *Le società pubbliche tra mercato e autorganizzazione amministrativa*, Report annuale 2011 (Italia), in *www.ius-publicum.it*;
- GRUNER, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in *www.giustamm.it*, 2011;
- LOMBARDO, *La governance delle società a controllo pubblico: riflessioni a margine della nuova disciplina normativa dei servizi pubblici locali*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2011;
- NOVELLI, *Società pubbliche: dismissioni, cessioni, ricognizione delle partecipazioni, controlli e ruolo della Corte dei conti*, in *Azienditalia*, 9, 2011;
- ALBO, *La ricognizione delle partecipazioni societarie da parte degli enti locali alla luce dell'art. 3 c. 27 e ss. della legge n. 244/2007 e i provvedimenti conseguenti*, in *Azienditalia*, 3, 2010;
- LIBANORA, *La retrocessione degli affidamenti esternalizzati*, in *Azienditalia*, 8, 2010;
- AA.VV., *Il sistema amministrativo italiano*, (a cura di, L. TORCHIA), Bologna, 2009;
- CHITI, *Carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, Relazione al Convegno su “*Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*”, Luiss-Assonime, Roma, Luiss, 14 maggio 2009, in *www.astrid-online.it*;
- ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma 2008, in *www.assonime.it*;
- MONTEFERRANTE, *La disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2005;
- CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari 2004;
- ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004;
- DUGATO, *La società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano 2001;
- MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. I. profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli 2000;
- GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, I, Milano 1992;
- MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982;
- FALZEA, *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano 1960;
- AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938.



### III. Poteri speciali, modelli di *governance*, e tutela del socio “privato” nelle società a partecipazione pubblica

Marco De Nadai

SOMMARIO: 1. Premessa: inquadramento sul potere speciale di nomina pubblica diretta degli organi sociali ex art. 2449 c.c. nelle società “miste”. – 2. L’esonero dello Stato dall’applicazione dell’art. 2497 c.c. sulla direzione e coordinamento: ovvero la risposta ad interessi “singolari” e non “general”. – 3. Modelli alternativi di *governance*: in particolare, il sistema dualistico (o monistico). – 4. Alcune considerazioni sulla tutela del socio privato minoritario.

1. *Premessa: inquadramento sul potere speciale di nomina pubblica diretta degli organi sociali ex art. 2449 c.c. nelle società “miste”.*

L’art. 2449 c.c. rappresenta l’unica norma attualmente riservata nel codice civile alla disciplina delle società a partecipazione pubblica. Tale norma ha subito nel corso degli ultimi anni, anche per effetto di alcune pronunce della Corte di Giustizia europea, un notevole ridimensionamento del suo ambito di applicazione, confermando così la tendenza dello sfavore del legislatore domestico e comunitario verso la conservazione dei poteri speciali in mano pubblica. Limitando la nostra attenzione alle società non quotate (“società chiuse”), l’art. 2449, nel testo risultante a seguito delle modifiche introdotte dalla legge comunitaria del 2008 (art. 13, co. 1, 25 febbraio 2008, n. 34), attribuisce statutariamente la facoltà al socio pubblico di nominare direttamente uno o più membri degli organi sociali, purché in misura proporzionale al capitale sociale. I componenti degli organi così nominati possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati ai sensi della predetta disposizione.

Le norme dedicate in via generale alla fattispecie della c.d. nomina pubblica “diretta” delle cariche sociali erano originariamente contenute nella Sezione XII («*Delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*») del Capo V («*Della Società per azioni*») del Titolo V («*Delle Società*») del Libro V («*Del Lavoro*») del codice civile; tale Sezione comprendeva gli artt. 2458, 2459 e 2460 c.c., poi sostituiti, a fronte del primo intervento di “riforma” di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (riforma del diritto societario), dagli artt. 2449 e 2450 c.c. In estrema sintesi, i poteri di nomina diretta extra-assembleare degli organi sociali si distinguevano

originariamente a seconda che l'ente pubblico fosse titolare o meno di una partecipazione azionaria nella società [DONATIVI, 2010].

Secondo una diffusa ed autorevole opinione, infatti, le due originarie disposizioni – *i.e.*: l'art. 2458 (2449) e 2459 (2450) – avrebbero avuto non solo un diverso ambito di applicazione, ma anche una differente portata, in considerazione del fatto che la seconda, a differenza della prima, assegnava all'ente pubblico un potere di nomina diretta seppur in assenza di una quota azionaria di partecipazione. Pertanto, l'art. 2449 c.c. è stato interpretato dalla dottrina come una deroga "eventuale" al principio maggioritario delle società capitalistiche [tra tutti, JAEGER, 1964; MINERVINI, 1954]; carattere eventuale che, secondo tale dottrina, sarebbe rintracciabile non solo nella discrezionalità dei soci di avvalersi di tale facoltà di nomina, ma anche, e soprattutto, nell'ipotesi in cui il socio pubblico investito del potere di nomina "diretta" non fosse comunque, e contemporaneamente, azionista di controllo della società [JAEGER, 1964; FRÈ, 1982].

L'art. 2450 c.c. (norma abrogata per effetto del d.l. 15 febbraio 2007, n. 10), invece, dava luogo, almeno nei casi in cui le speciali prerogative avessero trovato una fonte nella legge, ad un fenomeno "autoritativo" di tipo "ablatorio", in cui la società sarebbe stata un soggetto passivo di un intervento "espropriativo" di una delle principali prerogative di *governance*, secondo criteri e logiche di valorizzazione di interessi di stampo pubblicistico su interessi e posizioni soggettive di rango strettamente privatistico-societario [sul punto, diffusamente DONATIVI, 2010].

Secondo un'opinione – maggioritaria e preferibile – sviluppatasi all'epoca del vigore di tali disposizioni, non sarebbe stato nemmeno corretto distinguere le due norme in base ad una loro diversa portata; semmai nell'ipotesi di cui all'art. 2459 (poi 2450), la deroga ai principi generali appare ancora più profonda, in quanto il potere di nomina non solo è sganciato da un rapporto di proporzionalità al capitale, ma non è neppure "funzionale" alla partecipazione azionaria pubblica [da ultimo, CASELLI, 1991].

Come visto, quindi, all'attuale formulazione dell'art. 2449 c.c. si è pervenuti dopo un iter teso ad una complessiva rimodulazione (e ridimensionamento) dei poteri speciali dello Stato. Innanzitutto, l'art. 3, co. 1, d.l. 15 febbraio 2007, n. 10 (conv. in legge 6 aprile 2007, n. 46), che ha abrogato l'art. 2450 c.c., ha fatto cadere la previsione relativa ai poteri speciali di nomina diretta alle cariche sociali in favore di enti pubblici non titolari di partecipazioni azionarie nella società. Successivamente, con l'art. 13, co. 1, legge 25 febbraio 2008, n. 34 (Legge comunitaria 2007) è stato ampiamente modificato ed in alcune parti riscritto il testo dell'art. 2449 c.c., anche sulla scorta dell'esigenza di adeguamento dell'ordinamento italiano a quello comunitario.

Infatti, non va dimenticato come la Commissione e la Corte di Giustizia europea abbiano censurato, in numerose occasioni, molte delle disposizioni nazionali conferenti poteri speciali a favore dello Stato e degli enti pubblici, in quanto incompatibili con il principio di libera circolazione dei capitali, confermando così i primi dubbi manifestati dalla dottrina interna circa la mancata conformità con il diritto comunitario delle previsioni contenute negli artt. 2449-2450 c.c. [BALLARINO - BELLODI, 2004]. In particolare, con la pronuncia del 6 dicembre 2007 resa nel giudizio *AEM - Federconsumatori* [Corte di Giustizia europea, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04], la Corte di Giustizia europea ha affrontato la questione della compatibilità con l'art. 56 del TUE (oggi, l'art. 63 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, od anche TFUE) di alcune disposizioni dello statuto della AEM S.p.A., introdotte a seguito della sua privatizzazione formale e successiva quotazione in borsa. Tali clausole statutarie erano finalizzate ad assicurare uno stabile controllo della società nelle mani del Comune di Milano, seppur in presenza di una partecipazione minoritaria al capitale [GHEZZI, 2010]. In sintesi, il Comune di Milano, a seguito della collocazione sul mercato delle azioni AEM, optò per ridurre la sua partecipazione sociale al 33,4% del capitale – quota di minoranza, ma in grado di garantire un potere di “blocco” sulle deliberazioni dell'assemblea straordinaria – subordinando l'operazione all'introduzione in statuto di speciali regole di nomina diretta di una parte dell'organo amministrativo ai sensi dell'art. 2449 c.c.

La questione fondamentale, che ha dato luogo alla censura comunitaria, concerneva la possibilità per il socio pubblico di concorrere in assemblea, attraverso il meccanismo del voto di lista, all'elezione di organi sociali, nonostante il medesimo socio fosse già titolare del potere speciale di nomina diretta extra-assembleare. Concretamente, quindi, il meccanismo brevemente illustrato avrebbe permesso al Comune di Milano di garantirsi la nomina della maggioranza degli amministratori pur se in assemblea una lista concorrente avesse raccolto un numero di voti superiore a quello aggregato dal medesimo ente. La Corte di Giustizia europea concludeva affermando che l'art. 56 (ora 63 TFUE) ostava ad una disposizione nazionale quale l'art. 2449 c.c., qualora tale norma, da sola o in combinazione con altre disposizioni, sia tale da conferire allo Stato o all'ente pubblico di «*godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società*». A conforto di tale tesi, la Corte nota inoltre che un investitore potrà avere anche la certezza di riuscire ad abrogare il diritto di nomina diretta degli amministratori di una società per azioni solamente qualora l'investimento sia di una rilevanza tale da assicurargli la maggioranza necessaria per modificare lo statuto di detta società. Tale situazione, prosegue la Corte, può richiedere un investimento «*ben al di là*» di quello che, in assenza dell'inserimento del diritto di nomina di cui trattasi nello statuto, gli consentirebbe di partecipare alla

società interessata con l'obiettivo di creare o mantenere legami economici durevoli o diretti con quest'ultima e che consentano una partecipazione effettiva alla sua gestione e controllo. Peraltro, come è stato correttamente osservato, lo statuto di AEM rendeva impossibile una modifica dello stesso senza un previo accordo con il socio pubblico, posto che, come noto, l'assemblea straordinaria delibera ai sensi dell'art. 2368, comma 2, c.c. con il voto favorevole di almeno due terzi del capitale rappresentato in assemblea; così che, il pacchetto azionario del Comune di Milano era sufficiente a consentirgli di esercitare un potere di veto su qualsiasi deliberazione [GHEZZI, 2010].

Nel nostro caso, poi, la Corte non ha nemmeno ritenuto la misura nazionale giustificabile in virtù di quelle ragioni di interesse pubblico generale che invece in un diverso caso (Corte di Giustizia europea, causa C-503/99 del 4 giugno 2002) sono state idonee a giustificare le misure restrittive nazionali in nome dell'esigenza di conservazione del controllo pubblico nelle società operanti in settori economici strategici [per più ampi riferimenti, SANTONASTASO, 2009]. Al riguardo, merita una notazione la posizione di quella dottrina secondo la quale, impiegando tale canone interpretativo, i privilegi pubblici sarebbero allora accettabili soltanto nella misura in cui la riserva a favore della componente pubblica e la conseguente limitazione alla libera circolazione dei capitali si giustificano sulla scorta dell'idoneità e dell'adeguatezza della stessa in ragione degli interessi pubblici coinvolti [FRACCHIA - OCCHIENA, 2007].

## *2. L'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497 c.c. sulla direzione e coordinamento: ovvero la risposta ad interessi "singolari" e non "generalisti".*

Un ulteriore potere speciale a favore delle società "pubbliche" potrebbe essere rinvenuto nell'esonero dello Stato dall'applicazione della disciplina in materia di responsabilità per direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c. [CARRIELLO, 2010].

La norma civilistica, come noto, predica la responsabilità verso gli (altri) soci delle "società e degli enti" che, esercitando un'attività di direzione e coordinamento, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio e altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; di per sé, l'esonero in questione non è contenuto nella disposizione ricordata, la quale anzi sembrerebbe estensibile anche allo Stato ed agli enti pubblici per effetto del richiamo alla locuzione di "ente". La prerogativa speciale di cui si tratta è infatti contenuta nell'art. 19, comma 6, d.l. 1 luglio 2009, n. 78 (convertito in legge 102/2009), il quale stabilisce che, ai sensi dell'art. 2497, comma 1, c.c., per "enti" s'intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipa-

zione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria. Come è stato osservato, l'esonero non si applica ovviamente alla configurabilità astratta dell'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, con conseguente esclusione della disciplina della pubblicità di cui al successivo art. 2497-bis c.c., bensì alla sottrazione dall'assoggettamento alla relativa responsabilità [ancora CARIELLO, 2010]. Ebbene, l'art. 19 sembra censurabile sotto vari profili, non solo costituzionali [CARIELLO, 2010; sulle critiche mosse agli effetti delle norme di interpretazione autentica, a prescindere dal caso specifico in esame, si veda, CASTELLANO, 1971]. Per di più tale esenzione sembra essere in netto contrasto con le raccomandazioni del documento OCSE del 2005 [OECD, 2005], secondo cui alle società pubbliche devono applicarsi le regole comuni del diritto societario, salva la previsione di deroghe assolutamente necessarie in quanto finalizzate al perseguimento di interessi pubblici generali; deroga che, a dire il vero, mal si concilia con l'esenzione introdotta da norma generale ed astratta.

Peraltro, l'esonero non pare affatto comprensibile anche in ragione di un'interpretazione dell'art. 2497 c.c. come norma la cui *ratio* sembra dettata al fine di tutelare i soci di minoranza ed i creditori, senza che quindi abbia alcun rilievo scriminante la differenziazione della natura "privata" o "pubblica" dell'interesse; in tal senso importanti conferme di tali perplessità ritengo possano essere suggerite anche dall'esperienza tedesca, ove si è affermato da tempo un filone giurisprudenziale teso all'applicazione alle persone giuridiche pubbliche del diritto delle imprese dominanti e dominate [MÜLLBERT, 1999].

Il "dogma privo di fondamento" [seppur prima della "riforma", cfr. PORTALE, 2005] dell'esonero pare infatti spiegabile soltanto alla luce di un caso "particolare" che non fa altro che dimostrare ancora una volta la tendenza del legislatore domestico ad intervenire soltanto per far fronte a situazioni contingenti.

Ci si riferisce alla vicenda di Alitalia S.p.A., compagnia di bandiera aerea italiana, della quale il Ministero dell'Economia deteneva una partecipazione pari al 49,49% del capitale sociale. La crisi di Alitalia è sfociata in un intervento normativo d'urgenza, il d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv. con modificazioni nella legge 27 ottobre 2008 n. 166, il quale ha emendato la previgente legislazione elaborata in occasione del *crack* Parmalat [cfr. d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, conv. con modificazioni in legge 18 febbraio 2004, n. 34]. Tale legislazione, che non è stata concepita soltanto per la crisi delle società quotate a partecipazione pubblica, comportava l'estensione dell'applicazione di detta disciplina alle ipotesi di programmi di cessione di complessi aziendali, oltre che alla ristrutturazione industriale e, con deroghe che mirano all'accelerazione della procedura dettata da esigenze di urgenza, alle "società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali". Tra le disposizioni più contestate e clamorose di tale intervento legislativo, rien-

trava appunto l'esenzione delle responsabilità individuali per atti posti in essere dal 18 luglio 2007 fino all'entrata in vigore del decreto di agosto 2008, poi convertito nella legge 166/2008 a favore degli amministratori, sindaci e del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili della società *ex art. 154-bis* TUF. La responsabilità viene invece attribuita esclusivamente alle società del Gruppo Alitalia, mentre è esclusa la responsabilità amministrativa-contabile dei predetti soggetti, nonché dei pubblici dipendenti e dei soggetti comunque titolari di incarichi pubblici. Si ritiene che la *ratio* della norma sia stata quella di proteggere i vertici della società da ogni responsabilità di tipo personale, traslando la relativa responsabilità verso i creditori sociali a carico dell'ente di appartenenza [sul punto, VANONI, 2011]. Tale meccanismo ha consentito di realizzare un duplice scopo; da un lato, la tutela dei piccoli risparmiatori che hanno fatto investimenti nella società, attraverso il rimborso parziale delle perdite subite, i cui costi sono stati accollati dal Tesoro (*rectius*: dalla collettività dei cittadini) e dall'altro lato, il contenimento di potenziali azioni giudiziarie da parte di soci e obbligazionisti, quali ad esempio proprio l'esclusione dell'azione *ex art. 2497 c.c.*, per effetto dell'esonero di cui al d.l. 78/2009 [per vari riferimenti, oltre a VANONI, 2011; BELTRAMI, 2009; LO CASCIO, 2008].

Infine, in merito all'ambito applicativo dell'esenzione, è opportuno notare che gli altri enti pubblici, anche territoriali, non siano coperti dall'espressa esenzione normativa, benché la lettera della norma, che include tra gli enti potenzialmente assoggettabili a responsabilità da direzione e coordinamento «*i soggetti giuridici collettivi che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della loro attività imprenditoriale ...*» permetta un esercizio interpretativo che sembra poter autorizzare l'estensione dell'esenzione anche alle imprese controllate dagli enti pubblici diversi dallo Stato [sul punto, *ex multis*, MONTALENTI, 2007].

Tuttavia, una tale interpretazione ritengo sia portatrice di conseguenze negative anche in considerazione della natura eccezionale dell'esenzione in parola e delle motivazioni "contingenti" che sembrano averla ispirata.

### 3. Modelli alternativi di governance: in particolare, il sistema dualistico (o monistico).

Dall'esposizione precedente si è cercato di dimostrare come, nonostante i recenti interventi del legislatore interno, tra cui il d.l. 15 marzo 2012, n. 21, convertito in l. 11 maggio 2012, n. 56, che ha abrogato, tra l'altro la *golden share* di cui alla c.d. legge sulle privatizzazioni (d.l. 13 maggio 1994, n. 332), l'ordinamento contiene ancora alcuni poteri speciali in mano pubblica, introdotti talvolta soltanto per far fronte ad esigenze temporanee e "contingenti". Per tale motivo, una *governance* efficiente dell'impresa pubblica locale diventa un'esigenza in-

dispensabile al fine di limitare (o addirittura escludere), per quanto possibile, il ricorso a prerogative pubbliche nelle società capitalistiche che siano incompatibili con il diritto comunitario.

Tra i diversi modelli di amministrazione e controllo che potrebbero essere adottati dalle società pubbliche, un ruolo importante sembra poter essere ricoperto dal sistema dualistico, in ragione del suo carattere “camaleontico” e “susceptibile di letture alternative” [SCHIUMA, 2006], e che può essere utilizzato per realizzare più efficacemente quella «*dissociazione tra proprietà dei soci e poteri dei gestori*» predicata nella Relazione Ministeriale alla riforma del diritto societario del 2003.

In altri termini, il sistema dualistico, almeno in astratto, può ridurre «*l'impatto sulla struttura societaria di decisioni extra-sociali provenienti dall'azionista pubblico*», interponendo tra la proprietà e la gestione un organo investito di specifiche responsabilità nell'esercizio di prerogative che da proprietarie si trasformano in professionali, e preservando così l'organo gestorio dalla diretta influenza del proprietario pubblico [GUACCERO, 2004].

Nel confronto con il sistema organizzato sull'asse assemblea – amministratori – collegio sindacale (sistema tradizionale), quello dualistico si candida ad essere, nel contempo, sistema a maggiore modularità dispositiva e a maggiore adattabilità per le “società c.d. chiuse”.

È (astrattamente) maggiormente modulabile perché il principio di rigida ripartizione delle funzioni consacrato nel c.d sistema tradizionale (in assemblea si prendono le decisioni finali che hanno o producono anche incidenza sull'esercizio dell'impresa, la gestione dell'impresa sociale spetta agli amministratori e la vigilanza al collegio sindacale) è ridimensionato dal legislatore attribuendo al consiglio di sorveglianza funzioni di c.d. “alta amministrazione” quali la nomina, la revoca e sostituzione dei consiglieri di gestione e l'approvazione del bilancio, che incidono sull'esercizio dell'impresa; tale principio è inoltre ridimensionato dall'autonomia statutaria con l'eventuale scelta (art. 2409-*terdecies*, co. 1, lett. f-*bis*, c.c.) di intestare allo stesso consiglio di sorveglianza la funzione di indirizzo strategico dell'impresa scorporata dalla funzione di gestione che resta assoggettata al consiglio di gestione.

In realtà i potenziali vantaggi del sistema dualistico, in termini di maggiore modularità del principio di netta separazione delle funzioni, sembrano mitigati o addirittura elisi dall'applicazione di norme quali l'art. 2449 c.c. Come già ricordato, tale norma, postulando la facoltà dell'ente pubblico di nominare direttamente le cariche sociali, limita la sua applicazione agli «*amministratori e sindaci, ovvero ai componenti del consiglio di sorveglianza*»; tale formulazione ha suscitato quindi il dubbio interpretativo della possibile estensione di tale prerogativa anche con riguardo ai componenti del consiglio di gestione, e ciò in considerazione del-



la mancanza di un esplicito riferimento testuale in tal senso. In realtà, tale dubbio interpretativo, pare fugato, in primo luogo, dall'art. 2409-*nonies*, comma 3, c.c. il quale afferma che i consiglieri di gestione sono nominati dal consiglio di sorveglianza fatta salva la disposizione di cui all'art. 2449 c.c. e dall'art. 2380 c.c. che con riguardo all'organo gestorio si riferisce indistintamente agli "amministratori", senza distinzioni in base al modello singolarmente adottato [al riguardo, IBBA, 2009; nonché PRESTI -RESCIGNO, 2007]. Soltanto in virtù di una interpretazione "sistematica" dell'art. 2449 c.c., la dottrina ha ritenuto definitivamente ammissibile la soluzione che autorizzi di estendere la nomina diretta anche ai componenti del consiglio di gestione nell'ipotesi di adozione del sistema dualistico.

Tale soluzione, che parrebbe ragionevole sotto il profilo "sistematico", sembra tuttavia condurre ad un risultato antitetico rispetto a quello perseguito da tale modello di organizzazione e controllo, e ciò in quanto andrebbe a consentire la nomina extrasociale proprio dei gestori in un sistema che, viceversa, dovrebbe caratterizzarsi proprio per la sottrazione alla proprietà di quel potere anche in sede assembleare [IBBA, 2009].

Ciò premesso, sono quindi immaginabili tre diversi scenari.

Innanzitutto, nel caso di nomina diretta dei soli consiglieri di sorveglianza, si può ravvisare una gestione pienamente manageriale, quale quella che si avrebbe in una società mista nella quale i soci privati esprimano prevalentemente i componenti del consiglio di gestione e quelli pubblici prevalentemente i componenti di un consiglio di sorveglianza, magari dotato statutariamente di poteri di indirizzo strategico. Nell'ipotesi invece della nomina pubblica diretta di alcuni componenti del solo consiglio di gestione, si verrebbe, come è stato sottolineato, ad una situazione anomala, nella quale cioè si invertono i ruoli abituali fra parte pubblica e parte privata, rafforzandosi la prima a discapito della seconda. Nell'ultimo caso, ovvero nell'ipotesi di nomina pubblica diretta di componenti di entrambi gli organi, si verrebbe alla poca auspicabile situazione di «*moltiplicazione delle poltrone*», particolarmente evidente nell'ipotesi di una struttura societaria con soltanto due soci, e comunque alla riduzione dei poteri assembleari a tutto svantaggio della minoranza [IBBA, 2009; GUACCERO, 2004]. La dottrina che si è mostrata contraria all'adozione di tale modello è risultata invece favorevole all'adozione del monistico, ovvero di quel sistema di amministrazione e controllo che prevede un consiglio di amministrazione ed un comitato di controllo sulla gestione, costituito in seno allo stesso consiglio. Secondo tale dottrina, la preferibilità di tale modello sarebbe rinvenibile nell'idoneità al perseguimento dell'interesse pubblicistico ed al contenimento dei costi [SANTOSUOSSO, 2010], data la presenza di un unico organo al cui interno si collocano i controllori, quali membri indipendenti di tale consesso. Peraltro, come è stato notato, un segnale sistematico della possibile adozione di tale modello è contenuto nell'art. 71 della l. 18 giugno 2009 n.



69, il quale prevede per le società pubbliche non quotate un organo di controllo interno con il compito di riferire ad un comitato eventualmente costituito all'interno dell'organo di amministrazione [in senso favorevole all'adozione di tale modello si veda anche sul punto, NICOLAI, 2012].

#### 4. *Alcune considerazioni sulla tutela del socio privato minoritario.*

Nella trattazione che precede si sono affrontate, senza pretesa di esaustività, alcune delle principali questioni attinenti alla *governance* delle società pubbliche in cui la partecipazione del pubblico poteva essere o minoritaria, come nel caso della nomina pubblica diretta, o di controllo, nell'ipotesi dell'esenzione dall'applicazione della responsabilità per direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. Abbiamo anche visto quanto i poteri di nomina diretta e l'esenzione dello Stato (ma per taluni riferibile anche degli enti pubblici locali, come detto *supra*) dall'applicazione della disciplina sulla responsabilità per direzione e coordinamento, presenti numerosi dubbi e criticità anche alla luce degli orientamenti comunitari di grande sfavore verso strumenti legislativi tesi ad attribuire al pubblico prerogative speciali se non giustificate da superiori interessi nazionali.

La prospettiva che si vuole offrire ora è diversa, in quanto si intende considerare la situazione in cui la posizione del socio di maggioranza è ricoperta dal socio pubblico e non dal privato. In tale caso, alla luce del tradizionale insegnamento che riconduce la partecipazione pubblica/privata ad una correlativa distinzione dei relativi interessi, è indispensabile comprendere se vi siano strumenti in mano alla minoranza privata, in grado di contrastare o controbilanciare lo "strapotere" del pubblico. Al riguardo, va precisato che la posizione del socio privato nelle società che gestiscono servizi pubblici locali, è espressamente disciplinata dalla legge; al riguardo, l'art. 23-bis, comma 2, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni nella l. 6 agosto 2008, n. 133 (nella formulazione modificata dall'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135), stabilisce che la gestione di tali servizi può essere affidata anche «*a società a partecipazione mista pubblica privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica...le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento*».

Tra i principi di buona *governance* societaria, il citato documento OCSE annovera, tra i tanti, i meccanismi che assicurino la trasparenza sulle scelte di gestione e sulle ragioni che hanno indotto il socio pubblico al loro sostegno, la proporzionalità tra il potere del socio e la partecipazione al capitale, la piena imputabilità per le scelte di gestione ed appunto, anche la tutela della c.d. minoranza privata.

