

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Anno XVII Fasc. 2 - 2009

Andrea Maltoni - Marco Palmieri

I POTERI DI NOMINA E DI REVOCA IN VIA DIRETTA DEGLI ENTI PUBBLICI NELLE SOCIETÀ PER AZIONI EX ART. 2449 C.C.

Estratto



ANDREA MALTONI - MARCO PALMIERI (*)

I POTERI DI NOMINA E DI REVOKA IN VIA DIRETTA
DEGLI ENTI PUBBLICI NELLE SOCIETÀ PER AZIONI
EX ART. 2449 C.C.

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza comunitaria in tema di « poteri speciali » e la riformulazione dell'art. 2449, comma 1 c.c. — 2. Società a partecipazione pubblica e rispetto del criterio di proporzionalità di cui all'art. 2449 c.c. — 3. La natura giuridica dei poteri di nomina e revoca di amministratori o sindaci, ovvero di componenti del consiglio di sorveglianza delle società che non ricorrono a capitali di rischio alla luce della nuova disciplina di cui all'art. 2449, comma 1 c.c. — 3.1. (*Segue*): le ragioni della non applicabilità del modello a « doppio stadio » alle fattispecie di nomina e revoca. — 3.2. (*Segue*): atti di nomina e revoca in via diretta quali atti di carattere organizzativo dell'ente pubblico sottoposti ad un unitario regime privatistico. — 4. Considerazioni in ordine alla portata applicativa dei poteri di nomina e revoca riservati ex art. 2449, comma 1 c.c. con riguardo ad alcuni modelli societari. — 5. L'attribuzione di « diritti amministrativi » e di strumenti finanziari agli enti pubblici nelle s.p.a. che ricorrono al mercato del capitale di rischio ex art. 2449, comma 4, c.c. — 6. L'emissione di strumenti finanziari partecipativi da parte di società per azioni: strumenti di diritto comune rivolti al conseguimento di obiettivi di interesse pubblico. — 7. Fattispecie di responsabilità degli amministratori di nomina pubblica: la responsabilità per i risultati ottenuti e la responsabilità amministrativa per danno erariale. — 7.1. (*Segue*): la responsabilità civile degli amministratori di nomina pubblica e la responsabilità per la direzione e il coordinamento di società.

1. Il recente intervento normativo, con cui è stato riscritto l'art. 2449 c.c., com'è noto, trova giustificazione nell'esigenza di adeguare l'ordinamento interno alle statuizioni della Corte di Giu-

(*) Il presente scritto è frutto di una riflessione comune; ad ogni modo la stesura dei §§ 1, 3, 3.1, 3.2, 4 e 7 è di A. Maltoni, quella dei §§ 2, 5, 7.1. è di M. Palmieri, mentre quella del § 6 è attribuita ad entrambi.

stizia contenute nella sentenza *Federconsumatori* (1). In tale decisione, i giudici di Lussemburgo, chiamati a verificare la compatibilità dell'art. 2449 c.c. (nella sua precedente formulazione) col diritto comunitario, hanno fatto ampio rinvio alla giurisprudenza comunitaria riguardante le *actions spécifiques* ovvero i « poteri speciali » (2). L'orientamento della Corte di Giustizia, che, al riguardo, può considerarsi consolidato, fa leva soprattutto sull'osservazione che, ancorché non sia rinvenibile nel Trattato Ce una definizione di « movimento di capitali », deve riconoscersi valore indicativo alla nomenclatura allegata alla direttiva n. 88/361/CEE, nonché alle note esplicative della stessa, dalle quali si desume che costituiscono movimenti di capitali, ai sensi dell'art. 56 Trattato Ce, gli investimenti diretti, vale a dire gli investimenti di qualsiasi tipo effettuati dalle persone fisiche o giuridiche aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l'impresa cui tali fondi sono destinati per l'esercizio dell'attività economica (3). In particolare, l'obiettivo di creare o di mantenere legami economici durevoli presuppone che le azioni detenute dall'azionista gli conferiscano, in base alle disposizioni di legge na-

(1) Si v. Corte giust. CE, Sez. I, 6 dicembre 2007, nelle cause C-463/04 e C-464/04, in <http://www.curia.europa.eu>.

(2) Come chiariscono T. BALARINO e L. BELLODI, *La Golden Share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Riv. soc.*, 2004, 5, ancorché i poteri di intervento sulla struttura azionaria e sulla gestione delle imprese privatizzate in settori strategici dell'economia, riservati alle pubbliche autorità, siano generalmente denominati « *golden shares* », in realtà sembra più appropriato indicarli col termine « *actions spécifiques* », posto che « i poteri di intervento del governo non sono sempre legati al possesso da parte sua di capitale azionario e addirittura di una sola "azione d'oro" ». In senso contrario, v. però G.C. SPATTINI, « Vere » e « false » « *Golden shares* » nella giurisprudenza comunitaria. La « deriva sostanzialista » della Corte di Giustizia, ovvero il « formalismo » del principio della « natura della cosa »: il caso *Volkswagen*, e altro..., in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 311, secondo il quale poiché « detti poteri possono prescindere tanto da una o più azioni che da una classe di azioni, in quanto attribuiti allo Stato direttamente per legge e/o provvedimento amministrativo, senza alcuna intermediazione di possesso, reale o fittizio, di azionario », la locuzione omnicomprensiva più adatta a definirli è quella di « poteri speciali », utilizzata dalla normativa italiana (art. 2, l. n. 474/2004).

(3) In tal senso, *ex multis*: Corte giust. CE, sent. 12 dicembre 2006, in causa C-446/04, nonché sent. 24 maggio 2007, in causa C-157/05, in <http://www.curia.europa.eu>.

zionale relative alle società di capitali o altrimenti, la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di tale società o al suo controllo (4). La Corte di Giustizia, in svariate occasioni, ha, peraltro, confermato che debbono essere qualificate come restrizioni, ai sensi dell'art. 56, n. 1, Tr. Ce, le misure nazionali idonee a impedire o a limitare l'acquisizione di azioni nelle imprese o che possano dissuadere gli investitori degli altri Stati membri dall'investire nel capitale di queste ultime (5). In stretta aderenza all'indicato contesto di riferimento, i giudici comunitari, nella sentenza *Federconsumatori*, rilevando come l'art. 2449 c.c. consentisse agli azionisti pubblici di beneficiare della possibilità di partecipare all'attività del consiglio di amministrazione di una società per azioni con maggiore rilievo rispetto a quanto sarebbe stato loro normalmente concesso dalla loro qualità di azionisti, sono pervenuti alla conclusione che tale norma costituiva una restrizione ingiustificata alla libertà garantita dall'art. 56 Tr. Ce. In altri termini, tenuto conto di quanto era stato statuito in altre decisioni riguardanti l'attribuzione di « poteri speciali » ad autorità pubbliche, non poteva non rilevarsi come l'art. 2449 c.c. riconoscesse agli azionisti pubblici la possibilità di esercitare un'influenza che andava al di là degli investimenti effettuati, con la conseguenza di determinare una correlativa riduzione dell'influenza degli altri azionisti (6). Come è stato posto in rilievo in dottrina, se si fosse utilizzato quale parametro di giudizio l'art. 43 Tr. Ce — che, con riferimento agli investimenti diretti, impone di garantire ai cittadini di altri Stati membri il diritto di acquistare partecipazioni di controllo, di esercitare integralmente i diritti di

(4) Si v. Corte giust. CE, sent. 23 ottobre 2007, in causa C-112/05, in <http://www.curia.europa.eu>.

(5) Si v. *ex multis*: Corte giust. CE, sent. 4 giugno 2002, in causa C-367/98, in causa C-483/99, in causa C-503/99, sent. 13 maggio 2003, in causa C-463/00, in causa C-98/01, sent. 2 giugno 2005, in causa C-174/04, in <http://www.curia.europa.eu>.

(6) È evidente come, anche in questa ipotesi, la Corte, nel riferirsi alla propria precedente giurisprudenza in tema di « poteri speciali », nel sindacato sulla compatibilità delle misure nazionali col diritto comunitario, abbia individuato quale unico parametro di riferimento l'art. 56, n. 1 Tr. Ce e non abbia ritenuto, di conseguenza, di poter attribuire autonomo rilievo alla verifica della violazione del diritto di stabilimento di cui all'art. 43 Tr. Ce.

voto ad essi connessi e di gestire imprese nazionali alle stesse condizioni stabilite da un determinato Stato membro per i propri cittadini (7) — in molti casi, probabilmente, si sarebbe pervenuti ad un risultato diverso, tenuto conto che, in detta ipotesi, deve darsi dimostrazione (la quale appare tutt'altro che agevole) che i poteri esercitati dalle autorità pubbliche « con l'intervento dell'azionariato possono rendere meno interessante lo stabilimento, sia direttamente (quando si tratta dell'accesso al capitale sociale), sia indirettamente a causa delle limitazioni imposte al potere di disposizione degli organi societari » (8).

Ma come si è precisato, nella sentenza *Federconsumatori* la Corte si allinea al suo consolidato orientamento in tema di « poteri speciali », di talché quel che qui interessa maggiormente è delineare, con precisione, quali statuizioni della sentenza *de qua* siano riferibili esclusivamente ai contenuti del previgente art. 2449 c.c. e quali siano, invece, quelle da porre in relazione al fatto che la norma in considerazione trovava applicazione nel caso di specie congiuntamente all'art. 4, l. n. 474/1994. È soprattutto con riferimento alle prime che dovrà valutarsi la compatibilità comunitaria del nuovo testo dell'art. 2449 c.c.

Nel caso di specie, l'applicazione dell'art. 2449 c.c., per un verso, consentiva allo Stato o ad altro ente pubblico di esercitare un potere di nomina, in via diretta, di propri rappresentanti, per l'altro, non gli impediva di esercitare, altresì, il voto per liste di candidati, e dunque di concorrere con gli altri soci alla elezione dei rimanenti amministratori e sindaci non nominati direttamente. L'art. 2449 c.c., che, peraltro, non individuava alcun limite quantitativo al potere di nomina riservato, come rilevano i giudici comunitari, si poneva in contrasto col diritto comunitario sia perché costituiva una norma derogatoria del diritto societario comune, dal momento che consentiva « allo statuto di una società per azioni di conferire la facoltà di nominare direttamente uno o più

(7) Si v. Comunicazione della Commissione relativa ad alcuni aspetti attinenti agli investimenti intracomunitari, in *GUCE* n. C 220/15 del 19.7.1997.

(8) Si v. T. BALLARINO e L. BELLODI, *op. cit.*, 28. Più in generale, in senso fortemente critico nei confronti della giurisprudenza comunitaria in tema di « poteri speciali », si v. G.C. SPATTINI, *op. cit.*, 303 s.

amministratori solamente allo Stato o ad altri enti pubblici che hanno partecipazioni in una tale società », sia in ragione del fatto che, in combinato disposto con altre disposizioni (nel caso di specie l'art. 4, l. n. 474/1994), garantiva all'ente nominante in via diretta la possibilità di partecipare all'attività del consiglio di amministrazione con maggiore rilievo rispetto a quanto gli sarebbe stato normalmente concesso dalla sua qualità di azionista (9).

Deve, peraltro, porsi in rilievo come la Corte di Giustizia consideri equiparabile l'ipotesi in cui la deroga al diritto societario comune sia determinata direttamente dalla legge — era questo il caso della legge tedesca oggetto del giudizio della Corte nella decisione *Volkswagen* (10) — a quella in cui sia una disposizione di legge a rimettere, come nell'ipotesi di cui all'art. 2449 c.c., allo statuto di una società la possibilità di contemplare la nomina diretta da parte dello Stato o di altro ente pubblico di propri rappresentanti.

Nelle statuizioni giurisprudenziali richiamate, i giudici comunitari, sia pure talvolta implicitamente, sembrano tener conto del congiunto operare dell'art. 2449 c.c. e dell'art. 4, l. n. 474/1994, posto che la facoltà di nomina diretta era riconosciuta al Comune di Milano solamente in proporzione alla sua partecipazione al capitale di una società per azioni (AEM S.p.a.) (11).

Appurato che, nel caso di specie, tali disposizioni costituivano una misura restrittiva della libertà di cui all'art. 56 Tr. Ce, e te-

(9) Si v. Corte giust. CE, Sez. I, 6 dicembre 2007, nelle cause C-463/04 e C-464/04, cit., punti 28 e 31.

(10) Si v. Corte giust. CE, sent. 23 ottobre 2007, in causa C-112/05, cit.

(11) Gli stessi giudici osservano, peraltro, come, per quanto la facoltà di nomina non fosse immutabile — posto che era sempre possibile modificare lo statuto —, nel caso di specie si determinava una situazione per cui un investitore poteva avere la certezza di abrogare il diritto di nomina diretta degli investitori di una società per azioni solamente qualora all'investimento effettuato si potesse riconoscere « una rilevanza tale da assicurargli la maggioranza necessaria per modificare lo statuto di detta società ». Detta situazione, in particolare, determinava la necessità di acquisire una partecipazione al capitale della società per azioni ben maggiore di quella che, in assenza del diritto di nomina diretta, gli avrebbe consentito di partecipare alla medesima con l'obiettivo di creare o mantenere legami economici diretti e diretti con essa, si v. sul punto, ancora: Corte giust. CE, Sez. I, 6 dicembre 2007, nelle cause C-463/04 e C-464/04, cit., punti 35 e 36.

nuto conto che detta libertà può essere limitata da provvedimenti nazionali che si giustificano per le ragioni indicate all'art. 58 Tr. Ce o per motivi di interesse generale, la Corte ha preso in considerazione l'ipotesi che l'art. 2449 c.c. costituisca una disposizione derogatoria giustificata. Una misura nazionale che limiti l'acquisto di partecipazioni ovvero, in altro modo, la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di una società o al suo controllo, pur essendo restrittiva della libertà di circolazione dei capitali, è, infatti, giustificata, dal punto di vista del diritto comunitario, allorché le limitazioni che pone non siano discriminatorie, siano sorrette da motivi imperativi di interesse generale, risultino idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto è necessario per il raggiungimento di questo (12).

Come si è anticipato, la Corte di Giustizia nella sentenza *Federconsumatori* perviene a conclusioni negative circa la ricorrenza di tali legittime deroghe alla libertà di cui all'art. 56 Tr. Ce, in ragione del fatto che l'art. 2449 c.c. non poneva alcun limite al numero degli amministratori, dei sindaci o dei componenti il consiglio di sorveglianza che potevano essere nominati direttamente dallo Stato o da altro ente pubblico (13), ma soprattutto non sottoponeva ad alcuna condizione l'inserimento nello statuto di una società per azioni del diritto di nomina diretta (14).

(12) Si v. *ex multis*: Corte giust. CE, sent. 31 marzo 1993, in causa C-19/92, punto 32, sent. 30 novembre 1995, in causa C-55/94, punto 37, sent. 15 dicembre 1995, in causa C-415/93, punto 104, tutte in <http://www.curia.europa.eu>.

(13) In dottrina, per il rilievo che la mancanza nell'art. 2449 c.c., di un siffatto limite comportava una violazione dell'art. 56 Tr. Ce, si v. F.G. SCCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, spec. 256.

(14) Secondo M. C. CORRAI, *La proporzionalità tra partecipazione e « potere di controllo » nell'art. 2449 c.c.*, commento a Corte giust. CE, Sez. I, 6 dicembre 2007, nelle cause C-463/04 e C-464/04, in *Giur. comm.*, 2008, II, 934 s., spec. 942, la decisione della Corte non appare condivisibile laddove sostiene che deriverebbe un danno agli investimenti c.d. diretti, dal momento che « l'investimento in una società del settore è una delle tante possibili modalità di ingresso in un dato mercato », di talché « se si dovessero espungere indiscriminatamente dall'ordinamento tutte quelle norme che permettono alla compagine sociale di « chiudersi », probabilmente vi sarebbe proprio grave detrimento a talune modalità di iniziativa economica privata o pubblica che sia ». Occorre, tuttavia, osservare che, nel caso

A ben vedere, se, in mancanza di misure di armonizzazione comunitaria, spetta agli Stati membri decidere il livello di tutela dei motivi di interesse (pubblico) generale, nonché il modo in cui questo deve essere conseguito, i mezzi prescelti debbono comunque essere proporzionati. Di conseguenza, quando anche fossero individuabili, di volta in volta, dei motivi di interesse generale (15), la norma *de qua*, tenuto conto che non determinava né i mezzi, né le modalità con i quali potevano conseguirsi detti fini pubblici, si poneva in contrasto col principio di proporzionalità.

La Corte nella decisione *Federconsumatori*, in considerazione di quanto era stato rilevato nel caso *Volkswagen*, sembra essere consapevole del fatto che occorre dimostrare che il mantenimento di determinati privilegi a favore di enti pubblici è « necessario o idoneo a tutelare gli interessi generali degli azionisti di minoranza », dal momento che non può escludersi che, in talune circostanze, gli operatori pubblici « utilizzino la loro posizione allo scopo di difendere interessi generali eventualmente contrari agli interessi economici della società interessata e, di conseguenza, contrari agli interessi degli altri azionisti di quest'ultima » (16).

A fronte delle riferite statuizioni, il legislatore italiano è intervenuto a modificare l'art. 2449, c.c., stabilendo, in particolare, al comma 1 che, nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può conferire allo Stato o ad altri enti pubblici « la facoltà di nominare un numero di amministratori e

specifico, come in altre situazioni esaminate in precedenti decisioni della Corte di Lussemburgo, vengono in rilievo disposizioni particolari che garantiscono soltanto a determinati soggetti (enti pubblici) privilegi in via derogatoria rispetto al diritto comune delle società, il quale certamente consente agli azionisti di prevedere, in sede patrizia, meccanismi che « blindano » la società da possibili mutamenti del potere di controllo.

(15) Ed in effetti, in modo trattatizio, si richiama la giurisprudenza comunitaria in cui si è dato conto delle preoccupazioni che, a seconda delle circostanze, possono giustificare il fatto che gli Stati membri conservino una certa influenza sulle imprese inizialmente pubbliche e successivamente privatizzate, qualora tali imprese operino in settori di interesse generale o strategici, si v. Corte giust. CE, Sez. I, 6 dicembre 2007, nelle cause C-463/04 e C-464/04, punto 41.

(16) Si v. sul punto Corte giust. CE, sent. 23 ottobre 2007, in causa C-112/05, punti 78 e 79.

sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale».

Ancorché manchi nel nuovo art. 2449, comma 1 c.c. un espresso divieto di cumulo dei poteri di nomina diretta con l'esercizio, in qualità di azionisti, dei diritti di voto in assemblea per l'elezione dei restanti componenti gli organi societari (17), potrebbe forse pervenirsi a tale risultato in via interpretativa, ogni qual volta detto cumulo comporti la violazione del rapporto di proporzionalità tra soggetti nominati e partecipazione societaria prescritto dalla legge (18).

In senso contrario a detta ipotesi si è obiettato — muovendo dalla premessa che la sentenza *Federconsunatori* non farebbe riferimento al principio di proporzionalità bensì soltanto alla violazione dei principi comunitari, derivante dall'applicazione dell'art. 2449 c.c. laddove venga riconosciuto un potere di controllo sproporzionato rispetto alla partecipazione societaria — che la norma non dice nulla in merito all'automatica sospensione degli ordinari diritti di voto (19). Si osserva, inoltre, che l'applicazione di un meccanismo di proporzionalità in senso stretto sarebbe inaccettabile per il diritto societario nelle ipotesi in cui le amministrazioni pubbliche detengano il controllo di diritto o di fatto della società, in quanto sovvertirebbe il principio maggioritario (20).

Quest'ultimo rilievo non sembra però cogliere nel segno, solo che si tenga conto che se, in base al principio maggioritario — che costituisce applicazione di una regola di diritto comune — l'ente che detiene il controllo della società può nominare la totalità o comunque la maggioranza dei componenti gli organi societari, quand'anche si esercitino i poteri di cui all'art. 2449 c.c., la nomina di tutti gli amministratori da parte degli azionisti pubblici non li rende partecipi dell'attività del consiglio di amministrazione in misura più rilevante rispetto a quanto sarebbe loro nor-

(17) Sul punto, si v. anche M.C. CORREADI, *op. cit.*, 945.

(18) Si v. *infra*, *amplius*, § 2.

(19) Si v. sul punto F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. soc.*, 2008, spec. 698 s.

(20) Si v. ancora F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, *op. cit.*, 699.

malmente concesso dalla loro qualità di azionisti. Se quest'ultimo è l'effetto che, secondo i giudici comunitari, deve essere scongiurato in quanto comporta una restrizione alla libertà garantita dall'art. 56 Tr. Ce, la valutazione circa la sussistenza dell'indicato rapporto di proporzionalità sarà fondamentalmente circoscritta ai casi in cui il socio pubblico o i soci pubblici detengano/no una partecipazione di minoranza.

Non convince neppure la tesi secondo cui la nomina diretta congiuntamente all'esercizio del voto per liste di candidati, almeno in due ipotesi risulterebbe rispettosa del predetto rapporto di proporzionalità. Si osserva, in primo luogo, che, laddove sia previsto a livello statutario che il socio pubblico di minoranza possa nominare un numero di componenti gli organi societari non superiore a quello consentito in base alla partecipazione detenuta, il medesimo sia comunque legittimato a concorrere alla designazione degli altri componenti, esercitando il proprio diritto di voto in assemblea, sempre che la maggioranza di questi risulti comunque eletta dal socio privato o dai soci privati. In secondo luogo, assumendo che sia un'amministrazione pubblica a detenere una partecipazione di controllo, si sostiene che la stessa può non soltanto nominare direttamente un numero di componenti pari a quello spettante in base alla partecipazione detenuta, ma anche partecipare all'elezione degli altri componenti (21).

Quest'ultima conclusione appare condivisibile, ma per i diversi surriferiti motivi, riconducibili essenzialmente al rilievo che il rispetto del rapporto di proporzionalità, prescritto dal nuovo art. 2449, comma 1 c.c., deve valutarci in relazione all'applicazione del principio maggioritario, in virtù del quale il socio di maggioranza può nominare la totalità o comunque la maggioranza dei componenti gli organi della società.