Soffermandoci su quest'ultimo profilo va innanzitutto rilevato come l'ordinamento, almeno sulla carta, disponga di alcuni strumenti che, se opportunamente utilizzati, potrebbero essere utili al raggiungimento dello scopo. Tra questi, si ricorda il meccanismo del voto di lista, peraltro raccomandato dal documento OCSE, come metodo in grado di consentire ai soci privati la nomina "riservata" di componenti dell'organo di gestione per contrastare il potere "sproporzionato" del socio pubblico; oppure, si pensi ai c.d. codici etici, maggiormente diffusi nelle società miste quotate ed in connessione con la predisposizione dei modelli organizzativi richiesti dal d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa delle società [VANONI, 2011].

Con riferimento al voto di lista, la già citata sentenza della Corte di Giustizia europea nel procedimento AEM/Federconsumatori ritengo sia un caso paradigmatico al fine di comprendere quale debba essere il *driver* per un uso appropriato di tale meccanismo di elezione degli organi sociali in presenza dell'esercizio del socio pubblico delle prerogative di nomina pubblica diretta. È ben evidente quindi, anche alla luce della giurisprudenza richiamata e precedentemente illustrata, come in tali situazioni il socio pubblico non possa beneficiare, da un lato, del potere speciale in parola e dall'altro della facoltà di concorrere a livello assembleare al meccanismo del voto di lista.

Una soluzione sarebbe pertanto quella di escludere statutariamente il socio pubblico dalla possibilità di concorrere all'elezione degli organi sociali mediante tale modalità, magari attraverso l'incorporazione di tale "diritto" in una azione c.d. di categoria emessa a favore dello Stato e/o dell'ente pubblico.

Al riguardo, credo siano fondamentali alcune precisazioni.

La soluzione ipotizzata considera la situazione in cui, innanzitutto, la società pubblica sia stata costituita sotto forma di società per azioni: modello che per anni è stato sovente utilizzato come strumento per esercitare i servizi pubblici locali. Tuttavia, come noto, per la sua migliore elasticità e duttilità, si sta affermando ora la tendenza a costituire società a responsabilità limitata, in cui, peraltro, non si pongono nemmeno i problemi suscitati dall'art. 2449 c.c., in quanto norma non applicabile a tale modello societario. Ciò non significa, si badi bene, che nelle s.r.l. non si possa configurare una nomina diretta del socio pubblico, ma semplicemente che l'effetto perseguito da tale "misura nazionale" – per utilizzare un'espressione cara alla giurisprudenza comunitaria – è conseguibile grazie agli strumenti civilistici offerti dall'autonomia statutaria quali i c.d. «*particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili*», predicati dall'art. 2468, co. 3, c.c. In altri termini, pare ben ammissibile che, data la struttura personalistica di tale modello societario, si pervenga all'attribuzione statutaria (*rectius*: nell'atto costitutivo) del diritto di nomina extra-assembleare con espressa indicazione (anche nominativa) del socio pubblico beneficiario. Discor-

so diverso per le s.p.a., ove, come noto, posto che l'indicazione nominativa non è ammissibile, tutti i diritti amministrativi (o patrimoniali) eventualmente attribuiti al socio pubblico sono da questo detenuti solo in quanto titolare di un'azione di categoria portatrice di quei diritti speciali e ciò per l'applicazione del principio dell'eguaglianza e omogeneità della partecipazione azionaria [CAMPOBASSO, 2008]. La questione, che può apparire capziosa e formalistica, in realtà ha un impatto considerevole in sede di stesura degli atti organizzativi delle società, in quanto impone di considerare la questione della successiva (ed eventuale) circolazione dell'azione munita del "potere speciale" [in generale, sulle modalità di cessione della partecipazione nelle spa pubbliche, si veda GUIDA, 2010].

Tornando al tema in discussione, pare evidente che la finalità di assicurare un'adeguata tutela agli azionisti "privati" di minoranza possa essere raggiunta attraverso adeguate pattuizioni inserite in patti parasociali. Al riguardo, non ci si può però esimere dall'osservare come il legislatore speciale in numerose occasioni, tra le altre si vedano da ultime le innovazioni introdotte col d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102, sembra essersi invece orientato nell'ottica del ridimensionamento degli spazi dell'autonomia statutaria [per maggiori approfondimenti, NICOLAI, 2012]. Infatti, le norme volte a predeterminare *ex lege* il numero degli amministratori nominabili, così come la predeterminazione delle modalità di conferimento delle deleghe gestorie, talora anche con regimi derogatori rispetto al diritto societario comune, sono solo alcuni degli strumenti in grado di irrigidire la struttura societaria, tanto da impedire di considerare le variabili inerenti alla natura ed alla dimensione dell'attività in concreto perseguita dalla società pubblica, senza contare che tali disposizioni si applicano a società non quotate controllate direttamente o indirettamente dallo Stato e quindi potenzialmente ad un ampio spettro di società operanti nel settore dei servizi pubblici.

### *Bibliografia*

- BALLARINO - BELLODI, *La Golden Share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Riv. soc.*, 2004, 1 e ss.;
- BELTRAMI, "Decreto Alitalia": *un nuovo capitolo nella storia della procedura di amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 599;
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, 6° ed., 2008, Torino, 203 e ss.;
- CARIELLO, *Brevi note sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497*, in *Le società a partecipazione pubblica*, Quaderni Cesifin, a cura di F. Guerrera, Torino, 2010, 167 e ss.;

- CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale*, vol. IV, *Amministratori - Direttore generale*, Torino, 1991, 8-9;
- CASTELLANO, *Interpretazione autentica della legge e politica del diritto*, in *Pol. del dir.*, 1971, 599;
- DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali*, Torino, 2010, 8 e 54 e ss.;
- FRACCHIA - OCCHIENA, *Società pubbliche tra golden share e art. 2449: non è tutto oro ciò che luccica*, in *Giust. Amm.*, 2007, 438;
- FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Libro V, *Del Lavoro*, Artt. 2325-2461, V ed., Bologna-Roma, 1982, 916;
- GHEZZI, *Commento sub art. 2449-2451*, in *Commentario delle società a cura di Marchetti, Ghezzi, Notari, Bianchi*, Milano, 2010, 58;
- GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2004, 842;
- GUIDA, *Aspetti e problemi della circolazione delle partecipazioni*, in *Le società a partecipazione pubblica*, Quaderni Cesifin, a cura di F. Guerrera, Torino, 193 e ss.;
- IBBA, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in F.G. Nardone, U. Tombari, (a cura di), *Il sistema dualistico: prospettive e potenzialità applicative*, Torino, 2009, 113;
- JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, 136;
- LO CASCIO, *Insolvenza Alitalia: nuova versione dell'amministrazione straordinaria*, in *Falimento*, 2008, 1115;
- MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1954, I, 712;
- MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 337;
- MÜLLBERT, *Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht*, in *ZHR*, 1999, 20;
- NICOLAI, *Regole organizzative e autonomia statutaria nella recente legislazione sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 90 e ss., spec., 123;
- OECD, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises - A Survey of OECD Countries*, 2005;
- PORTALE, *Fondazioni bancarie e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 34;
- PRESTI - RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, II, in *Società*, III ed., Bologna, 2007, 185;
- SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009, 294-295;
- SANTOSUOSSO, *I sistemi di amministrazione e controllo delle società a partecipate da enti pubblici*, in *Le società a partecipazione pubblica*, F. Guerrera (a cura di), Torino, 2010, 139 e ss.;
- SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 2, *Assemblea-Amministrazione*, Torino, 2006, 685 e ss.;
- VANONI, *Le società miste quotate in mercati regolamentati*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, 2011, 229;

*Giurisprudenza*

Corte di Giustizia europea, 4 giugno 2002, causa C-503/99, *Commissione c. Regno del Belgio e Regno Unito*, in [http://curia.europa.eu](http://curia.europa.eu;);

Corte di Giustizia europea, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04, *Federconsumatori e altri c. Comune di Milano*, in *Foro it.*, 2008, IV, 67 ss. ed in *Giur. comm.*, 2008, II, 925 e ss.

## IV. La responsabilità da reato delle società pubbliche

Salvatore Cimini

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 alle società pubbliche. – 3. La responsabilità amministrativa da reato degli enti. – 4. I modelli organizzativi preventivi.

### 1. Premessa

In adempimento di obblighi internazionali, l'Italia ha disciplinato la responsabilità degli enti collettivi per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Si tratta di una normativa particolarmente innovativa per il nostro ordinamento, perché supera il principio della esclusiva ascrivibilità della responsabilità penale alla sola persona fisica.

Per espressa disposizione legislativa, tale peculiare responsabilità si applica «agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica», ma non si estende «allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale» (art. 1, c. 2 e 3, d.lgs. n. 231/2001).

Gli enti pubblici, in generale, sono quindi esonerati dall'applicazione della normativa di cui al d.lgs. n. 231/2001.

Come si legge nella Relazione al decreto in parola, l'esclusione degli enti pubblici dall'ambito di operatività della norma si giustifica per due ordini di ragioni: «Per un verso, la sanzione pecuniaria comminata nei confronti dell'ente a soggettività pubblica avrebbe sortito un effetto general- e special-preventivo fortemente attenuato rispetto a quello suscettibile di prodursi nei confronti di enti a soggettività privata e più sensibili alla ragione economica, essendo comunque destinata a tradursi in un disservizio per la generalità dei cittadini. Per altro verso [...], la scelta dei reati, in uno con ulteriori indizi normativi desumibili soprattutto dalla disciplina civilistica (calibrata sulle società commerciali), consente di ritenere con ragionevole certezza che il legislatore delegante avesse di mira la repressione di comportamenti illeciti nello svolgimento di attività di natura squisitamente economica, e cioè assistite da fini di profitto. Con la conseguenza di escludere tutti quegli enti pubblici che, seppure sprovvisti di pubblici poteri, perseguono e curano interessi pubblici prescindendo da finalità lucrative».

L'unica categoria di enti pubblici espressamente inclusi nell'ambito di operatività del d.lgs. n. 231/2001 è quella degli enti pubblici economici, che, com'è noto, rappresenta ormai una categoria in via di estinzione, essendo tali enti stati trasformati, durante la fase di privatizzazione, in società per azioni (peraltro con capitale prevalentemente o totalmente pubblico). L'estensione agli enti pubblici economici della disciplina sulla responsabilità amministrativa da reato si desume a contrario dall'estromissione degli enti pubblici non economici [PAOLOZZI, 2005].

Del resto, la citata relazione è chiara sul punto: «enti a soggettività pubblica, e tuttavia privi di poteri pubblici, sono i c.d. enti pubblici economici, i quali agiscono *iure privatorum* e che, per questa ragione, meritano una equiparazione agli enti a soggettività privata anche sotto il profilo della responsabilità amministrativa derivante da reato. Nessuna obiezione (pratica o teorica), dunque, all'inserimento degli stessi nel novero dei destinatari del sistema».

## 2. *L'applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 alle società pubbliche.*

Con riferimento alle società pubbliche, si è discusso circa la loro inclusione tra i soggetti a cui è possibile applicare la disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001 [sul punto v. CUGINI, 2011].

Parte della dottrina ritiene senz'altro applicabile alle società miste il d.lgs. n. 231 del 2001, osservando come il legislatore non abbia inteso disporre alcun discrimine all'interno delle diverse forme societarie, parlando genericamente all'art. 1 del decreto di "società", e sottolineando come anzi si prospetta la creazione di una zona di impunità laddove si dovesse pervenire ad escludere ipotesi in cui il rischio di illeciti è maggiormente elevato a cagione di un controllo più tenue da parte dello Stato [ZANALDA-BARCELLONA, 2002; CADOPPI-GARUTI-VENEZIANI, 2010].

Altra parte della dottrina, invece, ha aderito ad una interpretazione opposta, ritenendo che l'esclusione delle società miste dall'applicazione del d.lgs. n. 231 del 2001 trovi fondamento sia nella natura di ente pubblico di tale soggetto giuridico, sia nei vincoli imposti al funzionamento della società stessa [MANACORDA, 2006].

In proposito, la Cassazione ha di recente chiarito che la natura pubblicistica di un ente costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero della disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001, dovendo altresì concorrere la condizione che l'ente non svolga attività economica [Cass. Pen., Sez. II, 9 luglio 2010, n. 28699; Cass. Pen., Sez. II, 26 ottobre 2010, n. 234]. Secondo la giurisprudenza, cioè, dal tenore letterale della norma in esame emerge che i requisiti che devono

contemporaneamente sussistere per esonerare un ente dalla disciplina in parola sono due: uno soggettivo, la sua natura pubblicistica, e l'altro funzionale, il non svolgere un'attività economica.

Se, quindi, un ente avente natura pubblicistica svolge un'attività economica, si applicano ad esso le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 231/2001, come si desume del resto dalla circostanza che la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche è prevista in connessione con reati come la concussione, in cui la necessaria qualifica soggettiva del soggetto agente postula la natura pubblicistica dell'attività espletata [sottolinea questo profilo il p.m. nella sentenza della Cass. n. 28699/2010].

Sempre la stessa giurisprudenza, ricorda come, ai sensi dell'art. 2247 c.c., ogni società, proprio in quanto tale, è costituita pur sempre per l'esercizio di un'attività economica al fine di dividerne gli utili, a prescindere da quella che sarà poi la destinazione degli stessi, se realizzati [Cass., n. 28699/2010]. Corollario di questo percorso argomentativo è che il soggetto pubblico costituito in forma di s.p.a. ha sempre natura economica, con la conseguenza che ad esso si estende la disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi [Cass., n. 28699/2010].

Più in particolare, la Cassazione ha riconosciuto la natura privatistica delle società miste (di quelle società, cioè, costituite sia da capitale privato, sia da capitale pubblico), ritenendo senz'altro applicabile a loro la disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2001 [Cass., 26 agosto 1998, n. 8454; Id., 6 maggio 1995, n. 4989].

Seguendo il ragionamento della Suprema Corte nella sentenza n. 28699 del 2010, sembra che qualsiasi soggetto pubblico costituito in forma di s.p.a. abbia sempre natura economica [GRINDATTO, 2011]. Se così è, a tali enti dovrebbe estendersi la disciplina dettata dal d.lgs. n. 231 del 2001, almeno quando ad essi venga affidata la gestione di un servizio pubblico di rilevanza economica (come, ad esempio, la gestione dello smaltimento dei rifiuti: sul punto v. Cass. n. 234/2010). Del resto, è vero che le società pubbliche che hanno una partecipazione di capitale pubblico maggioritaria o esclusiva conservano la loro marcata matrice pubblicistica, ma ciò potrebbe non rappresentare un ostacolo, dal momento che, come sottolineato sempre dalla Suprema Corte, la natura pubblica dell'attività esercitata dall'ente nei cui confronti si procede non comporta l'inapplicabilità delle disposizioni del d.lgs. n. 231 del 2001 [Cass. n. 234/2010; sulla possibilità di estendere l'operatività del d.lgs. n. 231/2001 a tutti gli enti pubblici v. FRIDELBO, 2010, secondo cui a mettere in crisi l'esclusione dei soggetti pubblici dalla responsabilità amministrativa da reato concorrono ormai due fenomeni: l'ingresso tra i reati presupposto dei delitti colposi, come quelli in materia di infortuni sul lavoro, e la crisi evidente dell'ente pubblico economico].



La giurisprudenza ha altresì precisato che anche quando le società svolgono funzioni di rilievo costituzionale, come quelle sanitarie (di tutela della salute), se si configura l'elemento della economicità ad esse si applica comunque la disciplina sulla responsabilità amministrativa da reato. Seguendo questa linea interpretativa, la Suprema Corte ritiene che non si possa qualificare come di rilievo costituzionale la funzione di una s.p.a. che opera nel settore sanitario, perché la funzione di una s.p.a. è pur sempre quella di realizzare un utile economico [Cass., n. 28699/2010]. Anche in una pronuncia di poco successiva, la Cassazione ha dichiarato che non è possibile riconoscere tralaticciamente a soggetti organizzati in veste di società per azioni funzioni di rilevanza costituzionale (così da escluderli dall'ambito di operatività del decreto, il quale, come s'è già detto, non si applica agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale) [Cass. n. 234/2010].

In definitiva, è lo svolgimento di un'attività economica a comportare per l'ente pubblico, e quindi anche per le società pubbliche, l'assoggettamento alla disciplina sanzionatoria prevista dal d.lgs. n. 231/2001.

Va osservato, però, che la premessa dalla quale parte la Suprema Corte non è del tutto condivisibile, non essendo «*vero che qualunque ente costituito in forma di società per azioni persegue per ciò solo (esclusivamente) uno scopo di lucro*» [così DI GIOVINE, 2011]. E ciò vale naturalmente anche per gli enti pubblici che si dotano di una forma organizzativa societaria. La Cassazione sembra confondere lo scopo di lucro con il ricorso a criteri imprenditoriali nella gestione di mezzi e personale [così ancora DI GIOVINE, 2011].

È stato altresì rilevato che ai soggetti pubblici è ormai pacificamente applicabile il principio di economicità, inteso quale efficace ed efficiente gestione delle risorse disponibili, con la conseguenza che il mero svolgimento dell'attività dell'ente in economia non può essere considerato elemento sufficiente per ritenere che si sia innanzi ad un ente pubblico economico, come tale chiaramente incluso nel campo applicativo del decreto [CUGINI, 2011].

Sussiste poi un'altra problematica scaturita dall'inclusione di soggetti pubblici nell'ambito applicativo della responsabilità da reato. Si è osservato che «*tali soggetti potrebbero rivelare una sostanziale 'insensibilità' alle sanzioni ad essi applicate, dal momento che non corrono il rischio di essere messi fuori dal mercato ovvero di perdere il patrimonio sociale, come invece può accadere per le società private*» [FIDELBO, 2010]. Senza dire poi delle conseguenze che le sanzioni applicate possono avere sull'ente pubblico che svolge un pubblico servizio [FIDELBO, 2010]. Per superare queste problematiche, si è posto l'accento sulla necessità di individuare nuove tipologie sanzionatorie che si adattino alle caratteristiche di soggetti a vocazione pubblicistica, suggerendo come possibile soluzione sanzionatoria quella dello scioglimento degli organi di governo dell'ente da parte del giudice, soluzione che non comporta da parte di quest'ultimo alcuna intromissione nella scelta

del nuovo vertice, ma solo la nomina di un commissario per un limitato periodo di tempo [FIDELBO, 2010].

### 3. La responsabilità amministrativa da reato degli enti.

Quanto al contenuto del d.lgs. n. 231 del 2001, si è già detto che tale decreto disciplina una responsabilità penale peculiare perché riferita ad una persona giuridica. Probabilmente per non cozzare apertamente contro il principio di personalità della responsabilità penale scolpito nell'art. 27 Cost., il d.lgs. n. 231/2001 qualifica formalmente la responsabilità in parola come «*responsabilità amministrativa dell'ente*». La relazione che accompagna il decreto fa a sua volta riferimento ad «*un tertium genus, che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo*». Nei fatti, comunque, si tratta di una responsabilità penale o quantomeno di una responsabilità “para-penale”, considerato che essa deriva “da reato” e viene accertata nel “processo penale” [FIORELLA, 2006; BARTOLOMUCCI, 2004; va segnalato, tuttavia, che sulla natura di questa responsabilità gli orientamenti della dottrina penalistica sono diversi e discordi].

Per imputare l'illecito all'ente, il d.lgs. n. 231 del 2001 fissa anzitutto il criterio secondo il quale il reato dev'essere commesso a suo “interesse” o “vantaggio” (art. 5, c. 1). Interesse che deve essere accertato *ex ante*, mentre il vantaggio non può che risultare *ex post*. Se si considera però che il vantaggio può essere del tutto eventuale ed occasionale, slegato cioè dal reato (nel senso che si potrebbe avere un vantaggio per l'ente anche se il reato è stato posto in essere contro l'interesse del medesimo), e che lo stesso art. 5, c. 2, esclude la responsabilità dell'ente laddove l'autore abbia agito nell'interesse proprio o esclusivo di terzi, non si può che leggere l'art. 5 cit. in modo restrittivo. Anche il principio di personalità porta verso questo sentiero interpretativo, considerato che la mera ricaduta “a vantaggio” sembra cozzare contro il richiamato principio sancito dall'art. 27 Cost. Cossicché, è ragionevole ritenere che la responsabilità può essere ascritta all'ente per la condotta tenuta nel suo interesse, produca essa o meno un vantaggio al medesimo [così FIORELLA, 2006].

L'altro criterio di imputazione del fatto all'ente, fissato sempre dall'art. 5 cit., riguarda i soggetti che hanno posto in essere il fatto illecito: l'ente è responsabile soltanto se l'autore del reato è una persona che riveste funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente, ovvero se esercita, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso. L'ente risponde anche se il reato non è stato commesso dalle richiamate persone che si trovano in posizione apicale, ma da soggetti a loro sottoposti con obblighi di direzione o vigilanza. L'art. 5 cit. sembra quindi ascrivere la responsabilità all'ente per il fatto dei suoi dipendenti

in virtù della teoria della c.d. “immedesimazione organica” [in tal senso DE MAGLIE, 2002].

Il successivo art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 esclude l’ascrizione della responsabilità amministrativa all’ente qualora quest’ultimo si sia dotato ed abbia efficacemente attuato modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire il fatto di reato. Ne discende che «*la mancata adozione di adeguati modelli organizzativi diviene il terzo criterio di imputazione del fatto all’ente*». Anzi, se si ammette che nella logica della legge l’apparato della modellistica indica «*la necessità di accertare una reale connessione tra il reato e la politica generale dell’ente – magari per verificare se i modelli fossero in sé idonei (e solo un comportamento fraudolento abbia potuto aggirarli) – dovrebbe concludersi nel senso che la connessione ‘reato-inadeguatezza della struttura’ sia alla base dell’imputazione*» [FIORELLA, 2006].

L’accertamento dell’imputabilità deve avvenire «*in concreto*», nel senso che è necessario accertare che il fatto di reato sia stato «*in concreto*» favorito dalla difettosa organizzazione dell’ente [FIORELLA, 2006].

Il decreto 231/2001, poi, all’art. 6, c. 1, lett. b), riconosce l’efficacia esonerante dei modelli preventivi se l’ente ha istituito un organismo di vigilanza, dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, cui affidare il compito di vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli, nonché di curarne il loro aggiornamento. Tale adempimento non è richiesto negli enti di piccole dimensioni e con poco personale, dove tali compiti possono essere svolti direttamente dall’organo dirigente (v. art. 6, c. 4, d.lgs. n. 231/2001) o, nelle società di capitali, dal collegio sindacale, dal consiglio di sorveglianza e dal comitato per il controllo della gestione (v. il c. 4-*bis* dell’art. 6 cit., introdotto dall’art. 14, c. 12, l. 12 novembre 2011, n. 183) [sul punto v. CECCHERINI, 2010].

Inoltre, per andare esente da responsabilità, l’ente deve dimostrare che le persone che hanno commesso il reato abbiano fraudolentemente eluso i modelli preventivi e che non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell’organismo dell’ente a tal fine istituito (art. 6, c. 1, lett. *c*) e *d*), del d.leg. n. 231/2001). Una disciplina simile, ma meno rigorosa, è prevista dal decreto in esame nelle ipotesi in cui il reato sia stato posto in essere dai sottoposti e sia stato reso possibile dalla carenza dei modelli organizzativi. Come notato in dottrina, «*la posizione para-apicale ha un valore meno indiziario della partecipazione dell’ente all’illecito; dunque solo carenze organizzative più rilevanti possono condurre a presumere il suo coinvolgimento*» [FIORELLA, 2006].

Riassumendo, perché si possa affermare la responsabilità di un ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, sono necessarie alcune condizioni che devono ricorrere congiuntamente: anzitutto è necessario che sia stato commesso uno dei reati di cui al d.lgs. n. 231/2001; è necessario poi che il reato presupposto sia stato commesso da una persona fisica che abbia con l’ente rapporti di tipo organiz-

zativo funzionale; il reato deve essere stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente [interesse e vantaggio che debbono essere verificati in concreto, nel senso che la società deve ricevere una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato presupposto: così Cass., sez. IV, 18 gennaio 2011, n. 24583]; inoltre, per essere imputato all'ente il reato deve essere: commesso o agevolato dall'apice; causato in concreto da inefficienze organizzative; reso possibile da modelli preventivi non idonei anche secondo il normale funzionamento; dovuto ad una «elusione non fraudolenta dei modelli preventivi» [FIORELLA, 2006].

#### 4. I modelli organizzativi preventivi.

L'adozione dei modelli di organizzazione idonei a prevenire la commissione di reati è configurata dal d.lgs. n. 231/2001 in termini di facoltatività e non di obbligatorietà [come evidenziato da PAOLOZZI, 2005]. Tuttavia, se l'ente non adotta il modello organizzativo preventivo si espone al rischio di essere condannato per gli illeciti commessi dai suoi amministratori e dipendenti. Pertanto, qualora l'ente non voglia correre questo rischio, deve adottare il modello, che diventa così un adempimento necessario (per completezza, va ricordato che, ai sensi dell'art. 6, c. 1, del d.lgs. n. 231/2001, per avvantaggiarsi dell'esimente di responsabilità, l'ente deve anche dotarsi di un organismo di controllo cui affidare il compito di curare la predisposizione, l'aggiornamento e la vigilanza sul funzionamento dei modelli; deve altresì verificarsi la duplice condizione che le persone che hanno commesso il reato abbiano eluso fraudolentemente i modelli organizzativi e non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di vigilanza).

Il sistema di imputazione del fatto di reato all'ente ruota dunque principalmente intorno ai modelli organizzativi preventivi.

Se l'ente non adempie alla sua funzione preventiva di adottare ed efficacemente attuare modelli di organizzazione idonei a prevenire la commissione di reati, può essere considerato in colpa, perché contravviene a regole cautelari. Si potrebbe cioè ipotizzare, in tali casi, una responsabilità dell'ente per violazione delle norme di prudenza e di diligenza.

Qualora invece l'ente adotti e dia attuazione ad adeguati modelli preventivi, ad esso non può essere imputata alcuna condotta colposa (e quindi nessuna responsabilità), perché l'ente ha in tal modo osservato le regole cautelari per prevenire reati. In detti casi, è come se mancasse una «colpa dell'organizzazione» [FIORELLA, 2006].

Il d.lgs. n. 231 del 2001, all'art. 6, c. 2, prevede che i modelli preventivi debbano soddisfare le seguenti esigenze: individuare le attività nel cui ambi-

to possono essere commessi reati; prevedere protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; individuare idonee modalità di gestione delle risorse finanziarie in modo da impedire la commissione di reati; introdurre un adeguato sistema disciplinare. Nell'ambito del modello organizzativo un ruolo importante è riservato al Codice etico, il quale deve contenere le norme comportamentali e i principi ai quali devono ispirarsi tutti i dipendenti, a pena di sanzioni disciplinari.

Secondo la giurisprudenza, un adeguato modello preventivo richiede: un'analisi approfondita della realtà aziendale, delle caratteristiche del mercato di riferimento e delle possibili modalità attuative dei reati presupposto, la successiva parcellizzazione e procedimentalizzazione dei momenti della vita aziendali, la separazione dei compiti tra i soggetti coinvolti nelle fasi cruciali dei processi a rischio, la previsione di procedure di *feed-back*, la formazione specifica del personale esposto, un sistema disciplinare che sanzioni le manchevolezze degli addetti alle funzioni di controllo [così MOREZZI, 2008, che richiama Trib. Napoli, 26 giugno 2007].

È importante, inoltre, che l'ente si doti di un adeguato assetto tecnico con riguardo alla normativa in materia di igiene e sicurezza sul lavoro, visto il particolare rigore che il decreto mostra per reati di questa fattispecie (v. art. 25-*septies* del d. lgs. n. 231/2001, introdotto dall'art. 9 della l. 3 agosto 2007, n. 123, e successivamente sostituito dall'art. 300 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81) [rimarca questo profilo MOREZZI, 2008; in argomento v. anche NUCCIO, 2008]. Giova segnalare che di recente sono stati introdotti come reati presupposto numerosi reati ambientali (v. art. 25-*undecies* d.lgs. n. 231/2001, introdotto dall'art. 2, c. 2, d.lgs. 7 luglio 2011, n. 121).

Va sottolineato, peraltro, che non è sufficiente che l'ente adotti un adeguato modello preventivo per andare esente da responsabilità, ma è altresì necessario che dia effettiva attuazione allo stesso. A tal fine, l'art. 7, c. 4, del d.lgs. n. 231/2001, chiarisce che l'efficace attuazione del modello richiede: una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione dell'attività; un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Per escludere la colpevolezza dell'ente il modello preventivo deve essere efficace. Il che non vuol dire che debba riuscire a prevenire tutti i reati. Anche con un efficiente modello organizzativo preventivo si possono infatti verificare dei reati: se ciò avviene, però, non si può ascrivere alcuna colpa alla persona giuridica. Secondo la dottrina penalistica, in detti casi si dovrebbe parlare di un'area di «*rischio permesso*» di realizzazione di fatti criminosi; rischio che diviene lecito nella misura in cui si dimostri che oggettivamente l'ente abbia adottato cautele idonee a prevenire reati della stessa specie di quello commesso [FIORELLA, 2006].

Imputando la responsabilità all'ente collettivo per il fatto che non ha prevenuto la commissione dell'illecito penale mediante un adeguato modello organizzativo preventivo, il d.lgs. n. 231/2001 si ispira ad uno schema di responsabilità che è evidentemente quello della responsabilità colposa [PELISSERO-FIDELBO, 2002]. In tali casi l'ente risponde per l'illecito commesso dal dipendente e risponde anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile (art. 8 del d.lgs. n. 231/2001): si attua così uno sganciamento della responsabilità dell'ente dall'identificazione del reo precludendo comode vie di fuga, certamente possibili in organizzazioni imprenditoriali che presentano una certa complessità [VINCIGUERRA, 2004].

Qualora il modello organizzativo non venga adottato o sia palesemente inadeguato, si possono rinvenire profili di responsabilità in capo agli amministratori e all'intero consiglio di amministrazione. In queste ipotesi sembra possibile la revoca degli amministratori dall'incarico per giusta causa (specie nell'ipotesi in cui la mancata adozione del modello dipenda da gravi carenze degli assetti aziendali) anche prima che si produca il danno [MOREZZI, 2008].

Se invece il modello adottato viene dichiarato idoneo, ma non è stato concretamente attuato, occorrerebbe vagliare la posizione dell'organismo di vigilanza, le informazioni a disposizione dei soggetti coinvolti, l'esatto adempimento dei reciproci doveri di vigilanza, anche alla luce degli artt. 2381 e 2392 c.c. [così ancora MOREZZI, 2008].

Va evidenziato, infine, che l'adozione di modelli organizzativi *ex* d.lgs. n. 231/2001 è particolarmente importante anche perché costituisce una componente necessaria all'adeguatezza degli assetti aziendali, nel senso che le misure idonee alla prevenzione dei reati devono essere collocate all'interno di quelle dettate per assicurare all'impresa gli assetti adeguati, ai sensi degli artt. 2381 e 2403 c.c., che ne costituiscono presupposto necessario [in questi termini MOREZZI, 2008; sugli assetti adeguati v. *infra* il contributo di DE GREGORIIS].

### *Bibliografia*

- BARTOLOMUCCI, *Corporate governance e responsabilità delle persone giuridiche. Modelli preventivi ad efficacia esimente ex d.lgs. n. 231/2001*, Milano 2004, 23;
- CADOPPI-GARUTI-VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Bologna, 2010, 86;
- CECCHERINI, *L'organo di vigilanza e la piccola impresa nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Le Società*, 2010, 137 e ss.;
- CUGINI, *Le società miste al confine della responsabilità amministrativa da reato degli enti*, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1909;
- DE MAGLIE, *Responsabilità delle persone giuridiche: pregi e limiti del d.lgs. n. 231/2001*, in *Danno e resp.*, 2002, 248;

- DI GIOVINE, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1889 e ss.;
- FIDELBO, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in *Cass. pen.*, 2010, 4079 e ss.;
- FIGLIOLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, voce del *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano 2006, 5101;
- GRINDATTO, *Sulla responsabilità da reato di una società azionaria svolgente attività ospedaliera*, in *Giur. It.*, 2011, 1;
- MANACORDA, *La responsabilità amministrativa delle società miste*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 1, 156 ss.;
- MOREZZI, *Modelli organizzativi ex d. lgs. n. 231/2001 e assetti adeguati ex art. 2381 c.c.: spunti di riflessione in tema di colpa di organizzazione*, in *Il Nuovo diritto delle Società*, 2008, 37 e ss.;
- NUCCIO, *La colpa di organizzazione alla luce delle innovazioni legislative apportate dalla legge 123/2007*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2008, 47 e ss.;
- PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti «amministrativi» da reato (D.lgs. n. 231 del 2001)*, Torino, 2005, 39;
- PELISSERO-FIDELBO, *La «nuova» responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2002, 580;
- SEAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, 167;
- VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d.leg. n. 231/2001)*, a cura di Vinciguerra-Ceresa Gastaldo-Rossi, Padova, 2004, 11;
- ZANALDA-BARCELONA, *La responsabilità amministrativa delle società e i modelli organizzativi*, Milano, 2002, 8.

## V. *Corporate Governance* e obbligo di adozione di assetti adeguati

Lorenzo De Gregoriis

SOMMARIO: 1. *Corporate Governance* e regole di correttezza della gestione societaria. – 2. Il principio di adeguatezza e il quadro normativo di riferimento. – 3. Adeguatezza e procedimentalizzazione: modelli e assetti organizzativi. – 4. L'applicabilità del principio di adeguatezza alle società a responsabilità limitata. Il punto sulle società pubbliche.

### 1. *Corporate Governance* e regole di correttezza della gestione societaria.

Il tema che mi è stato assegnato impone di riflettere preliminarmente sui termini che compongono il titolo dell'intervento. Il problema riguarda, da un lato, la definizione di "*Corporate Governance*" (da adesso in poi: C.G.) e, dall'altro, la demarcazione dell'obbligo di adozione, da parte dell'ente societario, degli "assetti adeguati". Connesso a quest'ultimo problema, è infine l'esame del soggetto e dell'oggetto dell'adeguatezza. Che cosa, infatti, deve essere "adeguato" e rispetto a quale oggetto deve essere rapportata la stessa adeguatezza [sul punto BUONOCORE, 2006, che pone l'accento sulla non piena autosufficienza del verbo "adeguare"].

Iniziamo dunque dal primo aspetto per passare poi all'esame, nel paragrafo successivo, del concetto (*recte*, del principio) di "adeguatezza" degli assetti societari. Si può invero osservare che il corretto inquadramento della "*corporate governance*" sfugga, in larga parte, perfino agli aziendalisti. Basti pensare che di tale lemma si danno molteplici definizioni, non sempre coincidenti. Secondo una nozione molto ampia, la C.G. riguarda «*the way in which companies are directed and controlled*», ossia il modo in cui le imprese sono gestite e controllate [MAUGERI, 2002; ENRIQUES, 2003]. Secondo una definizione un po' più stretta, il governo di impresa o "governo societario" va inteso come l'insieme delle regole che disciplinano la gestione della società. Ancora più complessa, infine, è un'altra definizione, secondo cui la C.G. rappresenta l'insieme di regole, di fonte pubblica o privata, che disciplinano l'organizzazione, e in particolare le attribuzioni di natura gestoria ovvero di controllo assegnate a ciascun organo della società, nonché le situazioni soggettive di soggetti esterni ad essa, che attribuiscono a questi ultimi poteri assimilabili a forme di controllo [POLI S., 2010].



Le ultime due definizioni sono senz'altro più familiari a un giurista, che con le regole quotidianamente lavora. Tali definizioni, finalmente, permettono anche di capire perché il diritto sia chiamato a occuparsi di un tema economicamente rilevante. In effetti, il richiamo alle regole di organizzazione societaria conduce naturalmente al valore, per così dire, che si nasconde dietro alle regole stesse, che è quello della correttezza della gestione. Le regole che disciplinano la gestione della società, infatti, mirano anche alla realizzazione di un buon governo societario, e non potrebbe essere diversamente. Tuttavia, il richiamo alle “regole” di correttezza non offre la misura della vastità del fenomeno e dell'importanza di tali regole. Queste, infatti, possono essere sia giuridiche che non giuridiche. Non sono giuridiche, per quanto importanti, le regole di autodisciplina o di autodeterminazione o di *self regulation*, che rappresentano delle linee di condotta che le società dettano a se stesse per ordinare i propri comportamenti in maniera responsabile. Un esempio importante è al riguardo rappresentato dall'ultimo Codice di autodisciplina delle società quotate, varato il 5 settembre 2011 e realizzato da un comitato composto da rappresentanti di emittenti e di associazioni di categoria. La non giuridicità delle norme del Codice, qualora si voglia accogliere una tra le diverse tesi sull'origine del fenomeno giuridico, si ricava dalla spontaneità del comportamento adesivo e dalla libera conformazione alle regole dettate dal codice da parte delle società italiane quotate in borsa. Un esempio invece importante di uso di regole giuridiche nella disciplina della C.G. è dato invece, qualora volessimo addurre come esempio un modello non italiano, dal *Corporate Governance Code*, ossia dal Codice relativo al governo societario, entrato in vigore nel Regno Unito nel giugno del 2010.

## 2. *Il principio di adeguatezza e il quadro normativo di riferimento.*

In Italia, un'importante opera di giuridicizzazione delle regole di correttezza della gestione societaria, ricavate per lo più dalla scienza aziendalistica [BUONOCORE, 2006; IRRERA, 2005; MONTALENTI, 2005, secondo il quale il rispetto delle regole, anche tecniche e non solo giuridiche di buona gestione è, dunque, oggi norma di diritto comune], si è avuta con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, al quale va il merito di aver introdotto nell'ordinamento delle società di capitali un principio, qual è quello di “adeguatezza” dell'organizzazione societaria, che «*era pressoché ignoto alla problematica giuridica anteriforma*» [BUONOCORE, 2006, 7].

Come è stato opportunamente segnalato dalla dottrina, tale principio rinvia la propria fonte in una molteplicità di disposizioni, la maggior parte delle quali introdotte dal testo di riforma societaria del 2003, altre ancora già previste dal Testo unico in materia di intermediazione finanziaria (D.Lgs. 24 feb-

braio 1998, n. 58 - T.U.I.F.). Occorre qui soltanto aggiungere che l'applicazione del canone generale di adeguatezza è indifferente al modello di *corporate governance* concretamente adottato dalla società, sia esso "tradizionale" o "monistico" o ancora "dualista" [sul punto, per una sintetica ma efficace rappresentazione dei modelli di *governance*, FERRARA F. JR. - CORSI F., 2006]. E così, nel modello c.d. tradizionale di amministrazione e controllo, caratterizzato dalla presenza del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, il comma 3 dell'art. 2381 c.c. dispone che il c.d.a. «sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società», laddove il comma 5 dello stesso articolo specifica che «gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa». Nello stesso senso, infine, il comma 1 dell'art. 2403 c.c. attribuisce al collegio sindacale il dovere di vigilare «sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento». In maniera non dissimile, nel c.d. sistema dualistico, che prevede l'attribuzione della funzione amministrativa al consiglio di gestione, in luogo del consiglio di amministrazione, e della funzione di controllo al consiglio di sorveglianza, in luogo del collegio sindacale, l'art. 2409 *terdecies* riserva a quest'ultimo, tra le altre cose, «le funzioni di cui all'art. 2403, primo comma», ossia, per l'appunto, la vigilanza sui principi di corretta amministrazione e di adeguatezza dell'assetto societario [IRRERA, 2005]. Talune lievi differenze nell'enunciazione linguistica del principio di adeguatezza si hanno, infine, nel modello c.d. monistico, nel quale la scomparsa del collegio sindacale è bilanciata, quanto all'esercizio della funzione di controllo, dalla istituzione di un comitato costituito all'interno del consiglio di amministrazione. In tal caso è disposto dunque che tale "comitato per il controllo sulla gestione" «vigila sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sull'idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione» (art. 2409 *octiesdecies*, comma 5, lett. b)) [sul punto si veda MONTALENTI, 2005, per il quale la locuzione «struttura organizzativa», impiegata dall'art. 2409 *octiesdecies*, co. 5, lett. b), può ritenersi coincidente con la locuzione «assetto organizzativo», di cui all'art. 2403, co. 1; IRRERA, 2005].

Quanto sopra ricordato, deve ora precisarci che l'adeguatezza, limitandoci alla enunciazione formale del principio, è rapportata agli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società. Una parte della dottrina tende tuttavia ad ampliare il punto di ancoraggio soggettivo del principio, riferendolo anche agli «assetti patrimoniali» e all'«assetto tecnico» [BUONOCORE, 2006], nonché, più audacemente, alla comunicazione d'impresa [SCARPA, 2010, secondo il quale l'impresa «deve dotarsi di una struttura organizzativa adeguata alla continua comunica-

zione che la stessa deve fornire al suo interno e all'esterno, al fine di garantire ai terzi il rispetto di criteri precauzionali nelle scelte adottate». L'adeguatezza patrimoniale era, infatti, già prevista dalle norme del codice civile, ancora prima della formale introduzione del principio in esame [BUONOCORE, 2006, per il quale l'adeguatezza patrimoniale è l'unica della quale la dottrina anteriforma e in qualche caso anche la giurisprudenza si sono occupati in modo organico]. In relazione, invece, all'organizzazione tecnica, si sostiene che l'adeguatezza debba coinvolgere non solo i luoghi dove si svolge l'attività d'impresa, ma anche gli stessi macchinari e le attrezzature adoperate per produrre beni o somministrare i servizi [BUONOCORE, 2006], al fine di ridurre al minimo il rischio tecnologico e la conseguente responsabilità di impresa.

Dal punto di vista dell'oggetto, invece, assodato il carattere necessariamente "relazionale" del principio dell'adeguatezza («adeguato rispetto a cosa?») [BUONOCORE, 2006, 13], deve rilevarsi che l'unica disposizione dalla quale possono trarsi elementi utili per la sua definizione è il comma 5 dell'art. 2381 c.c., che parla di assetto adeguato «alla natura e alle dimensioni dell'impresa». La definizione dell'oggetto dell'adeguatezza passa dunque attraverso un criterio quantitativo, legato al coefficiente dimensionale dell'impresa, e un criterio ontologico, che si basa sull'attività concretamente esercitata dall'impresa. Entrambi i requisiti, peraltro, corrispondono a loro volta ai «due più elementari parametri di classificazione e di valutazione delle imprese» [BUONOCORE, 2006, 11], che sono rappresentati, quanto alle "dimensioni" dell'impresa, dall'art. 2083 c.c. e, in riferimento alla sua "natura", dall'art. 2195 c.c.

### 3. Adeguatezza e procedimentalizzazione: modelli e assetti organizzativi.

Due anni prima della riforma del diritto societario licenziata nel 2003 la stessa materia era stata scossa da un terremoto di portata epocale, con l'introduzione, per opera del D.Lgs. n. 231 del 2001, del principio della responsabilità amministrativo-penale delle società. Per effetto dell'operare congiunto delle due normative ora ricordate, l'adeguatezza, intesa come parametro di valutazione della correttezza della gestione societaria, può essere dunque riferita a due distinte entità giuridiche. Essa può essere infatti rapportata tanto ai "modelli organizzativi" che la società deve adottare, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 231/2001, per poter adeguatamente prevenire la commissione di specifici reati, quanto agli "assetti organizzativi" di cui le società per azioni devono adeguatamente dotarsi, in relazione alla «natura e alle dimensioni dell'impresa» [cfr. art. 2381, c. 5, c.c.], per orientare in maniera responsabile la gestione.

Dal complesso della disciplina emerge dunque un'attenzione particolare per l'aspetto procedimentale della gestione societaria. In tal senso la dottrina afferma che predisporre gli assetti vuol dire "procedimentalizzare" l'organizzazione aziendale [LIBONATI, 2004], ed ancora nel medesimo senso si osserva che «*avere assetti adeguati significa impostare e realizzare un sistema complessivo di operazioni tra loro coordinate e atte ad garantire risultati soddisfacenti. Suddividere per fasi i diversi processi deve contribuire a ridurre la possibilità di errore. Ogni fase dell'attività d'impresa viene contenuta in un procedimento, e quest'ultimo viene valutato a priori per comprendere la sua idoneità ("adeguatezza"), e successivamente monitorato e controllato affinché venga effettivamente applicato*» [GALGANO, 2011].

La procedimentalizzazione della gestione societaria, che rappresenta, in base a quanto si è osservato, «*una tendenza costante in tutta la più recente attività di impresa*» [IRRERA, 2008] assume una speciale rilevanza per le società pubbliche le quali, nei limiti in cui siano riconducibili alle norme del diritto pubblico, operano secondo moduli procedimentali cari al diritto amministrativo. Tuttavia, la spinta alla procedimentalizzazione dell'amministrazione societaria va anche vista come un singolare fenomeno di attrazione, nell'orbita delle capacità e dei poteri di diritto privato, di un fenomeno tipico del diritto amministrativo.

#### *4. L'applicabilità del principio di adeguatezza alle società a responsabilità limitata. Il punto sulle società pubbliche.*

Un problema particolarmente avvertito concerne l'estensione dell'obbligo di adozione degli assetti adeguati delle società per azioni alle altre società di capitali, e principalmente alle società a responsabilità limitata, nonché, in ogni caso, alle c.d. società pubbliche. La rilevanza di tale problema si basa sulla circostanza che, come si è già visto nei paragrafi che precedono, l'obbligo di munirsi di "assetti adeguati" è stato formalmente contemplato soltanto per le società per azioni. Si noti da subito, peraltro, che il problema potrebbe essere risolto accedendo all'autorevole tesi di chi ritiene essere stato introdotto, grazie alla riforma del diritto societario del 2003, un autentico "principio di adeguatezza" degli assetti organizzativi delle società, senza alcuna differenza in relazione al modello o tipo societario concretamente individuato [BUONOCORE, 2006], ovvero, aderendo alla diversa prospettiva di chi ha sostenuto che gli articoli 2381, 2403 e 2392 c.c. abbiano elevato a "clausola generale" i principi di corretta amministrazione societaria [IRRERA, 2005; SCARPA, 2010; *contra*, BUONOCORE, 2006]. Sennonché, la rilevata affermazione del principio o della clausola generale non impedisce in ogni caso di interrogarsi sugli altri percorsi esegetici praticabili per giustificare l'even-

tuale estensione alla società a responsabilità limitata e alle società pubbliche della regola di adeguatezza degli assetti organizzativi.

Il problema della estensibilità alle società a responsabilità limitata dell'obbligo degli amministratori di costruire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati è legato essenzialmente al "silenzio" della disciplina, che nulla stabilisce al riguardo [IRRERA, 2005]. Una parte della dottrina basa allora il proprio giudizio favorevole di compatibilità sulla valorizzazione del principio di corretta amministrazione, al quale in ogni caso gli amministratori delle società devono conformarsi [IRRERA, 2005]. Si sostiene, pertanto, che l'obbligo concernente la creazione di assetti adeguati rappresenti una proiezione del principio suindicato [IRRERA, 2005], che è dunque in grado di conformare il contenuto concreto delle prestazioni degli amministratori, in maniera non dissimile da ciò che accade con la clausola generale della diligenza ai sensi dell'art. 2392 c.c., ritenuta applicabile alle s.r.l. per quanto formalmente collocata nel Capo V del Libro V c.c. sulle società per azioni [IRRERA, 2005].

Per quanto concerne, invece, l'applicabilità del dovere di adozione degli assetti adeguati alle società pubbliche, il problema è in parte condizionato dalla presenza di una norma di diritto positivo, ossia dell'art. 2451 c.c. che così recita «*le disposizioni di questo capo (sulle società di capitali, n.d.r.) si applicano anche alle società per azioni d'interesse nazionale, compatibilmente con le disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti*». Tale norma, tuttavia, è applicabile non a tutte le società che perseguono interessi pubblici, ma soltanto alle società per azioni di interesse nazionale. Un esempio meno recente di questo tipo di società è rappresentato dalle banche di interesse nazionale, aventi natura privatistica ma assoggettate a regole speciali, che la legge bancaria del 1936 disciplinava accanto alle casse di risparmio e agli istituti di credito di diritto pubblico [CLARICH, 2009]. Per esse, dunque, la regola è quella dell'applicabilità delle disposizioni di diritto comune, qualora le «*leggi speciali*», come prescrive la norma, non stabiliscano una disciplina derogatoria. Non vi è alcun dubbio, pertanto, che tale modello societario pubblicistico non sfugga all'applicazione del principio di adeguatezza degli assetti organizzativi, neppure quando, si badi bene, si tratti di società operanti a livello esclusivamente regionale, poiché il riferimento contenuto nella norma alla natura "nazionale" dell'interesse perseguito dall'ente è interpretato in dottrina come sinonimo del più ampio interesse pubblico «*che abbraccia, indubbiamente, anche l'interesse alla promozione di una sola parte, appunto una regione, del territorio unitario dello Stato*» [CENDON, 2010]. E così, per fare un esempio, deve dotarsi di assetti adeguati sotto il profilo organizzativo, amministrativo e contabile, la Rai-Radiotelevisione Italiana s.p.a. che, ai sensi dell'art. 49, c. 2, del D.Lgs. 31 luglio

2005, n. 177, T. U. della Radiotelevisione, è assoggettata alla disciplina delle società per azioni «*anche per quanto concerne l'organizzazione e l'amministrazione*» [CENDON, 2010].

Il problema dell'applicabilità del principio di adeguatezza, peraltro, rimane aperto per tutte le altre società pubbliche, diverse da quelle che hanno la struttura formale di una società per azioni, per le quali, dunque, non trova applicazione la norma-guida di cui all'art. 2451 c.c. Una parte della dottrina ritiene tuttavia applicabili anche ad esse il complesso delle regole comuni del diritto societario, salvo le deroghe che siano assolutamente necessarie per il perseguimento degli interessi pubblici, ma con il limite della stretta osservanza del principio di proporzionalità [CLARICH, 2009, per il quale occorre chiedersi se e in quale misura l'interesse pubblico sotteso alla costituzione delle società pubbliche possa giustificare deroghe, in taluni casi assai marcate, alla disciplina societaria di diritto comune]. Nello stesso senso si esprime chi ritiene che la questione della natura, pubblico o privata, delle società a capitale pubblico sia irrilevante, dovendosi in ogni caso applicare il regime giuridico generale che deriva dalla riconducibilità dell'ente allo schema societario disciplinato nel libro quinto del codice civile [URSI, 2008].

Deve in ogni caso rilevarsi che il “canone di adeguatezza” è in ogni caso entrato a far parte anche del regime delle società pubbliche, grazie alla legge finanziaria per il 2008. La legge 24 dicembre 2007 n. 244, infatti, all'art. 3 c. 30, così dispone: «*le amministrazioni che, nel rispetto del comma 27, costituiscono società o enti, comunque denominati, o assumono partecipazioni in società, consorzi o altri organismi, anche a seguito di processi di riorganizzazione, trasformazione o decentramento, adottano, sentite le organizzazioni sindacali per gli effetti derivanti sul personale, provvedimenti di trasferimento delle risorse umane, finanziarie e strumentali in misura adeguata alle funzioni esercitate mediante i soggetti di cui al presente comma e provvedono alla corrispondente rideterminazione della propria dotazione organica*». In buona sostanza, dunque, le amministrazioni pubbliche riconducibili alla definizione di cui all'art. 1, c. 2, del D.Lgs. n. 165/2001, nel momento in cui costituiscono nuove società o partecipano a società già costituite, devono provvedere a dotare tali soggetti delle risorse umane, finanziarie e strumentali “adeguate” in rapporto alle funzioni esercitate. L'obiettivo della norma, oltre a quello di impedire che le amministrazioni pubbliche costituiscano “scatole vuote”, ossia prive di quel minimo di sostrato organizzativo e materiale che ne garantisce l'operatività [PIPERATA, 2009], sembra essere peraltro proprio quello di ottenere, anche per le società pubbliche e per effetto del richiamo al principio di adeguatezza, il rispetto delle regole di correttezza nella gestione societaria.

*Bibliografia*

- BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione e responsabilità: chiose sull'art. 2391, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. Comm.*, 2006, 33, 1;
- MAUGERI, *Regole autodisciplinari e controllo societario*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, 88 ss.;
- ENRIQUES, *Codice di corporate governance, diritto societario e assetti proprietari: alcune considerazioni preliminari*, in *Banca Impr. e Soc.*, 2003, 97;
- IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005;
- MONTALENTI P., *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, *Giur. Comm.*, 2005, 1;
- FERRARA F. JR. - CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, XIII ed. Milano, 2006, 645 ss.;
- SCARPA, *Comunicazione d'impresa tra studio di sistema e nuove prospettive*, in *Contr. Impr.*, 2010, 3, 802 ss.;
- LIBONATI, B., *L'impresa e le società*, Milano, Giuffrè, 2004, 264-265;
- GALGANO, F., (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*; Vol. 60, *Le clausole generali nel diritto societario*, a cura di MERUZZI G., TANTINI G., Padova, 2011, 198;
- IRRERA, *Le operazioni con parti correlate: procedure interne e comitato di amministratori indipendenti nel documento di consultazione Consob del 9 aprile 2008*, Relazione al Convegno "Le operazioni con parti correlate", Milano, 25-26 giugno 2008;
- CLARICH M., *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 2009, 2, 255;
- CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile, artt. 2421-2451. Società per azioni*, Milano, 2010, 825 ss.;
- URSI, *Il patrimonio delle società a capitale pubblico*, in AA.VV., a cura di Police A., *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, 131 ss.;
- PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *Il lavoro nelle Pubbl. Amm.*, 3-4, 2009, 653.



## VI. La responsabilità sociale di impresa e le società pubbliche

DOMENICO SICLARI\*

SOMMARIO: 1. L'applicazione della responsabilità sociale d'impresa alle società pubbliche. – 2. Bilancio sociale e modalità di applicazione al settore pubblico. – 3. Le esperienze di applicazione del bilancio sociale alle società pubbliche: il caso di Poste Italiane s.p.a. – 4. Problemi e prospettive.