Per quanto attiene alla prima ipotesi considerata è sufficiente osservare che le conclusioni a cui perviene la dottrina richiamata appaiono smentite da quanto statuito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Volkswagen* (22). In detta decisione, infatti, i giudici co-

(21) Si v. sempre F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, *op. cit.*, 701-702.

(22) Sul punto si v. anche F.M. MUCCIARELLI, *La sentenza "Volkswagen" e il*

munari hanno rilevato l'incompatibilità con l'art. 56 Tr. Ce di una previsione normativa che attribuiva ai soci pubblici un potere di nomina in via diretta di un numero limitato di consiglieri, in ragione del fatto che la stessa, senza pregiudicare la possibilità dei soci privati di designare la maggioranza dei medesimi, gli assicurava « la possibilità di partecipare all'attività del consiglio di sorveglianza con maggiore rilievo rispetto a quanto sarebbe loro normalmente concesso dalla loro qualità di azionisti » (23). Non sembra allora che possano isolarsi le statuizioni contenute nella sentenza *Federconsumatori* per desumere una certa interpretazione dell'art. 2449 c.c., svalutando quanto riconosciuto in altre decisioni in tema di « poteri speciali », cui gli stessi giudici comunali, in quest'ultima pronunzia, si sono riferiti.

Per vero, sono altri i profili che inducono a dubitare che la nuova previsione sulla nomina pubblica diretta di una quota di amministratori, sindaci, ovvero componenti il consiglio di sorveglianza di una società per azioni, possa considerarsi in linea con la giurisprudenza comunitaria richiamata.

Non pare, infatti, che l'intervento legislativo di riforma dell'art. 2449 c.c. abbia tenuto conto dei vari rilievi che, in modo esplicito ed implicito, — dei quali si è *supra* succintamente dato conto — sono desumibili non soltanto dalla pronunzia *Federconsumatori* ma anche, più in generale, dalle altre decisioni in tema di « poteri speciali » (24). In conclusione, secondo l'orientamento giurisprudenziale richiamato, debbono considerarsi in contrasto col diritto comunitario quelle misure nazionali derogatorie del diritto comune — che sono tali in quanto riconoscono soltanto a determinati soggetti (Stato e enti pubblici) poteri riservati di no-

pericolo di una "convergenza" forzata tra gli ordinamenti societari, commento a Corte Giust. CE, Sez. I, 23 ottobre 2007, in causa n. C-112/05, *Commissione delle Comunità Europee vs. Repubblica Federale di Germania*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 273 ss.

(23) Si v. Corte giust. CE, sent. 23 ottobre 2007, in causa C-112/05, cit., punto 62.

(24) Occorre, peraltro, considerare che nelle società di capitali il principio « one share one vote » appare derogabile, a norma dell'art. 2346 c.c., e che, a norma dell'art. 2348 c.c., possono crearsi diverse categorie di azioni fornite di diversi diritti.

mina — laddove non siano giustificate da motivi di interesse generale, ovvero non siano comunque proporzionate al conseguimento dei medesimi fini.

2. Come si è in precedenza evidenziato, nella sentenza *Federconsumatori* la Corte di Lussemburgo ha rilevato l'incompatibilità del vecchio art. 2449 c.c. (25) con il diritto comunitario sia se considerato in modo autonomo, sia, come nel caso concreto, se applicato congiuntamente all'art. 4 del d.l. n. 332/1994, conv. con mod. dalla l. n. 474/1994, nonché successivamente emendato dalla l. n. 350/2003 (26). Quest'ultima disposizione prevede, in combinato con i precedenti artt. 2 e 3 dello stesso decreto, che nei confronti delle società esercenti un servizio pubblico anche locale (oltre alle assicurazioni e alle banche), nate da processi di privatizzazione e alle quali sia imposto un limite al possesso azionario, si applichi il meccanismo del voto per liste di candidati per la nomina delle cariche sociali in sostituzione del principio maggioritario (27). Meccanismo di elezione che, peraltro, è dettato come obbligatorio per l'elezione dei componenti del c.d.a. delle società quotate in borsa ai sensi dell'art. 147-ter, comma 1, t.u.f., nonché nella scelta dei consiglieri di sorveglianza e dei sindaci ai sensi dell'art. 148 t.u.f., al fine di favorire una partecipazione più attiva delle minoranze azionarie (28).

(25) Si ricordi che già l'art. 3, comma 1, d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, poi convertito da l. 6 aprile 2007, n. 46, aveva abrogato l'art. 2450 c.c. in risposta alla procedura di infrazione condotta dalla Commissione Europea in merito al diritto di nomina di membri di un consiglio di amministrazione da parte di enti pubblici previsto dalla suddetta norma. In tema si v. A. PERCU, *Artt. 2449-2450 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, III, a cura di G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, 1304.

(26) Diritto che, come evidenziato da R. COSTI, *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1995, pt. I, 86, appare "di non grande interesse", dato che tale potere compete allo Stato già in forza degli artt. 2458 (2449) e 2459 (2450, nella numerazione post-riforma) c.c. Pertanto, tale disposizione speciale aveva "il solo effetto di porre un limite al potere di nomina attribuito allo Stato e agli enti pubblici dalle norme di diritto comune".

(27) Per una critica a tale meccanismo di nomina, si v. P.G. JAEGER, *Privatizzazioni: "Public Companies", problemi societari*, in *Giur. comm.*, 1995, pt. I, 8.

(28) Si v. gli artt. 147-ter, comma 3, e 148, comma 2, e, in tema di ammi-

Sulla base di queste norme il giudice comunitario ha ritenuto che il potere di nomina diretta riconosciuto all'azionista pubblico in base al vecchio art. 2449 c.c. risultasse ostativo alla libera circolazione dei capitali sancita dall'art. 56 Trattato CE, sia qualora si fosse applicato il principio maggioritario, sia nel caso si fosse adottato il voto di lista.

Si deve tuttavia notare che il rilievo critico fondato sul fatto che all'azionista pubblico sarebbe stato riconosciuto, in questo modo, un "potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società" (29), se risulta facilmente comprensibile rispetto al meccanismo del voto per liste di candidati, può apparire antitetico rispetto al principio maggioritario (30).

Benché di quest'ultimo sia stata via via ridotta la portata applicativa, esso idealmente rappresenta ancora un architrave del diritto societario. La considerazione che chi più assume il rischio economico nell'impresa collettiva possa acquisirne il controllo ha quindi condotto parte della dottrina a rilevare come il vecchio art. 2449 c.c. non potesse essere considerato necessariamente contrario alla libera circolazione dei capitali, intesa quale equivalenza fra investimento e potere di direzione (31); secondo tale lettura la norma non appariva in contrasto neppure con il principio *one*

nistrazione dualistica, il richiamo operato dal comma 4-bis dell'art. 148 l.u.f. Tenuto conto, tuttavia, della scarsa affluenza delle minoranze alle votazioni e della normale prevalenza del voto della maggioranza, il legislatore ha imposto, quale ulteriore correttivo, che nell'elezione dei componenti degli organi sindacati almeno uno di essi debba essere espressione della lista di minoranza, a prescindere dal numero dei voti conseguiti. Si noti, inoltre, che, ai sensi del comma 2-bis dell'art. 148 l.u.f., il presidente del collegio deve essere nominato fra i sindaci eletti dalla minoranza.

(29) Così la massima (punto 44) della sentenza *Federconsuntori*.

(30) In termini simili, si v. F.M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 273 ss.

(31) Cfr. il punto 23 della sentenza. In questi termini cfr. anche Corte giust. CE, sent. 23 ottobre 2007, nelle cause C-282/04 e C-283/04, punto 24, in <http://www.curia.europa.eu>, in tema di *golden shares*; Corte giust. CE, sent. 23 ottobre 2007, in causa C-112/05, cit., punti 51 e 63 s., rispettivamente in tema di limiti massimi all'esercizio del diritto di voto in associazione a *quorum* rafforzati per talune deliberazioni e diritto alla nomina pubblica di taluni componenti del consiglio di sorveglianza.

share, one vote (32), che detta la tendenziale proporzionalità fra l'impegno economico e la partecipazione alla sfera amministrativa nel quadro del principio maggioritario e che viene indicato nel *Report of the High Level Group of Company Law experts of 2002* (33) come uno dei pilastri della libertà economica su cui basare gli scambi del mercato finanziario comune (34). Se il socio pubblico avesse conseguito la maggioranza dei voti, non necessariamente numerica (35), in base al principio maggioritario avrebbe potuto eleggere, infatti, la totalità dei componenti degli organi sociali, giungendo ad un risultato non dissimile da quello che si sarebbe ottenuto se la nomina fosse avvenuta al di fuori dell'assemblea con un'indicazione diretta ai sensi della norma

(32) Come sottolinea G.C. SPATTINI, *op. cit.*, 236, esso rappresenta un "principio non esistente nei trattati" alla luce del quale, però, la Corte sembra verificare rigidamente "la possibilità che il diritto societario dei singoli Paesi aderenti alla Comunità possa contenere delle normative che in qualche modo rendano differenziabile l'azionista pubblico da quello privato o addirittura gli azionisti fra loro senza distinzioni di titolo proprietario". Similmente F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, *op. cit.*, 676 s., ricordano come lo stesso principio subisca numerose eccezioni, come ad. es., la possibilità di adottare il voto di lista o di riservare statutarmente un numero di amministratori alle minoranze anche nelle s.p.a. « chiuse » ex art. 2368, comma 1, c.c. Sul punto si v. anche M. BERTUZZI, *Artt. 2449 e 2450 c.c.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, 212 s.

(33) V. *Report on the Proportionality Principle in European Union*, redatto per conto della Commissione Europea da Shearman&Sterling LLP, SSI e ECGI, 2007, all'interno del quale si evidenziano "Control Enhancing Mechanisms" presenti all'interno di 19 ordinamenti oggetto di esame che limitano il principio di proporzionalità che caratterizza i modelli « *One share, One vote* » (OSO) al contrario dei modelli « *Inherent Right to Self Organisation* » (IRSO), che ammettono entro certe condizioni la possibilità che le società "corporations should be left with the ability to organise themselves as they see fit".

(34) Sul punto si v. però: lo *Statement del European Corporate Governance Forum* del 25 agosto 2007, in cui si conclude che "Our current information on and understanding of the application of proportionality in EU Member States and the effects of non-proportionality on the stated EU policy objectives, as appear from the ISS Report and the Forum Working Group Paper, do not provide a basis for mandating proportionality rules across the EU, in the sense that all listed companies in the EU would need fully to adhere to such proportionality".

(35) Cfr. in termini simili: I. DEWUUR, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, commento a Corte giust. CE, Sez. I, 6 dicembre 2007, nelle cause C-463/04 e C-464/04, in *Giur. comm.*, 2008, II, 591.

cassata (36). Ad eccezione di questa ipotesi, tuttavia, il potere dell'azionista pubblico si sarebbe rivelato del tutto sproporzionato nelle restanti ipotesi: era sufficiente immaginare il caso in cui la maggioranza azionaria fosse risultata in mano privata per comprendere quanto un'applicazione del diritto di nomina diretta previsto dal vecchio art. 2449 c.c. finisse per derogare il diritto comune, sottraendo il controllo della società dalle mani degli investitori, o quantomeno potendo limitare fortemente i diritti gestori di questi ultimi a beneficio dell'egida pubblica (37).

Una simile deviazione dai principi del diritto comune non sembra tuttavia venire meno guardando al nuovo testo dell'art. 2449 c.c. La facoltà, riconosciuta dal novellato primo comma ai soci pubblici delle s.p.a. non accedenti al mercato del capitale di rischio ex art. 2325-bis c.c. (38), di indicare un numero di amministratori, sindaci o consiglieri di sorveglianza, proporzionale alla quota di capitale detenuta rappresenta, infatti, una deroga al principio maggioritario simile negli effetti ad una applicazione del voto di lista di cui all'art. 4 del d.l. n. 332/1994. Data anche la perdurante vigenza di quest'ultima norma e la apparente persistenza del diritto di voto in assemblea in capo all'azionista pubblico, per il nuovo art. 2449, comma 1, c.c. si conferma, dunque, uno scenario applicativo dai tratti piuttosto confusi.

Per comprenderne i contorni e per verificare in concreto se il

(36) In questo caso, il vantaggio per il socio pubblico sarebbe consistito in un più celere meccanismo di nomina, esente dal rischio di una impugnazione della delibera assembleare.

(37) In questo senso, esaminando la precedente versione dell'art. 2449 c.c., F. GALGANO, *Il nuovo diritto delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXIX, Padova, 2004, 451.

(38) Guardando all'art. 2-bis del c.d. Reg. Emissioni (Delibera Consob 11971 del 24 febbraio 1998 e successive modifiche), norma richiamata sulla base dei rinvii collegati contenuti negli artt. 2325-bis c.c., 111-bis disp. att. e 116 t.u.f., si può indicare che tali sono le s.p.a. di dimensione non modesta (ovvero quelle escluse dalla possibilità della redazione del bilancio in forma abbreviata ex art. 2435-bis c.c.), aventi almeno duecento obbligazionisti e un patrimonio netto non inferiore a cinque milioni di euro, oppure con un ventesimo del capitale diffuso fra un numero di soci di minoranza superiore a duecento a seguito di una sollecitazione all'investimento, di un *private placement* anche a attuato direttamente dalle banche, o che risultino scambiate su sistemi di scambio organizzati con il consenso dell'emittente.

dettato normativo possa essere considerato un freno agli investimenti privati — costituendo, pertanto, una restrizione al principio di libera circolazione dei capitali — si devono prendere in considerazione alcuni possibili scenari, con riferimento ai quali si deve ipotizzare che al socio pubblico detentore di una quota di minoranza si contrapponga: a) un unico azionista privato o comunque una maggioranza coesa di soci privati (intesa a realizzare un investimento di tipo « diretto », secondo la nozione di movimenti di capitale accolta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia); oppure b) un insieme di azionisti non coordinati, incapaci di formare una maggioranza relativa alternativa alla quota azionaria in mano pubblica (propensi ad effettuare, tendenzialmente, un investimento « di portafoglio » (39); ipotesi peraltro assai rara nelle società caratterizzate da un ristretto numero di soci, dato che gli stessi potrebbero facilmente coalizzarsi stringendo un patto parasociale ex art. 2341-bis c.c.).

Fra gli elementi di indagine su cui focalizzare l'attenzione dovrà essere presa in considerazione anche la veduta applicazione del voto di lista, sia esso previsto ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, 3 e 4 del d.l. n. 332/1994 (40), oppure

(39) Cfr. Corte giust. CE, sent. 28 settembre 2006, n. C-282/04 e C-283/04, cit., punto 19, ove si sottolinea come il concetto di movimenti di capitali, in assenza di una definizione normativa, debba racchiudere sia « gli investimenti diretti sotto forma di partecipazione ad un'impresa attraverso un possesso di azioni che consista di partecipare effettivamente alla sua gestione e al suo controllo (investimenti c.d. "diretti") » sia « l'acquisto dei titoli sul mercato dei capitali effettuato soltanto per realizzare un investimento finanziario, senza intenzione di influenzare la gestione dell'impresa (investimenti c.d. "di portafoglio") ». Sul concetto di restrizione, oltre che per altri riferimenti a precedenti pronunce, v. Corte giust. CE, sent. 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, punti 179-182; Corte giust. CE, sent. 24 maggio 2007, causa C-157/05, *Höbbeck*; Corte giust. CE, sent. 28 settembre 2006, causa C-112/05, cit., punto 18. Per una lettura critica della applicazione di tale principio, considerata eccessivamente ampia, si v. M.C. CORRADI, *op. cit.*, 936; F.M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 273 ss.

(40) Cfr. R. COSTI, *op. cit.*, 91 s.; B. LIBONATI, *La fattispecie « accelerazione » delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 1995, pt. I, 47 ss. e 59 ss. L'ipotesi appare confinata a casi specifici. Si deve infatti immaginare che il controllo della società sia ceduto con modalità non "finalizzate alla diffusione fra il pubblico dei risparmiatori e degli investitori istituzionali", ex art. 1, comma 2, d.l. n. 332/1994. Ciò è possibile, ai sensi del successivo comma 3, in caso di cessione a mezzo di trat-

perché adottato quale metodo elettivo dallo statuto della singola s.p.a. (41).

Non si considererà, invece, il caso in cui il socio pubblico debba avere la metà del capitale sociale, poiché, ovviamente, in

taliva diretta (possibile anche per le società la cui capitalizzazione è inferiore ai 50 milioni di euro ex art. 1, comma 2-bis), indirizzata a costituire un nucleo di azionisti di riferimento dotati di idonea capacità imprenditoriale, la cui unione sia sanzionata da un patto parasociale che assicuri la stabilità a mezzo di un divieto di cessione delle azioni e che, allo stesso tempo, garantisca il rispetto di predeterminate condizioni finanziarie, economiche e gestionali nell'interesse pubblico. Rispetto alle società così dismesse il legislatore del '94 ha riservato all'azionista pubblico la possibilità di imporre anche un limite statutario al possesso azionario del singolo socio, a cui deve necessariamente aggiungersi il meccanismo di voto di lista per la nomina degli amministratori. Tale soluzione potrebbe essere adottata in futuri *private placement* che vedano coinvolte le società operanti in alcuni settori sensibili dell'economia o, più in generale, attive nei servizi pubblici, quali quelle descritte dall'art. 2, comma 1, d.l. n. 332/1994 (sul punto v. le considerazioni di F.G. Scoca, *op. cit.*, 249 s.). Oggetto di queste operazioni potrebbero essere, ad es., le partecipazioni detenute in Poste Italiane S.p.a. (detenuta al 65% dal Ministero del Tesoro e per il restante dalla Cassa Depositi e Prestiti S.p.a.) oppure in Ferrovie dello Stato S.p.a. (posseduta interamente) od anche le partecipazioni possedute indirettamente, quali ad es. Fincantieri S.p.a. o Tirrenia S.p.a., controllate a mezzo della *holding* Finmeccanica S.p.a. In vista della cessione della maggioranza azionaria posseduta dallo Stato, lo statuto di queste ultime potrebbe essere modificato con la previsione dei poteri speciali previsti a favore del Ministero dell'Economia dallo stesso art. 2. In quest'ultima ipotesi, un interesse particolare sembra rivestire la lett. d), che ammette la possibilità di riservare allo Stato la nomina di un amministratore privo del diritto di voto. Rilevano, tuttavia, come i nominati ai sensi dell'ultima norma citata non sono paragonabili nelle funzioni rispetto a quelli di nomina diretta ex art. 2449 c.c. (vecchio 2458 c.c.), stante la funzione pubblica ad essi assegnata: M.T. CREMONA, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 44; M. ATTILI, C. D'ARIES, *La public governance nei servizi pubblici locali*, Milano, 2006, 310 s. Di diverso avviso V. DONATTI, *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica diretta alle cariche sociali (nti, 2458-2459 c.c.)*, in *Riv. soc.*, 1998, 1300, che evidenzia la "fingibilità, che perlomeno sotto il profilo dell'omogeneità e dell'efficacia funzionale, le due fattispecie di nomina presentano".

(41) Si noti che il voto di lista rappresenta solo una delle numerose deviazioni rispetto al principio maggioritario. Per attuare un differente bilanciamento fra investimento e potere di direzione, la società a partecipazione pubblica « chiusa » potrebbe infatti adottare, ad es., il c.d. voto scalare descritto dal secondo comma dell'art. 2351 c.c., oppure potrebbe emettere a favore dell'ente pubblico azioni a voto limitato su taluni argomenti (ad es. con diritto di voto sulla sola nomina dei sindaci) ai sensi del comma 1 del medesimo articolo.

questo caso l'azionista pubblico è sempre in grado di esprimere la totalità dei componenti degli organi sociali in base al principio maggioritario, o quantomeno la maggioranza di essi in base al voto di lista.

Partendo dall'ipotesi indicata *sub a)*, in assenza del meccanismo di elezione per elenchi di candidati, si può prevedere che la presenza di una maggioranza privata coesa, capace di eleggere in base al principio maggioritario tutti i membri del c.d.a. e del collegio sindacale o del consiglio di sorveglianza, possa suscitare l'interesse del socio pubblico ad esercitare la facoltà ad eleggere una quota dei membri degli organi sociali ex art. 2449, comma 1, c.c. La nomina diretta non genererebbe alcun rovesciamento di poteri, dato che il principio di proporzionalità fra l'investimento azionario e il diritto alla gestione enunciato dalla Corte di Lussemburgo verrebbe sostanzialmente rispettato.

Nell'ipotesi indicata *sub b)* la conclusione risulterà analoga laddove il socio pubblico tema che l'azionariato privato frammentato sia comunque in grado di coalizzarsi formando una maggioranza in assemblea. Tuttavia, anche quando questo dato sia ignorato, l'ente pubblico potrebbe comunque avere interesse ad esercitare precauzionalmente il potere di nomina diretta eleggendo anche i restanti membri degli organi sociali, qualora gli altri azionisti non siano in grado di far convergere un maggiore numero di voti sui propri candidati.

In entrambe le ipotesi l'art. 2449, comma 1, c.c. non sembra dunque porsi in contrasto con la lettura dell'art. 56 del Trattato CE resa dalla Corte di Giustizia, in quanto il potere di nomina diretta sostanzialmente non distorce i risultati che si potrebbero ottenere in applicazione del principio maggioritario: quest'ultimo permetterebbe, infatti, il governo della società — tramite l'elezione della maggioranza degli amministratori e dei sindaci, o dei consiglieri di sorveglianza — agli azionisti privati in grado di esprimere una maggioranza alternativa alla quota azionaria in mano pubblica. Gli investitori comunitari non verrebbero in tal modo dissuasi dall'investire nella società sotto forma né di investimenti « diretti », né, tanto meno, « di portafoglio ».