### 1. *L'applicazione della responsabilità sociale d'impresa alle società pubbliche.*

L'applicazione dei principi e delle prassi relativi alla responsabilità sociale d'impresa [sulla quale v., *ex multis*, F. CAFAGGI, 2005; R. COSTI, 2005; F. DENOZZA, 2005; A. ANTONUCCI, 2007; A. GIGANTE, 2008] alle società pubbliche presuppone che si dia per accettata la visione che l'impresa abbia dei doveri nei confronti di una pluralità di soggetti o di istanze sociali, che non sono riassumibili nel perseguimento del mero risultato reddituale [P.L. SACCO - M. VIVIANI, 2008, 318]. Tale nota *stakeholder theory* implica quindi il riferimento non solo al mero interesse sociale – che, nel linguaggio prettamente giuridico, designa l'interesse «che può essere considerato proprio dell'ente società (in particolare società per azioni) e che funge da parametro per il comportamento degli amministratori (tenuti ad operare le loro scelte in funzione del perseguimento di tale interesse) e dà limite al potere di maggioranza, le cui decisioni, assunte nell'interesse proprio ed in contrasto con l'interesse sociale, possono essere invalidate e rese non vincolanti» [F. DENOZZA, 2005, 143] – ma ad una serie di interessi esterni, molti dei quali propri della collettività dei consociati, che la società in mano pubblica è chiamata tanto più a interpretare e a soddisfare, stante la sua peculiare natura di strumento delle politiche pubbliche e di erogazione di servizi e di prestazioni in qualche modo connessi agli interessi della sfera pubblica. Si tratterebbe, in sostanza, del cosiddetto “interesse sociale allargato”, che risulterebbe espresso nella procedura di attuazione della responsabilità sociale e che supererebbe, pertanto, quello ristretto usualmente perseguito nel diritto societario [L. SACCONI, 2005, 129].

---

\* Consigliere parlamentare, Professore a contratto di *Advanced Law for Economics* nell'Università Sapienza di Roma [[siclari\\_d@camera.it](mailto:siclari_d@camera.it)].



In generale, mediante l'applicazione degli strumenti della responsabilità sociale l'impresa cerca di bilanciare, in concreto, le esigenze della propria attività con gli interessi della comunità in cui è inserita, dandosi regole di condotta, promosse anche dal legislatore comunitario e statale, a beneficio dei dipendenti, dei fornitori, del mercato, dell'ambiente sociale circostante, del territorio di riferimento, nella convinzione che oltre a un auspicato vantaggio reputazionale, l'impatto positivo sui diversi destinatari possa produrre anche un vantaggio di natura economica [A. CASOTTI, 2005].

Nelle considerazioni del legislatore europeo, la responsabilità sociale d'impresa consiste «*nell'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate. Essere socialmente responsabili significa non solo soddisfare pienamente gli obblighi giuridici applicabili, ma anche andare al di là investendo "di più" nel capitale umano, nell'ambiente e nei rapporti con le parti interessate. L'esperienza acquisita ... suggerisce che, andando oltre gli obblighi della legislazione le imprese potevano aumentare la propria competitività. L'applicazione di norme sociali che superano gli obblighi giuridici ... può avere un impatto diretto sulla produttività. Si apre in tal modo una strada che consente di gestire il cambiamento e di conciliare lo sviluppo sociale con una maggiore competitività*» [COMMISSIONE EUROPEA, 2001].

In dottrina, mentre tra gli economisti si individua nella responsabilità sociale d'impresa «un modello di *governance* allargata d'impresa, in base alla quale chi governa l'impresa ha responsabilità che si estendono dall'osservanza di doveri fiduciari nei riguardi della proprietà ad analoghi doveri fiduciari nei riguardi in generale di tutti gli *stakeholder*» [L. SACCONI, 2004, 112], nell'analisi giuridica si è riscontrato come la responsabilità sociale attenga piuttosto all'attività dell'impresa, mentre riguarderebbe solo di riflesso la sua organizzazione [F. CAFAGGI, 2005, 236].

Strumenti tipici della responsabilità sociale d'impresa sono il bilancio sociale, il bilancio ambientale, il bilancio di missione, i codici etici, le cosiddette carte dei valori aziendali. Dal punto di vista della società pubblica che le deve applicare, le norme di condotta che essa si autoimpone di osservare possono rientrare tra i cosiddetti «*social motives*» (e in parte tra i cosiddetti «*normative motives*») – intesi come «*the extent to which the firm and its managers are committed to earning the approval and respect of others*» [v. così V.L. NIELSEN - C. PARKER, 2012, 428] –, che inducono l'impresa stessa a osservarle, anche in assenza di uno specifico *enforcement* pubblicistico o di responsabilità civilistica. Destinatari di una tale «accettazione sociale» sarebbero «*other businesses, trading partners, employees, customers, local communities, the wider public, family, and friends*», rilevandosi che, in particolare, anche l'accettazione dei *regulators* può essere intanto importante in quanto «*regulated businesses may have a relationship with regulators, especially if they in-*

*teract with them on multiple occasions»* [V.L. NIELSEN - C. PARKER, cit.]. In definitiva, si constata che la reputazione attiva «una sorta di circolo virtuoso che si autoalimenta e che consente l'adesione spontanea alle norme sociali, cioè le rende autovincolanti: infatti seguire le norme crea reputazione, la reputazione induce una risposta cooperativa da parte degli stakeholders e quindi offre un beneficio a chi segue le norme stesse, il quale trae un incentivo dalla loro osservanza» [L. SACCONI, 2004, 133].

Dal punto di vista dell'efficiente erogazione del servizio pubblico ovvero delle prestazioni della società pubblica, una tale accettazione sociale rientra inoltre tra i fattori determinanti la motivazione del rendimento d'impresa [P. E. CREWSON, 1997, 499; D. HOUSTON, 2000, 713], contribuendo così a determinare l'erogazione di un pubblico servizio "etico" [H.G. RAINEY, 1982, 288].

## 2. Bilancio sociale e modalità di applicazione al settore pubblico.

Nell'ambito degli strumenti di responsabilità sociale d'impresa che vengono applicati, nelle prassi attuali, dalle società pubbliche, acquista un'importanza fondamentale il cosiddetto bilancio sociale, in quanto finalizzato a dar conto del complesso delle attività dell'amministrazione e a rappresentare in un quadro unitario il rapporto tra visione politica, obiettivi, risorse e risultati [DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA - FORMEZ, 2006, 19].

In sostanza, se il tradizionale bilancio economico ha per oggetto la redditività dell'impresa, il bilancio sociale guarda alla reputazione dell'impresa nel mercato, fornendo "risposte" in termini di formazione della proprietà ["identità aziendale"] e rendiconto sull'utilizzo della ricchezza prodotta, mediante il dialogo con gli *stakeholders* [RACUGNO, 2009]. Le prassi di pubblicazione del bilancio sociale sono tuttavia ancora disomogenee, come anche la sua diffusione [ad esempio, la pubblicazione del bilancio sociale è molto diffusa nel settore bancario: F. VIGANÒ - D. NICOLAI, 2009; C. CARNEVALE - M. MAZZUCA, 2012; R. McCORMICK, 2012].

In ambito pubblico [per cui v., in generale, L. HINNA, 2006], la direttiva del Ministro della Funzione pubblica sulla rendicontazione sociale nelle amministrazioni pubbliche del 2006 (in G.U. - Serie generale n. 63 del 16 marzo 2006), adottata in continuità con altre iniziative progettuali, tra le quali si annovera, nel 2004, la pubblicazione di un Manuale per la realizzazione del bilancio sociale nelle amministrazioni pubbliche dal titolo "Rendere conto ai cittadini", che ha consentito, nel corso del 2005, una sperimentazione del bilancio sociale in un centinaio circa di amministrazioni pubbliche di diversi livelli di governo, definisce il bilancio sociale come «il documento, da realizzare con cadenza periodica, nel quale l'amministrazione riferisce, a beneficio di tutti i suoi interlocutori privati e pubbli-

*ci, le scelte operate, le attività svolte e i servizi resi, dando conto delle risorse a tal fine utilizzate, descrivendo i suoi processi decisionali ed operativi. Tale strumento può incidere positivamente sul sistema di relazioni in cui l'amministrazione è inserita. In particolare, esso può contribuire a migliorare: la dimensione contabile, in quanto può integrare e rivitalizzare il sistema di rendicontazione dell'uso delle risorse economico-finanziarie già adottato secondo le diverse discipline normative vigenti; la dimensione comunicativa, ponendosi, per il suo contenuto al centro delle relazioni con i portatori di interesse; la dimensione della responsabilità politica, poiché si inserisce nel sistema della rappresentanza, attraverso una maggiore trasparenza e visibilità delle scelte politiche e una possibilità di valutazione della capacità di governo; la dimensione di funzionamento, in quanto responsabilizza le amministrazioni alla sostenibilità della spesa pubblica, anche con riferimento ai nuovi vincoli posti dal patto di stabilità europeo e dalle azioni di risanamento del deficit pubblico; la dimensione strategico-organizzativa, come strumento efficace per riorientare, nell'ottica del cittadino, i processi di pianificazione, programmazione e controllo e per ripensare l'assetto organizzativo dell'ente; la dimensione professionale, in quanto orienta l'organizzazione del lavoro alla consapevolezza e al miglioramento dei risultati prodotti per i destinatari, valorizzando e sviluppando le competenze e le professionalità e fornendo nuove occasioni di motivazione e di responsabilizzazione degli operatori».* Si ammette esplicitamente che la rendicontazione sociale delle amministrazioni pubbliche, rispondendo alle esigenze conoscitive dei diversi interlocutori [singoli cittadini, famiglie, imprese, associazioni, altre istituzioni pubbliche o private] e consentendo loro di comprendere e valutare gli effetti dell'azione amministrativa, può essere considerata come una risposta al deficit di comprensibilità dei sistemi di rendicontazione pubblici *«in termini di trasparenza dell'azione e dei risultati delle amministrazioni pubbliche, di esplicitazione delle finalità, delle politiche e delle strategie, di misurazione dei risultati e di comunicazione».*

Quanto al contenuto del bilancio pubblico, esso dovrebbe contenere informazioni su valori di riferimento, visione e programma dell'amministrazione, dovendo l'amministrazione esplicitare la propria identità attraverso i valori, la missione e la visione che orientano la sua azione, chiarendo gli indirizzi che intende perseguire e le priorità di intervento; su politiche e servizi resi, dovendo l'amministrazione rendere conto del proprio operato nelle diverse aree di intervento e dei risultati conseguiti in relazione agli obiettivi dichiarati; su risorse disponibili e utilizzate, dovendo l'amministrazione rendere conto delle risorse utilizzate, delle azioni poste in essere e dei risultati conseguiti con la loro gestione.

Come nel settore privato, anche per le amministrazioni pubbliche è promosso il meccanismo di *stakeholder engagement and participation*, in quanto si prescrive una circostanziata attività di comunicazione del bilancio sociale finalizzata alla sua diffusione e alla sua partecipazione all'interno e all'esterno dell'am-

ministrazione [cfr. L. MICHELINI, 2006] e, più in generale, alla costruzione di un “dialogo permanente” con i destinatari del documento [DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA - FORMEZ, 2006, 38]. Nel dialogo permanente con i diversi interlocutori, l’amministrazione è onerata a prevedere forme di partecipazione del bilancio sociale e di raccolta di giudizi, valutazioni e commenti da parte dei destinatari (ad esempio, mediante incontri pubblici con i cittadini e con i diversi interlocutori, sondaggi di opinione, forum *on line*), al fine di valutare il gradimento e l’efficacia comunicativa del bilancio sociale e a ricevere il giudizio dei destinatari sui risultati raggiunti.

### 3. Le esperienze di applicazione del bilancio sociale alle società pubbliche: il caso di Poste italiane s.p.a.

Numerose sono oramai le prassi di applicazione del bilancio sociale nell’attività della pubblica amministrazione e delle società pubbliche. Esperienze di applicazione del bilancio sociale si riscontrano, ad esempio, nelle università, ove i “pionieri” della rendicontazione sociale sono la Scuola Superiore Sant’Anna, la Scuola Normale Superiore di Pisa e le università di Bari, di Cagliari, di Firenze, dell’Insubria, di Ferrara, di Macerata, del Sannio [per una lettura critica del fenomeno della rendicontazione sociale negli atenei italiani v. C. DEL SORDO - S. PAZZI - B. SIBONI, 2010]. Numerose esperienze si riscontrano, poi, nella sanità pubblica, ove il bilancio sociale inizia ad essere utilizzato dalle aziende sanitarie locali [A.D. BARRETTA - P. MONFARDINI, 2009; F. ROSATI, 2009].

Nell’ambito delle società pubbliche, non potendo in questa sede esperire un’indagine onnicomprensiva del fenomeno, risulta comunque utile fare alcuni cenni all’esperienza in materia di Poste Italiane s.p.a., la maggiore società pubblica italiana per fatturato e numero di dipendenti, avente quale socio unico il Ministero dell’economia e delle finanze, nonché, ai sensi del d.lgs. n. 58 del 2011, fornitore del servizio universale postale per quindici anni a decorrere dal 30 aprile 2011, al fine di comprendere come la teoria sia stata applicata nella prassi della gestione dell’impresa pubblica.

Nella comunicazione istituzionale di tale società pubblica [<http://www.poste.it/azienda/chisiamo/bilanciosociale.shtml>] si può leggere che il bilancio sociale costituisce «il principale strumento di comunicazione delle politiche di sostenibilità ed è rivolto alla pluralità di soggetti che a diverso titolo sono interessati ai risultati raggiunti dall’azienda e alle modalità con cui questi sono perseguiti», specificandosi che “le informazioni riportate nel Bilancio Sociale hanno l’obiettivo di soddisfare le esigenze informative di tutti gli *stakeholder* di Poste Italiane: azionisti, dipendenti, clienti *business* e *retail*, Pubblica Amministrazione, fornitori, associa-

zioni di rappresentanza, collettività. Tale obiettivo è perseguito tramite il riferimento ai principi e ai contenuti della rendicontazione sociale indicati dalle linee guida riconosciute a livello internazionale (GRI3) e nazionale (GBS, *Social Statement*) in materia di redazione di bilanci di sostenibilità. Il periodo di rendicontazione e i dati di natura economico-finanziaria riportati sono coerenti con quelli del Bilancio di Poste Italiane, costituendone il necessario complemento».

Fra gli *stakeholders*, il bilancio sociale relativo all'anno 2011 include la "collettività", termine con cui si indicano "tutti i cittadini italiani e stranieri che possono avere rapporti con Poste Italiane ed essere influenzati dalla sua attività, organizzazioni *no profit* (nazionali e internazionali) e associazioni culturali e filantropiche, comunità locali", e l'ambiente, inteso come "contesto ambientale esterno (ecologico e geografico), nonché future generazioni" [POSTE ITALIANE, *Bilancio Sociale 2011*, 17].

Viene poi correttamente enfatizzato il ruolo dei meccanismi di *stakeholder engagement and participation*, come espressione, in termini di procedure organizzative, della responsabilità sociale d'impresa, prevedendosi sia strumenti di comunicazione con gli *stakeholders*, sia strumenti di comunicazione e di ascolto con clientela, utenti e cittadini [POSTE ITALIANE, *Bilancio Sociale 2011*, 20-21].

Come strumenti della responsabilità sociale d'impresa, la società pubblica in discorso ha poi definito diversi codici di condotta: il "Codice etico", che contiene i principi che ogni lavoratore è tenuto a rispettare, promuovendone la diffusione in qualità di strumento fondamentale per il governo delle relazioni tra l'azienda e i suoi *stakeholders*; il "Codice di comportamento Fornitori e Partner", che definisce le linee guida etico-sociali alle quali devono attenersi tutte le imprese fornitrici e che integra automaticamente i contratti e le convenzioni stipulati dalla società; la "Carta dei valori", espressione degli ideali ai quali tutti i dipendenti devono ispirarsi per svolgere l'attività lavorativa; la "Carta dei valori ambientali", che contiene i principi e le strategie aziendali in tema di ambiente [POSTE ITALIANE, *Bilancio Sociale 2011*, 14].

Le informazioni contenute nel bilancio sociale rivestono contenuti anche più concreti e direttamente utili per i consumatori: basti pensare alla sezione dedicata alle procedure di reclamo per la tutela del cliente, nei casi di mancato rispetto di oggettive e misurabili aspettative di servizio, ovvero delle condizioni stabilite dalla carta dei servizi o relative ai livelli di servizio dichiarati. Le precise indicazioni contenute per sporgere reclamo sui servizi postali, con il riferimento anche alla Carta della qualità aziendale [POSTE ITALIANE, *Bilancio Sociale 2011*, 82], fanno sì che il bilancio sociale diventi non solo uno strumento di rendicontazione dei risultati, ma anche uno strumento informativo e di tutela della clientela, propedeutico all'apertura di momenti di contatto e confronto, anche ai fini di rapide soluzioni stragiudiziali di eventuali controversie.

#### 4. Problemi e prospettive.

L'applicazione alle società pubbliche degli strumenti della responsabilità sociale d'impresa, ed in particolare dello *stakeholder engagement and participation*, va senz'altro promosso, quale strumento utile alla creazione di reputazione e fiducia, sia nell'ottica della massimizzazione del risultato d'impresa sia nell'ottica di un adempimento degli obiettivi pubblicitari e, *lato sensu*, sociali che spesso rientrano, pure implicitamente, nell'oggetto delle società in mano pubblica.

In questo senso, pare bene attagliarsi alle società pubbliche la teoria della *governance multistakeholders*, pur dovendosi fare riserva di ulteriori approfondimenti sulla sua relazione con la tradizionale formulazione giuridica dell'interesse sociale [sull'interesse pubblico connesso o derivante dalla partecipazione azionaria pubblica nelle società miste v., ad esempio, il recente contributo di C. MARCOLUNGO, 2010 nonché, più in generale, sulla rilevanza dell'interesse pubblico nelle società in mano pubblica, i noti studi monografici di F. GOISIS, 2004, 113 ss. e M. ANTONIOLI, 2008, 77 ss.].

L'adozione degli strumenti della responsabilità sociale d'impresa si rende poi necessaria per evitare che le società pubbliche si trovino in situazioni di svantaggio concorrenziale nei confronti delle imprese private che operano nello stesso settore commerciale e che applicano i principi e le prassi della responsabilità sociale d'impresa.

Fra le criticità che si possono prefigurare, particolare attenzione dovrà essere posta al comportamento dei *managers*, spesso punto dolente nell'organizzazione gestionale delle società pubbliche. Se il meccanismo di *enforcement* delle norme di autoregolazione in materia di responsabilità sociale d'impresa consiste nella costruzione della reputazione, il mantenimento della reputazione da parte degli amministratori costituisce l'incentivo principale al conseguente comportamento della società pubblica.

Altro profilo critico attiene poi al fatto che, spesso, le iniziative di responsabilità sociale d'impresa sono messe in atto e riguardano soltanto la società pubblica capogruppo, lasciando invece in un cono d'ombra le altre società del gruppo, che pure dovrebbero evidentemente partecipare al perseguimento delle finalità proprie della società pubblica capogruppo [sulla distinzione tra interesse sociale e interesse del gruppo v., da ultimo, M. MAUGERI, 2012]. Ad esempio, il bilancio sociale di Poste Italiane s.p.a. per l'anno 2011 dichiara espressamente che il relativo perimetro di rendicontazione riguarda, laddove non specificamente indicato, le sole azioni poste in essere dalla Capogruppo [POSTE ITALIANE, *Bilancio Sociale 2011*, pag. 6].

## Bibliografia

- M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008;
- A. ANTONUCCI, *La responsabilità sociale d'impresa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 4, II, 119 ss.;
- A.D. BARRETTA - P. MONFARDINI, *Utilizzo e vantaggi del bilancio sociale in sanità: analisi di un caso aziendale*, in *Azienda Pubblica*, 2009, 3, 481 ss.;
- L. BECCHETTI, *Responsabilità sociale e performance d'impresa: una riflessione sui più recenti risultati empirici*, in *Bancaria*, 2005, 10, 14 ss.;
- A. BONFANTI, *Responsabilità sociale d'impresa e violazioni dei diritti umani, alla luce delle Linee guida OCSE per le imprese multinazionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, 2, 421 ss.;
- F. CAFAGGI, *La complementarità tra responsabilità sociale e responsabilità giuridica d'impresa*, in L. SACCONI [a cura di], *Guida critica alla responsabilità sociale d'impresa*, Roma, Bancaria, 2005, 219 ss.;
- C. CARNEVALE - M. MAZZUCA, *Disclosure volontaria e valore di mercato: un'analisi empirica sull'impatto del bilancio sociale nel settore bancario europeo*, in *Banca impresa società*, 2012, 1, 49 ss.;
- A. CASOTTI, *La responsabilità sociale delle imprese. Definizione, certificazione, bilancio sociale e codici etici*, Torino, 2005;
- A. CETRA, *Art. 6 - Responsabilità patrimoniale. Disciplina dell'impresa sociale. Commento all'art. 6 del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1-2, 399 ss.;
- COMMISSIONE EUROPEA, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, 2001, n. 366;
- R. COSTI, *La responsabilità sociale d'impresa e il diritto azionario italiano*, in *Bancaria*, 2005, 4, 22 ss.;
- P. E. CREWSON, *Public Service Motivation: Building Empirical Evidence of Incidence and Effect*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 7, 1997, 499 ss.;
- F. DENOZZA, *Interesse sociale e responsabilità sociale d'impresa*, in L. SACCONI [a cura di], *Guida critica alla responsabilità sociale d'impresa*, Roma, Bancaria Editrice, 2005, 143 ss.;
- DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA - FORMEZ, *Bilancio sociale. Linee guida per le amministrazioni pubbliche*, Roma, 2006;
- G. FELICI, *Responsabilità sociale d'impresa e bilancio sociale*, in *Regioni e comunità locali*, 2003, 1-2, 25 ss.;
- A. GIGANTE, *La politica delle istituzioni comunitarie in materia di responsabilità sociale d'impresa: voluntary o mandatory approach?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 4, 1991 ss.;
- A. GIGANTE, *Orientamenti in tema di responsabilità sociale d'impresa nell'Unione europea: il regime della responsabilità solidale dei subappalti*, in *Diritto rel. ind.*, 2009, 2, 485 ss.;
- F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004;



- E. GRANATA, *Banca e responsabilità sociale d'impresa tra prescrizioni normative e autoregolamentazioni*, in *Bancaria*, 2005, 12, 27 ss.;
- GRI - GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *Sustainability reporting guidelines*, 2002, in *www.globalreporting.org*;
- L. HINNA, *Il bilancio sociale nelle amministrazioni pubbliche. Processi, strumenti, strutture e valenze*, Bologna, Il Mulino, 2004;
- D. HOUSTON, *Public Service Motivation: A Multivariate Test*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 10, 2000, 713;
- F. LONGATO, *Quale etica per la responsabilità sociale d'impresa? Una mappa e una proposta*, in *Soc. dir.*, 2010, 3, 100 ss.;
- C. MARCOLUNGO, *Interesse pubblico, interesse sociale o interesse dei soci [nelle società miste]?*, in *Dir. econ.*, 2010, 4, 717 ss.;
- M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, 1, I, 66 ss.;
- R. MCCORMICK, *What Makes a Bank a "Sustainable Bank"?*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2012, 1, 77 ss.;
- L. MICHELINI, *Comunicare la responsabilità sociale d'impresa online: un'indagine esplorativa nel settore delle public utilities*, in *Economia e diritto del terziario*, 2006, 1, II, 209 ss.;
- V.L. NIELSEN - C. PARKER, *Mixed Motives: Economic, Social, and Normative Motivations in Business Compliance*, in *Law & Policy*, 34, 2012, 428;
- A. PIZZOFERRATO, *Responsabilità sociale d'impresa e partecipazione dei lavoratori*, in *Il Mulino*, 2005, 420, 706 ss.;
- G. RACUGNO, *Noterelle sul bilancio sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, 4-6, I, 513 ss.;
- H.G. RAINEY, *Reward Preferences among Public and Private Managers: In Search of a Service Ethic*, in *American Review of Public Administration*, 16, 1982, 288;
- F. ROSATI, *La comunicazione sociale nella pubblica amministrazione: il bilancio sociale e le aziende sanitarie*, in *Il Diritto Sanitario Moderno*, 2009, 2, 83 ss.;
- D. RUSSO, *La promozione della responsabilità sociale d'impresa nell'Unione europea*, in *Diritto Un. eur.*, 2011, 2, 477 ss.;
- P.L. SACCO - M. VIVIANI, *La responsabilità sociale d'impresa: prospettive teoriche nel dibattito italiano*, in *Economia politica*, 2008, 2, 317 ss.;
- L. SACCONI, *La responsabilità sociale come governance allargata dell'impresa*, in G. RUSCONI - M. DORIGATTI, *La responsabilità sociale*, Milano, Franco Angeli, 2004;
- L. SACCONI [a cura di], *Guida critica alla responsabilità sociale d'impresa*, Roma, Banca Editrice, 2005;
- C. DEL SORDO - S. PAZZI - B. SIBONI, *Il bilancio sociale nelle università: analisi delle prime esperienze*, in *Non profit*, 2010, 4, 69 ss.;
- A. TURSÌ, *Responsabilità sociale dell'impresa, "etica d'impresa" e diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 2006, 1, 65 ss.;
- F. VIGANÒ - D. NICOLAI, *CSR in the european banking sector: Evidence from a sector survey*, in R. BARTH - F. WOLFF [eds.], *Corporate social responsibility in Europe*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009, 95 ss.



## VII. La responsabilità degli amministratori delle società pubbliche: tra regime privatistico e regime pubblicistico-contabile

Giuseppe La Rosa

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo rilevante in materia di responsabilità amministrativa. – 2. L'evoluzione giurisprudenziale: la responsabilità amministrativa e gli enti pubblici economici. – 3. Segue: la responsabilità amministrativa e le società a partecipazione pubblica. – 4. L'art. 16-*bis* l. 28 febbraio 2008, n. 31: il deludente intervento del legislatore. – 5. Lo stato dell'arte sulla responsabilità degli amministratori delle società pubbliche: tra giurisdizione civile e giurisdizione contabile. – 6. Spunti problematici.

### 1. *Il quadro normativo rilevante in materia di responsabilità amministrativa.*

Il presente contributo è volto a rintracciare il regime giuridico applicabile alla responsabilità degli amministratori delle società pubbliche. L'argomento si innesta, evidentemente, nella questione relativa alla estensione della responsabilità amministrativa con riferimento alle società pubbliche. In sostanza, dato che le società pubbliche, ancorché partecipate da enti pubblici, conservano la soggettività privata [cfr. DUGATO - CAVALLARI, 2009; GOISIS, 2002; tuttavia, per la qualificazione delle società che svolgono attività amministrative quali soggetti pubblici (ad esempio, RAI s.p.a.) si v. *infra*] risulta necessario chiarire il confine tra le azioni civilistiche previste per il risarcimento dei danni che gli amministratori abbiano cagionato alla società da questi amministrata ovvero al socio pubblico (si v. *infra*) e l'azione pubblicistica di responsabilità amministrativa.

Prima di affrontare il tema precipuo di questo studio, si ritiene necessario premettere un breve *excursus* delle principali tappe legislative e giurisprudenziali che si sono susseguite e hanno contribuito a delineare gli attuali caratteri della responsabilità amministrativa [per una più puntuale ricostruzione della evoluzione del quadro normativo sia consentito rinviare a LA ROSA, 2011].

Un primo intervento di sistemazione organica dell'istituto fu realizzato a opera del capo VII del titolo II (artt. 81 ss.) del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 (Regolamento di contabilità generale dello Stato) e degli artt. 52 ss. del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 (T.U. delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti). In particolare, ai sensi dell'art. 82 r.d. n. 2440/1923 «*l'impiegato che, per azione od omissio-*

*ne, anche solo colposa, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo».* Riprendendo il contenuto dell'art. 83 r.d. n. 2440/1923, quindi, l'art. 52 r.d. n. 1214/1934 ha precisato che «*i funzionari, impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali ad ordinamento autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni, per azione od omissione imputabili anche a sola colpa o negligenza, cagionano danno allo Stato o ad altra amministrazione dalla quale dipendono, sono sottoposti alla giurisdizione della Corte [dei conti] nei casi e nei modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali».*

Tale quadro normativo si è quindi arricchito con l'avvento della Costituzione che all'art. 103 conferma che «*la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge».*

Dopo il riconoscimento della responsabilità amministrativa dei dipendenti dello Stato a opera degli artt. 18 e 19 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, un primo significativo allargamento del campo di applicazione dell'istituto in esame si ebbe con la l. 20 marzo 1975, n. 70 che estese la disciplina in materia di responsabilità degli impiegati dello Stato anche ai dipendenti degli enti pubblici non territoriali (da tale intervento, tuttavia, restarono fuori alcuni importanti soggetti pubblici, tra cui gli enti pubblici economici).

L'impianto normativo sopra richiamato rimase immutato fino all'approvazione della l. 14 gennaio 1994, n. 20 (successivamente modificata con il d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito in l. 20 dicembre 1996, n. 639 e con il d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102) che, invertendo l'interesse per l'istituto in questione [OCCHIENA, 2008], ha avuto il merito di porre l'attuale disciplina della responsabilità amministrativa.

Dal testo legislativo da ultimo richiamato si evince che per responsabilità amministrativa deve intendersi quella speciale forma di responsabilità [sulla responsabilità amministrativa come responsabilità di "diritto speciale" cfr. SCOCA, 1997] imputabile a una persona fisica o giuridica legata alla pubblica amministrazione da un rapporto di servizio e che, in violazione degli obblighi e doveri da questo derivanti, cagioni, con dolo o colpa grave, un danno alla propria o ad altra amministrazione.

## *2. L'evoluzione giurisprudenziale: la responsabilità amministrativa e gli enti pubblici economici.*

La responsabilità amministrativa nei confronti degli enti pubblici economici fu, invece, riconosciuta all'esito di un lungo percorso operato dalla giurisprudenza, di cui possiamo semplificativamente rintracciare tre tappe fondamentali.

Inizialmente, la prevalente giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva escluso la giurisdizione contabile nei confronti degli enti pubblici economici sul presupposto che tali soggetti svolgessero principalmente attività imprenditoriale e che, pertanto – operando attraverso strumenti privatistici – non esercitassero poteri autoritativi [Cass., Sez. Un., 14 dicembre 1985, n. 6328; 21 ottobre 1983, n. 6179].

In un secondo momento, questa posizione fu mitigata e si delineò un criterio distintivo: la Suprema Corte, infatti, affermò che *«la giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità a carico degli amministratori, funzionari ed impiegati va esclusa con riferimento agli enti pubblici-economici per quegli atti posti in essere nell'ambito della gestione con strumenti privatistici dell'attività imprenditoriale di detti enti»*; tale giurisdizione *«sussiste, invece, con riferimento agli enti pubblici-economici, limitatamente agli atti che esorbitino dall'esercizio dell'attività imprenditoriale proprio dei medesimi e configurino espressione di poteri autorizzativi di autorganizzazione ovvero di funzioni pubbliche svolte in sostituzione di amministrazione dello Stato o di enti pubblici non economici»* [Cass., Sez. Un., 22 maggio 1991, n. 5792].

L'entrata in vigore della l. 27 marzo 2001, n. 97, che ha sancito l'obbligo di immediata comunicazione al competente Procuratore regionale della Corte dei conti della sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti di amministrazioni pubbliche o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica, è stata interpretata da alcuni [per una lettura “a ritroso” cfr. ALFIERI, 2007; VENTURINI, 2006] come il riconoscimento esplicito della responsabilità amministrativa con riferimento agli enti pubblici economici.

Tuttavia, il definitivo ripensamento della Suprema Corte si ebbe nel 2003, quando, chiamata a pronunciarsi sulla sussistenza della giurisdizione contabile nei confronti di un ente pubblico economico, è stato affermato che *«l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato»* [Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2003, n. 19667]. Alla luce di tali considerazioni, pertanto, la Cassazione è giunta a ritenere che negli enti pubblici economici si ha la compresenza del requisito soggettivo (*i.e.* pubblicità dell'ente) e oggettivo (*i.e.* natura pubblica delle risorse impiegate e dell'attività svolta, sebbene con forme privatistiche) che qualificano la nozione di “contabilità pubblica”, la quale ai sensi dell'art. 103 Cost., radica la giurisdizione del giudice contabile [D'AURIA, 2005].

Per tale via, quindi, la Suprema Corte ha sostenuto che il *discrimen* tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile risiede *«unicamente nella qualità del soggetto passivo e, pertanto, nella natura pubblica o privata delle risorse di cui esso si avvale»*.

### 3. *Segue: la responsabilità amministrativa e le società a partecipazione pubblica.*

Benché il richiamato arresto giurisprudenziale sia stato da alcuni [URSI, 2004; PINOTTI, 2004; MONTELLA, 2004] inteso come un generale ripensamento della Suprema Corte sui confini relativi alla giurisdizione contabile tale da potere essere esteso anche alle società partecipate, l'esplicito riconoscimento della giurisdizione contabile con riguardo alle società a partecipazione pubblica si ebbe a opera di Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2004, n. 3899. La Corte di Cassazione, investita della questione circa la sussistenza della giurisdizione contabile con riferimento agli amministratori di società partecipata da una pubblica amministrazione, ha affermato che «non può certamente negarsi che fra la suddetta società e l'ente territoriale si fosse stabilito un rapporto di servizio, ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico»; quindi, la sussistenza del rapporto di servizio «implica l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti».

Dall'analisi della pronuncia in parola è possibile enucleare alcuni elementi problematici che finiscono per rendere incerti i concreti confini della responsabilità amministrativa nei confronti degli amministratori delle società partecipate. Infatti, la decisione in commento, sorvolando sulla individuazione del soggetto danneggiato, radica la giurisdizione contabile sul presupposto che sussista un rapporto di servizio (*id est* funzionale) tra la società pubblica e l'amministrazione partecipante. Tale circostanza, tuttavia, ha come conseguenza non solo il fatto che l'unico soggetto danneggiato potrebbe essere solo la pubblica amministrazione partecipante, ma anche che la società partecipata sarebbe addirittura individuabile quale soggetto danneggiante, essendo la stessa legata all'amministrazione dal suddetto rapporto funzionale.

Al fine di ammettere la legittimazione passiva dell'amministratore della società partecipata nel giudizio di responsabilità amministrativa per i danni arrecati alla pubblica amministrazione partecipante, pertanto, la giurisprudenza di merito che si è sviluppata nel solco tracciato dalla Suprema Corte ha dovuto ricorrere alla *fictione* rappresentata da un rapporto di servizio di fatto tra l'amministratore e la pubblica amministrazione [Corte Conti, Sez. II, 125-A/2006].

### 4. *L'art. 16-bis l. 28 febbraio 2008, n. 31: il deludente intervento del legislatore.*

Il vuoto legislativo in argomento è stato colmato solo nel 2008, quando in sede di conversione del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248 (c.d. "decreto milleproroghe") è stato inserito nel corpo della l. 28 febbraio 2008, n. 31, l'art. 16-bis, recante «Responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da am-

ministrazioni pubbliche». Ai sensi di questa disposizione «1. Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario. 2. Le disposizioni di cui al primo comma non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

Dopo tanto silenzio e in un quadro giurisprudenziale così indefinito e magmatico questo intervento legislativo appare assai criticabile e non risulta certo idoneo a chiarire i confini della giurisdizione contabile con riferimento alle società partecipate. Infatti, la disposizione in esame, presupponendo (e, addirittura, dando per scontata) la sussistenza della giurisdizione contabile per tutte le società partecipate, si limita a prevedere una eccezione per le società quotate con partecipazione pubblica inferiore al 50% [il che è, peraltro, riscontrabile solo per quattro società, ossia Enel, Eni, Finmeccanica e Terna: così CASSETTA, 2011].

Al contrario, il legislatore nulla afferma con riferimento alla concreta estensione della giurisdizione contabile nei confronti degli amministratori di società pubbliche, dovendosi escludere che dal combinato disposto tra il comma 1 e il comma 2 dell'art. 16-*bis* cit. possa desumersi la volontà legislativa di considerare le società pubbliche come soggetti danneggiati e gli amministratori di queste sottoposti al regime pubblicistico [questa tesi sembra essere espressa da M. A. SANDULLI, 2008; SCHLITZER, 2008]. In sostanza, si ritiene che la norma in parola non possa essere intesa quale riconoscimento implicito e *a contrario* della giurisdizione contabile per tutte quelle ipotesi non espressamente escluse dalla stessa.

Le incertezze applicative della disposizione richiamata, dunque, non consentono di rintracciare con nitidezza i confini della giurisdizione contabile nei confronti degli amministratori delle società a partecipazione pubblica. In sostanza, resta inesausta la questione circa il regime di responsabilità cui sono soggetti gli amministratori delle società partecipate in tutti i casi esclusi dall'art. 16-*bis*, ossia laddove la partecipazione pubblica sia in società non quotata o, comunque, sia superiore al 50%.

La questione ha come origine la constatazione che le società miste mantengono la veste privatistica, con la conseguenza che per le stesse risulta applicabile il dettagliato regime di responsabilità previsto dal codice civile per i danni arrecati dagli amministratori. In particolare, ai soci di una società per azioni sono garantiti due tipi di azioni contro gli amministratori della società: ossia l'*actio pro societate* (artt. 2393 e 2393-*bis* c.c.), esercitabile dall'assemblea dei soci ovvero dai soci che posseggano il 20% del capitale sociale (5% se la società è quotata) e l'*actio pro*

socio (art. 2395 c.c.) che, invece, viene fatta valere dal singolo socio per i danni che gli amministratori abbiano arrecato direttamente allo stesso.

5. *Lo stato dell'arte sulla responsabilità degli amministratori delle società pubbliche: tra giurisdizione civile e giurisdizione contabile.*

In mancanza di una espressa previsione legislativa, la questione relativa ai rapporti tra le azioni previste dal codice civile e l'azione pubblicistica di responsabilità amministrativa per i danni arrecati dagli amministratori della società ha visto la dottrina assumere posizioni contrapposte [sulla esperibilità delle sole azioni civilistiche cfr. IBBA, 2006; sull'applicabilità del solo regime pubblicistico dell'azione amministrativa nei confronti degli amministratori di società miste si v. VENTURINI, 2005; CAPUTI JAMBRENGHI, 2006; sui profili di incompatibilità tra le diverse azioni cfr. SORACE, 2006].

La Suprema Corte ha avuto occasione di pronunciarsi sulla questione in esame più volte negli ultimi anni.

In particolare, a partire da Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806 si è ritenuto che, al fine di individuare l'ambito dell'azione di responsabilità amministrativa (*i.e.* l'estensione della giurisdizione contabile) con riferimento alle società partecipate, deve aversi riguardo alla distinzione tra i danni che gli amministratori abbiano arrecato al patrimonio della società dall'ipotesi in cui il danno sia stato arrecato direttamente al socio pubblico. In particolare, è stato affermato che *«il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale, che nel sistema del codice civile può dar vita all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti: perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci»*. In questo caso, infatti, se si ammettesse l'esperibilità dell'azione di responsabilità amministrativa si determinerebbe una evidente alterazione dei connotati di questa: verrebbe esercitata un'azione pubblicistica, infatti, per risarcire i danni (quelli alla società) che sono danni arrecati a un soggetto formalmente privato e, quindi, sarebbe carente il requisito della erarialità [sui profili problematici in ordine alla individuazione della società mista quale soggetto danneggiato sia consentito il rinvio a LA ROSA, 2011].

Viceversa, la giurisdizione del giudice contabile e, dunque, l'esperibilità dell'azione di responsabilità amministrativa sussiste con riferimento ai danni che gli amministratori abbiano direttamente arrecato al socio pubblico partecipante: infatti, *«la configurabilità dell'azione del procuratore contabile, tesa a far valere la*

*responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'ente pubblico quando questo sia stato direttamente danneggiato dall'azione illegittima, non incontra particolari ostacoli, né si pongono difficoltà derivanti dalla possibile concorrenza di siffatta azione con quella ipotizzata in sede civile dai citati art. 2395 c.c. e art. 2476 c.c., comma 6, poiché l'una e l'altra mirerebbero in definitiva al medesimo risultato».*

L'esclusione della giurisdizione contabile per l'azione di risarcimento dei danni cagionati al patrimonio della società partecipata non provoca comunque, a detta della Corte, alcuna lacuna di tutela dell'interesse pubblico. E questo, in quanto, il soggetto pubblico, partecipante alla società danneggiata, potrebbe esperire l'*actio pro societate*. Se non dovesse esperirla e se, a cagione di tale omissione, il socio pubblico dovesse subire un danno, allora, ritornerebbe esperibile l'azione di responsabilità amministrativa ma questa volta, si badi, a danno degli amministratori dell'ente pubblico che non abbiano dato corso a tale azione (sul punto si v. *amplius* par. 6).

Sebbene questa impostazione sia stata mantenuta anche dalla successiva giurisprudenza della Corte di Cassazione [Cass. Sez. Un., 15 gennaio 2010, n. 519; 15 gennaio 2010, n. 522; 9 aprile 2010, n. 8429; 12 luglio 2010, n. 16286; 5 luglio 2011, n. 14655; 7 luglio 2011, n. 14957; 12 ottobre 2011, n. 20940; 12 ottobre 2011, n. 20941: per un commento su queste ultime pronunce si v. TORCHIA, 2012] non sono mancate decisioni che, facendo valere alcuni aspetti particolari della società partecipata, siano giunte a conclusioni parzialmente differenti. In particolare, la Suprema Corte ha affermato la giurisdizione contabile anche con riferimento ai danni che gli amministratori abbiano direttamente cagionato al patrimonio di società le cui caratteristiche intrinseche consentono di ritenerle quali soggetti sostanzialmente pubbliche: così la Corte di Cassazione ha statuito con riferimento alla Rai - Radiotelevisione italiana s.p.a., atteso che *«la Rai, infatti, nonostante la veste di società per azioni (peraltro partecipata totalitariamente da enti pubblici), ha natura sostanziale di ente pubblico, con uno statuto assoggettato a regole legali, per cui essa è: designata direttamente dalla legge quale concessionaria dell'essenziale servizio pubblico radiotelevisivo; sottoposta a penetranti poteri di vigilanza da parte di un'apposita commissione parlamentare; destinataria di un canone d'abbonamento avente natura di imposta; compresa tra gli enti sottoposti a controllo della corte dei conti cui lo stato contribuisce in via ordinaria; tenuta all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti»* [Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2009, n. 27092].

Allo stesso modo, sul presupposto che la questione di giurisdizione va risolta *«esaminando caso per caso se la società per azioni sia un soggetto non solo formalmente ma anche "sostanzialmente" privato ovvero se essa sia un mero modello organizzatorio del quale si avvalga la P.A. al fine di perseguire le proprie finalità»*, la



Corte ha ritenuto che «*la società consortile per azioni Expo Challenge 2008 è stata costituita da enti pubblici, con capitale interamente pubblico (Provincia di Trieste, Comune di Trieste, Camera di Commercio di Trieste), per perseguire finalità proprie di tali enti pubblici (promozione candidatura della città di Trieste quale sede per l'Expo 2007 (poi 2008)). Si tratta, quindi, di una società consortile non avente fine di lucro da considerare come un organismo pubblico. Da ciò consegue la giurisdizione della Corte dei Conti per i danni subiti dall'ente a causa della "mala gestio" dei suoi organi sociali*» [Cass., Sez. Un., 9 maggio 2011, n. 10063]. A queste conclusioni, quindi, parte della dottrina è giunta anche con riferimento a società il cui carattere strumentale rispetto agli enti partecipanti le renda effettivamente parte dell'organizzazione, quali le società *in house* e le società costituite per lo svolgimento di attività amministrativa [D'AURIA, 2010] e, comunque, sulla scorta degli indirizzi giurisprudenziali richiamati, laddove a una verifica «*caso per caso*» risulti che il soggetto sia non solo formalmente ma anche sostanzialmente privato, ossia mero modello organizzatorio della pubblica amministrazione [D'AURIA, 2012].

## 6. Spunti problematici.

L'arresto giurisprudenziale, oltre al fatto che non appare idoneo a tracciare in modo definitivo i confini della giurisdizione contabile con riferimento alle società partecipate, atteso che la Suprema Corte non ha mancato di indicare, caso per caso, eccezioni ai principi generali, suscita qualche perplessità con riferimento alla tutela dell'interesse pubblico.

Come rilevato *supra*, secondo la Suprema Corte il fatto che l'azione di responsabilità amministrativa non è esperibile per i danni cagionati al patrimonio della società partecipata non provoca alcuna lacuna di tutela dell'interesse pubblico. E ciò perché il soggetto pubblico, partecipante alla società danneggiata, potrebbe esperire l'*actio pro societate*. E qualora non desse corso all'azione civilistica, quindi, ritornerebbe esperibile l'azione di responsabilità amministrativa, ma questa volta, si badi, a danno degli amministratori dell'ente pubblico che non abbiano dato corso a tale azione.

Come è stato già rilevato in altra sede [si consenta il rinvio a LA ROSA, 2011] tale soluzione rischia di ridursi in una petizione di principio, potendo compromettere la piena tutela dell'interesse pubblico.

Innanzitutto, deve ricordarsi che l'esperibilità dell'*actio pro societate* resta comunque soggetta alla disciplina civilistica siccome dettata dagli artt. 2393, 2393-bis e 2476 c.c.: ne consegue, dunque, che nell'ipotesi, ad esempio, di società per azioni, non quotata in mercati regolamentati, l'azione a favore del patrimonio



della società non potrebbe comunque essere proposta qualora il socio pubblico avesse una partecipazione inferiore al 20%.

Ma v'è di più. Il rischio di un vuoto di tutela sarebbe persino più evidente nell'ipotesi in cui la s.p.a. mista vedesse la partecipazioni di diversi enti pubblici, ciascuno dei quali avente una partecipazione inferiore al 20%. In questo caso, infatti, sebbene il patrimonio della società fosse – in ipotesi, tutto o quasi tutto – di derivazione pubblica, nessun socio pubblico avrebbe, da solo, la quota sufficiente per proporre l'azione civilistica. A questo punto, allora, è chiaro come i confini della responsabilità amministrativa di ciascun amministratore pubblico risulterebbero assai ristretti, potendosi semmai ipotizzare un concorso di colpa tra tutti gli amministratori per non avere proposto congiuntamente l'azione (superando, dunque, lo sbarramento del 20%). Non può, tuttavia, sfuggire come le cennate circostanze rendano, in siffatte ipotesi, l'esperibilità dell'azione contabile certamente più difficoltosa.

La soluzione offerta dalla Suprema Corte, inoltre, presta il fianco ad una ulteriore critica.

Non sembra potersi revocare in dubbio che la decisione di esperire l'*actio pro societate* da parte dell'amministratore dell'ente pubblico partecipante dovrebbe essere assunta a seguito di valutazioni aventi natura discrezionale e strettamente connesse alla natura della partecipazione. Queste valutazioni, infatti, non possono non essere influenzate dalla "managerialità" che caratterizza la partecipazione del socio pubblico in una società mista. In sostanza, la scelta di esperire l'azione di responsabilità non può dirsi certo automatica per il solo fatto che ci sia il rischio che l'amministratore della società partecipata abbia cagionato, con dolo o colpa grave, un danno al patrimonio della società.

Infatti, pur in presenza di danni al patrimonio societario, il socio (sia privato che pubblico) potrebbe decidere di non esperire alcuna *actio* al fine di evitare eventuali ripercussioni negative sull'immagine della società che potrebbero essere determinate da un'azione legale, (specie qualora la società fosse quotata in borsa).

È fuori dubbio, dunque, che la scelta dell'amministratore dell'ente partecipante di esperire o meno l'*actio pro societate* non è unicamente determinata dalla presenza di un danno, ma coinvolge valutazioni di più ampio respiro, rientranti nell'alveo delle scelte manageriali.

La sindacabilità di queste scelte, tuttavia, è fortemente limitata. Infatti, la Suprema Corte [Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7024] ha avuto occasione di precisare che nel giudizio di responsabilità amministrativa il sindacato può estendersi alle singole articolazioni dell'agire amministrativo, con l'esclusione di quelle in relazione alle quali la legge attribuisce all'amministrazione la possibilità di valutare come più opportuna una scelta tra le tante. In particolare, si afferma che nell'agire imprenditoriale le scelte dell'amministrazione possono essere valutate

solo sulla base della clausola di ragionevolezza. Ne consegue che solo il comportamento del manager pubblico che sia assurdo, assolutamente irragionevole, contrario a ogni strategia imprenditoriale, potrebbe essere oggetto di giudizio da parte del Giudice contabile.

Tali considerazioni che sono state sviluppate con precipua considerazione al manager della società pubblica, possono essere estese, *mutatis mutandis*, anche all'ipotesi di cui ci stiamo occupando.

È agevole osservare, infatti, come la partecipazione dell'ente pubblico in una società connoti di imprenditorialità il comportamento dello stesso. Con la conseguenza che le scelte assunte dall'amministrazione partecipante devono essere informate alle logiche economiche e imprenditoriali che derivano direttamente dalla sua partecipazione societaria.

In sostanza, per quanto qui più precipuamente rileva, la scelta di azionare l'*actio pro societate* non può essere valutata soltanto sull'effetto diretto e/o indiretto che in termini economici si ripercuoterebbe sul patrimonio dell'amministrazione, ma deve tenere in considerazione le ricadute che la stessa avrebbe sulla vita della società. Pertanto, salvo nell'ipotesi in cui la scelta di non esperire l'azione societaria si appalesi manifestamente irragionevole o incongrua, il giudice contabile non potrebbe sindacare sull'opportunità di una scelta che abbia natura gestionale.

Peraltro, non può sfuggire come l'*actio pro societate*, benché esercitata da un socio pubblico, continui ad avere natura civilistica. Pertanto, la stessa non sembra poter essere trasformata in azione obbligatoria o non transigibile, con la conseguenza che il socio pubblico dovrebbe poter giustificare, anche per tale via, la scelta di non aver avviato l'azione ovvero di averla transatta.

Alla luce di quanto precede, appare assai chiaro come, al di là dell'apodittica affermazione della Cassazione, il concreto ambito di operatività dell'azione di responsabilità amministrativa nei confronti degli amministratori che abbiano omesso di esperire l'azione societaria risulti, in concreto, circoscritto, con il rischio di compromissione dell'interesse pubblico.

### Bibliografia

- ALFIERI, *L'azione di responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica tra giurisdizione contabile e normativa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007;
- CAPUTI JAMBRENGHI, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica*, in (atti del convegno) *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006;
- CARTEI - CREA, *La Cassazione, le società partecipate e la responsabilità amministrativa*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 935;

- CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011;
- CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Milano, 2003;
- D'AURIA, *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale «revirement» della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?*, in *Foro it.*, 2005, 1, 2676;
- D'AURIA, *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per i danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori*, in *Foro it.*, 2010, I, 1473;
- D'AURIA, Nota di richiami a Cass, sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20941; 12 ottobre 2011, n. 20940; 7 luglio 2011, n. 14957; 9 maggio 2011, n. 10063; in *Foro it.*, 2012, I, 831;
- DUGATO - CAVALLARI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale nelle società partecipate dagli enti pubblici*, in (a cura di CASTIGLIONE - PIZZOFRERATO) *Responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro*, Bologna, 2009;
- FRACCHIA, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 675;
- GOISIS, *Note sulla sussistenza della giurisdizione della corte dei Conti in materia di responsabilità di amministratori e funzionari di società in mano pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 444;
- IBBA, *Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa*, in (atti del convegno) *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006;
- LA ROSA, *La responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti: la società a partecipazione pubblica come soggetto danneggiato?*, in *Il diritto dell'economia*, 2011, n. 2, 333;
- LA ROSA, *La responsabilità del dipendente verso l'amministrazione. Natura. Elementi dell'illecito. Giudice competente*, in (a cura di FRACCHIA F.) *Materiali per una comparazione in tema di responsabilità civile e amministrazione*, Napoli, 2011, 243;
- MONTELLA, *Finalmente la giurisdizione della Corte dei conti sulla responsabilità per danno erariale degli amministratori degli enti pubblici economici*, in *Cons. Stato*, 2004, 318;
- OCCHIENA, *Il procedimento preliminare al giudizio dinanzi alla corte dei conti*, Napoli, 2008;
- PINOTTI, *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte conti*, 2004, 312;
- PISANA, *La responsabilità amministrativa. Illustrata con la giurisprudenza più recente*, Torino, 2007;
- SANDULLI M. A., *L'art. 16 bis del decreto mille proroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle spa pubbliche: restrizione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti? (ovvero: l'effetto perverso delle norme last minute)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);
- SCHLITZER, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art. 16 del decreto c.d. mille proroghe*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it);

- SCOCA, *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, 1997;
- SILVESTRI, *Rapporto di servizio e giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 823;
- SORACE, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, in *Dir. amm.*, 2006, 249;
- TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 323;
- URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 747;
- VENTURINI, *L'azione di responsabilità amministrativa nell'ambito delle società per azioni in mano pubblica. La tutela dell'interesse pubblico*, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2005, 3432;
- VENTURINI, *La giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti delle società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1130.

## VIII. Indirizzo politico e nomina degli amministratori, dei sindaci e delle altre cariche sociali delle società partecipate dallo Stato e da enti pubblici

Armando Giuffrida

SOMMARIO: 1. Quadro introduttivo. – 2. Ambito soggettivo di applicazione della disciplina *de qua*. – 3. La natura dell'atto di nomina degli amministratori delle società a partecipazione pubblica. – 4. L'indirizzo politico e il difficile rapporto tra interesse pubblico e interesse societario. – 5. Profili applicativi.