Il quadro è tuttavia destinato a mutare qualora, a seguito della privatizzazione delle società operanti in determinati settori, il nuovo comma 1 dell'art. 2449 c.c. trovi applicazione congiuntamente al voto per liste di candidati previsto dall'art. 4 del d.l. n. 332/1994, oppure quest'ultimo meccanismo di elezione sia inserito nello statuto delle s.p.a. « chiuse » in deroga al principio maggioritario (42). Anche in questa ipotesi il socio pubblico che detenga la quota di controllo non ha un diretto interesse a inserire nello statuto la facoltà di nomina diretta, dato che il meccanismo di voto per liste assicura comunque la nomina del maggior numero dei componenti gli organi della s.p.a. Se però l'azionista pubblico intendesse comunque avvalersene — ad esempio per ridurre ulteriormente la quota dei membri degli organi eletti dagli altri soci privati coalizzati — l'art. 56 Trattato CE potrebbe considerarsi violato, poiché l'ente pubblico si vedrebbe così garantito un potere di direzione superiore rispetto all'investimento sostenuto (43). Quest'ultimo aspetto si coglie nettamente in entrambe le ipotesi considerate *sub a)* e *b)*: il socio pubblico potrebbe, infatti, sommare al voto per lista il potere di nomina *ex art.* 2449, comma 1, c.c. riuscendo ad ottenere il controllo (o, quantomeno, una più forte presenza in seno agli organi sociali) della società a mezzo di una quota azionaria minoritaria anche in via preventiva, allo scopo di evitare che l'assenza di una intesa iniziale fra i soci privati al momento dell'elezione venga supplita da un successivo patto parasociale. Il socio pubblico vedrebbe così raddoppiato il proprio potere di voto con riferimento alla nomina dei componenti gli organi della s.p.a. (44).

(42) Sul punto si v. anche M.C. CORRADI, *op. cit.*, 945.

(43) In senso analogo si v. Corte giust. CE, sent. 28 settembre 2006, in causa C-112/05, *cit.*, punto 65. Come evidenziato da F.M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 273 ss., quest'ultima pronuncia aiuta a comprendere la portata della sentenza *Federconsu-matori*.

(44) Si consideri, ad esempio, l'ipotesi di una s.p.a. che abbia emesso 10.000 azioni ordinarie e 4.000 di esse siano in mano pubblica. Le restanti appartengano ai soci privati e l'organo amministrativo sia formato da 5 componenti. In base al solo voto di lista l'assegnazione di ogni seggio richiederebbe al massimo 2.000 voti. Assegnando preventivamente due seggi al socio pubblico *ex art.* 2449, comma 1, c.c. e votando in assemblea per i restanti tre, appare evidente che due seggi ver-

Nell'ipotesi che la maggioranza privata voglia modificare lo statuto eliminando il privilegio di nomina diretta si dovrebbe, invece, affrontare il nodo gordiano segnalato dalla sentenza, costituito dal fatto che per il socio pubblico è sufficiente mantenere una quota superiore ad un terzo del capitale sociale ordinario per poter neutralizzare qualsiasi cambiamento (45).

Il congiunto operare dell'art. 2449, comma 1, c.c. con il potere speciale previsto dal d.l. n. 332/1994, conv. con mod. dalla l. n. 474/1994, sembra indicare come la semplice correlazione fra il numero dei componenti cooptati dal socio pubblico e la partecipazione da questo detenuta non sia sufficiente ad impedire una restrizione alla libertà di cui all'art. 56 del Trattato CE, restrizione che non trova giustificazione in motivi specifici che sorreggano la deroga al diritto societario comune (46).

Nel tentativo di fornire una lettura dei primi tre commi del nuovo art. 2449 c.c. coerente con quanto statuito dai giudici comunitari, la norma in esame potrebbe essere interpretata quale deroga al primo comma dell'art. 2351 c.c.: le azioni del socio pubblico che scegliesse di indicare direttamente i componenti degli organi dovrebbero così risultare prive del diritto di voto per la nomina dei restanti membri (47). Per comprendere le ragioni di que-

ranno attribuiti al raggiungimento della soglia di 3.333 voti, mentre il terzo in base alla maggioranza dei restanti voti, ovvero almeno 1.667. In tal modo si assegnano ancora un seggio al socio pubblico e solamente due alla maggioranza privata. Un correttivo potrebbe essere dato dall'introduzione di un limite al diritto di voto, come sembrano suggerire, nell'esempio riportato, F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, *op. cit.*, 702 e nota 86.

(45) Qualora il socio pubblico avesse detenuto una quota superiore ad un terzo del capitale sociale di una s.p.a. si sarebbe di fatto resa impossibile una successiva modifica dello statuto in forza dei *quorum* deliberativi posti sia in prima che in seconda convocazione dagli artt. 2368, comma 2, e 2369, comma 3, c.c. Difatti, anche se già alla prima assemblea, oppure nella successiva convocazione, fosse stato presente l'intero capitale della società accedente al mercato del capitale di rischio, non si sarebbe potuta approvare la delibera senza l'assenso del socio pubblico, *cfr.* le critiche sollevate sul punto da G.C. SPATTINI, *op. cit.*, 348 s.

(46) Deroga, peraltro, confermata dai nuovi commi 2 e 3 dell'art. 2449 c.c. che, pur equiparando i soggetti indicati agli altri membri nominati dall'assemblea in merito a obblighi e doveri quanto alla durata della carica, specificano che il potere di revoca può essere esercitato dal solo socio pubblico.

(47) Si noti che la compressione del diritto di voto degli azionisti privati si

sta ipotesi interpretativa si possono riprendere gli esempi condotti in precedenza.

Nel caso trovi applicazione il voto per liste di candidati, la nomina diretta risulterebbe per il socio pubblico un meccanismo quasi speculare, attraverso il quale designare i propri rappresentanti: in entrambi gli scenari esaminati una sua applicazione potrebbe risultare pertanto superflua. Qualora l'azionista pubblico decidesse di avvalersene quale alternativa al voto assembleare, il potere di nomina diretta risulterebbe comunque pienamente compatibile con il diritto comunitario, dato che garantirebbe ai soci privati la partecipazione alla gestione dell'impresa collettiva (si veda l'ipotesi *sub a*), o comunque non li scoraggerebbe affatto dall'intraprendere un investimento di pura speculazione finanziaria (ipotesi *sub b*).

Qualora, invece, il voto segua il principio maggioritario, i *pay-off* per i soci privati potrebbero risultare non solo positivi, ma, addirittura, particolarmente interessanti.

Nel caso indicato *sub a*) la soluzione offerta dall'art. 2449, comma 1, c.c. potrebbe garantire all'azionista pubblico — privo del diritto di voto assembleare — una presenza all'interno degli organi societari attraverso la quale attuare un monitoraggio sulla gestione della s.p.a. Dal punto di vista del singolo investitore, o del gruppo di investitori coesi, il diritto alla nomina diretta da parte dell'ente pubblico di una quota minoritaria dei componenti gli organi societari non risulterebbe di ostacolo nell'assicurare loro il controllo della società (48).

determinerebbe appieno con riferimento alla nomina degli amministratori e dei sindaci, il cui numero viene predeterminato dallo statuto *ex art.* 2328, comma 2, n. 9 e 10, c.c. Nel caso, invece, in cui il diritto di nomina riguardi i consiglieri di sorveglianza, la compressione del diritto dei soci privati appare meno intensa, dato che il numero degli stessi è individuato di volta in volta dall'assemblea ordinaria nel rispetto del limite minimo fissato dallo statuto *ex art.* 2409-*duodecies*, comma 2, c.c.

(48) Si limiterebbe, anzi, il rischio per i soci privati che in caso di un loro mancato coordinamento al momento del voto, il socio pubblico possa trovarsi avvantaggiato. La soluzione descritta risulterebbe il rischio di un disinteresse dei c.d. soci industriali ad acquisire partecipazioni in società a capitale misto: sul punto si v. F.G. SCOCCA, *op. cit.*, 259.

Nel caso *sub b*) una simile lettura della norma non solo non violerebbe la libertà di investimento, ma, all'opposto, finirebbe per facilitare l'acquisto da parte dei soci privati non coesi del controllo della s.p.a. a mezzo anche solo di una maggioranza relativa. Si supponga, infatti, che il socio pubblico si riservi, ad esempio, la nomina di un terzo degli amministratori e dei sindaci, ovvero di un numero dei medesimi pari alla frazione del capitale detenuta: in base al principio maggioritario, uno o più soci privati potrebbero così nominare la restante parte dei componenti gli organi sociali pur detenendo solamente un terzo delle residue azioni più una (ovvero la maggioranza assoluta delle sole azioni che conserverebbero il diritto di voto) (49).

La soluzione offerta da questa interpretazione, benché non produca effetti distorsivi sulla libera circolazione dei capitali — ma anzi la favorisca, come nell'ultima ipotesi illustrata — non poggia tuttavia su dati normativi solidi. Il nuovo testo dell'art. 2449 c.c. non offre appigli letterali sicuri (50) e si può sostenere che l'unico elemento a sostegno sia costituito dall'analisi « economica » che si è tentato di illustrare. Aderendo a questo indirizzo, il socio pubblico che volesse mantenere un potere di controllo anche in seguito alla dismissione di parte delle azioni che attraverso il principio maggioritario gli assicurano il pieno potere di gestione potrebbe far inserire nello statuto la precisazione che l'esercizio del diritto di nomina diretta comporta la sterilizzazione del voto in tema di nomina e revoca (51) nei confronti dei restanti componenti gli organi sociali *ex art.* 2351, comma 2, c.c., secondo una logica che si ritrova anche nell'emissione delle azioni speciali previste dal nuovo art. 2449, comma 4, c.c. La via maestra per assicurare tale risultato sembra comunque quella di una modifica

(49) Nel caso, invece, il socio pubblico volesse conservare il diritto di voto, il principio maggioritario lo esporrebbe al rischio di non eleggere alcun membro nel caso dell'esistenza di una maggioranza privata alternativa.

(50) In questo senso anche F. GIEZZI, M. VENTORUZZO, *op. cit.*, 699.

(51) Può essere, invece, interesse del socio pubblico mantenere un diritto di voto sui restanti argomenti di voto *ex art.* 2364, 2364-bis e 2365 c.c., quali ad es. la delibera di approvazione del bilancio e la conseguente delibera di distribuzione degli utili, oltre che per le modifiche statutarie.

legislativa che indichi esplicitamente che il potere di nomina diretta *ex art.* 2449, comma 1, c.c. priva il socio pubblico del diritto di voto nell'elezione assembleare degli altri componenti gli organi sociali (52).

3. Il nuovo art. 2449 c.c., con cui, come si è rilevato, il legislatore ha inteso allineare l'ordinamento interno agli orientamenti della giurisprudenza comunitaria in tema di « poteri speciali » — nel quale è stato trasfuso quasi integralmente il vecchio art. 2449 c.c. che, prima della riforma del diritto societario, corrispondeva all'art. 2458 c.c. — dispone che la facoltà di nominare (e revocare) un numero imprecisato di amministratori o sindaci, ovvero di componenti il consiglio di sorveglianza (nell'ipotesi che il sistema di *governance* prescelto sia quello c.d. « dualistico ») possa essere riservata allo Stato, ovvero ad altri enti pubblici.

Il primo dato su cui occorre soffermare l'attenzione è la riproposizione in detta norma — in termini sostanzialmente immutati rispetto alle previgenti formulazioni della stessa — di un potere di nomina e di revoca « riservato » (nel senso che spetta in via esclusiva) allo Stato o ad altro ente pubblico, che lo esercita, cioè, in deroga alle regole che presiedono alle nomine di competenza dell'assemblea dei soci.

In realtà, come è stato osservato, con riferimento al vecchio art. 2449 c.c., la generica qualificazione dei soggetti nominanti (*i.e.*: enti pubblici) induce a comprendere nel novero dei medesimi anche gli enti che non siano dotati di poteri autoritativi (53). Gli enti pubblici cui spetta in via autonoma tale nomina sono dunque tutti gli enti, che siano però espressamente qualificati dalla legge come pubblici, ancorché abbiano la forma di una società di capitali (come ad es. Agecontrol S.p.a.) o di una fondazione (come ad es. un Iress di diritto pubblico). Rimarrebbero dunque fuori dalla categoria dei soggetti pubblici cui spetta detto potere di nomina e revoca — per una serie di considerazioni che

non è possibile qui richiamare — quegli enti formalmente privati (*i.e.*: società di capitali o fondazioni), quand'anche siano dalla giurisprudenza riqualificati in senso sostanzialmente pubblicistico (54).

Il fatto poi che almeno alcuni tra detti enti nominanti siano sprovvisti di poteri autoritativi costituisce un primo argomento — ma non l'unico, come si vedrà — a favore della ricostruzione in chiave privatistica dei poteri di nomina e revoca *de quibus*.

Postulando, invece, che la nomina in via diretta sia essenzialmente una prerogativa riservata ad enti pubblici titolari di poteri autoritativi, il fatto che l'art. 2449, comma 1, c.c. rimetta ad una previsione statutaria la possibilità di riconoscere che detti poteri sono esercitabili da parte di un ente pubblico, non costituisce, come si è correttamente osservato, un elemento decisivo per escludere la qualificazione dei medesimi in senso pubblicistico, atteso che potrebbe argomentarsi che tali poteri sono stati conferiti *ex lege* (55). Di conseguenza, non può condividersi quell'impostazione che qualifica diversamente il potere di nomina (e di revoca), rispettivamente in termini pubblicistici e privatistici, a seconda che esso abbia una « diretta e unica fonte nella legge », ovvero sia in astratto disciplinato dalla legge, ma presupponga « il previo esercizio dell'autonomia privata in sede di determinazione dell'atto costitutivo o dello statuto societario » (56). Nell'indicata prospettiva si è, in particolare, affermato che il predetto potere, in ragione del fatto che la facoltà di nomina di cui parla(va) l'art. 2458 c.c. (si v. ora l'art. 2449, comma 1 c.c.), presuppone una « conforme (e libera) determinazione costitutiva della società », ha una « genesi patiziale e convenzionale » (57).

(54) Sul punto, per maggiori approfondimenti, sia consentito rinviare ad A. MALTONI, *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della l. n. 241/1990*, in *Serv. pubbl. e appalti*, 2006, 333 s.

(55) In tal senso F.A. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, spec. 265.

(56) Si v. Tar Saedra, Sez. II, 21 settembre 2005, n. 1920, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

(57) Si v. anche Cons. Stato, Sez. V, 16 giugno 2003, n. 3346, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

(52) Denuncia la necessità di « presupposti oggettivi in relazione ai quali [attribuire] la facoltà di nomina » anche I. DEMURO, *op. cit.*, 593.

(53) Si v. M. MAZZARELLI, *La società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987, 129.

Né, per vero, dalla lettura unitaria degli artt. 2449 e 2450 c.c. (quest'ultimo è stato, però, abrogato) sembra potersi desumere un argomento testuale contrario alla configurazione in chiave pubblicistica di tale potere, assumendo che, poiché la fonte legislativa e quella statutaria sono state poste sullo stesso piano, il legislatore non avrebbe inteso distinguere le due situazioni (58).

Se la fonte legislativa sussiste in entrambe le fattispecie (i.e.: quella di cui all'art. 2449 c.c. e quella di cui all'art. 2450 c.c.) — come, del resto, riconosce il riferito orientamento giurisprudenziale — non sussistono ostacoli ad ammettere, dal punto di vista giuridico, che le previsioni statutarie relative alla nomina riservata assumono la valenza di una condizione per l'esercizio di un potere *aliunde* attribuito all'ente pubblico (59). Giova in proposito rilevare come già la dottrina più risalente avesse evidenziato che « i poteri non esistono se non per disposizione del diritto oggettivo, il che non contrasta col fatto che questo può condizionarsi al verificarsi di determinate fattispecie » (60).

www.giustizia-amministrativa.it. In senso adesivo a questa posizione, si v. in dottrina: R. URSI, *Riflessioni sulla Governance delle società in mano pubblica*, in *questa Rivista*, 2004, spec. 751 s.

(58) Si v. Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, 18 dicembre 2006, n. 1984, in *http://www.giustizia-amministrativa.it*.

(59) Peraltro, un'impostazione analoga a quella prospettata nel testo è stata seguita anche per la qualificazione giuridica della prelazione in caso di alienazione delle partecipazioni societarie nominative. Al riguardo, infatti, può rilevarsi come, secondo un certo orientamento, la prelazione societaria, nonostante il rinvio operato dall'art. 2355, comma 3, c.c. alla previsione ed alla regolamentazione dell'istituto ad opera dell'atto costitutivo della società, trovi fondamento direttamente nella legge. In particolare, in favore della natura legale della prelazione tra soci, si v., di recente, in dottrina, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2009, 205. In altri termini, anche ai fini della qualificazione giuridica dell'istituto *de quo*, si è tenuto conto non già del suo recepimento ad opera di un atto di natura privatistica, quale è l'atto costitutivo di una società per azioni, bensì del fatto che è la legge stessa a prevedere, in astratto, la possibilità di introdurre nell'atto costitutivo detta clausola. Ne consegue che la natura giuridica di quest'ultima non muta — da legale in volontaria — in ragione del fatto che essa viene recepita dall'atto costitutivo. Per una ricognizione delle diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali in tema, si v. S. CLERICÒ, *La clausola di prelazione societaria e il contenuto della denominazione*, in *Riv. notariato*, 2006, 546 e ss.

(60) Si v. SANITI ROMANO, *Poteri, potestà, in Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, ristampa, spec. 196 s., il quale, peraltro, sottolineava che, in

Come, peraltro, si è avuto modo di rilevare altrove, anche soggetti privati possono essere conferiti *ex lege* di poteri amministrativi e non sembra revocabile in dubbio che, in alcune ipotesi, l'esercizio delle potestà conferite sia condizionato al rilascio di autorizzazioni, designazioni, negozi di diritto privato. Si tratta, infatti, di atti che non costituiscono titoli idonei al conferimento di poteri amministrativi, bensì condizioni il cui avveramento rende possibile l'esercizio delle potestà pubbliche conferite direttamente dalla legge (61).

D'altra parte, la questione della qualificazione del potere riservato di nomina e revoca rimane impregiudicata anche in seguito alla sentenza *Federconsumatori*, nella quale i giudici comunitari, in termini che potremmo definire « neutrali », si sono limitati a riconoscere che, ancorché « il legislatore nazionale inserisca una misura diretta specificamente a conferire poteri speciali allo Stato o ad altro ente pubblico che hanno partecipazioni in una società per azioni nelle disposizioni del codice civile..., non può sottrarre detta misura all'ambito di applicazione dell'art. 56 Tr. Ce » (62).

alcuni casi, « sarebbe difficile negare che il potere precisato al diritto pure essendo ad esso condizionato quanto al suo eventuale esercizio »; quale esempio riconducibile a detta ipotesi, poteva addursi, secondo tale A., quello del potere di alienare o altrimenti disporre dei propri beni, « che è anteriore all'acquisto dei singoli beni per i quali può esercitarsi ».

(61) Sul punto, per maggiori approfondimenti, sia consentito rinviare ad A. 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, spec. 421. Si può, ad esempio, richiamare quale ipotesi paradigmatica quella delle società organismi di attestazioni (SOA) di cui al d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), le quali possono esercitare, in via generale, le potestà pubbliche di cui risultano conferite *ex lege*, soltanto a condizione che acquisiscano un'apposita autorizzazione da parte dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che può anche revocarla, e, in concreto, laddove siano conclusi contratti privatistici con le imprese che chiedono il rilascio dell'apposita attestazione. Per tali ragioni non può considerarsi quell'impostazione (si v. M. MAZZARELLI, *op. cit.*, 129-130) secondo cui, anche assumendo che all'ente pubblico, in base al tenore letterale dell'art. 2458, comma 1 c.c. (si v. ora l'art. 2449, comma 1 c.c.), sia attribuito un potere, nel medesimo non sarebbe ravvisabile il carattere della doverosità, di talché non potrebbe essere qualificato in senso pubblicistico.

(62) Si v. Corte giust. CE, Sez. I, 6 dicembre 2007, nelle cause C-463/04 e C-464/04, cit. punto 32. Sia pure in un contesto diverso da quello che ha originato

Come si è, infatti, rilevato, secondo i giudici comunitari possono esservi misure nazionali derogatorie del diritto comune, che costituiscono restrizioni giustificate alla libertà di circolazione dei capitali (63).

Se dunque, in linea di principio, non può escludersi che sia ravvisabile nell'art. 2449, comma 1 c.c. la norma di conferimento di poteri amministrativi ad enti pubblici, quantunque la condizione per l'esercizio dei medesimi sia da individuarsi in un'apposta previsione statutaria, occorre poi ricercare nel medesimo contesto normativo altri elementi che suffraghino detta ipotesi ricostruttiva (64). Si tratta di verificare, in particolare, se, pur all'interno di un'ambientazione prettamente privatistica quale quella del codice civile, sia possibile rinvenire altri indici della pubblicità del potere conferito.

Occorre, però, tener conto che, mancando nel nostro ordinamento giuridico una definizione della « funzione pubblica in senso enfatico » (65), non può che adottarsi un approccio empirico, fondato sull'accertamento di una serie di sintomi della pubblicità del potere esercitato, da individuarsi segnatamente: nel-

la decisione testé richiamata, non sembra, tuttavia, irrilevante che la Commissione europea, nella causa *J. Reyners c. Stato belga* (si v. Corte giust. CE, sent. 21 giugno 1974, in causa C-2/74, in <http://www.curia.europa.eu>), abbia sottolineato che, perché possa parlarsi di « pubblico potere », occorre che vi sia « esercizio di prerogative che esorbitano dal diritto comune, di poteri cogenti nei confronti dei singoli e dei beni, di cui non dispongono i comuni cittadini, e che consentono a colui cui sono stati attribuiti d'agire prescindendo dal consenso o perfino contro la volontà altrui ».

(63) Si v. *supra* § 1.