### 1. *Quadro introduttivo.*

Le disposizioni racchiuse negli artt. 2449-2451 c.c. – che, come si vedrà, costituiscono le sole norme derogatrici rispetto alla disciplina ordinaria sulle società per azioni – nel riservare allo Stato e agli altri enti pubblici il potere di nomina degli amministratori e dei sindaci (nonché, è da ritenere, dei consiglieri di sorveglianza, di gestione e dei membri del comitato per il controllo sulla gestione), consentono ai pubblici poteri di acquisire e conservare posizioni di comando nelle società per azioni con modalità diverse dagli ordinari modi di diritto comune [GALGANO, 2004; per un quadro introduttivo sul tema, cfr., *ex multis*: GALGANO, 1978; PAGANETTO, 1994; GALGANO, 2004; FRACCHIA, 2004; CAMMELLI - DUGATO, 2008; PECORARO, 2009; CLARICH, 2010; IBBA, 2011] e, in generale, sono dirette, pur nella loro stringatezza, a disciplinare l'intervento pubblico nell'economia attraverso il ricorso allo strumento societario [DONATIVI, 1998].

La materia in esame è caratterizzata da una duplicità di discipline [IBBA, 2011]. Per un verso, emerge il tessuto normativo del codice civile, che si compone tanto delle norme rivolte specificamente alla sole società partecipate dallo Stato e dagli enti pubblici, quanto delle norme e degli istituti codicistici di valenza generale, che costituiscono il c.d. “diritto societario comune”, per loro natura applicabili anche alle società a partecipazione pubblica. Per altro verso, si affianca la disciplina metacodicistica, raccolta attorno alle norme dettate espressamente per le società pubbliche (o quantomeno per alcune di esse) e alle norme “pubblicistiche”, rivolte non già alle c.d. società pubbliche, ma agli enti pubblici o agli ulteriori enti con connotazioni pubblicistiche [IBBA, 2011; sulla «pluralità di modelli “speciali”» delle società c.d. pubbliche, v. FRACCHIA, 2005 e, da

ultimo, Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574; sul punto v. anche RENNA, 1997, *et infra*].

La previsione di questo speciale assetto normativo è alla base del fenomeno delle c.d. partecipazioni statali (*rectius*, pubbliche) nonché del processo di privatizzazione che ne è conseguito, intensificatosi in Italia a partire dall'inizio degli anni Novanta del secolo scorso, atteso che l'attribuzione di poteri speciali allo Stato e agli enti pubblici rappresenta un'evidente alterazione delle modalità di funzionamento delle società per azioni e si traduce in una significativa compressione delle libertà fondamentali di stabilimento e di circolazione dei capitali in ambito comunitario, sancite, rispettivamente, negli artt. 43 e 56 del Trattato Ue [sulle privatizzazioni cfr., *ex plurimis*: CLARICH, 1995; JAEGER, 1995; CAVAZZUTI, 1996; CASSESE, 1996; RENNA, 1997; CLARICH - PISANESCHI, 2000; PIRAS, 2005; CAMMELLI, DUGATO, 2008].

Ciò nonostante, al processo di privatizzazione delle aziende pubbliche, e al conseguente ritiro della mano pubblica da significativi settori dell'economia, non ha fatto seguito una riforma legislativa del tradizionale regime derogatorio al sistema del diritto societario configurato nel codice civile per le società partecipate. Circostanza, questa, assai significativa anche perché, in concomitanza del suddetto processo, si è assistito all'intensificarsi del fenomeno della c.d. *golden share*, e quindi al permanere di posizioni di privilegio in favore dello Stato, come l'attribuzione di poteri più ampi rispetto a quelli che il comune diritto societario di solito accorda agli azionisti [CAVAZZA, 2011]. Come è noto, in linea generale l'istituto della *golden share*, non richiedendo la sottoscrizione di una percentuale minima di capitale sociale da parte dello Stato, assicura alla quota societaria in mano pubblica – al limite costituita dal possesso di un'unica azione simbolica – un forte potere di ingerenza nelle scelte strategiche aziendali anche a seguito dell'avvenuto processo di privatizzazione [sulla *golden share*, cfr. *ex multis*: BALLARINO - BELLODI, 2004; FRACCHIA, 2005; SPATTINI, 2006; CAPANTINI, 2007; FRENI, 2007; SANTONASTASO, 2007; CAVAZZA, 2008].

La Corte di Giustizia europea, più volte chiamata a pronunciarsi sulla disciplina *de qua*, mentre in un primo tempo ha giudicato tali poteri speciali «*non illeciti in sé*», purché il loro esercizio fosse fondato su esigenze imperative di interesse generale e comunque avvenisse sempre nel rispetto dei principi di necessità, adeguatezza, proporzionalità e non discriminazione [PECORARO, 2009; CAVAZZA, 2011], ha poi censurato pesantemente il ricorso alla *golden share* ogniqualvolta avesse conflitto con il principio della libera circolazione dei capitali, acclamato nel Trattato di Schengen, unitamente ai tradizionali principi di circolazione delle merci, delle persone e delle idee, trattato poi trasfuso nelle Carte istitutive dell'Unione [per una disamina della giurisprudenza comunitaria in materia di “poteri speciali”, oltre alla dottrina testé richiamata, cfr. anche: CORRADI, 2008;

DEMURO, 2008; CAVAZZA, 2008; ID., 2009; GHEZZI - VENTORUZZO, 2008; GOISIS, 2008].

Attualmente l'istituto della *golden share*, come previsto nella vecchia legge Ciampi sulle privatizzazioni – ossia la l. 30 luglio 1994, n. 474, di conversione del d.l. 13 maggio 1994, n. 332 – non esiste più, essendo stato di recente abrogato dal d.l. 15 marzo 2012, n. 21, convertito in l. 11 maggio 2012, n. 56, che ha introdotto, in sua vece, il nuovo istituto del c.d. *golden power*. Questo decreto si è reso necessario per contrastare una procedura di infrazione comunitaria intrapresa contro l'Italia (ma anche nei confronti di Francia e Germania) a causa dell'esercizio di poteri speciali da parte del Governo nell'ambito delle società operanti sul mercato [sul punto v. *amplius* DE NADAI, 2012].

La nuova disciplina ha tuttavia mantenuto taluni poteri speciali in mano pubblica – sebbene esercitabili solo per far fronte ad esigenze temporanee e contingenti – e, quasi paradossalmente, consente al Governo di intervenire su un perimetro di imprese mmolto più vasto rispetto a quello coperto dal precedente regime della *golden share*. Invero, mentre in passato i poteri speciali erano riferibili alle sole ex imprese pubbliche in corso di privatizzazione, la nuova disciplina è ora applicabile a “tutte” le società, pubbliche o private, operanti nell'ambito dei settori strategici della difesa e della sicurezza nazionale, o che possiedano attività nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. In breve, sono stati mantenuti taluni poteri speciali in mano pubblica, ma solo per fronteggiare esigenze temporanee e “contingenti”. Come è stato osservato, il *golden power* «è più soft della golden share, ma ha un ambito applicativo potenzialmente più vasto» [CAUSI, 2012].

L'Unione europea non ha perciò affatto smantellato l'intervento pubblico nell'economia, né ha definitivamente bandito le c.d. imprese pubbliche; ha solo richiesto che, anche nei confronti di queste ultime, il mercato dei capitali rimanga libero e che sia perciò vietata ogni forma di assoggettamento a poteri di tipo discrezionale ed imprevedibile. Lo Stato, pur mantenendo un *golden power* a proprio favore, può tuttavia esercitarlo solo in relazione agli interessi nazionali e con forme “adeguate e proporzionali” attraverso interventi di *moral suasion* e di indirizzo. Ogni forma di limitazione della libera circolazione dei capitali, in conseguenza dell'esercizio del *golden power*, va dunque motivata, è opponibile in sede giurisdizionale e può circoscriversi solo a quei settori in cui sussistano interessi strategici di rilievo nazionale.

Tornando alla disciplina di cui agli artt. 2449-2451, va ricordato che tali disposizioni non corrispondono alla numerazione originaria del codice civile, in quanto per lungo tempo la materia è stata regolamentata dagli artt. 2458-2460 del codice civile del 1942. Invero, dopo un prolungato periodo di sostanziale immobilità, il legislatore italiano, in ben tre occasioni nel corso dell'ultimo decen-

nio, è intervenuto per riformulare ed innovare le norme codicistiche da ultimo richiamate.

Il primo di questi interventi, peraltro risultato di mero *restyling*, si inserisce nel contesto della riforma del diritto societario (*rectius*: delle società di capitali), attuata, come è noto, con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. In tale occasione, il legislatore interno si è sostanzialmente limitato ad assegnare una diversa numerazione agli originali artt. 2458-2460 c.c. 1942 e ad operare poche modificazioni di facciata rispetto alla disciplina pregressa, che così finiva per rimanere in gran parte immutata, essendo la novella mirata ad assicurare semplicemente maggior coordinamento e armonizzazione tra le disposizioni introdotte dalla riforma del diritto societario ed il tessuto normativo del codice civile [così, PANINI, 2003; PETRAZZINI, 2004; PERICU, 2004; CIRENEI, 2005; CAVAZZA, 2011; MIOTTO, 2011]. Oltre alla sostituzione del richiamo allo statuto in luogo del precedente riferimento all'atto costitutivo, in questa sede rileva richiamare l'aggiunta del consiglio di sorveglianza tra gli organi suscettibili di nomina pubblica, ai quali ora si affianca il consiglio di gestione, stante il rinvio espresso all'art. 2449 c.c., contenuto nell'art. 2409 *novies*, terzo comma, c.c.

I successivi interventi di riforma sono stati assai più invasivi. Il primo, messo in atto dall'art. 3, primo comma, d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito con modificazioni in l. 6 aprile 2007, n. 46, ha prodotto la radicale abrogazione dell'art. 2450 c.c., nel testo introdotto dalla riforma del diritto societario del 2003. Il secondo, dovuto invece all'art. 13, l. 25 febbraio 2008, n. 34 (legge comunitaria 2007), si è tradotto in una radicale rivisitazione dell'art. 2449 c.c.

Rinviando *in toto* alla numerosa dottrina formatasi a margine di queste vicende [*ex multis* cfr.: FRACCHIA - OCCHIENA, 2007; SANTONASTASO, 2007; VITALE, 2008; GOISIS, 2008; FERRARI, 2008; PULCINI, 2008; DEMURO, 2008; CORRADI, 2008; TINA, 2008; CAVAZZA, 2009; PECORARO, 2009; MALTONI - PALMIERI, 2009; v. inoltre FRACCHIA, 2005, per un commento a TAR Lombardia, ord. 13 ottobre 2004, di rimessione degli atti alla Corte di Giustizia e, da ultimo, la sintesi di DE NADAI, 2012], per ora interessa soltanto ribadire che tutto ciò è avvenuto su sollecitazione di una procedura di infrazione (la n. 2006/2014) avviata dalla Commissione europea nei confronti del nostro Paese per violazione dei noti principi comunitari *ex* artt. 56 e 43 Trattato Ue a tutela delle libertà fondamentali di stabilimento e di circolazione dei capitali in ambito comunitario

In particolare, l'abrogazione dell'art. 2450 c.c. si è resa necessaria perché tale disposizione era accusata di ledere gravemente i predetti principi comunitari per l'assoluta preminenza delle ragioni di tutela dell'interesse pubblico assicurata nella nomina pubblica diretta dei componenti degli organi interni della società, garantita finanche in caso di totale assenza di qualsivoglia partecipazione societaria pubblica. Inoltre, si intravedeva una sostanziale elusione del principio della



competenza assembleare sulla nomina (e revoca) degli amministratori e sindaci, nonché della tradizionale preclusione dei terzi estranei alla compagine societaria di effettuare tale scelta [SCOGNAMIGLIO, 1984; CIRENEI, 2005; CAVAZZA, 2011].

Quanto al secondo correttivo, incidente questa volta sul tessuto normativo dell'art. 2449 c.c., di fatto ha determinato l'abolizione dell'istituto della *golden share* nelle società per azioni partecipate dallo Stato o da enti pubblici «*che non ricorrono al mercato del capitale di rischio*», essendo ora imposto il criterio della proporzionalità alla partecipazione al capitale nella nomina pubblica di membri degli organi di governo o di controllo della società (amministratori, sindaci, consiglieri di sorveglianza) [PANINI, 2003; MIOTTO, 2011], attenuando così la principale ragione di “specialità” delle società a partecipazione pubblica rispetto alle società per azioni ordinarie [MIOTTO, 2011].

La Corte di Lussemburgo ha inoltre censurato l'art. 2449 c.c. non solo «*di per sé*», ma anche in combinato disposto con l'art. 4 della vecchia legge Ciampi, come modificato dalla l. 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria 2004), allorché si conferisce allo Stato o all'ente pubblico il diritto di partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non di nomina diretta pubblica, finendo così per consentire alla mano pubblica di disporre di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla propria partecipazione al capitale sociale. In attuazione di tale disposizione, veniva poi emanato il d.p.c.m. del 10 giugno 2004 volto a ridefinire in modo più rigoroso i criteri di esercizio dei poteri speciali, in sostituzione della pregressa disciplina di cui al d.p.c.m. 11 febbraio 2000. Ebbene, anche su queste norme speciali è calata la scure della Corte di Giustizia, questa volta con sentenza del 26 marzo 2009 (causa C-326/07, *Commissione c/ Italia*), in quanto giudicate contrarie alla libertà di stabilimento *ex art. 43 Trattato Ce* e alla libera circolazione dei capitali *ex art. 56 Trattato Ce*, oltre che troppo vaghe, generiche ed ingiustificate [sul punto v. da ultimo DE NADAI, 2012; per una disamina di questa importante pronuncia, oltre all'ampio saggio di MALTONI - PALMIERI, 2009 e alla dottrina *supra* richiamata, cfr. anche: COLANGELO, 2009; DEMURO, 2009; SALERNO, 2009; DE ROSA, 2009; SAN MAURO, 2009; CUCINOTTA, 2009].

Come accennato all'inizio di queste brevi note introduttive, l'art. 2449 riveste un indubbio carattere di specialità e di deroga alla disciplina ordinaria delle società per azioni, atteso che esso rappresenta – unitamente agli artt. 2451 e 2414-bis, secondo comma, quest'ultimo introdotto dal d.lgs. n. 37/2004 – una delle rare ipotesi di intervento codicistico nel settore delle partecipazioni pubbliche. Il legislatore, infatti, piuttosto che incidere sulla struttura e sugli assetti organizzativi del modello delle società di capitali con partecipazione pubblica, ha preferito disciplinare a monte con disposizioni *ad hoc* le strutture organizzative statali destinate a guidare l'insieme delle partecipazioni possedute dallo Stato e dagli enti

pubblici, mantenendo sostanzialmente intatto l'ordinamento societario delineato dal codice civile [ROVERSI MONACO, 1968; IBBA, 2011].

La disciplina codicistica in esame, dunque, pur contemplando norme speciali sulla partecipazione pubblica alle società per azioni, non altera affatto l'impianto normativo ad esse dedicato [già GRASSETTI, 1958 e COTTINO, 1968; Cass. civ., Sez. Un., 15 aprile 2005, n. 7799, con nota di URSI), ma mira semplicemente a disporre una disciplina derogatoria rispetto a tale assetto: è quindi esclusa in radice la configurazione di un autonomo tipo societario in presenza di una partecipazione pubblica [CIAVARELLA, 1975; sulla distinzione fra società a partecipazione pubblica "di diritto comune" e società a partecipazione pubblica "di diritto speciale", cfr.: VISENTINI, 1979; MARASÀ, 1984; IBBA, 1992; MARASÀ, 1993; IBBA, 1999; v. anche GRÜNER, 2009; sulla categoria delle c.d. "società legali", ossia costituite dalla legge o in ottemperanza ad un obbligo di legge e alla conseguente classificazione tra società a partecipazione pubblica "di fonte legale" e "di fonte contrattuale o comunque negoziale" e ancora sulla categoria delle società "di diritto singolare", disciplinate da leggi-provvedimento indirizzate a specifiche società, cfr.: IBBA, 1992; ID. 1992; PIZZA, 2007; GRÜNER, 2009].

La scarna disciplina codicistica è poi integrata da svariate disposizioni legislative emanate su materie specifiche. Tali sono, in particolare: l'art. 8, l. 10 ottobre 1990, n. 287, che assoggetta anche le società a partecipazione pubblica alla disciplina *antitrust* [sul punto, v. MALAGUTI, 2011]; la l. 15 luglio 1994 n. 444, di conversione del d.l. 16 maggio 1994, n. 283, sui limiti al ricorso alla c.d. *prorogatio*; il d.lgs. 11 novembre 2003, n. 333, recante norme sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra poteri pubblici e imprese pubbliche; la l. 15 luglio 2002, n. 145, in materia di *spoils system* (v. in particolare l'art. 6); l'art. 1, commi 725-730 e 735, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), rispettivamente sui limiti al numero e ai compensi dei componenti degli organi di gestione e controllo nonché sulla pubblicità degli incarichi di amministratore delle società a partecipazione pubblica; l'art. 3, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), in materia di clausole arbitrali; l'art. 6, comma 6, l. 30 luglio 2010, n. 122, sulla riduzione del compenso spettante ai componenti degli organi di amministrazione e di controllo [per un inquadramento, anche in chiave critica, di taluni di questi recenti provvedimenti, v. IBBA, 2011]. Come è dato osservare, finanche in concomitanza degli anni in cui avveniva il drastico ridimensionamento della disciplina codicistica sulle società a partecipazione pubblica, si è comunque mantenuta la concorrenza della legislazione speciale di settore, spesso fiorita nella contingenza «*di fronteggiare i vari problemi posti dall'espandersi del numero e del campo d'azione delle società pubbliche, con interventi che incidono talvolta sui soggetti pubblici, talaltra sulle società da essi partecipate e sulla loro azione*» [IBBA, 2011].

## 2. Ambito soggettivo di applicazione della disciplina de qua.

L'attuale disciplina in materia di nomina degli amministratori, dei sindaci e delle altre cariche societarie, in seguito agli interventi correttivi sopra richiamati, è ormai sostanzialmente ristretta alla sola disposizione dell'art. 2449 c.c., atteso che, come si è evidenziato, l'art. 2450 c.c. è stato radicalmente espunto dall'ordinamento, mentre l'art. 2451 c.c. attiene al caso specifico delle società di interesse nazionale [sulle quali, v. SANTONASTASO, 2002; sugli artt. 2449-2450, oltre alla dottrina già richiamata, v. anche: GHEZZI - VENTORUZZO, 2008; PECORARO, 2009; DEMURO, 2009; DONATIVI, 2010].

L'analisi che seguirà sarà quindi principalmente incentrata sull'art. 2449.

Di tale disposizione va anzitutto analizzato il "profilo soggettivo" di applicazione. Spicca al riguardo la differenziazione di disciplina ivi prevista a seconda che la società ricorra o meno al mercato del capitale di rischio [sul tema, v. VANONI, 2011]. Nel primo caso, ossia nell'ipotesi di "società chiuse", cioè estranee a detto mercato, la disciplina codicistica di cui al primo comma non si discosta sensibilmente dalla formulazione del vecchio art. 2458 c.c. 1942, se non per la nuova previsione del limite della proporzionalità tra la partecipazione detenuta ed il numero di amministratori e sindaci di nomina diretta [sul principio di proporzionalità nella *subjecta materia*, v. PECORARO, 2009]. Nel secondo caso, ossia nell'ipotesi di "società aperte", operanti nel mercato del capitale di rischio, l'art. 2449 condiziona il potere di nomina diretta all'emissione di strumenti finanziari partecipativi (richiamando espressamente l'art. 2346, sesto comma, c.c.) o di una particolare categoria di azioni [sul punto v. *infra*].

Sempre sotto il profilo soggettivo, l'ambito applicativo dell'art. 2449, come d'altronde la pregressa disciplina, è tuttora controverso per almeno due ordini di ragioni. Anzitutto perché, accanto a chi circoscrive il potere di nomina ai soli enti pubblici autoritativi (già ROVERSI-MONACO, 1968), da tempo si contrappongono, condivisibilmente, opinioni favorevoli ad estendere tale potere anche alle aziende autonome [MARTINI, 1968] e agli enti di gestione [SCOGNAMIGLIO, 1984]. In secondo luogo, perché è controverso se la norma in commento, dettata espressamente per le sole società per azioni, trovi applicazione anche per le società a responsabilità limitata. Così, mentre taluni propendono per la soluzione affermativa, applicando per analogia l'art. 2449 [SALAFIA, 2001; CIRENEI, 2005; IBBA, 2011], altri criticano recisamente tale soluzione [DEMURO, 2008; PERICU, 2004; RORDORF, 2005].

La disciplina in esame ha riscosso minore applicazione nel settore delle partecipazioni statali, essendo più diffuse le c.d. partecipazioni di controllo [così CAGNASSO - IRRERA, 1990; Trib. Cassino, 12 aprile 1991], rispetto alla sua attuazione nell'ambito delle società partecipate dagli enti locali [sul punto v. MAZZARELLI, 1987; v. anche: FRANZONI, 2008; MIOTTO, 2011].

Così è stato, anzitutto, per le c.d. “società finanziarie regionali”, introdotte dall’art. 10, l. 16 maggio 1970, n. 281, in ordine alle quali la prassi spesso assicura meccanismi particolari diretti ad estendere le prerogative codicistiche in materia di nomina degli amministratori anche alle minoranze politiche rappresentate in consiglio regionale [DEVESCOVI, 1984; SANTONASTASO, 2002].

Ma la disciplina *de qua* trova applicazione a livello locale anche in relazione al diffuso fenomeno delle “società esercenti servizi pubblici locali”: in questo caso l’intento del legislatore è di favorire, anche attraverso questa via, il ricorso allo strumento societario nella gestione di detti servizi pubblici [sul tema, cfr.: CAVAZZUTI, 1995; GIAMPAOLINO, 1995; GALGANO, 2003; DONATIVI, 1999; BERTUZZI - BOZZA - SCIUMBATA, 2003]: ciò è quanto si evince dall’art. 116, comma 1, d.lgs. n. 267 del 2000 (t.u. per gli enti locali), in cui appare evidente il *favor* per lo strumento societario nella gestione dei servizi pubblici locali e nella realizzazione di infrastrutture e altre opere di interesse pubblico locale.

Quanto poi alla possibilità di applicazione dell’art. 2449 c.c. alle società c.d. *in house* in dottrina si distinguono due ipotesi [MALTONI - PALMIERI, 2009]. Nel caso gli enti locali detengano la partecipazione totalitaria della società *in house*, si ritiene che eventuali disposizioni statutarie che riconoscano agli enti pubblici diretti poteri di nomina e di revoca possano derogare alla regola della necessaria proporzionalità tra la partecipazione al capitale sociale e la quota dei membri nominati, in quanto tale regola va circoscritta alle sole società «*che si trovano ad operare in un sistema di concorrenza nel o per il mercato*» [ID., 2009]. Nel caso, invece, la società a totale partecipazione pubblica sia in parte privatizzata mediante la cessione di quote delle partecipazioni detenute da alcuni soci-enti pubblici, si ritiene che trovi applicazione detto art. 2449 c.c., in quanto, assicurando il rapporto di proporzionalità tra soggetti nominati e partecipazione detenuta nella società, si darebbe luogo ad un’apertura al mercato sociale [ID., 2009].

Infine, mentre è in generale incontestato il carattere privatistico delle società per azioni a partecipazione pubblica [così, da ultimo, CAVAZZA, 2011; MIOTTO, 2011; Cass., Sez. Un, 30 dicembre 2011, n. 30167, e, pur con taluni importanti distinguo, Cons. St., Sez. VI, 1574/2012, cit., su cui v. *infra*], tuttora discussa è la loro natura, “a tutti gli effetti”, di imprenditore commerciale, con conseguente assoggettamento al relativo statuto [CASSESE, 1959; CAVALLI, 1988], salve le deroghe di cui agli artt. 2449 e 2451 c.c., e, segnatamente, alle procedure concorsuali in caso di insolvenza [in senso favorevole: VENTORUZZO, 2009; ROMAGNOLI, 2006; Cass. 29 agosto 1995, n. 9069; Trib. S.M. Capua Vetere, 9 gennaio 2009, con nota di D’ATTORRE; Trib. Velletri 8 marzo 2010; *contra*: NAPOLITANO, 2003 e, da ultimo, Trib. Catania 26 marzo 2010, con riferimento a società in cui il socio pubblico, oltre a detenere la totalità delle partecipazioni, dispone di poteri di imposizione e riscossione pubblicistici, sì da giustificarne una loro

riqualificazione come enti pubblici]. Quanto alla natura privatistica della società, questa è incontestata in quanto tale natura non può essere scalfita dalla mera titolarità di tutte o parte delle azioni in capo all'ente pubblico "nominante", il quale ultimo, peraltro, continua a mantenere la propria sfera di autonomia rispetto alla società partecipata, non potendo lo stesso incidere unilateralmente sull'attività sociale attraverso l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali diversi rispetto a quelli che, per disciplina generale, sono tipici degli strumenti partecipativi al governo societario [così, Cass., Sez. Un., n. 7799/2005, cit.]. Quanto invece alla questione, tuttora controversa, sulla natura di imprenditore commerciale della società partecipata, una recente pronuncia del Consiglio di Stato (v. Cons. St., Sez. VI, n. 1574/2012, cit) ha chiarito che, come emerge dalla lettura dell'art. 3, comma 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244, sussisterebbe un limite all'impiego dello strumento societario non tanto per assicurare, come ivi dichiarato, la tutela della concorrenza, quanto piuttosto «*per garantire, in coerenza con l'esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell'interesse pubblico*»; sicché è possibile ritenere che attualmente sussisterebbe una norma imperativa che – esprimendo un principio già immanente nel sistema – «*pone un chiaro limite all'esercizio dell'attività di impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell'interesse pubblico*» (sul punto v. anche *infra*).

### 3. *La natura dell'atto di nomina degli amministratori delle società a partecipazione pubblica.*

La nomina pubblica alle cariche societarie costituisce una prerogativa esclusiva dello Stato o dell'ente pubblico beneficiario, tant'è che, come si vedrà tra poco, si realizza attraverso l'adozione di un vero e proprio provvedimento amministrativo, il che vale a sottrarla al dibattito assembleare [SENA, 1958; CAVALLI, 1988; AMBROSINI, 2002; App. Milano 18 maggio 2001; TAR Lazio, Sez. III-ter, 16 novembre 2007, n. 11271, ampiamente commentata: v. SANDRO, 2007; ARDITO, 2007; ANTONIOLI, 2008; PAIRE, 2008; Cass., Sez. Un, 30 dicembre 2011, n. 30167; *contra*, FRÈ, 1972; CIRENEI, 1992; CAVAZZA, 2011]. La fattispecie di cui all'art. 2449 c.c. è stata inquadrata nell'ottica di una preposizione organica, in cui, in forza della norma statutaria, «*l'ente pubblico nominante si sostituisce all'assemblea nella determinazione in ordine alla produzione del rapporto che lega l'amministratore alla società al quale tale rapporto viene imputato*» [URSI, 2005; sul tema, v. già MINERVINI, 1954; CASSESE, 1959].