(64) Non sembra, ad ogni modo, che per avallare la tesi privatistica possano addursi distinzioni terminologiche come quella tra poteri e diritti (si v. M. MAZZARELLI, *op. cit.*, 146 s.), assumendo che, poiché in virtù di una previsione statutaria si dispone una deroga al sistema legale di nomina, attribuito alla competenza dell'assemblea, la stessa si concreta « nella previsione normativa dell'esercizio di un diritto (segnatamente di un diritto potestativo), non di un potere ». Come, infatti, è stato posto in rilievo in dottrina (si v. SANZI ROMANO, *op. cit.*, spec. 188 s.), la distinzione tra diritti e poteri è inconsistente, atteso che « i diritti soggettivi sono poteri che si svolgono e si chiudono nella cerchia di un attuale e concreto rapporto con una cosa determinata o con altri soggetti ugualmente determinati ».

(65) L'espressione è di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 448 ss., che definisce in tal modo le funzioni che sono manifestazione di « autorità o sovranità che dir si voglia ».

l'alienità e nella pubblicità degli interessi perseguiti; nella rilevanza globale dell'attività; nella doverosità dell'attività; nella determinazione del contenuto o dell'oggetto dell'attività e del suo modo di essere; nella formalizzazione o procedimentalizzazione dell'attività; nella sussistenza di una situazione di potestà (66). Di talché, laddove si dovesse propendere per la natura pubblicistica dei poteri di nomina e revoca, conferiti ex art. 2449, comma 1 c.c., dovrebbero, conseguentemente, qualificarsi come amministrativi gli atti che di tali poteri costituiscono estrinsecazione, tenuto conto che la natura del potere esercitato si riflette inevitabilmente sul regime dell'attività e degli atti.

Impostata in questi termini la questione, ci pare che la stessa non possa essere correttamente considerata postulando che ciò che non appare riconducibile in senso proprio all'area dell'autorità (ma poi quali sarebbero i caratteri distintivi della nozione?) (67) debba essere ascritto al campo dei rapporti paritetici (68), tanto più se si considera che l'ordinamento riconosce anche poteri pubblicistici di carattere organizzativo, come si desume dalla disposizione di cui all'art. 3, l. n. 241/1990, sull'obbligo di motivazione dei provvedimenti concernenti l'organizzazione amministrativa.

È bene precisare che su tale questione la dottrina che si è specificamente occupata dei poteri di nomina e revoca riservati agli enti pubblici nelle società di capitali appare divisa da diversi decenni (69). La giurisprudenza, invece, più di recente, accoglie la

(66) Si v., su tali caratteri, F. MODUGNO, voce *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 301 ss.

(67) Sulle diverse opinioni dottrinali, si v. per tutti B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, *passim*.

(68) Ad avviso di V. DOMENICHIELLI, *Giurisdizione e « controversie societarie pubbliche »*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, spec. 265, « se nella decisione amministrativa di assumere un certo servizio e organizzarlo già avremmo qualche difficoltà a riconoscere qualche tratto "autoritario", nell'acquisizione di una certa partecipazione in società che già svolgono un servizio, il carattere provvedimentale è del tutto irrinconoscibile ».

(69) Per un esauriente ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali, si v. per tutti A. PEARCU, *Artt. 2449-2450 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, III, a cura di G. Nicolini, A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1291 s.

ricostruzione privatistica di detti poteri di nomina e revoca. In particolare, la Suprema Corte, anche in due recenti decisioni, ha riconosciuto, con riferimento alla revoca di amministratori di società per azioni, costituite da un ente territoriale per la gestione di un servizio pubblico, che rientra « nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia che ha ad oggetto la domanda di annullamento del provvedimento », posto che l'ente « operando come socio, non si avvale di poteri pubblicistici, ma degli strumenti previsti dal diritto societario » (70).

Ai fini che qui maggiormente interessano, a dover essere scandagliati non sono però gli argomenti addotti a sostegno e contro le due diverse impostazioni (i.e. quella pubblicistica e quella privatistica); l'indagine deve essere più proficuamente orientata a ricercare nel diritto positivo elementi nuovi che possano avvalorare, sulla base di un diverso percorso ricostruttivo, l'una ovvero l'altra tesi.

Gli elementi di continuità col passato non sono pochi; può, anzitutto, ravvisarsi la *ratio* della nomina riservata agli enti pubblici, di cui all'art. 2449, comma 1 c.c., nell'esigenza di dare rilievo agli interessi pubblici dai medesimi enti istituzionalmente perseguiti, i quali, tuttavia, assumono propriamente la valenza di interessi extrasociali (71). In altri termini, la previsione di un po-

(70) Si v. Cass. civ. Sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799, con nota di R. Ursi, *L'ultima frontiera della privatizzazione: la giurisdizione del giudice ordinario in materia di revoca degli amministratori di nomina pubblica*, in *Foro it.*, 2005, I, 2726 s.; Cass. civ. Sez. un., ord. 27 aprile 2008, n. 13638, in *Urb e app.*, 2008, 649, nonché Cass., Sez. un., 3 agosto 2000, n. 532, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1462, in senso adesivo, si v. anche: Cons. Stato, Sez. V, 11 febbraio 2003, n. 708, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 582. Si v. inoltre: Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2003, n. 3346, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 1894; Tar Sardegna, Cagliari, Sez. II, 21 settembre 2005, n. 1920, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 3010; Tar Calabria, Sez. II, 10 novembre 2006, n. 1984, in *Corr. merito*, 2007, 665.

(71) Per un'indicazione delle modalità con cui possono darsi rilievo agli interessi pubblici nelle società a partecipazione pubblica, si v.: S. CASSESE, *Voce Azionariato di Stato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 774 s.; V. OTTAVIANO, *Sull'impegno a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, 1015 s.; P. ABBADessa, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi e ipotesi)*, in *Impresa, ambiente, p.a.*, 1975, I, 369 s.

tere riservato, se riflette la specialità della disciplina, configurando un'ipotesi derogatoria del diritto comune (72), non può che trovare fondamento nel fatto che, a livello statutario, si intende attribuire rilevanza agli interessi pubblici perseguiti dagli enti nominanti, non foss'altro perché la partecipazione societaria da essi detenuta deve trovare giustificazione in finalità pubbliche. Per vero, la considerazione dell'interesse pubblico se giustifica la previsione statutaria del potere di nomina riservato, non vale però a determinare, come è stato osservato, « una deroga o un allargamento della causa societaria in senso pubblicistico » (73).

Inoltre, rimane ferma la duplicità dei rapporti che vengono a determinarsi come conseguenza della nomina riservata: quello tra gli amministratori, i sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza e l'ente pubblico nominante, da un canto, e quello tra i medesimi soggetti — in qualità di componenti di organi sociali — e la società stessa, dall'altro. Mentre, infatti, il primo tipo di relazione è delineato dall'art. 2449, comma 1, secondo periodo, c.c., a norma del quale i soggetti nominati possono essere revocati soltanto dagli enti nominanti, il secondo è ben scolpito dall'inciso secondo cui i nominati « hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea ».

Siffatti rapporti non sono, tuttavia, specificamente disciplinati dal nuovo art. 2449 c.c. — né, per vero, lo erano nelle precedenti formulazioni di tale norma — così che appaiono riproponibili analoghe questioni, segnatamente: quella della natura giuridica dei medesimi poteri, quella della sussistenza o meno di un implicito potere di direttiva in capo agli enti pubblici nominanti nei confronti dei nominati, quella dei tipi di responsabilità configurabili in capo a amministratori, sindaci ovvero componenti il consiglio di sorveglianza, quella dei presupposti per la revoca di questi. In merito a quest'ultima questione, si è a lungo dibattuto in dottrina

(72) Come sottolinea G. GALGANO, *Le società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative*, Bologna, 1974, 238-239, trattasi di una deroga ampia, posto che si determina una rottura del « principio cardine del diritto societario, quello per il quale tutto il potere è nelle mani della maggioranza del capitale sociale ».

(73) In tal senso A. PERICU, *op. cit.*, 1298-1299.

sulla distinzione tra sindacato sull'atto di revoca e accertamento della sussistenza di una giusta causa; in particolare, mentre, secondo alcuni, era configurabile tanto l'ipotesi in cui la revoca fosse legittima proprio perché connessa ad una giusta causa, quanto quella di una revoca legittima senza giusta causa, per altri, occorreva distinguere gli amministratori dai sindaci di nomina pubblica, dal momento che, per questi ultimi, la legittimità della revoca sul piano amministrativo presupponeva necessariamente la sussistenza di una giusta causa societaria (74).

La riferita distinzione tra legittimità della revoca e sussistenza di una giusta causa ha, in particolare, assunto rilievo sia ai fini dell'individuazione del giudice cui spetta la cognizione delle relative controversie, sia con riferimento alla spettanza o meno di un diritto al risarcimento del danno. In connessione a detta distinzione si è, peraltro, sostenuto che trova applicazione l'art. 2409 c.c. laddove vi sia il fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione, dalle quali possa derivare un danno alla società o a una o più società controllate. In detta ipotesi, l'assemblea può sostituire gli amministratori e i sindaci, ovvero, nei casi più gravi, il tribunale può revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare un amministratore giudiziario (75). Secondo l'indicata impostazione il giudice ordinario sarebbe dunque chiamato a valutare le gravi irregolarità compiute dagli amministratori in violazione dei propri doveri, a prescindere dal fatto che questi siano di nomina pubblica, pena il determinarsi di una disparità di trattamento difficilmente conciliabile col fatto che i

(74) In tal senso e, più in generale, per una ricostruzione dei termini del dibattito in dottrina, si v. A. PARCU, *op. cit.*, 1309 s. Più di recente, si v. anche: G. SALA, *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell'ambito del diritto dell'amministrazione (della cosa) pubblica*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, Attività, organizzazione, servizi*, vol. II, Padova, 2007, 438-439.

(75) Come è stato osservato in dottrina (si v. R. RORDORF, *Le società « pubbliche » nel codice civile*, in *Le società*, 2005, spec. 429), in quest'ultima ipotesi si prescinde dall'attribuzione assembleare in ordine alla designazione dei componenti gli organi sociali ed il giudice è chiamato ad operare essenzialmente su un piano *latu sensu* cautelare.

componenti designati dagli enti pubblici hanno « i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea » (76).

Nella disposizione in esame si ravvisano però anche elementi di discontinuità rispetto al passato.

Anzitutto, non è più possibile procedere ad una lettura unitaria degli artt. 2449 e 2450 c.c. — propugnata soprattutto dai fautori della tesi pubblicistica (77) — per la semplice ragione che quest'ultimo è stato abrogato dall'art. 3, d.l. n. 10/2007, conv. dalla l. n. 46/2007. Detta abrogazione non è irrilevante, sol che si consideri che, tale norma prevedeva, con maggiore ampiezza, deviazioni rispetto allo schema societario prefigurato dal codice civile (78).

L'avvenuta espunzione dell'art. 2450 c.c. dall'ordinamento, deve essere, peraltro, considerata congiuntamente alla nuova previsione di cui al comma 1 dell'art. 2449 c.c., laddove si stabilisce che la quota degli amministratori, dei sindaci o dei componenti il consiglio di sorveglianza di nomina pubblica deve essere « *proporzionale alla partecipazione al capitale sociale* ». Le indicate modifiche normative, che hanno fortemente attenuato gli elementi di specialità della fattispecie, inducono a ritenere che la nomina pubblica riservata, prevista dal codice civile, prefiguri uno schema tipologico « modificato » rispetto al modello socie-

(76) Si v. ancora A. PARCU, *op. cit.*, 1311, il quale ritiene, tuttavia, che, la revoca giudiziaria non può avere l'effetto di annullare, modificare o sospendere l'atto amministrativo di nomina, in quanto il giudice, nell'adottare i provvedimenti di cui all'art. 2409, comma 4 c.c., « non opera un sindacato di legittimità che gli è precluso per avere ad oggetto in via diretta o indiretta l'esinsecuzione dei poteri discrezionali dell'amministrazione ». *Contrari*: F.A. ROVERSI MONACO, *op. cit.*, spec. 276-277, secondo il quale, al di fuori della fattispecie di cui all'art. 2393, comma 5 c.c. — che costituisce in senso tecnico un'ipotesi di decadenza automatica dalla carica e non di revoca, ancorché sia in tal senso impropriamente qualificata dalla norma — non è ammissibile una revoca per giusta causa da parte dell'assemblea, in considerazione del fatto che ad essa è preclusa — sulla base di una limitazione che deriva direttamente dalla legge — la possibilità di revocare in via diretta gli amministratori di nomina pubblica.

(77) Si v. in proposito F.A. ROVERSI MONACO, *op. cit.*, 258 s.

(78) Sulle diversità sussistenti tra la fattispecie di cui all'art. 2458 c.c. e quella di cui all'art. 2459 c.c., si v. G. MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1954, I, 712 s.

tario generale, che tuttavia risulta inserito in un contesto prettamente privatistico.

Il quadro complessivo che scaturisce dalle disposizioni esaminate è dunque caratterizzato da una consistente attenuazione degli elementi di maggiore deviazione rispetto allo schema societario codicistico. Tanto più se si considera che, con l'ultimo intervento di riforma, sono state aggiunte alcune disposizioni all'art. 2449 c.c., riguardanti le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, che prevedono, in particolare, non soltanto che a tali società « si applicano le disposizioni del sesto comma dell'art. 2346 » c.c., ma anche che il consiglio di amministrazione può proporre all'assemblea — la quale delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria — « che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni ».

Si può notare che le disposizioni testé richiamate non fanno che estendere agli enti pubblici, delle regole la cui applicazione può essere prevista a favore di qualunque soggetto, o meglio l'emissione di strumenti finanziari che incorporano diritti patrimoniali, « diritti amministrativi », nonché la creazione di azioni speciali, cui corrispondano diversi diritti. Più precisamente, a norma dell'art. 2346, comma 6 c.c., possono essere nominati quali componenti gli organi sociali anche soggetti che non costituiscono espressione dei soci e che sono portatori di interessi extrasociali, i quali, di conseguenza, si pongono al di fuori della comunione di interessi voluta dai soci. Va osservato, infatti, che la nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o di un sindaco o di un membro del consiglio di sorveglianza è di tipo extra-assembleare, come si desume dal fatto che all'art. 2383, comma 1 c.c. viene richiamato l'art. 2351 c.c. (79). Se dunque il codice civile ammette, quale ipotesi derogatoria, che non trovi applicazione la regola che ordinariamente inibisce a soggetti terzi (privati) la nomina di componenti gli organi della società, non può

che risultarne, di conseguenza, fortemente attenuata la specialità del meccanismo di nomina previsto dall'art. 2449 c.c. (80).

Orbene, le disposizioni richiamate determinano l'estensione agli enti pubblici di regole derogatorie rispetto al diritto comune, al fine di garantire che possa darsi rilievo ad interessi extrasociali, i quali, più in generale, possono essere individuati in interessi « privati », « diffusi », « altruistici » o meritori sotto il profilo sociale o collettivo. Da questo punto di vista non sembra revocabile in dubbio che gli interessi pubblici, che sono considerati alla stregua degli interessi extrasociali di un socio (l'ente pubblico nominante) — su cui, tuttavia, viene a fondarsi la « specialità » di detta disciplina — siano sostanzialmente equiparati agli interessi « privati », per la cui valorizzazione si disponga, in sede statutaria, una deroga alle regole codicistiche di comune applicazione (81).

In conclusione, risulta acquisito che la specialità della disciplina codicistica in esame è da porsi in relazione alla volontà del legislatore di riconoscere in capo agli enti pubblici certe prerogative che non appaiono eccentriche rispetto al contesto privatistico nelle quali sono inserite, di talché riesce difficile argomentare che solamente nell'ipotesi dell'attribuzione di un potere di nomina e revoca riservata si sia inteso conferire *ex lege* un potere pubblico. Trattasi, più propriamente, di poteri particolari — la cui previsione è derogatoria delle disposizioni codicistiche riguardanti le facoltà ordinariamente attribuite ai soci delle società per azioni — che, in definitiva, connotano uno schema tipologico « modificato ».

3.1. Se dunque, come si è visto, i poteri riconosciuti *ex art. 2449*, comma 1 c.c. non sono qualificabili come potestà amministrative, gli atti che ne costituiscono estrinsecazione non possono,

(80) Per un ordine di idee non dissimile, si v. G. SALA, *op. cit.*, 438.

(81) Come osserva F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2004, 455 s., l'interesse pubblico, che sia alla base della partecipazione societaria dello Stato o di altro ente pubblico, è un interesse che rimane all'esterno della società, dovendosi propriamente qualificare come interesse extrasociale di alcuni soci.

(79) Si v. sul punto U. TOMBARI, *Strumenti finanziari « partecipativi »* (art. 2346, ultimo comma c.c.) e diritti amministrativi nelle società per azioni, in <http://www.notarito.it>.

a rigor di logica, essere qualificati come atti amministrativi, sindacabili dal giudice amministrativo.

Come si è anticipato, il giudice amministrativo e la Suprema Corte qualificano in senso privatistico il potere di nomina (e quello di revoca), sulla base del rilievo che all'ente pubblico è attribuita una facoltà altrimenti riservata all'assemblea dei soci (*recte*: un diritto potestativo) (82). Tanto gli atti di nomina e revoca riservati all'ente pubblico, quanto quelli posti in essere dal medesimo ente *uti socius*, ovvero esercitando il diritto di voto in assemblea, sono dalla giurisprudenza, conseguentemente, sottoposti al medesimo regime giuridico.

Parte della dottrina ha, tuttavia, obiettato che a ragionare in questo modo si finisce per schematizzare una vicenda che appare ben più complessa (83), posto che debbono distinguersi gli atti di nomina e revoca adottati dall'ente pubblico dagli atti con cui i medesimi sono recepiti in sede societaria, in applicazione dell'apposita clausola statutaria. In sostanza, mentre gli atti di nomina e di revoca dell'ente pubblico non esplicherebbero effetti al di fuori dell'ambito organizzativo interno dell'amministrazione, dovrebbe riconoscersi rilevanza esterna agli atti posti in essere dagli organi societari, di mera esecuzione delle scelte compiute dall'ente pubblico. In questa prospettiva, mentre gli atti di diritto amministrativo imputabili all'ente pubblico non sarebbero sindacabili dal giudice amministrativo in quanto privi di rilevanza esterna, le controversie relative agli atti degli organi societari, disciplinati dal diritto privato, verrebbero attribuite alla cognizione del giudice ordinario (84).

(82) In tal senso, si v.: Cons. di Stato, Sez. V, 11 febbraio 2003, n. 708, cit.; Id., 13 giugno 2003, n. 3346, cit.; Tar Liguria, Sez. II, 13 maggio 2004, n. 756, nonché Tar Lazio, Sez. II, 14 gennaio 2004, 195, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>; Cass., Sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799, cit.

(83) Osserva R. Ulsi, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, cit., 752, che, nella fattispecie della nomina (e della revoca) diretta di cui all'art. 2449 c.c., non sarebbe rinvenibile uno degli elementi essenziali del diritto potestativo, vale a dire l'accessorietà dell'atto rispetto ad un rapporto giuridico principale, di talché il titolare del potere di nomina dovrebbe risultare parte del medesimo rapporto. Nel caso di specie, invece, l'atto *de qua* è destinato a produrre effetti fra due parti diverse dall'ente pubblico nominante.

(84) Si v. M. MAZZARELLI, *op. cit.*, spec. 136-137, secondo il quale l'attività

Secondo altri, invece, tenuto conto che l'amministrazione anche quando utilizza gli strumenti del diritto privato è sempre tenuta al rispetto dei principi costituzionali di legalità, di imparzialità e di buon andamento, è da ritenere che gli atti di nomina e di revoca in via diretta costituiscano espressione di « un potere di scelta in vista di interessi pubblici », di talché, anche per valorizzare appieno il rapporto esclusivo che, in seguito alla nomina, si determina tra ente nominante e soggetto nominato, gli atti della sequenza dovrebbero articolarsi in due fasi: una retta dal diritto amministrativo e l'altra dal diritto privato. Alla vicenda *de qua* risulterebbe, dunque, applicabile, secondo l'indicata prospettiva, il modello della presupposizione, elaborato dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento ai contratti di evidenza pubblica, con la conseguenza che l'annullamento dell'atto amministrativo (ovvero dell'atto dell'ente pubblico di revoca degli amministratori, che verrebbe equiparato all'atto di aggiudicazione) potrebbe riflettersi in vario modo sul conseguenziale atto di diritto privato (ovvero l'atto della società con cui si recepisce il contenuto della deliberazione di revoca adottata dall'ente pubblico, di fatto equiparato al contratto), dando luogo a diversi esiti: all'annullabilità, alla caducazione automatica (85), alla nullità, alla inefficacia sopravvenuta del medesimo (86).

dell'ente pubblico « non è regolata da specifiche norme di azione, la cui violazione possa arrecare danno all'interesse legittimo di altri soggetti dell'ordinamento: nella fase della deliberazione della nomina diretta dell'amministratore l'ente è sottoposto alle sole norme procedurali ordinarie che non hanno rilevanza esterna ».

(85) In giurisprudenza tale posizione è stata accolta, con riferimento alla vicenda che ha portato all'impugnazione di alcune note e determinazioni del Ministero dell'Economia e delle Finanze volte a promuovere la convocazione dell'assemblea degli azionisti per decidere la revoca di un consigliere di amministrazione della RAI S.p.A., da Tar Lazio, Roma, Sez. III-ter, 16 novembre 2007, n. 11271, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Ad avviso di tale Collegio l'annullamento dell'atto ministeriale illegittimo determina la caducazione automatica della delibera di revoca disposta dall'assemblea della società. Sottolineano, in particolare, i giudici di prime cure che non è necessario, « perché detta caducazione si determini come effetto diretto ed immediato dell'annullamento dell'atto presupposto, che l'atto annullato in sede giurisdizionale e quello successivo automaticamente caducato appartengano allo stesso procedimento, circostanza, questa, che certamente nella specie non si verifica, atteso che il primo (*id est*, la direttiva ministeriale) è

Si tratta, a ben vedere, di una elegante rielaborazione in

l'atto conclusivo del procedimento di iniziativa ministeriale mentre il secondo (*id est*, la revoca dell'incarico del consigliere di amministrazione) è l'atto conclusivo del secondo procedimento, di paternità assembleare (...) Né può costituire ostacolo di sorta la circostanza che tale secondo procedimento abbia connotati privatistici », atteso che « anche nei rapporti tra aggiudicazione di una gara pubblica e contratto stipulato con il concorrente vincitore della gara la giurisprudenza sia del giudice ordinario (...) che di quello amministrativo (...) ammette ormai pressoché unanimemente l'efficacia caducante dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto ». Come si è, tuttavia, osservato criticamente in dottrina (si v. M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008, 121 s.), « le note impugnate non si innestavano — nel caso in esame — in una serie procedimentale, limitandosi a presiedere all'esercizio dei diritti del socio pubblico e, segnatamente, a quello che l'art. 2367, comma 1, conferisce all'azionista, il quale lo fa prevalere *iure privatorum* ». Se dunque, pone in rilievo l'A., il direttore generale si è limitato a far valere un diritto soggettivo facente capo al Ministero, la convocazione dell'assemblea e l'esercizio del diritto di voto non costituiscono estrinsecazione di potestà autoritativa, bensì dei poteri propri dell'azionista di maggioranza. In realtà, il potere di revoca del consigliere di amministrazione della RAI da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze appare connotato da elementi che sono estranei alla fattispecie codicistica inerente al controllo societario, in quanto, come ha chiarito la Consulta (si v. Corte cost. sent. 13 marzo 2009, n. 69, in <http://www.cortecostituzionale.it>), laddove, come nel caso di specie, vi è l'esigenza di garantire la « indipendenza dei titolari di una carica », prevista o dalla Costituzione o dalla legge, deve escludersi « che possa esservi una perfetta simmetria tra potere di nomina e potere di revoca ». In particolare — sottolinea il giudice delle leggi — « nella fattispecie oggetto del presente giudizio, il filtro della deliberazione della Commissione parlamentare di vigilanza serve a contemperare il potere di revocare il soggetto nominato, che si giustifica per evitare che lo stesso divenga esente da responsabilità, con il necessario controllo da parte del Parlamento, che svolge il ruolo di massimo garante dell'adempimento, da parte dei membri del consiglio di amministrazione, dei doveri di obiettività ed imparzialità imposti dall'art. 21 Cost. ».

(86) In tal senso F. FRACCHIA, M. OCCHINA, *Società pubbliche tra golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica*, in <http://www.giustamm.it>, 12/2007. Occorre, peraltro, tener conto che, come ha chiarito Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, fermo restando che sussiste la giurisdizione del giudice civile sulla domanda volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo, « la separazione... tra il piano negoziale e quello procedimentale, se preclude ogni pronunzia da parte del giudice amministrativo sul regolamento dei rapporti con l'aggiudicatario connessi all'annullamento dell'atto illegittimo non incide in alcun modo sulla realizzazione in concreto dell'effetto conformativo sia da parte dell'amministrazione, nell'esecuzione spontanea del giudicato, sia da parte del giudice dell'ottemperanza, nell'eventuale fase dell'esecuzione ».

chiave pubblicistica della tesi ricostruttiva privatistica degli atti di nomina e revoca riservati agli enti pubblici. Tuttavia, non sembra che possa equipararsi un atto di nomina ad una aggiudicazione, non soltanto dal punto di vista strutturale, ma anche tenuto conto dei caratteri del nostro sistema di diritto amministrativo.

Nel caso della nomina pubblica riservata, com'è noto, la scelta compiuta dall'ente pubblico deve essere recepita da specifici atti societari, e la fattispecie si perfeziona, definitivamente, con l'accettazione del nominato. Non incide poi su detta configurazione strutturale il fatto che la nomina e la revoca debbano o meno essere adottate nell'ambito dell'assemblea, posto che, quant'anche la sede in cui sia effettuata risulti appunto quella assembleare, detti atti sono posti in essere in via autonoma dall'ente pubblico (87). Ciò chiarito, il fatto che gli enti pubblici debbano essere azionisti della società e possano soltanto nominare un numero di amministratori, sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza direttamente proporzionale alla partecipazione detenuta nella società stessa, sembra indurre alla conclusione che l'atto riservato dell'ente pubblico debba essere adottato in seno all'assemblea. La necessità di convocare l'assemblea deriverebbe, in particolare, dall'esigenza di verificare che sia rispettato l'indicato limite, stabilito dalla legge, riguardante il numero degli amministratori, dei sindaci o dei componenti il consiglio di sorveglianza che possono essere nominati dagli enti pubblici. Tale osservazione sembra, peraltro, trovare un'implicita conferma nell'art. 2449, comma 1 c.c., laddove si stabilisce, per un verso, che

(87) Tuttavia, osservare (si v. R. URSI, *Riflessioni*, cit. 753 s., il quale accoglie sul punto la tesi ricostruttiva di V. DONATU, *Amministratori e sindaci di nomina pubblica nelle società per azioni*, Milano, 2003, 108 s.) che l'ente pubblico nominante si sostituisce ad un altro soggetto « nello svolgimento di un'attività giuridica di relazione con terzi », e che in ragione di ciò deve considerarsi « un vero e proprio "organo di nomina" della società », se può essere utile a descrivere il fenomeno, appare irrilevante dal punto di vista giuridico, atteso che siffatto inquadramento non comporta l'applicazione alla fattispecie *de qua* di principi e regole diversi da quelli che alla stessa già risultano riferibili. In ordine, poi, al fatto che, in ragione della partecipazione dell'ente pubblico alla società, si utilizzano risorse pubbliche, va evidenziato come sia questo un profilo che interessa un ambito diverso da quello dell'inquadramento giuridico della fattispecie, *i.e.* quello della responsabilità degli amministratori, su cui ci soffermeremo nel prosieguo.

i componenti gli indicati organi sociali, nominati dagli enti pubblici, scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio dell'ultimo esercizio della loro carica, e, per l'altro, che i medesimi soggetti hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea.

Non si ravvisano elementi di analogia sotto il profilo strutturale tra le due fattispecie — la morfologia della sequenza degli atti ordinati all'adozione dell'atto conclusivo e le dinamiche che la connotano sono, infatti, del tutto diversi nel procedimento di scelta del contraente e nella nomina e nella revoca del rappresentante dell'ente pubblico negli organi della società per azioni (88) — e ancor più ampia appare la distanza tra le medesime in relazione al sistema delle regole e dei principi applicabili (89).

Non vi è dubbio, infatti, che la scelta dell'amministratore, del sindaco o del componente il consiglio di sorveglianza — diversamente dall'ipotesi in cui l'amministrazione sceglie il contraente —, in mancanza di norme che impongano di "dare evidenza" ai motivi della scelta compiuta, ovvero che la configurino alla stregua di un'attività amministrativa proceduralizzata (90), av-

(88) Del resto, come osservava con riguardo alla nomina dei pubblici impiegati M.S. GIANNINI, voce *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 303, «l'atto di nomina non presenta proprio nulla del provvedimento amministrativo, né sotto l'aspetto della struttura, né sotto quello della funzione: non è esercizio di una potestà pubblica, perché qualunque soggetto giuridico ha la potestà di organizzare le proprie attività e di costituirsi un'organizzazione in senso oggettivo; neppure è l'esercizio di un momento autoritativo del pubblico potere, finalizzato alla cura di un interesse pubblico».

(89) Si v. però *contra*: Tar Lazio, Roma, Sez. III-ter, 16 novembre 2007, n. 11271, cit.

(90) Con riferimento alla vicenda della RAI (si v. *supra* la nota 85), in cui non trovava applicazione l'art. 2449 c.c., dal momento che il potere di convocazione dell'assemblea era esercitato ai sensi dell'art. 2367 c.c. e la revoca non poteva che essere adottata in sede assembleare, M. ANTONIOLI, *op. cit.*, 122-123, osserva, a nostro avviso correttamente, che non è configurabile un'analogia tra il caso della revoca di un amministratore e l'annullamento dell'atto di aggiudicazione, tenuto conto che la fase dell'evidenza pubblica è una fase necessaria, nonché a rilevanza esterna proprio perché incide sugli interessi legittimi dei concorrenti. Tuttavia, il medesimo A. (si v. 102-103), perviene alla conclusione che, con riferimento alla nomina e alla revoca, ex art. 42, comma 2, d.lgs. n. 267/2000, dei rappresentanti dell'ente locale nelle società partecipate dal medesimo ente sono individuabili

viene senza il rispetto delle formalità proprie del procedimento ad evidenza pubblica, di talché l'ipotizzata analogia non sembra giuridicamente fondata. Nelle due fattispecie, la diversa configurazione delle forme e modalità della scelta riflette, a ben vedere, l'esigenza di assicurare in misura e grado diversi determinate garanzie.

Con riguardo agli effetti che l'atto di revoca adottato dall'ente pubblico produce sul piano societario, si puntualizzeranno nel prosieguo le ulteriori ragioni che inducono a non condividere la tesi della costruzione a doppia fase (pubblicistica e privatistica).

Per quanto concerne, invece, la prima ipotesi ricostruttiva indicata, occorre considerare che, nel rispetto dei principi che compongono il nostro sistema amministrativo, non risulta possibile separare, «schermandola», dalla successiva vicenda societaria — in cui verrebbe in rilievo, secondo l'impostazione richiamata, un negozio privatistico unilaterale e recettizio — una preliminare fase procedimentale amministrativa, che sarebbe, tuttavia, destinata a concludersi con un atto avente rilevanza meramente interna (91). Occorre, infatti, tener conto che, laddove un procedimento amministrativo si concluda con un atto a regime amministrativo — come postulano le richiamate posizioni dottrinali — in base ai principi generali del sistema, a questo non può riconoscersi una mera rilevanza interna.

due momenti: «uno interno ed uno esterno; il primo governato dal diritto pubblico e l'altro dal diritto privato». Di talché, le scelte dell'ente locale, ex art. 42, comma 2 cit., sarebbero espressione di «un'ampia discrezionalità amministrativa», e dunque verrebbero sottoposte alla «osservanza dei generali parametri di legittimità, che presiedono all'esercizio di funzioni — sostanzialmente e formalmente — di natura autoritativa». Più precisamente, detta conclusione — che non può condividersi per le ragioni che si illustreranno — troverebbe fondamento nel fatto che la cura dell'interesse pubblico individua «il suo *habitus* naturale proprio nell'attività di tipo *organizzatorio*, che permane *interna* all'azione amministrativa: e, ciò, a differenza degli atti adottati dagli organi (o negli organi) della società a partecipazione pubblica, i quali soggiacciono al regime del diritto societario, assumendo una *valenza esterna*».

(91) In tal senso A. PERCU, *op. cit.*, 1301 s. Secondo tale A. «all'atto costitutivo degli effetti va riconosciuta natura privatistica, mentre solo gli atti deliberativi interni all'amministrazione possono qualificarsi come provvedimenti amministrativi».

3.2. Gli atti di nomina e revoca, in quanto assumono una rilevanza solamente strumentale all'attività di cura dell'interesse pubblico perseguito dall'ente pubblico nominante, sono ascrivibili propriamente alla categoria degli atti di carattere organizzativo (92).

Ciò appare confermato, implicitamente, dall'art. 6, l. n. 145/2002, che ha esteso il meccanismo dello *spoils system* con riferimento alle nomine dei componenti i consigli di amministrazione delle società controllate o partecipate dallo Stato, effettuate dal Governo o dai Ministri nei sei mesi antecedenti la scadenza naturale della legislatura, ovvero nel mese antecedente lo scioglimento anticipato di entrambe le Camere, le quali possono essere confermate, revocate, modificate o rinnovate entro sei mesi dal voto di fiducia al Governo (93). Deve, al riguardo, porsi in rilievo come detta norma, per un verso, equipari le nomine degli amministratori di società controllate o partecipate dallo Stato a quelle degli organi di vertice, degli organi equiparati degli enti pubblici, delle agenzie, e, per l'altro, induca ad effettuare un parallelismo col conferimento di incarichi dirigenziali di cui all'art. 19, comma 3, d.lgs. n. 165/2001.

Nella prospettiva indicata, gli atti di nomina pubblica sono dunque qualificabili come atti organizzativi, in quanto non sono ordinati al soddisfacimento di interessi della collettività (94). Ciò non significa, tuttavia, che il potere organizzativo sia sottratto all'indirizzo politico: l'amministrazione intesa sia come attività che

(92) Qualifica espressamente come atti interni di organizzazione gli atti di conferimento e di revoca degli incarichi dirigenziali, Cass., Sez. un. 11 gennaio 2007, n. 308, in *Ced Cassazione*, 2007.

(93) Secondo R. Ursi, *Riflessioni*, cit., 761 s., l'art. 6, l. n. 145/2002 comporta una valutazione secondo parametri che « non sono di carattere politico, ma soprattutto di natura tecnica in ordine alla capacità del titolare dell'ente di svolgere l'incarico in coerenza dell'indirizzo politico ».

(94) Come ha posto in rilievo M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, 386, in mancanza di una qualificazione normativa, gli atti organizzativi « non sarebbero affatto provvedimenti, ma negozi »; tali atti, infatti, « non hanno nulla dell'intrinseca sostanza del provvedimento », dal momento che « non esprimono il momento dell'autorità incidendo in momenti di libertà (interessi privati in posizione di soggezione),... non esprimono una potestà amministrativa in quanto con essi l'amministrazione cura propri interessi organizzativi e non interessi della collettività ».

come organizzazione deve, infatti, sempre conformarsi « ai requisiti fissati dall'art. 97 Cost. », ma i modi per conseguire tale risultato possono essere diversi. Tra le varie opzioni, a dover essere presa in considerazione è essenzialmente quella che riferisce « la valutazione dell'imparzialità e del buon andamento a complessi di vicende o a risultati, intermedi o finali... assumendo come oggetto di valutazione non più l'atto ma l'attività » (95).

Del resto, come si è osservato, se la riserva di cui all'art. 97 Cost. impone di disciplinare con fonte legislativa l'organizzazione dei pubblici uffici, la stessa non preclude alla legge « di modulare discrezionalmente il regime giuridico dell'attività organizzativa » (96).

A rilevare non è, dunque, il carattere autoritativo o meno degli strumenti utilizzati, atteso che quand'anche il regime giuridico dell'attività organizzativa sia quello privatistico, la stessa è comunque sottoposta ad un vincolo di scopo (97).

Occorre, tuttavia, considerare che l'attività organizzativa a regime privatistico non si articola in un percorso procedimentale ordinato al perseguimento di un interesse pubblico, ovvero non risulta scomponibile in due fasi di cui una costituisce estrinsecazione di potestà amministrativa. Il vincolo di scopo, che « non emerge giuridicamente negli atti organizzativi di diritto privato », trova, dunque, « la sua strumentazione nel momento di valutazione dei risultati dell'attività » (98).

(95) In tal senso A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime del rapporto di impiego con gli enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, spec. 470-471.

(96) In tal senso M. D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, IV, 41.

(97) Cfr. ex multis: C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, spec. 185 s.; A. ORSI BATTAGLINI, A. CORPACI, *Commento all'art. 4 d.lgs. 29/1993, in La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, a cura di A. Corpaci, M. Rusciano, L. Zoppoli, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 1098, secondo i quali il controllo che viene spostato, quanto all'oggetto, dagli atti singoli ad un insieme di attività, di talché esso non riguarda più la validità degli atti in ordine alla corrispondenza al fine, « risulta adeguato a soddisfare quelle garanzie richieste dall'art. 97 Cost.; e si potrebbe sostenere che, probabilmente, lo sia in misura superiore rispetto a quello tradizionale ».

(98) Si v. ancora M. D'ANTONA, *op. cit.*, 48. Come è stato efficacemente evi-

La possibilità di accostare gli atti degli enti pubblici di nomina e revoca degli amministratori al conferimento e alla revoca di incarichi dirigenziali era già emersa, sia pure incidentalmente, in quell'orientamento giurisprudenziale che, con riferimento ad entrambe le fattispecie, individuava nella legge la fonte attribuita del potere di matrice privatistica (99). Altri profili affiorano, per vero, da un raffronto della disciplina del conferimento di incarichi dirigenziali negli enti locali con quella relativa alla nomina dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni.

Com'è noto, mentre l'art. 42, comma 1, lett. m), d.lgs. n. 267/2000 (t.u.e.l.) definisce le attribuzioni del Consiglio comunale, tra le quali si annovera anche quella di definizione degli « indirizzi per la nomina e la designazione dei rappresentanti del comune presso enti, aziende ed istituzioni, nonché nomina dei rappresentanti del consiglio presso enti, aziende ed istituzioni ad esso espressamente riservata dalla legge », l'art. 50, comma 8, del t.u.e.l. dispone che « sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio il sindaco e il presidente della provincia provvedono alla nomina, alla designazione e alla revoca dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni ». Spetta, peraltro, a mente del comma 10 dell'art. 50 cit., al sindaco e al presidente della provincia nominare i responsabili degli uffici e dei servizi, attribuire e definire « gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna secondo le modalità ed i criteri stabiliti dagli artt. 109 e 110, nonché dai rispettivi statuti e regolamenti comunali e provinciali ».

denziato (si v. E.A. APICELLA, voce *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2002, 610), « gli atti di indirizzo degli organi di governo, in materia di organizzazione e gestione del personale, ed il sistema dei controlli sui risultati dell'attività organizzativa dirigenziale costituiscono gli strumenti salienti che la legge predispone a garanzia del vincolo di scopo del potere organizzativo di diritto privato delle amministrazioni ».

(99) Cfr. Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, 18 dicembre 2006, n. 1984, cit. Con riferimento agli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali, la Suprema Corte (si v. Cass., Sez. lav., 22 febbraio 2006, n. 3880, in *Ced Cassazione*, 2006) ha riconosciuto che i medesimi sono espressione di « un potere di organizzazione che, nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1 (d.lgs. n. 165/2001) è conferito all'Amministrazione dal diritto comune ».

Le disposizioni richiamate, pur riguardando fattispecie diverse, presentano alcuni tratti comuni, individuabili: nella forma « identica a quella dei provvedimenti amministrativi », nella « materia, non di rado definita di "alta amministrazione" », nell'organo adottante che è « a qualificazione politica » (100).

In entrambe le ipotesi prese in esame vengono dunque in rilievo atti organizzativi che, ancorché non siano sottratti all'indirizzo politico dell'ente locale (101), costituiscono estrinsecazione di poteri che la giurisprudenza considera parimenti come privati (102).

La Suprema Corte qualifica, com'è noto, gli atti di conferimento e di revoca dell'incarico dirigenziale come atti di diritto privato (103) — sul presupposto che riguardano una « materia sottratta al dominio degli atti amministrativi perché non compresa entro la soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici » (104) — quand'anche i medesimi siano « riservati a fonti pubblicistiche », con la conseguenza che le controversie che li concernono sono devolute alla cognizione del giudice ordinario (105). Si tratta di atti, infatti, che, in quanto attengono al fun-

(100) Le espressioni tra virgolette sono di A. Poggia, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, 2004, 150, che le riferisce agli atti di conferimento di incarichi dirigenziali.

(101) Come osserva A. Poggia, *op. cit.*, 271 s., se « è indubbio che la Costituzione consideri finalizzata all'interesse pubblico tutta l'attività amministrativa complessivamente intesa », questa è da valutarsi quale « azione complessiva, che resta verificabile nel fine », come risulta comprovato dalle « forme di responsabilità in cui incorrono gli organi che esercitano i relativi poteri ».

(102) Cfr., *ex multis*: Cass., Sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9814, in *Lav. nella giur.*, 2008, 845.

(103) Cfr., *ex multis*: Cass., Sez. un., 24 gennaio 2003, n. 1128, in *Gior. dir. amn.*, 2003, 394; Cass., Sez. lav., 20 marzo 2004, n. 5659, in *Foro amn.-Cons. Stato*, 2004, 2046; Cass., Sez. lav., 6 aprile 2005, n. 7131, in *Foro amn.-Cons. Stato*, 2005, 1668; Cass., Sez. un., 20 gennaio 2009, n. 3054, in *http://www.giustiziamm.it*.

(104) Cfr., *ex multis*: Cass., Sez. un., 24 gennaio 2003, n. 1128, cit.; Cass., Sez. un., 15 maggio 2003, n. 7623, in *Foro it.*, 2003, 3384; Cass., Sez. un., 27 giugno 2003, n. 10288, in *Arch. civ.*, 2004, 523; Cass., Sez. lav., 20 marzo 2004, n. 5659, in *Foro amn./Cons. Stato*, 2004, 2046; Cass., Sez. un., ord., 18 aprile 2007, n. 9151, in *Ced Cassazione*, 2007; Cass., Sez. un., 20 gennaio 2009, n. 3054, cit.