Prima di analizzare gli effetti che conseguono all'atto di nomina pubblica, è necessario soffermarsi sulla sua "natura giuridica", la cui ricostruzione dogmatica vede contrapposte la scuola amministrativistica con quella pancommercialista, ed

il cui dibattito, pur coinvolgendo illustri studiosi di entrambi gli ambiti ordinali, non è approdato ad oggi verso soluzioni univoche e appaganti.

Il filone giuspubblicistico [*ex multis*: OTTAVIANO, 1960; ROVERSI MONACO, 1968; ROSSI, 1977; v. anche DONATIVI, 1998], prefigurando l'intervento dell'ente nominante in un'ottica prettamente pubblicistica, ricomprende gli atti di nomina *ex art.* 2449 c.c. nel novero dei provvedimenti amministrativi *stricto sensu*, ritenendo inaccettabile che l'azione dell'Amministrazione "nominante" possa ispirarsi unicamente a mere logiche legate al profitto societario. Ne consegue che il rapporto che lega l'ente pubblico e l'amministratore nominato, in quanto "funzionalizzato" al perseguimento dell'interesse generale, deve necessariamente fondarsi e reggersi sui principi tipici dell'*agere* amministrativo [sul punto v. anche MALTONI - PALMIERI, 2009]. Secondo questa impostazione siffatti provvedimenti si caratterizzano per l'ampia discrezionalità, come d'altronde l'eventuale revoca successivamente disposta dall'ente nominante [ROVERSI MONACO, 1968].

Questa ricostruzione appare preferibile perché vede nella nomina (e nella revoca) pubblica l'espressione di un "potere" pubblicistico [DONATIVI, 2003; URSI, 2005; MALTONI, 2005; v. anche già ROMANO, 1947] e non già di un mero diritto potestativo, come non di rado si afferma nella dottrina pancommercialista [CAVALLI, 1988; CIRENEI, 1992; sui diritti potestativi, cfr.: MESSINA, 1960; ANASTASI, 1967; CARPINO, 1989]. In ogni caso, si assiste ad «una fattispecie complessa nella quale il momento pubblicistico, la preposizione allo svolgimento di un compito, e il momento privatistico, l'investitura nell'ufficio di amministratore, sono strettamente connessi e correlati» [URSI, 2005].

L'atto di nomina è poi definito provvedimento "ad efficacia prolungata", in quanto volto ad instaurare (sempre che già non esista) un rapporto di diritto pubblico tra l'ente nominante e l'amministratore nominato, in grado di condizionare l'operato di quest'ultimo, anche in vista del persistente potere di revoca [ROVERSI MONACO, 1968; ROSSI, 1977; MALTONI - PALMIERI, 2009; MIOTTO, 2011; CAVAZZA, 2011]. Questa particolare configurazione non è tuttavia sempre pacifica in giurisprudenza: non mancano infatti le pronunce in cui si afferma che la revoca dei componenti del consiglio di amministrazione di una società per azioni a partecipazione pubblica maggioritaria da parte dell'ente pubblico azionista di maggioranza, involgendo l'esercizio di poteri privatistici e correlate posizioni di diritto soggettivo, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario, anche qualora siffatto potere di nomina (e di revoca) sia attribuito direttamente da una norma di legge [TAR Calabria, Catanzaro, 18 dicembre 2006, n. 1984, commentata da CRISARI, 2007, e FANTINI, 2007].

Secondo questa impostazione giuspubblicistica l'atto di nomina darebbe origine ad un duplice rapporto giuridico [v., *ex multis*, MALTONI - PALMIERI, 2009]. Da un lato, sussisterebbe il rapporto che lega l'ente nominante all'ammi-



nistratore nominato, il quale potrebbe anche preesistere alla stessa nomina, come nel caso il soggetto nominato rivesta al contempo la qualifica di funzionario o di impiegato dell'ente nominante. Dall'altro, vi è il rapporto tra l'amministratore e la società partecipata. Tale duplicità di rapporti comporta – come statuito da una ormai risalente, ma significativa pronuncia della Cassazione [Cass. civ. 15 luglio 1982, n. 4139, annotata da RAGUSA MAGGIORE, 1982 e da BONELLI, 1983] – che l'eventuale revoca dell'amministratore decisa dall'ente pubblico costituisce un atto autonomo di quest'ultimo che mai potrebbe iscriversi alla società.

La natura provvedimentoale dell'atto lo rende impugnabile innanzi alla giurisdizione amministrativa [RAGUSA MAGGIORE, 1982; DI CHIO, 1997; CASELLI, 1991; per una disamina della questione di carattere generale, v. DOMENICHELLI, 2005], posizione peraltro confermata in giurisprudenza [v., *ex multis*, Cass. civ., n. 4139/1982, cit.; App. Milano 18 maggio 2001, cit., per il quale i provvedimenti di nomina e di revoca di amministratori e sindaci, pur non sindacabili dal giudice ordinario, possono però esser valutati e conosciuti quanto agli effetti civilistici prodotti; TAR Sardegna, Sez. II, 21 novembre 2005, n. 1920, con nota di PERICU, 2006; TAR Lazio, Sez. III-ter, n. 11271/2007, cit.; Cass., Sez. Un, n. 30167/2011, cit., ma solo in parte]. Non manca tuttavia la dottrina e la giurisprudenza di segno contrario, che anzi oggi sembra prevalere [SCOGNAMIGLIO, 1984; ROSSI, 1993; SALAFIA, 2001; BERTUZZI - BOZZA - SCIUMBATA, 2003; Cass. n. 7799/2005, cit., che esclude che la controversia sulla nomina o la revoca di amministratori di una società di gestione di un servizio pubblico rientri nella giurisdizione esclusiva amministrativa, attesa la posizione di diritto soggettivo degli amministratori revocati, «che non svolgono né esercitano un pubblico servizio», tutelabile innanzi al giudice ordinario; di analogo tenore anche TAR Campania, 11 febbraio 2005, n. 963, con commento di D'ATTORRE, 2005, e TAR Calabria, Catanzaro, n. 1984/2006, cit.; v. anche, in senso adesivo, Cass. civ., Sez. Un., ord. 27 aprile 2008, n. 13638; infine, per Cass., Sez. Un, n. 30167/2011, cit, spetta al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sui provvedimenti di natura autoritativa, e quindi pubblicistica, preliminari e funzionali alle successive deliberazioni societarie, con cui gli enti locali esprimono la funzione di indirizzo e di governo rispetto agli organismi preposti alla produzione, gestione ed erogazione dei servizi pubblici di loro pertinenza, mentre sono devoluti alla giurisdizione ordinaria, in quanto assoggettati alle regole del diritto commerciale, i successivi atti societari, come il contratto di costituzione della società, l'attività della compagine societaria partecipata con cui l'ente esercita dal punto di vista sia soggettivo che oggettivo le facoltà proprie del socio (azionista), fino al suo scioglimento].

In giurisprudenza da tempo si riconosce alla società partecipata il diritto di intervento nel giudizio amministrativo di legittimità dell'atto di nomina (e di revoca) degli amministratori e sindaci, in base all'assunto che l'ente pubblico è ti-



tolare di un interesse diretto alla regolarità del proprio funzionamento [Cons. Giust. amm. reg. Sicilia, 18 gennaio 1964; Cass. civ., n. 4139/1982, cit.].

Quanto poi agli eventuali vizi del provvedimento di nomina, in dottrina e giurisprudenza si afferma che gli stessi rilevano nei soli limiti dell'art. 2332 c.c., la cui sottesa *ratio* di tutela dei diritti dei terzi appare prevalente rispetto al regime dell'invalidità degli atti amministrativi [MAZZONI, 2011; MIOTTO, 2011; TAR Campania, 30 marzo 2005, n. 2784, annotata da CALSOLARO, 2005]. Di recente le Sezioni unite della Cassazione hanno statuito che l'accertamento giudiziale della violazione delle norme procedurali (di evidenza pubblica) di scelta del socio privato di una società mista, società a partecipazione pubblico-privata, pur non incidendo sull'esistenza della società già iscritta nel registro delle imprese, la pone in stato di scioglimento, essendo ormai preclusa la possibilità di conseguire l'oggetto statutario [Cass. civ., Sez. Un., 20 maggio 2010, n. 12339].

Secondo l'approccio "funzionalista", dunque, l'art. 2449 c.c. si configura alla stregua di una vera e propria norma di diritto pubblico, la quale, intervenendo nel particolare intreccio di interessi pubblici e attività d'impresa, finisce per porre gli amministratori di nomina pubblica in una eccezionale situazione di dipendenza pubblicistica destinata ineluttabilmente ad influenzare l'attività complessiva dell'organo gestorio della società [v. *infra*, par. 4].

Dal versante della prospettiva vaticinata dalla dottrina pancommercialista, la letteratura sembra assestarsi su tutt'altra posizione, c.d. "organizzativa" [JAEGER, 1963; LIBONATI, 1969; BONELLI, 1983; SCOGNAMIGLIO, 1984; FERRI, 1989; CIRENEI, 1992; PERICU, 2004]. Essa, infatti, agganciandosi all'ultimo comma dell'originario 2458 c.c. 1942 nonché al secondo comma del vigente art. 2449 c.c. – in cui si attribuiscono i medesimi diritti ed obblighi ai membri indicati dall'assemblea, inclusa la disciplina sul conflitto d'interessi di cui all'art. 2391 – afferma invece che gli effetti dell'atto di nomina, e quindi del rapporto di amministrazione, siano fondamentalmente assoggettati alle norme di diritto comune, e quindi all'assetto generale del diritto societario, senza che il provvedimento pubblico di nomina possa minimamente alterarne la natura [BONELLI, 1983; DI SABATO, 2003; PERICU, 2004; per una sintesi del dibattito, v. CAGNASSO - IRRERA, 1990; SANTOSUOSSO, 2010].

Una più moderna ricostruzione in chiave privatistica [MALTONI - PALMIERI, 2009], non solo esclude ogni ipotesi di qualificazione in senso pubblicistico dei poteri di nomina e di revoca, *ex art.* 2449, primo comma 1, c.c., e, di riflesso, degli stessi atti che ne costituiscono esplicazione, ma ascrive tali atti nel novero degli atti organizzativi, per loro natura non diretti al soddisfacimento di interessi della collettività. Secondo questa chiave interpretativa, gli atti di nomina pubblica, pur non essendo preordinati al soddisfacimento di interessi della collettività, possono purtuttavia essere censurati sotto il profilo del loro indirizzo politico in

quanto l'Amministrazione pubblica è sempre preordinata al rispetto dei requisiti di cui all'art. 97 Cost.

Questa impostazione privatistica è infine confermata da un diffuso indirizzo giurisprudenziale il quale, se da un canto nega ogni possibilità di qualificazione in senso pubblicistico di siffatti atti di nomina e di revoca, dall'altro è conseguentemente dell'avviso che le relative controversie siano da devolversi al giudice ordinario [così MALTONI, 2009; in senso adesivo TAR Veneto, Sez. I, 15 aprile 2008, n. 968].

L'adesione all'una piuttosto che all'altra ricostruzione dogmatica determina almeno due importanti ricadute tanto di ordine ricostruttivo, quanto di ordine applicativo.

La prima riguarda la natura dell'"interesse" che gli amministratori e le altre cariche sociali di nomina pubblica sono chiamati a perseguire nell'ambito della compagine societaria: se, cioè, tale interesse sia da reputarsi di natura squisitamente privatistica, e sostanzialmente coincidente con la mera realizzazione dell'utile d'impresa *ex art. 2247 c.c.*, o se invece si estenda sino a ricomprendere l'interesse pubblico di cui l'amministratore di nomina pubblica è portavoce. È evidente che la risoluzione a questo interrogativo ha una diretta ricaduta sull'indirizzo "politico" che si intende imprimere alla gestione della società. Il tema sarà sviluppato nel prossimo par. 4.

Un secondo risvolto dogmatico-applicativo conseguente al tipo di configurazione dell'atto di nomina, che può essere solo sfiorato in questa sede, attiene alla tutela risarcitoria accordabile all'amministratore revocato in assenza di giusta causa per il danno da egli ingiustamente patito.

Al riguardo, va infatti osservato che la natura stessa dell'atto di revoca è dibattuta, atteso che, anche in questo caso, si ripropone la contrapposizione tra un'impostazione giuspubblicistica – che qualifica tale atto come provvedimento amministrativo, espressivo del generale potere di autotutela dell'Amministrazione [Cass. civ., n. 4139/1982, cit.; Cons. St., Sez. V, 28 gennaio 2005, n. 178; TAR Puglia 15 maggio 2006, n. 1759; TAR Calabria, 21 febbraio 2005, n. 132; ROVERSI MONACO, 1968;] e l'impostazione pancommercialista, per la quale si tratterebbe invece di un atto di diritto privato, fondato sul contratto di società e non sul potere pubblico [SCOGNAMIGLIO, 1984; PERICU, 2004; Cass., Sez. Un., n. 7799/2005, cit.; Cons. St., Sez. V, 13 giugno 2003, n. 3346, con nota di SPINOZZI; Id., 11 febbraio 2003, n. 708].

Ebbene, qualora l'amministratore lamenti la mancanza di una giusta causa societaria di revoca dall'incarico e per tale ragione avanzi un'istanza risarcitoria, mentre taluni propendono per la giustiziabilità di tale pretesa innanzi al giudice ordinario, nella convinzione che in seguito alla nomina il rapporto assumi una natura squisitamente privatistica [BONELLI, 1983; SALAFIA, 2001], altri invece,

attribuendo a tale rapporto una valenza pubblicistica, tendono ad escludere l'applicabilità dell'art. 2383 nel caso di specie [ROVERSI MONACO, 1968; per Cass. n. 4139/1982, cit., il sindacato sulla giusta causa produrrebbe un inammissibile sindacato sull'attività discrezionale amministrativa; App. Catania, 1° dicembre 1978]. Per non dire, poi, dell'ulteriore questione se l'ente pubblico revocante sia tenuto a corrispondere un indennizzo all'amministratore che ha subito tale provvedimento in base ad una valutazione dell'interesse pubblico del tutto indipendente dalla sua attività gestoria [ROVERSI MONACO, 1968].

#### 4. *L'indirizzo politico e il difficile rapporto tra interesse pubblico e interesse societario.*

Come si è accennato, un importante interrogativo che vede da decenni discutere, e contrapporsi, la dottrina civilistica e quella giuspubblicistica attiene alla natura dell'"interesse" perseguito dagli amministratori (o dalle altre cariche sociali) di nomina pubblica nell'ambito della compagine societaria [v. *infra*]. Accanto alle due contrapposte scuole di pensiero, si aggiungono da tempo posizioni meno radicali ed, in qualche misura, concilianti [v. *infra*; per una prima ricostruzione della problematica, oltre alla dottrina testé richiamata, v. OPPO, 2005].

Secondo l'impostazione c.d. organizzativa, tipica della dottrina pancommercialista, l'organo societario di nomina pubblica è tenuto ad agire in esclusiva attuazione del contratto sociale e quindi a perseguire il solo scopo lucrativo ex art. 2247 c.c.: viene dunque escluso che gli amministratori possano perseguire interessi diversi da quello lucrativo [MINERVINI, 1954; JAEGER, 1963; GRASSETTI, 1958; ABBADESSA, 1975; ROSSI, 1977; CIRENEI, 1992 e 2005; GALGANO, 2003; PETRAZZINI, 2004; BONELLI, 2004]. Secondo questo approccio privatistico la prerogativa della nomina pubblica viene ricondotta alla sola necessità di consentire all'ente pubblico di controllare la regolarità dell'azione sociale e giammai per indirizzarla al perseguimento di fini pubblicistici [ASCARELLI, 1959].

Più compiutamente, di recente si è affermato che «*la natura privata, e quindi (sostanzialmente) disponibile, dell'interesse sociale non è pregiudicata neppure dalla facoltà concessa allo Stato o a enti pubblici che abbiano una partecipazione azionaria (art. 2449 c.c.), di nominare uno o più amministratori. Facoltà quest'ultima – ora limitata, tra l'altro, alle sole società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio – inidonea, in mancanza di un'espressa autorizzazione legislativa alla deviazione causale della società, a modificare lo schema causale fissato dall'art. 2247 c.c., nonché i diritti e gli obblighi degli amministratori che rimangono quelli propri dei membri nominati dall'assemblea (art. 2449, terzo comma, c.c.). Gli amministratori, anche in tal caso, non svolgono alcuna funzione di composizione dei differenti interessi rappresentati nella variegata compagine sociale, essendo, quindi, irrilevante*

*sul piano giuridico formale la natura pubblica degli interessi propri di una parte dei soci»* [TINA, 2008].

In particolare, per taluni esponenti di questa tesi ricostruttiva, non solo la nomina pubblica degli amministratori non influisce affatto sulla dimensione causale del contratto di società, né è in grado di svilire il suo naturale scopo lucrativo [LIBONATI, 1969], ma gli amministratori così nominati assumono i medesimi diritti e doveri dei membri di nomina assembleare *ex art.* 2449, secondo comma, c.c., sicché, si è detto, il perseguimento nell'ambito delle rispettive competenze di fini pubblici "extrasociali" potrebbe configurare gli estremi, ricorrendone i presupposti di legge, di una loro responsabilità *ex artt.* 2391 ss. [ROSSI, 1977; CIRENEI, 1992]. Con il che viene confermato il «*principio della parificazione dei membri di nomina pubblica diretta a quelli di nomina assembleare*», sebbene taluni ritengano la norma in questione di fatto pleonastica e ridondante [DEMURO, 2008].

Altri, poi, intravedono a carico dell'amministratore di nomina pubblica, che ottemperi alle sole direttive dell'ente pubblico nominante, una violazione del suo dovere di adempiere ai propri doveri «*con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle sue specifiche competenze*», di cui all'art. 2392 c.c. ed una conseguente responsabilità a suo carico per i danni cagionati alla società per l'inosservanza di tali doveri [SCOGNAMIGLIO, 1984; SANTONI, 1985; CIRENEI, 1992 e 2005].

Altri ancora, infine, impongono agli amministratori l'obbligo di astensione di cui all'art. 2391 c.c. in ipotesi di conflitto con l'interesse pubblico [JAEGER, 1963; BERTUZZI - BOZZA - SCIUMBATA, 2003], in quanto la *ratio* dell'attribuzione dello speciale potere di nomina riposerebbe non già nella (denegata) possibilità di perseguire, tramite lo strumento societario, la politica dell'ente pubblico dominante, quanto piuttosto nella possibilità di realizzare un controllo pubblico sul regolare svolgimento dell'attività sociale [ASCARELLI, 1959; ROSSI, 1977; CIRENEI, 1992; *contra*, GRASSETTI, 1958].

A questa impostazione "organizzativa" si contrappone l'approccio c.d. "funzionalista", per il quale la natura amministrativa dell'atto di nomina impone alla carica societaria interessata di farsi portatrice e garante di un interesse più ampio rispetto al mero interesse lucrativo dei soci, da ritenersi parallelo, se non addirittura convergente, con l'interesse pubblico sotteso alla sua stessa nomina.

Secondo questa ricostruzione dogmatica, l'interesse pubblico, in quanto originato da una norma derogatoria, si contrapporrebbe al comune interesse dei soci alla realizzazione degli utili societari, fino a costituire un limite al loro libero operare [così, *ex multis*: FIORENTINO, 1950; SENA, 1958; OTTAVIANO, 1960; ROVERSI MONACO, 1968; ROSSI, 1977; DONATIVI, 1998; per COTTINO, 1965, la contaminazione in senso pubblicistico dell'interesse sociale andrebbe limitata alla sola ipotesi di partecipazione sociale facente capo ad un ente di gestione]. In al-

tri termini, questa corrente dottrinale propone una ridefinizione dell'interesse da perseguire onde dar peso alla compartecipazione pubblicistica [sul punto, v. CASSESE, 1959], sospingendosi sino a consentire la realizzazione di un interesse più ampio dello scopo lucrativo, prossimo a quello avuto di mira dall'ente nominante [CAVAZZA, 2005; in senso contrario, PETRAZZINI, 2004].

Secondo taluno, poi, la deroga alla disciplina dell'organizzazione e degli interessi del modello societario che scaturisce dall'art. 2449 c.c. farebbe emergere un vero e proprio obbligo gravante sulla carica di nomina pubblica (soprattutto sull'amministratore) di ottemperare con assoluta priorità alle direttive impartite dall'ente nominante [CIAVARELLA, 1975]. La nomina pubblica di un amministratore *ex art. 2449*, pur sottostando, quanto agli effetti, al diritto societario, avrebbe così quale conseguenza l'inapplicabilità di tutti gli aspetti dello statuto ordinario dell'organo amministrativo incompatibili con il raggiungimento dello specifico interesse pubblico di cui l'amministratore sarebbe portatore [ABBADESSA, 1975], sicché, non solo il consiglio di amministrazione non potrebbe spogliarsi delle proprie attribuzioni in favore degli organi delegati, ma ogni singolo amministratore di nomina pubblica potrebbe assumere di propria iniziativa l'impugnazione delle deliberazioni assembleari ai sensi dell'art. 2377 c.c., senza necessità di una delibera *ad hoc* del consiglio di amministrazione [per una disamina della più recente dottrina, v. *infra*].

A questo punto è necessario precisare che i fautori di entrambe le contrapposte ricostruzioni dogmatiche spesso aggiungono taluni importanti temperamenti.

Così, è il caso di chi, pur attribuendo all'amministratore di nomina pubblica una posizione di potere-dovere nel perseguimento dell'interesse pubblico, precisa che tale obiettivo sia da conseguire non solo in relazione alla natura dello strumento giuridico utilizzato, ma anche curando di assicurare l'autosufficienza economica della società e la realizzazione di un utile da distribuire tra i soci [così ROVERSI MONACO, 1968; CIAVARELLA, 1975; Cons. St., Sez. VI, n. 1574/2012, cit.; *contra*, ROSSI, 1977].

Vi è poi chi individua l'interesse sociale come una sorta di sommatoria degli interessi propri dei partecipanti all'impresa, prospettando una possibile ipotesi di conciliazione con l'interesse pubblico, purché siano rispettate le regole inderogabili di organizzazione e corretta gestione [SANTOSUOSSO, 2010; MIOTTO, 2010].

Per altri, invece, il dovere degli amministratori di nomina pubblica di contemperare l'attuazione dell'interesse sociale con l'indirizzo imposto dall'ente pubblico andrebbe circoscritto al solo caso in cui sussista un autonomo rapporto giuridico tra la persona nominata e l'ente nominante. Questa impostazione è soprattutto seguita da coloro che individuano nella fattispecie in esame una duplicità di rapporti (tra l'ente nominante e la persona nominata amministratore e tra la so-

cietà partecipata e l'amministratore), finendo per concludere che gli amministratori di nomina pubblica siano giuridicamente vincolati all'osservanza delle direttive dell'ente nominante [OTTAVIANO, 1960; MARTINI, 1968; v. anche DEVESCOVI, 1984, ma limitatamente ai rapporti tra amministratori delle società finanziarie regionali ed organi della regione partecipante], pur assicurando loro una propria sfera di autonomia decisionale [OTTAVIANO, 1960].

Per altri ancora, poi, gli amministratori di nomina pubblica, pur ritenendoli portatori di un interesse pubblico tanto da qualificarli come funzionari preposti ad un ufficio dell'ente nominante [VERUCCI, 1965; *contra*, ROVERSI MONACO, 1968; CIAVARELLA, 1975; v. anche Cass. pen., Sez. VI, 30 novembre 1993, in cui si nega che gli amministratori di nomina pubblica rivestano la qualifica di pubblici ufficiali ed esercitino in ambito societario una pubblica funzione amministrativa], finiscono tuttavia per affermare che siffatto interesse pubblico debba comunque cedere il passo all'interesse sociale, inteso come interesse privatistico dei soci, sicché le direttive impartite dall'ente nominante avrebbero efficacia vincolante solo nei limiti in cui siano conformi agli ordinari criteri di gestione della società [BACHELET, 1957; VERUCCI, 1965].

In conclusione, se la dottrina è unanime nell'ammettere che il soggetto pubblico possa, tramite gli amministratori nominati, esercitare un controllo sul corretto esercizio dell'attività sociale e magari perseguire una propria linea di politica aziendale nel rispetto ed in conformità dello scopo lucrativo del contratto di società, per contro si registrano orientamenti variegati e contrastanti qualora si voglia acconsentire all'ente, in forza della disciplina in commento e per il tramite degli organi nominati, l'attuazione di una linea di politica aziendale aperta a finalità di interesse pubblico tali da comportare finanche la rinuncia dello scopo lucrativo.

Peraltro, in tempi recenti, la dottrina sembra assestarsi sempre più in favore di una decisa limitazione della possibilità di contaminazione pubblicistica del modello societario, e ciò principalmente per tre ordini di ragioni. Anzitutto, in conseguenza del robusto processo di privatizzazione che ha interessato le imprese in mano pubblica di diversi Stati europei e, segnatamente, dell'Italia e che ha condotto alla dismissione del sistema delle partecipazioni statali. In secondo luogo, in forza della nuova formulazione del secondo comma dell'art. 2449 c.c. e quindi del principio di uguaglianza ivi contenuto, in base al quale gli amministratori e i sindaci sono destinatari dei medesimi diritti e doveri, indipendentemente dalle rispettive modalità di nomina. Ed infine, per l'influenza dovuta alla giurisprudenza restrittiva della Corte di giustizia Ue in tema di *in house providing* e di poteri speciali, la quale ha più volte ribadito di non tollerare un uso disinvolto degli strumenti di diritto privato per fini pubblicistici se diretti ad eludere i principi dalla stessa elaborati in tema di poteri speciali [sul punto, v. CAVAZZA, 2009 e 2011; v. anche FRACCHIA - OCCHIENA, 2007; CIRENEI, 2005-*bis*; BALLARINO -

BELLODI, 2004; RORDORF, 2005; IBBA, 2005; VITALE, 2808; ROMAGNOLI, 2006]. Ogniquale, dunque, l'utilizzo di tali strumenti si traduca di fatto in un ingiustificato privilegio in grado di ostacolare i movimenti di capitale intracomunitari o lo stesso diritto di stabilimento, la fattispecie sarà ineluttabilmente assoggettata al vaglio della Corte di Lussemburgo, onde sottoporla al test di ammissibilità elaborato dalla ormai pluridecennale giurisprudenza comunitaria.

Quanto poi al tema, assai complesso, degli interessi legittimamente perseguibili, generalmente si tende ad isolare, come concettualmente autonoma, la questione circa l'“efficacia delle direttive impartite” dall'ente pubblico al membro designato. Ed anche su questo punto la dottrina appare divisa: mentre infatti qualche Autore ritiene siffatte direttive, di regola, vincolanti per gli amministratori di nomina pubblica [MARTINI, 1968], altri circoscrivono tale carattere al solo caso in cui le stesse risultino coerenti con i canoni di corretta gestione [VERUCCI, 1965], altri infine escludono la sussistenza di un obbligo di esecuzione a carico dell'amministratore, essendo egli personalmente responsabile per i pregiudizi conseguenti alle condotte gestorie a lui ascrivibili [CIRENEI, 137; SCOGNAMIGLIO, 1984].