(105) In tal senso Cass., Sez. un., 5 aprile 2007, n. 8526, in *Mass. Giur. it.*,

zionamento degli apparati, costituiscono espressione della capacità di diritto privato, e « la cui formale adozione rileva esclusi-

2007. In senso conforme in dottrina, si v.: A. COREACI, *Il nuovo regime del conferimento degli incarichi dirigenziali e la giurisdizione sugli incarichi dirigenziali*, in *Lav. Pubbl. amm.*, 2003, 223 s., che sottolinea come l'atto di conferimento dell'incarico non possa essere qualificato in termini di provvedimento amministrativo, posto che, per un verso, la forma degli atti appare irrilevante in quanto occorre tener conto del dato sostanziale, e, per l'altro, che l'opzione per il regime di diritto privato di tali atti non comporta la pretermissione delle garanzie in ordine all'attribuzione della titolarità di uffici pubblici; A. BOSCATI, *Atto di conferimento dell'incarico dirigenziale: la Cassazione ne riafferma la natura privatistica*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, spec. 190, il quale ritiene che, in applicazione del principio di ragionevolezza, debba accogliersi una soluzione unificante, in virtù della quale tutti gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali, quand'anche adottati da organi politici, sono da qualificare in termini privatistici; A. PIOGGA, *op. cit.*, 155 s.; G. NICOSIA, *La Cassazione « blinda » la privatizzazione del rapporto di lavoro dirigenziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, spec. 1099 s.; G. VECCHIO, *Gli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali presso le amministrazioni statali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm.-Tar.*, 2006, spec. 1567 s. E, invece, dell'avviso che il conferimento di incarichi debba essere qualificato in termini di provvedimento amministrativo: G. D'ALESSIO, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgia, antilogie, annesse*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, spec. 227 s.; E.A. APICELLA, *voce Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit. 614 s., secondo il quale il rapporto tra atto unilaterale e contratto « muove il tradizionale modulo del contratto accessivo ad atto amministrativo ». Per la qualificazione pubblicistica propende, da ultimo, anche P. CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, 2007, 330 s., per il quale non è possibile configurare gli atti degli organi politici, che hanno la forma dei decreti ministeriali o dei d.P.C.M., alla stregua di determinazioni imprenditoriali. Siffatta conclusione, tuttavia, si basa sull'assunto che i conferimenti di incarichi dirigenziali effettuati da dirigenti avrebbero natura giuridica diversa da quelli degli organi politici in ragione di una supposta assimilabilità soltanto tra la posizione dei primi e quella degli imprenditori, come conseguenza dell'assunzione, in entrambe le ipotesi, del rischio di impresa. Detta posizione non sembra, però, adeguatamente tener conto del fatto che dalla diversa qualificazione degli atti consegue un diverso sindacato giurisdizionale che rischia di pregiudicare la tutela paritaria ed effettiva delle posizioni soggettive degli interessati. La tesi dell'A., per vero, non sembra condivisibile, anche in ragione del fatto che muove da un presupposto non dimostrato: ovvero che, anche nell'ambito di un rapporto di lavoro con la p.a. già instaurato, possano configurarsi situazioni giuridiche di interesse legittimo. A tal proposito, infatti, non può attribuirsi alcun rilievo alla previsione, ad opera dell'art. 63, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, del potere di disapplicazione degli atti amministrativi presupposti illegittimi da parte del giudice ordinario. Il riferimento a tali atti, in particolare, sembra doversi circoscrivere agli atti amministrativi di macro-organizzazione ed agli atti amministrativi inerenti alle procedure concorsuali, la cui cognizione è devoluta alla giurisdizione

vamente sul piano dell'organizzazione e ai fini dei controlli interni... » (106).

Analoga è la prospettiva da cui sembra doversi muovere con riferimento agli atti di nomina e revoca adottati in via autonoma dall'ente pubblico, tenuto conto che quest'ultimo, esercitando il potere di cui è titolare, crea un « legame di tipo organizzativo » con la società di capitali partecipata (107).

Sotto altro profilo, può essere altresì notato che l'atto di revoca dell'incarico dirigenziale, ancorché debba essere motivato, nell'ipotesi considerata, dalla violazione delle direttive impartite, ex art. 109, comma 1 t.u.e.l., rimane pur sempre un atto di diritto privato. Per vero, la situazione non pare sostanzialmente diversa nell'ipotesi della revoca dei soggetti nominati ex art. 50, comma 8, t.u.e.l., atteso che il rapporto che lega questi all'ente è certamente meno intenso rispetto a quello che si determina in virtù del

del giudice amministrativo, che possono, quindi, essere incidentalmente valutati dal g.o. Sotto altro profilo, peraltro, non può non osservarsi come la giurisdizione del giudice ordinario con riguardo alle controversie relative al rapporto di lavoro presso le pubbliche amministrazioni sia stata espressamente estesa alle controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, senza alcuna distinzione correlata alla tipologia degli incarichi conferiti. Di tal che, differenziare questi ultimi (tra incarichi conferiti dagli organi politici ed incarichi conferiti dai dirigenti) ai fini del riparto della giurisdizione sembra costituire una forzatura interpretativa della stessa lettera della disposizione in esame. A quest'ultimo riguardo, non è neppure dirimente il rilievo secondo cui l'art. 63, d.lgs. n. 165/2001 rappresenterebbe solo una norma sulla giurisdizione, inidonea ad incidere sulla qualificazione giuridica delle situazioni giuridiche soggettive ascrivibili in capo ai dirigenti. Siffatto rilievo, infatti, non sembra considerare che, nell'ambito della disciplina dettata dall'art. 19, d.lgs. n. 165/2001, è dato comunque ravvisare un'uniformità di disciplina del conferimento degli incarichi dirigenziali, proprio con riguardo alle modalità del conferimento stesso (si v. l'art. 19, comma 3, d. lgs. n. 165/2001). Da cui consegue che l'ampia formulazione normativa riguardante i poteri del giudice del lavoro non può che riflettere, sul piano processuale, tale uniformità, la quale, al contrario, rischierebbe di essere vanificata nella prospettiva processuale se, in quest'ultimo contesto, si adottasse una soluzione diversa a seconda del profilo soggettivo del conferente l'incarico.

(106) Si v. ad es. Cass., Sez. un., 20 marzo 2004, n. 5659, cit., nonché Cass., Sez. un., ord. 19 gennaio 2007, n. 1135, in *Ced Cassazione*, 2007, e Cass., Sez. un., 18 aprile 2007, ord. n. 9150, in *Ced Cassazione*, 2007.

(107) Del resto, anche in dottrina (si v. F.A. ROVERESI MONACO, *op. cit.*, 268), si era posto in rilievo come il rapporto tra nominante e nominati potesse qualificarsi come un rapporto di servizio « fiduciario ».

conferimento di un incarico dirigenziale. Mentre, infatti, nel primo caso, con la nomina si stabilisce una relazione tra organi di enti diversi, nel secondo viene in rilievo un rapporto tra organi dello stesso ente. Tuttavia, in ambedue le ipotesi il rapporto non può che essere improntato al risultato, nel senso che se spetta agli organi politici la predeterminazione degli indirizzi e degli obiettivi — a norma dei commi 8 e 10 dell'art. 50 t.u.e.l., — ai fini rispettivamente della nomina e della revoca dei rappresentanti dell'ente e del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, l'attività complessiva compiuta non potrà che essere valutata dal punto di vista dei risultati conseguiti (108). In altri termini, la conformità dell'attività complessiva e non dei singoli atti di diritto privato al principio di legalità espresso dal vincolo di scopo, nonché al principio del buon andamento cui è tenuta l'amministrazione quand'anche utilizzi strumenti privatistici, dovrà essere valutata sulla base di criteri e obiettivi indicati negli atti di indirizzo, ovvero nelle direttive.

Occorre altresì considerare che se gli atti di nomina e revoca dei rappresentanti dell'ente pubblico, come si è visto, per i profili che si sono indicati, appaiono assimilabili a quelli di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali, anche con riferimento ai primi dovrebbe trovare applicazione l'art. 1, comma 1-bis, l. n. 241/1990, a mente del quale l'amministrazione « nell'adozione di atti di natura non autoritativa agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga altrimenti ».

Per quanto la disposizione *de qua*, anche in considerazione della sua collocazione nell'ambito della legge sul procedimento amministrativo, costituisca oggetto di differenti interpretazioni, non sembra che, per i caratteri che connotano il nostro sistema a diritto amministrativo, la locuzione « atti non autoritativi », utilizzata al comma 1-bis dell'art. 1 cit., possa essere riferita ad atti regolati dal diritto amministrativo. La locuzione in parola, da inten-

(108) Occorre tener conto, con riferimento alle obbligazioni di risultato, che se, di regola, non sono rilevanti le modalità in cui il risultato viene conseguito, deve dedursi che la disciplina delle medesime risulta indifferente rispetto alle garanzie che a tali modalità si connettono, si v. sul punto: A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm.-Tar*, 2005, suppl. fasc. IV, 25.

dersi secondo un'accezione lata — stante anche la varietà delle opinioni dottrinali prospettate in ordine al carattere dell'autoritatività — appare riferibile, in applicazione dei principi del diritto amministrativo, soltanto agli atti della pubblica amministrazione che, non costituendo manifestazione di una potestà amministrativa, non risultano inseriti in un procedimento amministrativo, di talché essi non sono regolati dalle disposizioni o anche soltanto dai principi della l. n. 241/1990 (109). Il che, per vero, non significa che gli atti non autoritativi della p.a. non siano parte di un'attività ordinata al perseguimento di un fine pubblico, ma soltanto che questi non sono amministrativizzati in quanto non costituiscono estrinsecazione di potestà amministrative (110).

In tal senso, del resto, appare orientata anche la Suprema

(109) In questo senso, si v. V. CERULLI IRELLI, *Introduzione*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, 2005, 6 s., secondo il quale non soltanto, a norma dell'art. 1, comma 1-bis, l. n. 241/1990, il diritto privato non trova applicazione con riguardo ai casi in cui siano esercitati poteri autoritativi, ma, non avendo la stessa norma la forza di derogare alla legislazione positiva — « peraltro da essa espressamente richiamata », laddove si fa salva la possibilità che la legge possa disporre diversamente — diviene operativa soltanto allorquando le amministrazioni agiscono instaurando rapporti con soggetti terzi non disciplinati da norme di diritto pubblico. Osserva, peraltro, F. TRIMARCHI BIANCHI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *questa Rivista*, 2004, spec. 666, 678 e 688, che la disposizione di cui all'art. 1, comma 1-bis, l. n. 241/1990, ai sensi della quale « la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente », presuppone che vi siano atti dell'amministrazione « cui viene applicato il regime dei provvedimenti », e che tuttavia non sono provvedimenti nel senso stretto del termine ». Ad avviso di G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Padova, 2005, 5, detta previsione normativa è da interpretarsi nel senso che il regime di diritto privato « non può valere per gli atti di natura autoritativa (cioè corrispondenti a poteri autoritativi) e in altri casi in cui risulta comunque preferibile il regime tipico dei poteri amministrativi ».

(110) Secondo N. PAOLANTONIO, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit. 94, a meno di non voler ritenere che nel nostro ordinamento esistano poteri pubblici privi del connotato dell'autoritatività, gli atti di natura autoritativa « sono quelli e (tutti quelli) espressione di esercizio di potere ». V. però contro: B. G. MARTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 473, per il quale l'inciso « salvo che la legge disponga diversamente » va interpretato nel senso che la legge può disporre che l'amministrazione adotti atti e provvedimenti di natura non autoritativa utilizzando il diritto pubblico.

Corte, la quale, con riferimento all'art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990, da un canto, rileva come di fronte « all'attività non autoritativa e di diritto privato delle amministrazioni pubbliche, tutte le situazioni giuridiche soggettive degli interessati » siano da ricondurre « alla categoria dei diritti di cui all'art. 2907 c.c. » (111), e, dall'altro, riconosce che, laddove sia esclusa la presenza di procedimenti e atti amministrativi — sulla base della ricognizione dei dati del diritto positivo — « non possono trovare applicazione i principi e le regole proprie di questi e, in particolare, le disposizioni dettate per i provvedimenti e gli atti amministrativi dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 » (112).

In questo contesto, l'art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990 finisce per assumere la valenza di "norma ricognitiva" di un carattere del sistema, in quanto presuppone che gli atti non amministrativi imputabili all'amministrazione siano da qualificare in termini privatistici. In definitiva, allorché non siano rinvenibili nel diritto positivo elementi da cui desumere la procedimentalizzazione neppure di una parte dell'attività di diritto privato della P.a., dovrebbe presumersi, salvo prova contraria, ai sensi dell'art. 1 comma 1-*bis*, l. n. 241/1990 — proprio in considerazione dell'inciso « salvo che la legge disponga diversamente » (113) — che gli atti che ne costituiscono estrinsecazione non sono assoggettati

(111) Si v. Cass., Sez. un., 25 marzo 2005, n. 6421, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 1032.

(112) Si v. Cass., Sez. lav., 2 aprile 2004, n. 6570, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 1026; Cass., Sez. lav., 19 marzo 2004, n. 5565, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 678; Cass., Sez. lav., 18 febbraio 2005, n. 3360, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 709, ove si rimarca altresì che la non applicabilità delle regole e dei principi dettati dalla l. n. 241/1990 agli atti e ai procedimenti di diritto privato posti in essere dall'amministrazione in veste di datore di lavoro trova conferma nelle previsioni di cui agli art. 1, comma 1-*bis* e 21-*sexies*, l. n. 241/1990. In senso sostanzialmente analogo, si v. anche Cass., Sez. lav., 22 febbraio 2006, n. 3880, cit.

(113) L'inciso è certamente riferibile a quegli atti organizzativi che, come notava M.S. GIANNINI, voce *Impiego pubblico*, cit., 303, il diritto positivo ha equiparato ai provvedimenti, ancorché « per la loro natura sostanziale non presentavano tratti strutturali e funzionali dei provvedimenti amministrativi ». Seguendo questa linea di pensiero, potrebbe allora concludersi, in aderenza all'art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990, che occorre rintracciare nel diritto positivo qualche « indizio » della pubblicità degli atti organizzativi, al fine di poterli qualificare alla stregua di provvedimenti amministrativi.

al regime proprio degli atti amministrativi. Ne consegue che, mentre tutte le attività privatistiche delle P.a. sono sottoposte ad un vincolo di scopo, soltanto alcune di queste sarebbero disciplinate interamente dal diritto privato. Il che val quanto dire che l'ordinamento può assoggettare a regimi differenziali le attività esercitate *iure commune* dalle amministrazioni pubbliche. Se ciò è esatto, il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, con riguardo ad alcuni tipi di attività privatistiche delle pubbliche amministrazioni, risulterebbe garantito soltanto dall'osservanza delle direttive o degli indirizzi impartiti dai competenti organi dell'ente pubblico, la quale, come si illustrerà, presuppone la configurazione di una responsabilità di risultato (114).

D'altra parte, in mancanza di un'espressa qualificazione in senso pubblicistico dell'attività organizzativa (come quella che si estrinseca nella nomina e nella revoca dei rappresentanti dell'ente pubblico nelle società per azioni), o di norme che la sottopongono al rispetto di determinate regole procedimentali, occorre ricercare nel diritto positivo le coordinate per ricostruire il regime dell'attività stessa.

A tal riguardo, deve richiamarsi quanto è stato posto in rilievo con riferimento all'attività contrattuale della P.a., vale a dire che è la delimitazione all'interno della vicenda contrattuale di uno spazio costellato da atti amministrativi ad aver reso possibile la configurazione in senso pubblicistico della fase che precede la scelta del contraente (115). Ancorché siffatto esito sia scaturito dall'analisi di alcuni dati del diritto positivo, ricavabili dalla normativa sulla contabilità di Stato e degli enti pubblici, nonché da quella sugli appalti di lavori pubblici, nelle quali si utilizzava il termine « documento amministrativo », è in virtù della costante opera interpretativa della giurisprudenza che si è pervenuti a qualificare detti documenti come veri e propri atti amministrativi.

(114) In altri termini, il vincolo di scopo che non rileva negli atti organizzativi di diritto privato, riemergebbe nel momento finale della valutazione dei risultati dell'attività, si v. in tal senso, con riguardo agli atti di conferimento di incarichi dirigenziali, G. NICOSIA, *op. cit.*, 1099.

(115) In tal senso G. MORABIELLI, *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1993, spec. 799-800.

vi (116), nonché ad estendere ai procedimenti ad evidenza pubblica della p.a., l'applicazione dei principi e di gran parte delle regole codificati dalla legge sul procedimento amministrativo.

A ben vedere, però, con riguardo agli atti di nomina e revoca riservati agli enti pubblici, si è indotti ad accogliere conclusioni di segno opposto. Il discorso, invero, tende a dilatarsi, come si chiarirà, essendo riferibile non soltanto a tutti gli atti di nomina o designazione (e revoca) di rappresentanti di spettanza di enti pubblici, che costituiscono l'esito non di una procedura selettiva pubblica, bensì di una scelta fiduciaria (117), ma anche, più in generale, a diversi atti di carattere organizzativo.

Occorre tener conto che la qualificazione in senso pubblico degli atti delle procedure volte all'individuazione del contraente delle amministrazioni pubbliche è stata posta in relazione soprattutto all'esigenza di garantire un'adeguata tutela dei terzi (118). Siffatta esigenza non pare, invece, rinvenibile nel caso in esame, nel quale non vengono in rilievo posizioni soggettive di terzi tutelabili (che siano sostanzialmente equiparabili a quelle dei concorrenti/aspiranti aggiudicatari nei procedimenti ad evidenza pubblica).

A differenza, tuttavia, del conferimento di un incarico dirigenziale — con riferimento al quale trova applicazione una specifica disposizione di legge — non sembra, tuttavia, necessario fondare

(116) Su tale vicenda e su come si sia pervenuti a siffatta configurazione, nonostante non fossero rinvenibili in tali documenti tutti gli elementi per essere classificati come atti amministrativi, v. G. PERICU, *L'attività consensuale*, in *Diritto amministrativo*, II, (a cura di) L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roverisi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 1998, 1569.

(117) Nel senso della qualificazione di tipo fiduciario degli atti di designazione e nomina effettuati dai Comuni, si v. Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5107, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

(118) In tal senso A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, 176 ss. Osserva anche V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa* (primo commento alla l. n. 15/05 recante modifiche e integrazioni alla l. n. 241/1990, in <http://www.asstridonline.it>, che, mentre in passato le ragioni dell'imparzialità e della tutela dei terzi inducevano a qualificare in senso pubblicistico certi atti adottati dalle amministrazioni, ora quelle stesse esigenze possono permeare il diritto privato dell'amministrazione.

la scelta del rappresentante dell'ente pubblico nella società su una valutazione comparativa delle posizioni di coloro che potrebbero essere nominati; ciò non tanto perché la legge non prevede espressamente un obbligo di motivazione « in positivo », quanto soprattutto in ragione del fatto che la scelta è effettuata su base fiduciaria (119).

Tuttavia, nelle due ipotesi considerate vengono in rilievo posizioni giuridiche sostanzialmente equiparabili: sia in capo ai nominati che ai dirigenti cui sia conferito l'incarico dirigenziale, laddove parimenti questi subiscano gli effetti del potere di revoca — che, mentre nella prima ipotesi incide sul contratto concluso col dirigente, nella seconda si riflette sugli atti adottati in sede societaria — sono configurabili situazioni soggettive che la giurisprudenza qualifica come di interesse legittimo di diritto privato (120). A fronte, infatti, dell'esercizio di una potestà privata da parte di un ente pubblico, le posizioni dei soggetti, nei cui confronti sono destinati a prodursi gli effetti degli atti adottati, appaiono tutelabili avanti la giurisdizione ordinaria, denunciando « lo scorretto esercizio di quel potere, in analogia solo schematica con il giudizio amministrativo impugnatorio » (121).

(119) Con riguardo al conferimento di incarichi dirigenziali negli enti locali — sistema caratterizzato da una forte connotazione fiduciaria nel rapporto tra vertice dell'amministrazione e organi tecnici deve « escludersi che l'obbligo di individuazione motivata « in positivo », secondo i criteri di cui all'art. 19, d.lgs. n. 165/2001 (correlato all'esigenza di garantire il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione) si traduca in un obbligo di valutazione comparativa delle posizioni degli aspiranti ai fini della relativa scelta », in tal senso: Trib. Avellino, ord. 2 dicembre 2002, in AA.VV., *Il pubblico impiego « privatizzato » nella giurisprudenza. Rassegna ragionata di giurisprudenza sul rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione. Profili sostanziali e procedurali*, a cura di E.A. Apicella, F. Curcuruto, P. Sordi, V. Tenore, Milano, 2005, 452. Sul differente tipo di sindacato sulla motivazione effettuato, rispettivamente, dal giudice amministrativo e dal giudice ordinario, si v. A. PROGIA, *op. cit.*, spec. 170 s.

(120) Tale posizione può definirsi come quella « situazione (sostanziale) di vantaggio, ma inattiva, il cui soddisfacimento (o il sacrificio temporaneo o definitivo) dipende dal comportamento (legittimo) positivo o negativo a seconda dei casi, ma sempre discrezionale di un altro soggetto », si v. L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, 90.

(121) In tal senso Cons. Stato, Sez. V, 16 giugno 2003, n. 3346, cit. Per la configurazione in termini di situazioni soggettive di interesse legittimo di diritto

Deve, in conclusione, ritenersi esclusa la qualificazione in senso pubblicistico dei poteri di nomina e revoca, *ex art.* 2449, comma 1 c.c., e, conseguentemente, degli atti costituenti esplicazione dei medesimi — ancorché, con riferimento a questi non siano rinvenibili norme sul regime processuale degli atti — per le stesse ragioni che hanno indotto la Suprema Corte a ritenere che « soltanto la prospettiva del potere privato e dei diritti (o come si dice, degli interessi legittimi di diritto privato...) consente di tutelare la pretesa del dirigente a che l'amministrazione tenga comportamenti positivi in adempimento di obblighi formali e sostanziali, eventualmente specificati dalle clausole di correttezza e buona fede » (122). Peraltro, come la stessa Corte sottolinea, anche la Consulta ha più volte ribadito che, in seguito alla privatizzazione del rapporto di lavoro presso le amministrazioni pubbliche, la disciplina di diritto privato della dirigenza concorre ad assicurare il rispetto del principio di imparzialità (123).

Nell'ipotesi della nomina riservata ad enti pubblici di propri rappresentanti negli organi della società, la garanzia del rispetto dei principi di diritto comune di correttezza, buona fede, affidamento, è di per sé satisfattiva delle esigenze di protezione degli interessi di coloro che sono nominati. Né sembra potersi postulare che la qualificazione in senso pubblicistico dell'attività preordinata alla scelta di tali soggetti serve ad assicurare la tutela di situazioni soggettive di terzi, alle quali, altrimenti, non verrebbe garantita alcuna protezione (124).

privato dei soggetti ai quali conferire incarichi dirigenziali, si v. *ex multis*: Cass., Sez. lav., 23 febbraio 2007, n. 4275, in *Foro it.*, 2007, 2787; Cass., Sez. lav., 22 giugno 2007, n. 14624, in *Ced Cassazione*, 2007.

(122) Si v. Cass., Sez. lav., 20 marzo 2004, n. 5659, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 2046.

(123) In tal senso Corte cost. sent. nn. 11 e 193 del 2002 e n. 313 del 1996, in <http://www.cortecostituzionale.it>. Come osservano, peraltro, A. Orsi Battaglini e A. Corradi, *Commento all'art. 4*, cit. 1097, l'esperienza ha dimostrato che l'applicazione del regime del provvedimento amministrativo ha comportato « rigidità e appesantimento di vincoli, con un risvolto di garanzie per un verso ultronee e per un altro alquanto virtuali ».

(124) Come sottolinea G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 196 s., « la disciplina del potere amministrativo si è formata per la massima

D'altra parte, se — come ha affermato la Corte di Cassazione — « la materia del conferimento di incarichi risulta sottratta al dominio degli atti amministrativi perché non compresa entro la soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici e concernente, invece, il piano del funzionamento degli apparati e, quindi, l'area della capacità di diritto privato » (125), a conclusioni non dissimili sembra doversi pervenire anche con riguardo agli atti di nomina e di revoca di amministratori, sindaci o membri del consiglio di sorveglianza. In quest'ultima ipotesi, non si va, infatti, ad incidere sulla configurazione strutturale di uffici pubblici, ma può incidere sulla configurazione strutturale di uffici pubblici, ma può per certi versi condizionarsi — a seconda della quota dei soggetti la cui nomina è riservata all'ente pubblico, in base alle previsioni statutarie — il funzionamento di un ente privato esercente un'attività economica. (*recte*: di una società di capitali). Così che, anche sotto tale profilo, risultano inapplicabili i principi e le regole che attengono all'esercizio di potestà amministrative.

A sostegno della prospettata ricostruzione possono richiamarsi anche le conclusioni cui, di recente, sono pervenuti i giudici del Tar Veneto, i quali, con riferimento a una società a partecipazione pubblica che agiva in qualità di gestore di servizi pubblici, hanno rilevato come, una volta che questa sia stata costituita e divenuta operativa, non possa che essere considerata, per quanto attiene « ai profili organizzatori », un « soggetto privato a tutti gli effetti », con la conseguenza che « il socio ente pubblico, non può incidere sui sottostanti problemi organizzativi inerenti la partecipazione societaria se non nella qualità di socio e comunque non può influire sulla vita della società attraverso l'uso di poteri auto-

parte in via pretoria, attraverso i principi elaborati in sede di sindacato giurisdizionale », il quale « per sua natura si esercita sugli atti che in modo diretto od indiretto vengono in rapporto con terzi ».

(125) In tal senso, oltre a Cass., Sez. lav., 20 marzo 2004, n. 5659, cit., si v. anche: Cass., Sez. un., 11 giugno 2001, n. 7856, in *Giust. civ.*, 2002, 1057; Cass., Sez. un., 17 luglio 2001, n. 9650, in *Foro it.*, 2002, I, 2967; Cass., Sez. un., 18 luglio 2001, n. 9771, in *Giust. civ.*, 2002, 229, nonché Cass., Sez. un., ord. 27 febbraio 2002, n. 2954, in *Mass. Giur. it.*, 2002, 2002; Cass., Sez. un., 24 gennaio 2003, n. 1128, in *Foro it.*, I, 2003, 1475; Cass., Sez. un., 15 maggio 2003, n. 7623, in *Foro it.*, I, 2003, 3384; Cass., Sez. un., 27 giugno, n. 10288, in *Arch. civ.*, 2004, 523.

ritativi» (126). La decisione denota, a ben vedere, come anche parte della giurisprudenza amministrativa riconosca che le deliberazioni degli enti territoriali aventi carattere organizzativo assumono una diversa colorazione (amministrativa o privatistica) a seconda della natura del potere di cui costituiscono estrinsecazione, da valutarsi, in mancanza di puntuali indicazioni di diritto positivo, anche alla luce degli effetti prodotti dagli atti adottati. Al riguardo, si possono richiamare quali esempi dei due tipi, rispettivamente, la delibera con cui un ente locale decide di istituire una società di capitali per la gestione di servizi pubblici (potestà pubblica che trova fondamento nella disciplina di cui agli artt. 112 ss. t.u.e.l. (127) e che risulta presupposta dall'art. 33, d.lgs. n. 80/1998) e la delibera con cui si dà indicazione ai propri rappresentanti di approvare in assemblea un progetto di fusione per incorporazione con altra società, ovvero la delibera con cui si revocano i rappresentanti stessi a norma dell'art. 50 t.u.e.l. Come si vede, non sono soltanto gli atti di nomina e revoca, adottati in via autonoma da enti pubblici, a dover essere qualificati come atti espressione di poteri privatistici.

Se dunque va delineandosi con maggiore chiarezza la distinzione tra atti a regime di diritto amministrativo, che costituiscono manifestazione di potestà pubblicistiche conferite all'ente e atti privatistici della p.a., che hanno rilevanza essenzialmente sul

(126) Si v. Tar Veneto, Sez. I, 15 aprile 2008, n. 968, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, nella quale i giudici della sezione I sottolineano che le deliberazioni dei Consigli comunali, «che avrebbero fornito indicazioni ai propri rappresentanti sul comportamento da tenere nell'assemblea societaria... non possono essere considerate atti autoritativi di natura autorizzatoria bensì solo esternazioni di desideri prive di carattere provvedimentale e come tali non impugnabili». Inoltre, i medesimi giudici sottolineano come la controversia, pur inerendo ad un servizio pubblico, non rientri nella giurisdizione esclusiva del g.a., posto che, a norma dell'art. 33, comma 2, d.lgs. n. 80/1998, alla medesima sono devolute soltanto le controversie «relative a procedure pubblicistiche (di istituzione, modificazione ed estinzione) con esclusione quindi delle questioni che hanno attinenza al diritto societario».

(127) Si tenga conto, peraltro, che, a norma dell'art. 23-bis, l. n. 133/2008, l'art. 113 t.u.e.l. è abrogato soltanto nelle parti incompatibili con le disposizioni del medesimo articolo, tra le quali non sembrerebbero doversi comprendere le disposizioni riguardanti le forme di gestione mediante società miste e mediante società in house.

piano organizzativo e gestionale societario, non poche incertezze investono la qualificazione delle società cui sia devoluta la gestione di servizi pubblici locali. Con il d.l. n. 112/2008, conv. dalla l. n. 133/2008, com'è noto, è stata modificata la disciplina delle modalità di gestione e affidamento dei servizi pubblici locali, e, al contempo, si è operata una strisciante pubblicizzazione delle società in mano pubblica. Occorre, infatti, considerare, che, a norma dell'art. 18, l. n. 133/2008, «le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35, d.lgs. n. 165/2001», mentre «le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità». A ciò va aggiunto che l'art. 23-bis, comma 10 della medesima legge, rinvia ad uno o più regolamenti governativi di delegificazione la definizione della disciplina riguardante «l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione del personale». Le disposizioni richiamate, come appare di tutta evidenza, potrebbero avere un effetto dirompente sulla qualificazione delle società cui risultano applicabili gli artt. 18 e 23-bis, l. n. 133/2008 (128). Se si tiene conto, infatti, del consolidato orientamento del Consiglio di Stato, è da presumere che il giudice amministrativo pervenga a riqualificare in senso pubblicistico le indicate società a partecipazione pubblica che espletano servizi pubblici locali (129). Ciò, a fortiori se si consi-

(128) Si v. anche l'art. 6 dello schema di d.P.R., recante il regolamento di attuazione dell'art. 23-bis, comma 10, d.l. n. 112/2008, conv. con mod. dalla l. n. 133/2008, ove si raccorda la disciplina di cui all'art. 23-bis cit. a quella dell'art. 18 cit.

(129) Per maggiori approfondimenti su detta riqualificazione in senso pubblicistico ad opera della giurisprudenza, proprio in considerazione del fatto che, in detta ipotesi, si è operata un'espressa pubblicizzazione di elementi che attingono

dera che la Corte costituzionale in una recente decisione — adottata nell'ambito di un giudizio in via d'azione concernente una serie di questioni di legittimità costituzionale, sollevate dal Governo in relazione ad alcune disposizioni della legge della Regione Abruzzo — ha affermato che sono compatibili col quadro costituzionale quelle disposizioni legislative (nel caso di specie regionali) che obbligano le società a capitale interamente pubblico, affidatarie di un servizio pubblico *in house*, al rispetto delle procedure concorsuali cui risultano assoggettati gli enti locali per l'assunzione del personale dipendente, in ragione del fatto che dette previsioni non pongono limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, ma danno « *applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione* » (130). Nella riferita ipotesi, la Consulta riqualifica, dunque, in senso pubblicistico l'ente societario, in ragione del fatto che, ancorché formalmente privato, « *può essere assimilato, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici* » (131).

Può dunque profilarsi il rischio che, una volta riqualificate in senso pubblicistico dette società, la giurisprudenza finisca per considerare come atti amministrativi anche una serie di atti societari. Oltre ad essere qualificati in senso pubblicistico gli atti delle procedure ordinati alla selezione del personale e all'affidamento di incarichi, potrebbero esserlo anche gli statuti ed altri atti che attingano a profili di macro-organizzazione dell'ente societario. D'altra parte, la riqualificazione ad opera della giurisprudenza sarebbe facilitata dal fatto che, per espressa disposizione costituzionale (art. 97, comma 3 Cost.), agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede, di regola, mediante pubblico concorso. In altri termini, se il concetto di pubblico ufficio è riferibile anche a

ai profili organizzativi del soggetto (*i.e.*: l'assunzione del personale mediante procedure concorsuali, nonché il conferimento di incarichi secondo modalità proprie delle amministrazioni pubbliche), sia consentito rinviare ad A. MALTONI, *Enti pubblici e privati in forma di fondazione: regime giuridico e modalità di intervento nei settori dei servizi alla persona*, in questa Rivista, 2006, 773 s.

(130) Si v. Corte cost. sent. n. 29 del 2006, § 17 del *Considerato in diritto*, in <http://www.cortecostituzionale.it>.

(131) Si v. sempre Corte cost. sent. n. 29 del 2006, cit.

detti enti societari, non è da escludere che la giurisprudenza pervenga ad ammantare con un velo pubblicistico anche tutti quegli atti che siano compresi entro la soglia di configurazione strutturale dei pubblici uffici di tali enti (132).

4. Come si è posto in rilievo, la riformulazione dell'art. 2449, comma 1 c.c. è stata indotta dall'esigenza di conformare il diritto interno al diritto comunitario, segnatamente ai principi del Trattato Ce, in seguito alla decisione *Federconsunatori*. Indicato il contesto di riferimento della disposizione in esame, occorre chiedersi se la stessa trova applicazione anche con riguardo alle società c.d. *in house* (133). Queste ultime, infatti, identificano un fenomeno di « *autoproduzione* » da parte della pubblica amministrazione, « *la quale acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara... e dunque al mercato* » (134). Siffatta raccolta riconosciuta alle amministrazioni, com'è noto, è da porsi in relazione al fatto che l'istituto dell'*in house* costituisce un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, o meglio una « *deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione e trasparenza* » (135). In disparte la questione della compatibilità comuni-

(132) Riprendendo sul punto l'orientamento della Suprema Corte (si v. *infra* la nota 104).

(133) Sulle società *in house*, si v., *ex multis*: D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, spec. 247 s.; G. MARCHEGGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni e i c.d. affidamenti « in house »*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 945 s.; J. BERCELLI, *I modelli delle società con partecipazione degli enti locali per la gestione dei servizi pubblici*, nota a Tar Puglia, Bari, Sez. III, 8 settembre 2004, n. 885, in *Foro amm.-Tar*, 2648 s.; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in questa Rivista, 2005, 179 s., spec. 193 s.; G. PIERATTA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *G.d.A.*, 2006, 137 s.; R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in questa Rivista, 2006, 51 s.; I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 780 s.; R. OCCHILUPPO, *Le società in house*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 525 s.

(134) Si v. Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

(135) Si v. ancora Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, cit.

taria del nuovo art. 2449, comma 1 c.c., di cui si è già detto (136), la nomina in via diretta di una quota di amministratori, sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza nelle società *in house*, la cui compagine sia frammentata — e al fine di garantire una rappresentanza anche alle amministrazioni socie che detengano esigue partecipazioni — non sembra contrastare con l'indicata regola di proporzionalità, non soltanto perché, in base al principio maggioritario, gli enti pubblici possono nominare la maggioranza dei componenti gli organi sociali, ma anche in considerazione del fatto che tali società rappresentano un fenomeno di « autoprodotzione ». In altri termini, nelle società *in house*, da considerarsi quali « prolungamenti » degli enti locali che ne detengono la partecipazione totalitaria, a prescindere dalla possibilità o meno di qualificarle come enti pubblici, è da ritenere che eventuali disposizioni statutarie, che riconoscano agli enti pubblici poteri di nomina e revoca in via diretta, possano derogare alla regola della necessaria proporzionalità tra partecipazione al capitale sociale e quota dei membri nominati, in ragione del fatto che quest'ultima appare riferibile soltanto a società che si trovano ad operare in un sistema di concorrenza nel o per il mercato. Siffatta conclusione appare, peraltro, in linea con la giurisprudenza comunitaria in tema di « poteri speciali » (137), alla quale il legislatore italiano ha inteso conformarsi.

La disposizione in esame assume, invece, specifico rilievo laddove una società *in house* (a totale partecipazione pubblica) sia in parte privatizzata mediante la cessione di partecipazioni detenute da alcuni enti pubblici soci. In detta situazione, in base all'art. 2449, comma 1 c.c., deve essere assicurato il rapporto di proporzionalità tra soggetti nominati e partecipazione detenuta nella società. Soltanto con l'ipotizzata privatizzazione si avrebbe, infatti, un'apertura al mercato del capitale sociale, da cui scaturisce l'obbligo di rispettare il limite previsto dall'art. 2449, comma 1 c.c.

Giova, in proposito, rilevare come una previsione statutaria

(136) Si v. *supra* § 1.
(137) Si v. *supra* il § 1.

che rinvii all'art. 2449, comma 1 c.c., sia stata utilizzata soprattutto nelle società di capitali a partecipazione pubblica minoritaria, quantunque anche in queste il socio pubblico possa detenere il potere di gestione.

Rimane, tuttavia, sullo sfondo — come si è visto (si v. *supra* § 1) — l'interrogativo se sia compatibile col diritto comunitario il comma 1 dell'art. 2449 c.c., anche tenuto conto che non inibisce l'esercizio congiunto dei poteri di nomina diretta e del diritto di partecipazione all'elezione degli amministratori mediante il voto di lista (138). Com'è evidente, laddove si dovesse ritenere che la disposizione in esame sia in contrasto col diritto comunitario, la stessa dovrebbe essere disapplicata.

Fatta questa precisazione, deve ora valutarsi la portata applicativa dei poteri di nomina e revoca in via riservata *ex art.* 2449, comma 1 c.c., previsti dagli statuti delle società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (*ex art.* 2325-bis c.c.), nelle ipotesi in cui il socio pubblico (o i soci pubblici) detenga (no congiuntamente) una partecipazione di minoranza. È altresì ipotizzabile che le amministrazioni pubbliche, cui siano imputabili singolarmente o congiuntamente partecipazioni di minoranza, sulla base di patti di sindacato, esercitino la direzione e il coordinamento, ai sensi dell'art. 2497 c.c., della/e società partecipate/e (139).

Orbene, al fine di verificare l'impatto della disposizione in esame, possono considerarsi alcuni modelli societari utilizzabili dagli enti locali, i quali, anche in passato, hanno spesso inserito negli statuti delle società partecipate disposizioni che garantivano la nomina e la revoca in via diretta di una quota degli amministratori e dei sindaci. Pur nella varietà dei tipi di società a partecipazione pubblica, taluni dei quali sono a statuto singolare o speciale (140), l'interesse per alcuni di questi è da porsi in relazione sia

(138) Si v. *supra* § 2.

(139) A tal riguardo, si v. *amplius*, *infra* § 7.1.

(140) Su cui si v. C. Ibaa, *Le società « legali »*, Torino, 1992, 16 s., nonché, per una rassegna delle diverse fattispecie societarie, P. Pizzi, *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999-2003*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 372 s. Ad avviso, peraltro, di M. G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in questa *Rivista*, 2005,

alla rilevanza economica che rivestono i servizi pubblici locali e le pubbliche commesse, sia al fatto che, di recente, hanno costituito oggetto di specifici interventi legislativi. Rilevanza economica che, come si chiarirà, deriva anche dal fatto che detti modelli, laddove siano a partecipazione mista pubblico-privato, sono utilizzati per l'esercizio di attività sottoposte ad un regime di concorrenza per il mercato, ovvero di concorrenza nel mercato.

Gli interventi legislativi che hanno riguardato detti modelli societari, per un verso, hanno cercato di razionalizzarne l'utilizzo da parte degli enti locali e regionali, al fine soprattutto di evitare che si determinassero effetti distorsivi della concorrenza, per l'altro, hanno inteso tracciare una chiara distinzione tra società che gestiscono servizi pubblici locali, società che producono beni e servizi strumentali (141), con riferimento alle quali trova applicazione l'art. 13, d.l. n. 223/2006, conv. con mod. dalla l. n. 248/2006, e società che esercitano un'attività imprenditoriale in ambiti diversi da quelli dei servizi pubblici e delle attività strumentali.

A fronte dell'attuale tendenza dell'ordinamento amministrativo ad operare siffatte distinzioni con riferimento alle attività esercitate dalle pubbliche amministrazioni, al fine di ricollegarvi uno specifico regime, sembra doversi soprattutto considerare l'ipotesi che, nei riferiti ambiti oggetto di intervento del legislatore, si realizzano forme di partenariato istituzionalizzato pubblico-privato.

Al riguardo, deve anzitutto richiamarsi la Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 5 febbraio 2008, sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, nella quale è stato chiarito che la partecipazione di un soggetto privato

391 s., spec. 439, sarebbe soprattutto il proliferare di figure soggettive organizzate nella forma di società per azioni, per l'esercizio, secondo criteri economici, di pubbliche funzioni, a determinare un'espansione del diritto pubblico.

(141) Come ha chiarito il Tar Lazio Sez. III, 5 marzo 2008, n. 2514, in *http://www.giustizia-amministrativa.it*, queste società sono « strutture costituite per svolgere attività finalizzate alla produzione di beni e servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali ».

ad un'entità a capitale misto deve consistere, oltre che nel conferimento di capitali o di altri beni, nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati a detta entità e/o nella gestione di detta entità (142). La Commissione europea in tale documento — che riflette l'interpretazione data dalla medesima al Trattato Ce, alle direttive in materia di appalti e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia — configura, peraltro, i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (e dunque anche le società miste) quali modalità di affidamento a terzi di appalti pubblici e concessioni e non quali moduli da utilizzarsi in via derogatoria rispetto alla procedure concorsuali. Se dunque gli affidamenti a società miste sono equiparabili agli affidamenti a soggetti terzi, i medesimi non potranno che essere assoggettati alle regole di evidenza pubblica previste per l'aggiudicazione rispettivamente degli appalti pubblici e delle concessioni (143). Con riguardo, più specificamente, alle società miste che gestiscono servizi pubblici locali, anche l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha, di recente, precisato che è possibile procedere ad un'unica gara per la scelta del socio « operativo » di una società mista e contestualmente per l'affidamento alla stessa del servizio (144), sempre che ricorrano determinate condizioni che rendano effettivamente equiparabile la scelta di tale partner privato, con attribuzione al medesimo di compiti operativi, all'affidamento di appalti e concessioni a sog-

(142) Si v. Comunicazione interpretativa della Commissione europea, sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPP), in *GUCE*, C/91, del 12 aprile 2008, 4 s.

(143) Al fine, peraltro, di ovviare ai noti problemi connessi all'espletamento di una doppia gara (la prima per la selezione del partner privato e la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione all'entità a capitale misto) e dar vita ad un partenariato istituzionalizzato nel rispetto delle regole e dei principi comunitari, nella medesima Comunicazione si sottolinea come sia necessario selezionare il partner privato sulla base di una procedura trasparente e concorrenziale che abbia ad oggetto sia l'appalto pubblico, ovvero la concessione, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto.

(144) In termini analoghi si era, peraltro, già espresso Cons. Stato, Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in *http://www.giustizia-amministrativa.it*.

getti terzi (145). Nell'indicata prospettiva, il ricorso al modello della società mista diviene una modalità di conferimento « ordinario » della gestione dei servizi pubblici locali ai sensi del comma 2 dell'art. 23-bis, l. n. 133/2008 (146), in ragione del fatto che nelle due ipotesi deve essere garantito il rispetto di regole poste a tutela della concorrenza (147). Rientra dunque in una scelta discrezionale dell'ente locale stabilire a quale modalità di affidamento mediante procedure competitive ad evidenza pubblica fare ricorso: a quella di scelta di un socio privato nell'ambito della costituzione di (o della trasformazione di una società già esistente in) una società mista, ovvero a quella preordinata alla selezione di imprenditori o di società quali gestori del servizio. Ai fini che qui interessano, deve rilevarsi come, nelle società miste a partecipazione pubblica minoritaria, i cui soci privati siano individuati in seguito a procedure competitive ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 2 dell'art. 23-bis cit., la nomina riservata da parte del socio (o dei soci) pubblico(i) dei componenti gli organi sociali, ex art. 2449 comma 1, c.c., debba rispettare quel rapporto di proporzionalità tra nominati e partecipazione al capitale sociale pre-

(145) Si v. Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, segnalazione al Governo del 26 novembre 2008, in <http://www.autoritalavvopubblici.it>.