Una più recente chiave interpretativa dell'annosa querelle è ora offerta da quella dottrina [MALTONI - PALMIERI, 2009] che suggerisce di estendere il meccanismo dello *spoils system*, di cui alla l. 245/2002, alle nomine pubbliche degli amministratori delle società controllate o partecipate dallo Stato, atteso che, come è stato affermato, «per un verso, l'atto di nomina/conferimento può considerarsi un “atto organizzativo di indirizzo”, e, dall'altro, che in entrambi i casi l'ente nominante adotta atti di indirizzo o direttive nei confronti dei soggetti nominati» [ID., 2009; sul tema v. anche URSI, 2003; quanto al c.d. “atto organizzativo di indirizzo”, v. ENDRICI, 2000]. Ciò in quanto gli atti di indirizzo sarebbero in effetti connaturati ai poteri pubblicistici di nomina e di revoca attribuiti all'ente pubblico e traggono fondamento dal carattere necessariamente fiduciario che contraddistingue il rapporto che intercorre tra i vertici politici dell'ente “nominante” e gli amministratori nominati nella società a partecipazione pubblica [v. già BACHELET, 1957, il quale già si esprimeva in termini di «tipico rapporto di fiducia»; più recentemente, PECORARO, 2009]. Ulteriore conferma di questa ricostruzione riposa anche nel potere di revoca assicurato all'ente “nominante”, che, sotto questo profilo, mira a colpire la «violazione dei doveri cui gli amministratori sono tenuti in quanto inseriti in una relazione organizzativa» [ENDRICI, 2000]. Secondo questa più moderna ricostruzione (che, ricordiamo, muove da una prospettiva panprivatista: v. supra), gli amministratori di nomina pubblica, se, per un verso, sono tenuti ex art. 2449, secondo comma, c.c., all'osservanza dei medesimi obblighi degli amministratori di nomina assembleare e quindi a perseguire gli interessi della società, per altro verso, possono essere ritenuti responsabili del manca-



to raggiungimento degli obiettivi prefissati dall'ente nominante per aver disatteso gli indirizzi e le direttive loro impartite nell'atto di nomina [sulla direttiva intesa quale «atto di guida dell'altrui azione» v. SCIULLO, 1990].

Infine, di recente si è affermato che l'attuale formulazione dell'art. 2449 c.c. di fatto comporti il superamento dell'annosa *querelle* tra privatisti e amministrativisti nella materia *de qua* [PECORARO, 2009]. Secondo questa dottrina, infatti, detta disposizione determina la «*riaffermazione della rilevanza dell'interesse extra-sociale del soggetto pubblico ai fini della gestione dell'attività, in una prospettiva che tuttavia differisce sensibilmente da quella tradizionale. L'interesse pubblico del soggetto è concepito alla stregua di uno degli interessi sociali da comporre ai fini della corretta gestione dell'impresa*» [PECORARO, 2009; v. anche, in termini analoghi, SANTONASTASO, 2007].

### 5. Profili applicativi.

Rimangono taluni profili di carattere applicativo [sul punto v. DONATIVI, 1998].

In primo luogo, va evidenziato che se, da un lato, si discute tuttora se sia consentita la nomina pubblica anche da parte di più enti [così già ABBADESSA, 1975; *contra*, MINERVINI, 1956], sembra invece pacifico che l'ente titolare del potere di nomina debba essere individuato nominativamente nello statuto [Trib. Verona, 11 dicembre 1992, con nota di RICCARDELLI, 1993]. Tuttora oggetto di dibattito è anche l'interrogativo se l'ente pubblico disponga o meno del potere di nominare direttamente il presidente del consiglio di amministrazione o il direttore generale della società per azioni [GALGANO, 2003; MIOTTO, 2011].

Dal tenore letterale dell'art. 2449 c.c. si evince poi che la facoltà (*rectius*: potere) di nomina degli amministratori e delle altre cariche societarie, pur contemplata espressamente dal codice civile, richiede che sia enunciata e regolamentata nello "statuto" della società partecipata. In dottrina da tempo si estende la disciplina codicistica, per applicazione analogica dell'art. 2449, anche all'ipotesi in cui il potere di nomina pubblica di amministratori e sindaci discenda da specifiche disposizioni dettate dalla legislazione speciale [v. già MINERVINI, 1956].

Sempre a livello generale, va precisato che il potere di nomina pubblica conosce gli stessi "limiti" che avvincono l'assemblea in relazione ai requisiti soggettivi e si imbatte nelle medesime cause di ineleggibilità previste nel diritto societario comune [CIRENEI, 1992; RORDORF, 2005; CAVAZZA, 2011; MIOTTO, 2011] e dalla legislazione speciale (v. art. 1, comma 734, l. n. 296/2006; art. 3, comma 32-*bis*, l. n. 244/2007; art. 8, d.p.r. n. 168/2010).

Ciò premesso, va osservato che, mentre è da ritenere illegittima per violazione dell'art. 2449, primo comma, c.c., l'eventuale clausola statutaria che istituisca, nell'ambito di una società c.d. "chiusa", una particolare categoria di azioni, se diretta a riservare all'ente pubblico la facoltà di nomina della maggioranza degli amministratori [v. Trib. Cassino, 12 aprile 1991, cit., con riferimento ad una s.r.l.], tale possibilità è ora pienamente riconosciuta alle società c.d. "aperte": queste, infatti, in forza del quarto comma dell'art. 2449, possono liberamente deliberare l'emissione di particolari categorie di azioni senza vincoli di proporzionalità tra il numero di amministratori (e sindaci) di nomina pubblica e l'entità della partecipazione nella compagine sociale dello Stato o dell'ente pubblico (proporzionalità che, invece, come è noto, è imposta alle c.d. società chiuse) [per un'ampia disamina sul punto, v. PECORARO, 2009].

In merito alle clausole statutarie attributive del potere di nomina pubblica alle cariche societarie, si è anzitutto chiarito che il mancato esercizio di tale "potere", da ritenersi del tutto discrezionale (non si tratta dunque, a rigore, di una mera "facoltà" di nomina, espressiva di un diritto potestativo, come risulta dal tenore letterale dell'art. 2449), non preclude all'assemblea di procedere comunque alla nomina o al completamento dell'organo di amministrazione [MINERVINI, 1956; SCOGNAMIGLIO, 1984].

Inoltre, si è precisato che la clausola statutaria che autorizza la nomina pubblica può apporsi anche successivamente alla costituzione della società, ossia in sede di modificazione dello statuto: in tal caso, però, si ritiene che l'azionista pubblico destinatario del privilegio sia tenuto ad astenersi dal voto, giacché verrebbe in una situazione di conflitto di interessi *ex art. 2373 c.c.* [per ABBADESSA, 1975, la modificazione dello statuto volta a sopprimere tale clausola sarebbe inefficace in assenza del consenso dell'azionista pubblico titolare del diritto di nomina; così anche MIOTTO, 2011 e CAVAZZA, 2011].

Il tenore complessivo dell'art. 2449 c.c. porta poi ad escludere la necessità di un atto di recepimento della nomina diretta pubblica attraverso un'apposita delibera assembleare: ove ciò accadesse, siffatta delibera sarebbe irrilevante [Cons. St., comm. spec. 27 febbraio 2003, 514 *bis/03*] o, quantomeno, assumerebbe un valenza meramente dichiarativa e ricognitiva, del tutto inidonea ad incidere sul carattere giuspubblicistico dell'atto di nomina [in termini: Cass. n. 4139/1982, cit.; ROVERSI MONACO, 1968; CIRENEI, 1992; MIOTTO, 2011].

Quanto poi al limite della *proporzionalità* tra il numero di amministratori (e sindaci) di nomina pubblica e la partecipazione azionaria degli enti nominanti – limite introdotto dalla novella del 2008 in relazione alle sole società chiuse – già si è accennato che il richiamo a detto principio di proporzionalità non è stato imposto espressamente dalla nota sentenza della Corte di giustizia Ue, 6 dicembre 2007, cit., essendosi quest'ultima limitata a censurare, nel caso di specie, l'ecces-

siva sproporzione tra il potere di controllo dell'ente "nominante" rispetto alla sua effettiva partecipazione alla compagine societaria [CAVAZZA, 2009].

Pur nel rispetto del principio di proporzionalità, da tempo generalmente si ammette la nomina pubblica *ex art.* 2449 della "maggioranza" degli amministratori nel consiglio [MINERVINI, 1956 e, con qualche ripensamento, 1959; FERRI, 1988; CIRENEL, 2005]; più discussa, specialmente durante la vigenza del vecchio art. 2458 c.c., è l'ammissibilità della nomina della "totalità" degli amministratori [in senso affermativo MINERVINI, 1956; *contra*, GALGANO, 2003].

Analogamente al disposto di cui all'art. 2383, secondo comma, c.c., gli amministratori di nomina pubblica durano in carica per non più di "tre anni" (art. 2449, secondo comma, c.c.), esattamente come previsto per gli amministratori di nomina assembleare [GALGANO, 2003]. La scadenza del triennio viene fatta coincidere con la data di convocazione dell'assemblea per l'approvazione del bilancio dell'ultimo esercizio, ai sensi dell'art. 2383, secondo comma, c.c.). In forza dell'art. 1, comma 734, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), è poi fatto divieto di nominare amministratore di società a totale o parziale capitale pubblico colui che, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi.

Nel caso (purtroppo non raro!) di ritardo nella nomina pubblica degli amministratori, stante la facoltatività (*rectius*: discrezionalità) dell'esercizio del potere di nomina da parte del soggetto pubblico [MINERVINI, 1956; v. anche CASELLI, 1991], per taluni sarebbe ammissibile il ripristino dei poteri assembleari di nomina dell'intero consiglio di amministrazione (o dell'intero collegio sindacale) qualora sussista un'inequivoca manifestazione di disinteresse, eventualmente dedotta per *facta concludentia* [CAVAZZA, 2011]. Questa soluzione non è però pacifica. Appare anzi preferibile la soluzione contraria, diretta cioè ad escludere che l'assemblea possa sostituirsi all'atto riservato all'ente pubblico in caso di inerzia, atteso che l'art. 2449 c.c. costituisce deroga espressa al principio della nomina assembleare delle cariche sociali, sicché l'eventuale delibera assembleare sostitutiva del potere di nomina dell'ente pubblico sarebbe inficiata da nullità-inefficacia [ABBADESSA, 1975; RORDORF, 2005; App. Milano, 18 maggio 2001, cit.; Id., 5 maggio 2010, con nota di DE CAMPO, 2011].

### Bibliografia

- ABBADESSA, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi ed ipotesi)*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1975, I, 369 ss.;
- AMBROSINI, *Nomina pubblica delle cariche sociali e nullità della delibera assembleare per carenza di potere*, in *Giur. it.*, 2002, I, 124 ss.;

- ANASTASI, voce *Facoltà e diritti facoltativi*, in *Enc. diritto*, Milano, 1967, XVI, 207 ss.;
- ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica, poteri dei soci e riparto fra giurisdizioni: spunti in tema di (atti sociali preordinati alla) revoca di un membro del consiglio di amministrazione della Rai-Radiotelevisione italiana s.p.a.*, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 751 ss.;
- ARDITO, *Atti politici e negozi della Rai s.p.a. Ma la tutela «parla» amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, 2007, 3833 ss.;
- ASCARELLI, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. società*, 1959, 1012 ss.;
- BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957;
- BALLARINO - BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario*, in *Riv. società*, 2004, 2 ss.;
- BERTUZZI - BOZZA - SCIUMBATA, *Patrimoni destinati, partecipazione statali, S.A.A. (art. 2447 bis-2461 c.c.)*, Milano, 2003;
- BONELLI, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici* (nota a Cass., 15 luglio 1982, n. 4139), in *Giur. comm.*, 1983, II, 511 ss.;
- BONELLI, *Amministratori di s.p.a.*, Milano, 2004;
- CAGNASSO - IRRERA, *Società di capitali (c.c. art. 2458-2510)*, Torino, 1990;
- CALSOLARO, *In house providing: il T.a.r. Napoli interpreta il concetto di controllo analogo* (nota a TAR Campania, 30 marzo 2005, n. 2784), in *Foro amm.-TAR*, 2005, (4), 1164 ss.;
- CAMMELLI - DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008;
- CAPANTINI, «Golden share» a tutela del servizio universale - Una censura di tipo più procedurale che sostanziale da parte della Corte di giustizia?, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2007, 422 ss.;
- CARPINO, voce *Diritti potestativi*, *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, XI;
- CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1991, 8 ss.;
- CASSESE, voce *Azionariato di Stato*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 778 ss.;
- CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 1996, 579 ss.;
- CAUSI, *Dalla golden share al golden power. Una nuova modalità d'intervento pubblico in economia, più leggera ma potenzialmente più estesa*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 11.04.2012;
- CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, Torino, 1988, 6 ss.;
- CAVAZZA, *Sub artt. 2449-2450 cod. civ.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, II, Padova, 2005, 1709 ss.;
- CAVAZZA, *Golden share, giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell'art. 2450 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 1193 ss.;
- CAVAZZA, *Prerogative speciali e società partecipate dai pubblici poteri: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 381 ss.;

- CAVAZZA, sub artt. 2449-2451, in *Commentario breve al diritto delle società*, 2011, Padova, 1130 ss.;
- CAVAZZUTI, *Privatizzazioni imprenditoriali e mercati*, Bologna, 1996;
- CAVAZZUTI, *Società a partecipazione locale: saggio di diritto provvisorio*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 685 ss.;
- CIAVARELLA, *Revoca e responsabilità degli amministratori di società per azioni nominati dallo Stato*, in *Nuovo diritto*, 1975, 501 ss.;
- CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo e G.B. Portale, VIII, Torino, 1992, 137 ss.;
- CIRENEI, *Società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici e società di interesse nazionale*, in *Codice commentato delle nuove società*, a cura di G. Bonfante, D. Corapi, G. Marziale, R. Rordorf, V. Salafia, Milano, 2005, 933 ss.;
- CIRENEI, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir. comm. internaz.*, 2005, 41 ss. (2005-bis);
- CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519 ss.;
- CLARICH - PISANESCHI, voce *Privatizzazioni*, in *Digesto, Disc. pubbl.* (agg.), Torino, 2000, 432 ss.;
- CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, 2010, 1 ss.;
- COLANGELO, «Golden share», *diritto comunitario e i mercanti di Venezia*, in *Foro it.*, 2009, IV, c. 221 ss.;
- CORRADI, *La proporzionalità tra partecipazione e «potere di controllo» nell'art. 2449 c.c.* (nota a Corte giust. CE, 6 dicembre 2007, n. 463/04, 464/04), in *Giur. comm.*, 2008, II, 932 ss.;
- COSSU, *L'amministrazione nelle srl a partecipazione pubblica*, *Giur. comm.*, 2008, I, 627 ss.;
- COTTINO, *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale*, in *Arch. giur.*, 1965, (183), 79 ss.;
- COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Milano, 1968;
- CRISARI, *Giurisdizione del giudice ordinario e società per azioni a partecipazione pubblica* (nota a TAR Calabria, sez. II, 18 dicembre 2006, n. 1984), in *Corr. merito*, 2007, 665 ss.;
- CUCINOTTA, *La sentenza della Corte di giustizia 26 marzo 2009 (causa C-326/07): problematiche rilevanti e implicazioni de jure condendo*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, 229 ss.;
- D'ATTORRE, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione* (nota a TAR Campania, sez. II, 11 febbraio 2005, n. 963), in *Società*, 2005, 876 ss.;
- D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?* (nota a Trib. S.M. Capua Vetere, 9 gennaio 2009), in *Fall.*, 2009, 715 ss.;
- DE CAMPO, *Società partecipate da enti pubblici ex art. 2449 c.c.: mutamento della maggioranza politica quale giusta causa di revoca* (nota ad App. Milano, 5 maggio 2010), in *Società*, 2011, 262 ss.;

- DE NADAI, *Poteri speciali, modelli di governance, e tutela del socio "privato" nelle società a partecipazione pubblica*, in questa *Rivista*, 2012;
- DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.* (nota a Corte giust. CE, 6 dicembre 2007, n. 463/04, 464/04), in *Giur. comm.*, 2008, II, 576 ss.;
- DEMURO, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri previsti dalla golden share*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 629 ss. (rif.: 2009<sup>a</sup>);
- DEMURO, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, in *Commentario* diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2009 (rif.: 2009<sup>b</sup>);
- DE ROSA, *La Corte di giustizia condanna i criteri di esercizio della golden share*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2009, 1649 ss.
- DEVESCOVI, *Società finanziarie regionali e rapporto di amministrazione*, Padova, 1984;
- DI CHIO, voce *Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, XIV, 1997, 158 ss.;
- DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003;
- DOMENICHELLI, *Giurisdizione e controversie societarie pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 263 ss.;
- DONATIVI, *Esperienze applicative in tema di nomina diretta alle cariche sociali*, in *Riv. società*, 1998, 1258 ss.;
- DONATIVI, *Rassegna legislativa e statutaria in tema di nomina pubblica alle cariche sociali ex art. 2458-2459 c.c. nelle società a partecipazione regionale e nel nuovo assetto dell'azionariato provinciale e comunale*, in *Riv. dir. impresa*, 1999, 309 ss.;
- DONATIVI, *Amministratori e sindaci di nomina pubblica nelle società per azioni*, Milano, 2003;
- DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, in *Trattato di dir. comm.*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2010;
- ENDRICI, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Bologna, 2000;
- FANTINI, *La revoca degli amministratori di nomina pubblica nelle società per azioni*, in *Urb. e app.*, 2007, 763 ss.
- FERRARI, *La golden share nella governance delle imprese locali di servizi*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2008, 884 ss.;
- FERRI, *Pubblico e privato nelle partecipazioni statali*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 415 ss.;
- FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di F. Vassalli, Torino, 1987, 403 ss.;
- FIorentino, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950;
- FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Il dir. dell'economia*, 2004, 589 ss.;
- FRACCHIA, *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica* (nota a TAR Lombardia, sez. I, ord. 13 ottobre 2004, n. 175), in *Foro it.*, 2005, III, c. 38 ss.;
- FRACCHIA - OCCHIENA, *Società pubbliche tra golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica* (nota a Corte giust. CE, 6 dicembre 2007, n. 463/04, 464/04), in *Giust. amm.*, 2007, 1225 ss.;

- FRANZONI, sub art. 2449, in *Società per azioni*, tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo*, a cura di F. Galgano, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 2008;
- FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario* a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1972, 912 ss.;
- FRENI, «Golden share», *ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 145 ss.;
- GALGANO, *Le nomine governative degli enti economici*, in *Giur. Comm.*, 1978, I, 544 ss.;
- GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, a cura di Galgano, XXIX, Padova, 2003;
- GALGANO, *Diritto civile e diritto commerciale*, vol. III, *L'impresa e le società*, tomo II: *Le società di capitali e le cooperative*, IV ed., Padova, 2004;
- GHEZZI - VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. società*, 2008, 668 ss.;
- GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 998 ss.;
- GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 396 ss.;
- GRASSETTI, *Il distacco delle «aziende a prevalente partecipazione statale dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro*, in *Riv. società*, 1958, 1 ss.;
- GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. - Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009;
- IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992;
- IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da Colombo e Portale, VIII, Torino, 1992, 521 ss.;
- IBBA, *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 22 ss.;
- IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. società*, 2005, 1 ss.;
- IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, 1 ss.;
- IBBA, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in *www.giustamm.it*, 1/2011;
- JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1963;
- JAEGER, *Privatizzazioni, public companies, problemi societari*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 5 ss.;
- LIBONATI,  *Holding e investment trust*, Milano, 1969 (rist.);
- MALAGUTI, *Aspetti societari e diritto della concorrenza - Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica ed impresa privata*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011;
- MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, G. Morbidelli, Torino, 2005;



- MALTONI - PALMIERI, *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, in *Dir. Amm.*, 2009, 267 ss.;
- MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984;
- MARASÀ, voce *Società speciale e società anomale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993;
- MARTINI, *Aspetti pubblicistici della nomina extra-assembleare di amministratori e sindaci nelle imprese cooperative*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 278 ss.;
- MAZZARELLI, *Le società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987;
- MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema?*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, 57 ss.;
- MESSINA, voce *Diritti potestativi*, in *Noviss. Dig.*, Torino, 1960, V;
- MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca, Borsa, titoli di credito*, 1954, I, 712 ss.;
- MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956;
- MINERVINI, *Amministratori e sindaci di società cooperative nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Foro it.*, 1959, IV, c. 219 s.;
- MIOTTO, *sub artt. 2449-2461*, in G. Cian, A. Trabucchi, *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, 2011, 3004 ss.;
- NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»*, in *Dir. Amm.*, 2003, 822 ss.;
- OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 165 ss.;
- OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. società*, 1960, 1013 ss.;
- PAGANETTO, *Il potere governativo di nomina*, Napoli, 1994;
- PAIRE, *La rimozione di un componente del consiglio di amministrazione della Rai s.p.a. di designazione ministeriale. Alcune fugaci precisazioni del giudice amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 3122 ss.;
- PANINI, *sub artt. 2449-2451*, in *La riforma delle società. La società per azioni e la società in accomandita per azioni*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, II;
- PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. società*, 2009, 947 ss.;
- PERICU, *La giurisdizione sulle controversie in materia di nomina o revoca di amministratori o sindaci di società ex art. 2449 e 2450 c.c. - Brevi note* (nota a TAR Sardegna, sez. II, 21 novembre 2005, n. 1920), in *Riv. giur. sarda*, 2006, 792 ss.;
- PERICU, *sub artt. 2449-2450*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, III, 1300 ss.;
- PETRAZZINI, *sub artt. 2449-2450*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004, II, 1694 ss.;
- PIRAS, *Le privatizzazioni - Tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, Torino, 2005;
- PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007;
- PULCINI, *La privatizzazione dell'Aem di Milano ed il principio comunitario di libera circolazione dei capitali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 568 ss.;

- RAGUSA MAGGIORE, *La revoca dell'amministratore unico nominato dall'ente di gestione in una società da esso dominata* (nota a Cass., 15 luglio 1982, n. 4139), in *Dir. fallim.*, 1982, II, 1396 ss.;
- RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997;
- RICCARDELLI, *Sottrazione all'assemblea del potere di nomina dell'organo amministrativo* (nota a Trib. Verona, 11 dicembre 1992), in *Società*, 1993, 950 ss.;
- ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 473 ss.;
- RORDORE, *Le società «pubbliche» nel codice civile*, in *Società*, 2005, 423 ss.;
- ROSSI, *Profili giuridici delle società a partecipazione statale*, Milano, 1977;
- ROSSI, voce *Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993;
- ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 264 ss.;
- SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato e dagli enti pubblici*, in *Società*, 2001, 773 ss.;
- SALERNO, *Sulle golden shares l'Italia è costretta ad un nuovo passo indietro: troppa discrezionalità nell'esercizio dei poteri speciali*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2009, 1358 ss.;
- SAN MAURO, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di giustizia C-326/07*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, 198 ss.;
- ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947 (rist. 1983);
- SANDRO, «*Democrazia dell'alternanza*» e atto politico: il Tar annulla la revoca del consigliere Petroni, in *Foro amm.-TAR*, 2007, 3134 ss.;
- SANTONASTASO, *Le società d'interesse nazionale*, Milano, 2002;
- SANTONASTASO, *La «saga» della «golden share» tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 302 ss.;
- SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, 1985;
- SANTOSUOSSO, *I sistemi di amministrazione e controllo*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, 2010, 134 s.;
- SCIULLO, *Direttiva (disciplina amministrativa)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, 98 ss.;
- SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458 c.c.*, in *Foro amm.*, 1984, I, 569 ss.;
- SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. società*, 1958, 58 ss.;
- SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione (saggio di diritto pubblico dell'economia)*, Torino, 2006;
- SPINOZZI, *Revoca degli amministratori di società mista: problemi di giurisdizione* (nota a Cons. St., sez. V, 13 giugno 2003, n. 3346), in *Foro amm.-C.d.S.*, 2003, 3024 ss.;
- TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008;
- URSI, *Lo spoil system e le nomine governative negli enti pubblici dopo la l. n. 145 del 2002* (nota a TAR Lazio, sez. II, 8 aprile 2003, n. 3276), in *Foro amm.-TAR*, 2003, 1267 ss.;

- URSI, *L'ultima frontiera della privatizzazione: la giurisdizione del giudice ordinario in materia di revoca degli amministratori di nomina pubblica* (nota a Cass. civ., sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799), in *Foro it.*, 2005, I, c. 2726 ss.
- VANONI, *Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla "golden share" ai fondi sovrani*, in *Le società pubbliche*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011;
- VENTORUZZO, *L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, in *Riv. società*, 2009, 1040 ss.;
- VERUCCI, *La revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 40 ss.;
- VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979;
- VITALE, *La Corte di giustizia «boccia» l'art. 2449 c.c.* (nota a Corte giust. CE, 6 dicembre 2007, n. 463/04, 464/04), in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 521 ss.

### *Comitato di direzione*

Carlos Botassi	(Università de La Plata - Argentina)
Elio Casetta †	(Università di Torino)
Andrea Comba	(Università di Torino)
Giacinto della Cananea	(Università Tor Vergata - Roma)
Vittorio Gasparini Casari	(Università di Modena e Reggio Emilia)
Daniel Farber	(University of Berkeley)
Guido Greco	(Università Statale - Milano)
Estanislao Garcia Arana	(Università di Granada - Spagna)
Neville Harris	(University of Manchester)
Michel Prieur	(Université de Limoges)

### *Direttore responsabile*

Fabrizio Fracchia	(Università L. Bocconi - Milano)
-------------------	----------------------------------

### *Comitato scientifico*

Laura Ammannati	(Università Statale - Milano)
Sandro Amorosino	(Università La Sapienza - Roma)
Mario Bertolissi	(Università di Padova)
Cristina Campiglio	(Università di Pavia)
Giovanni Cordini	(Università di Pavia)
Marco Dugato	(Università di Bologna)
Denis Galligan	(University of Oxford)
Marco Gestri	(Università di Modena e Reggio Emilia)
Francesco Marani	(Università di Modena e Reggio Emilia)
Ignazio Marino	(Università di Catania)
Anna Marzanati	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Morbidelli	(Università La Sapienza - Roma)
Fabio Merusi	(Università di Pisa)
Giorgio Pastori	(Università Cattolica Sacro Cuore - Milano)
Giuseppe Pericu	(Università degli Studi di Milano)
Ornella Porchia	(Università di Torino)
Pierluigi Portaluri	(Università di Lecce)
Margherita Ramajoli	(Università degli Studi Milano - Bicocca)
Giuseppe Restuccia	(Università di Messina)
Franco Gaetano Scoca	(Università La Sapienza - Roma)
Antonello Tancredi	(Università di Palermo)

### *Comitato di redazione*

Miriam Allena (pres.)
Giovanni Barozzi Reggiani
Lorenzo Caruccio
Annalaura Giannelli
Giuseppe La Rosa
Alberto Marcovecchio
Pasquale Pantalone
Mariacristina Santini
Scilla Vernile