(146) In questi termini, si v. S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008*, in <http://www.giustamm.it>. Tale impostazione viene recepita dall'art. 2, dello schema di d.P.R., recante il regolamento di attuazione dell'art. 23-bis cit., ove il ricorso a detto modello è espressamente configurato quale modalità di affidamento in via ordinaria.

(147) Se dunque nelle due ipotesi non sono diverse le garanzie a tutela della concorrenza che debbono osservarsi, non può condividersi l'opinione secondo cui il fatto di costringere gli operatori, per conseguire l'affidamento del servizio, a far parte di un particolare modello organizzativo con l'ente pubblico, comporti una limitazione della partecipazione, una restrizione della concorrenza nonché ostacoli all'entrata nel mercato, in tal senso C. VOPE, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. e app.*, 2008, 1416. Ciò, a maggior ragione se si considera che il socio privato deve necessariamente essere un socio operativo, e che al medesimo spetta in via esclusiva la gestione del servizio, di talché la partecipazione pubblica è preordinata soltanto a garantire un controllo « interno », fermo restando che il rapporto tra l'ente (o gli enti) affidante(i) debbono essere regolati dal contratto di servizio.

scritto dalla medesima disposizione. L'osservanza del criterio di proporzionalità, come si è rilevato (si v. *supra* il § 2), nelle società a partecipazione pubblica minoritaria, impone la « sterilizzazione » dell'esercizio del voto per liste di candidati allorché una quota dei componenti gli organi sociali sia nominata in via diretta.

Analoghe considerazioni possono formularsi con riferimento alle società che producono beni o servizi strumentali, cui si applica l'art. 13, d.l. n. 223/2006, conv. con mod. dalla l. n. 248/2006 (148). Le misure indicate nell'art. 13 cit. riguardano enti in forma societaria che costituiscono moduli organizzativi delle amministrazioni locali e regionali, quando anche siano partecipati da soggetti privati, ma non anche società partecipate da tali amministrazioni che operino nel mercato.

A norma, infatti, dell'art. 13 cit. le società, a capitale anche misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi, da considerarsi strumentali rispetto alle attività finali — le quali per il loro svolgimento richiedono appunto l'acquisizione della disponibilità di mezzi materiali — debbono avere un oggetto sociale esclusivo e sono tenute ad operare soltanto con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti (149). Lasciando in disparte la questione se le so-

(148) Mentre al comma 1 dell'art. 13 cit. si dispone che, « al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti », al comma 2, si statuisce che « le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1 ».

(149) Per una analisi delle varie prescrizioni contenute nell'art. 13 cit., si rinvia a: M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Lo studio delle 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*, (a cura di) M. Cammelli, M. Dugato, Torino, 2008, 347 s., e a D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, 2008.

cietà miste che producono beni e servizi strumentali (con esclusione dei servizi pubblici locali) siano necessariamente da ricondurre a fattispecie tipizzate dal legislatore (150), non sembra revocabile in dubbio, alla luce della richiamata Comunicazione della Commissione del 5 febbraio 2008, che dette società debbono avere partner privati « operativi », individuati sulla base di un sistema di concorrenza per il mercato. Anche in questa ipotesi, laddove sia prevista la nomina in via diretta, ex art. 2449, comma 1 c.c., dovrebbe essere rispettato il rapporto di proporzionalità tra nominati e partecipazione societaria.

Da ultimo, occorre considerare l'ipotesi secondo cui la partecipazione pubblica sia detenuta in una società mista che agisca quale mero operatore economico. La possibilità per gli enti locali di operare nel mercato attraverso strumenti societari incontra, tuttavia, i limiti posti dall'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007 (legge finanziaria per il 2008), a norma del quale: « *al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, 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 o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza* ».

Come si desume dalla disposizione testé richiamata, le amministrazioni pubbliche possono assumere (o continuare a detenere) una partecipazione anche di minoranza in società che abbiano ad oggetto la produzione di beni o di servizi soltanto allorché sussista « una necessaria correlazione tra le finalità istituzionali e l'og-

(150) In tal senso G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in <http://www.gustanin.it>, v. però contra: D. FLORENZANO, op. cit., 60 s.

getto sociale » (151). Siffatte prescrizioni finiscono, a ben vedere, per imporre alle amministrazioni una verifica in ordine alle modalità di armonizzazione dell'interesse pubblico istituzionalmente perseguito con l'interesse sociale (152). Più precisamente, qualsiasi partecipazione detenuta da una p.a. deve trovare giustificazione, ex art. 3, l. n. 244/2007 — limitatamente alle società che abbiano ad oggetto la produzione di beni e di servizi — nel fatto che, attraverso il perseguimento dell'interesse sociale, si consegua anche la cura dell'interesse pubblico (153).

I limiti previsti alla costituzione di (e al mantenimento di partecipazioni in) società a capitale pubblico che svolgono attività d'impresa non operano, invece, con riguardo alle società preposte all'espletamento di servizi di interesse generale, nozione comunitaria, questa, nel cui novero sono certamente compresi i servizi economici di interesse generale (154), e dunque, sul piano dell'ordinamento interno, anche i servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Con riferimento alle società esercenti un'attività di impresa sottoposta al rispetto delle regole del mercato (i.e. aventi ad og-

(151) Si v. S. FANTINI, *Le disposizioni della Finanziaria 2008 in tema di società pubbliche*, in *Urb. e app.*, 2008, spec. 413.

(152) Nel caso di specie, si prescinde dalla misura della partecipazione in mano pubblica, atteso che, anche laddove detta partecipazione sia minoritaria, deve comunque essere funzionale al conseguimento dell'interesse pubblico perseguito.

(153) Secondo V. CAPUTTI JAMBRENGHI, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, *Atti del LI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Varese Villa Monastero, 15-17 settembre 2005, Milano, 2006, spec. 374, « l'interesse sociale non è che l'interesse pubblico del caso concreto, un interesse di finanza pubblica che può rintracciarsi fuso in ogni statuto delle S.p.a. in mano pubblica ».

(154) Come, peraltro, è emerso nella Comunicazione della Commissione riguardante la « Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea », Bruxelles, 26 aprile 2006, COM (2006) 177, non soltanto i servizi sociali non costituiscono una categoria distinta nell'ambito dei servizi di interesse generale, ma, tenuto conto che il Trattato Ce non esige che il servizio sia pagato direttamente da coloro che ne beneficiano, « la quasi totalità dei servizi prestati nel settore sociale deve essere ritenuta "un'attività economica" conformemente agli articoli 43 e 49 del Trattato Ce ».

getto la produzione di beni e servizi) (155) è da reputarsi, peraltro, che continuino a trovare applicazione quegli ulteriori limiti enucleati dalla giurisprudenza amministrativa nel corso di qualche lustro relativamente all'attività *extra moenia* delle società a partecipazione pubblica esercenti servizi pubblici locali, che attengono, in particolare, alla sussistenza di un « vincolo funzionale » tra dette società e le collettività territoriali di riferimento. La giurisprudenza amministrativa, com'è noto, in passato, aveva rilevato che la legittimità dell'esercizio di attività imprenditoriali extraterritoriali era condizionata alla sussistenza di un vincolo funzionale tra le stesse attività e il soddisfacimento, ovvero la salvaguardia degli interessi della collettività di riferimento (156). Siffatto vincolo funzionale, come hanno chiarito, più di recente, i giudici amministrativi deve essere « confrontato con l'impegno extraterritoriale richiesto in concreto e inibisce tale attività quando diventino rilevanti le risorse e i mezzi eventualmente distolti dalla attività riferibile alla collettività di riferimento senza apprezzabili utilità per queste ultime » (157). Le richiamate statuizioni giurisprudenziali venivano, per vero, riferite all'ipotesi in cui una società a partecipazione pubblica locale assumeva un impegno « agiuntivo » rispetto a quello inerente al servizio espletato a favore dell'ente o degli enti locali soci.

Tenuto conto che, con riferimento alle società che gestiscono servizi pubblici locali (art. 112 ss. t.u.e.l. e 23-bis, l. n. 133/2008) (158) e a quelle che producono beni e servizi strumentali

(155) Locuzione, questa, che, come è stato osservato (si v. S. FANTINI, *op. cit.*, 412), evoca la nozione generale di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c.

(156) Si v. *ex multis*: Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *http://www.giustizia-amministrativa.it*, Tar Emilia Romagna, Sez. Parma, 2 maggio 2002, n. 240, a commento della quale, si v. G. CAVA, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti locali*, in *Foro amm/Tar*, 2002, 1568 s.

(157) Si v. Cons. Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in *http://www.giustizia-amministrativa.it*, ove si sottolinea, altresì, che spetta, in particolare, alle commissioni giudicatrici delle gare accettare, di volta in volta, che l'impegno extraterritoriale « non distolga, e in caso positivo in che rilevanza, risorse e mezzi, senza apprezzabili ritorni di utilità (anch'essi da valutarsi in relazione all'impegno profuso e agli eventuali rischi finanziari) per la collettività di riferimento ».

(158) Occorre, in particolare, tener conto che, a norma del comma 9 dell'art.

(art. 13 d.l. n. 223/2006, conv. con mod. dalla l. n. 248/2006) trovano applicazione discipline specifiche, il vincolo funzionale di cui si è detto appare ora riferibile, ai sensi dell'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007, essenzialmente a società che operano nel mercato, nel rispetto delle regole concorrenziali.

Nello specifico, almeno per quanto concerne gli enti territoriali, la valutazione ai medesimi rimessa — che appare rilevante soprattutto quando la partecipazione pubblica è minoritaria — dovrebbe essere del medesimo tenore di quella richiesta nell'ipotesi richiamata, in cui si esercitavano attività imprenditoriali extraterritoriali, nel senso che l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie dovrebbero considerarsi non « autorizzabili » dall'amministrazione stessa, a norma dell'art. 3, comma 28, l. n. 244/2007, laddove l'attività espletata dalla società comporti l'impegno di rilevanti risorse che siano distolte da altre attività fondamentali per il soddisfacimento degli interessi delle collettività di riferimento, senza apprezzabili utilità per queste ultime, considerando anche l'impegno profuso e gli eventuali rischi finanziari assunti.

Occorre, invero, chiedersi quando una partecipazione pubblica di minoranza in una società che opera nel mercato rischi di non garantire quella necessaria armonizzazione tra interesse sociale e interesse pubblico o comunque sia valutabile come scarsamente utile al conseguimento di quest'ultimo. A tal riguardo, non può che convenirsi con chi rileva come non sia ammissibile una partecipazione pubblica di minoranza in una società di tal fatta, che non garantisca il controllo o comunque il potere di gestione all'ente pubblico o agli enti pubblici soci, dal momento che, di-

23-bis, l. n. 133/2008, « i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare ». Ne consegue che è inibita alle società affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali l'esercizio di qualsiasi attività imprenditoriale extraterritoriale.

versamente, detta partecipazione configurerebbe un mero investimento finanziario (159). È in sostanza la permanenza di un potere di gestione in capo al socio pubblico, ancorché questi detenga una partecipazione di minoranza, a garantire, ai sensi dell'art. 3, comma 27 cit., per un verso, che gli amministratori operino al fine di assicurare che le risorse pubbliche siano effettivamente destinate al soddisfacimento degli interessi pubblici istituzionalmente perseguiti dall'ente pubblico, per l'altro, che l'assetto societario continui ad essere rispondente all'interesse pubblico (160). In detta ipotesi la partecipazione di « maggioranza relativa » garantisce il controllo societario laddove trovi applicazione il principio maggioritario, ovvero il voto di lista.

5. L'ultimo comma del nuovo art. 2449 c.c. (161), come modificato dall'art. 13, l. n. 34/2008, prevede che nei confronti delle società le cui azioni sono scambiate sui mercati regolamentati o diffuse fra il pubblico degli investitori ai sensi dell'art. 2-bis del c.d. Reg. Emittenti si applichino “*le disposizioni del sesto comma dell'art. 2346*”. Questa previsione — dal significato già di per sé criptico — deve però essere letta congiuntamente con la norma che attribuisce al consiglio di amministrazione la facoltà di “*proporre all'assemblea che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi siano rappresentati da una particolare categoria di azioni*”, per la cui emissione si rende comunque necessario acquisire il consenso dell'ente “*a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti*” (162).

(159) Cfr. P. NOVELLI, L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008, spec. 618 s.

(160) In tal senso sempre P. NOVELLI, L. VENTURINI, *op. cit.*, 747.

(161) Per la genesi della norma in sede di riforma ex d.lgs. n. 6/2003, cfr. F. GHEZZA, M. VENTORUZZO, *op. cit.*, 670 s.

(162) Come rilevano B. LIBONATI, *op. cit.*, 66, e F. DI PORTO, *Note sul regime giuridico delle privatizzazioni in Italia. In particolare nei servizi pubblici essenziali*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 738, a differenza del d.l. n. 332/1994, col quale non si è inteso riconoscere diritti speciali allo Stato a mezzo dell'emissione di azioni privilegiate, il nuovo quarto comma dell'art. 2449 c.c., al contrario, sembra conferire garanzie delle nuove *golden shares*.

Dall'esame complessivo delle norme traspare la preoccupazione del legislatore di vedere garantito, non diversamente dal passato, un controllo pubblico nelle società « aperte » a capitale misto che ricoprono un ruolo chiave nell'economia nazionale. La scelta legislativa di articolare una disciplina *ad hoc* basata su due distinte soluzioni operative (163), non necessariamente alternative fra loro, rafforza tale sensazione (164).

La pressante esigenza di individuare una normativa che fosse in linea con le statuizioni contenute nella sentenza *Federconsuntori* ha indotto il legislatore ad introdurre delle previsioni la cui portata applicativa appare, però, inconciliabile con il principio di eguaglianza sostanziale fra investitore pubblico e privato espresso dalla Corte di Giustizia, laddove non sussistano ragioni di tutela di un interesse pubblico superiore (165) che ne giustifichino la deroga (166).

Tale conclusione trova una prima conferma nella parte iniziale dell'ultimo comma dell'art. 2449 c.c., ove si stabilisce l'applicabilità anche nei confronti delle società a capitale misto dell'ultimo comma dell'art. 2346 c.c., norma nella quale viene tratteggiata la

(163) Interessante appare l'analisi fornita da F. GHEZZA, M. VENTORUZZO, *op. cit.*, 695, della relazione alla l. 6 aprile 2007, n. 46, di conversione del d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, che ha abrogato l'art. 2450 c.c. (oggetto di una procedura di infrazione promossa dalla Commissione Europea nei confronti del nostro Paese), nella quale si sottolineava la necessità di ponderare le applicazioni pratiche derivanti dalla eliminazione anche dell'art. 2449 c.c., da considerarsi quale necessaria conseguenza alla espunzione della prima norma citata.

(164) La preferenza per l'adozione degli ibridi viene palesata dall'art. 13, comma 2, della l. comunitaria 2008, in cui viene indicato il termine di otto mesi per la loro emissione ad opera dell'organo gestionale al fine di sostituire le clausole statutarie che riconoscevano al socio pubblico il diritto di nomina diretta degli amministratori ai sensi del previgente testo dell'art. 2449 c.c., pena la perdita di efficacia di queste ultime.

(165) Ragioni che, sotto la diversa forma di “interesse nazionale”, appaiono indicare il confine di applicazione delle disposizioni codicistiche rispetto alla normativa speciale ai sensi dell'art. 2451 c.c. Sul punto per un'ampia analisi dell'art. 2461 c.c., il cui testo è ora trasposto nell'art. 2451 c.c., si v. F. SANTONASTASO, *Le società di interesse generale*, Milano, 2003, 676 ss.

(166) In tal senso sembra orientata la giurisprudenza pressoché costante della Corte di Giustizia. Per un esame delle pronunce precedenti alla sentenza *Federconsuntori*, si rinvia a T. BALLARINO e L. BELLODI, *op. cit.*, 2 ss.

sfuggente figura degli ibridi finanziari. Questi ultimi, introdotti con la riforma del diritto societario, costituiscono un *tertium genus* di strumenti per il finanziamento delle s.p.a., collocabile idealmente fra l'azione e l'obbligazione. Essi, infatti, possono essere considerati sostanzialmente dei titoli di debito, benché resi partecipativi al rischio sociale sia per il pagamento degli interessi, che per il rimborso del capitale; al pari dei titoli azionari possono contenere dei diritti in merito alla sfera amministrativa della s.p.a., nella forma di poteri di controllo o di influenza sulla gestione della emittente, senza, tuttavia, far assumere la qualità di socio ai loro possessori (167).

(167) Concepiti al fine di garantire gli apporti di prestazioni di opera o servizio anche a favore delle s.p.a., oltre che per fornire una base contrattuale attraverso la quale garantire i diritti di controllo ai creditori « forti » (come, ad esempio, le banche), resa facilmente cedibile con il trasferimento del credito, i nuovi strumenti non hanno ricevuto tuttavia una diffusa attenzione da parte degli operatori, a fronte di alcune incertezze applicative e, non da ultimo, del possibile coinvolgimento dei loro possessori nella sfera del controllo della s.p.a., con conseguente applicabilità nei loro confronti, ad es., della disciplina in tema di o.p.a. obbligatoria o di quella in tema di direzione e coordinamento di società: si v. *infra* § 7.1. Si può, peraltro, notare che, a norma dell'art. 2346, ultimo comma, c.c., a parte l'esclusione del voto in assemblea, diritto che rimane saldamente in mano ai soli possessori delle azioni (*rectius* ai soli possessori di azioni c.d. ordinarie o « a voto pieno », stante la possibilità di emettere azioni prive in tutto o in parte del diritto di voto), tutti gli altri aspetti inerenti tali strumenti sono rimessi alla libera determinazione delle parti. Per un esame della disciplina v., *ex multis*: M. LAMANDINI, *Autonomia negoziale e vincoli di sistema nella emissione di strumenti finanziari da parte di società per azioni e delle cooperative per azioni*, in *Giur. comm.*, 2003, 519 ss.; G. FERRI JR., *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, IV, 805 ss.; L. ENRIQUES, *Quantum non datur: appunti in tema di « strumenti finanziari partecipativi » in Inghilterra, negli Stati Uniti e in Italia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, 166 ss.; M. CIAN, *Gli strumenti finanziari di S.p.a.: pluralità delle fattispecie e coordinamento delle discipline*, in *Giur. comm.*, 2005, 382 ss.; A. LOLL, *Gli strumenti finanziari*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, Cedam, 2005, I, 190 ss.; U. TOMBARI, *Gli strumenti finanziari nella riforma della società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2006, 143 ss.; R. COSTI, *Strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi*, in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, 727 ss.; ASSOCIAZIONE DISANO PRETE, *Il diritto delle società*, a cura di G. Olivieri, G. Presti e F. Vella Bologna, 2006, 129 ss.; B. LIBONATI, *I « nuovi » strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I ss.; M. NOTARI e A. GIANNELLI, *Art. 2346, comma 6*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, Giuffrè-Edgea, 2008, 52 ss.

Prescindendo da un inquadramento sistematico dei nuovi strumenti — operazione resa difficile dall'ampia autonomia contrattuale riconosciuta dal legislatore in relazione alla loro concreta strutturazione — occorre più utilmente soffermare l'attenzione sulla portata del richiamo operato ai medesimi dal comma 4 del nuovo art. 2449 c.c. Se letta al di fuori del contesto normativo in cui è collocata, la disposizione si presta, infatti, ad essere valutata come un'inutile conferma dell'applicabilità dell'art. 2346, comma 6, c.c. nei confronti delle s.p.a. « aperte » partecipate da un ente pubblico.

Anche in assenza di una simile precisazione normativa, le società a capitale misto avrebbero potuto, infatti, emettere i nuovi titoli incorporandovi il diritto del creditore, previsto dall'art. 2351, comma 5, c.c. — ancorché non direttamente evocato dall'art. 2449 c.c. — di eleggere un consigliere di amministrazione “*indipendente*” (168), oppure un sindaco, o un consigliere di sorveglianza qualora, in quest'ultimo caso, la s.p.a. emittente avesse adottato il sistema di amministrazione c.d. dualistico.

La nomina di un unico membro del consiglio di sorveglianza o del c.d.a. potrebbe rafforzare l'influenza del socio pubblico detentore dei titoli, divenendo, in taluni casi, un elemento decisivo per garantire il controllo della società. Tuttavia, le considerazioni che possono trarsi da una lettura non atomistica della norma sembrano rafforzare l'idea che il richiamo all'art. 2346 c.c. rappresenti

(168) Il concetto di indipendenza è richiamato non solo dall'art. 2351, comma 5, c.c., ma si ritrova anche nell'art. 2387, comma 1, c.c., che prevede che lo statuto possa subordinare la nomina degli amministratori al possesso di requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza. Quest'ultima qualità può trovare un'esplicitazione nelle cause di ineleggibilità e decadenza previste per i sindaci dalle lett. b) e c) dell'art. 2399 c.c. I medesimi requisiti devono essere posseduti da un terzo dei componenti del c.d.a. e dalla totalità dei componenti del comitato di controllo sulla gestione, *ex art.* 2409-*septuagiesies*, comma 2, c.c. e 2409-*octiesdecies*, comma 2, c.c. qualora venga adottato il sistema di amministrazione c.d. monistico. La natura della richiesta indipendenza viene meglio specificata nell'ambito delle società quotate dai commi 3 e 4 dell'art. 147-*ter* i.u.f., nonché dai principi (punti 3.P.1 e 3.P.2) e dai criteri applicativi (punti da 3.C.1 a 3.C.6) contenuti nel *Codice di autodisciplina delle società quotate*. Per un approfondimento sul punto, si v., da ultimo, D. BREGOL, *Gli amministratori indipendenti fra fonti private e fonti pubbliche statuali*, in *Riv. soc.*, 2008, 382 ss.

senza una deroga alla disciplina comune e che gli ibridi finanziari siano solo l'involucro attraverso il quale assicurare un controllo pubblico sulle società accedenti al mercato finanziario (169). Questa interpretazione trova una prima conferma nel fatto che non viene richiamato l'ultimo comma dell'art. 2351 c.c. (170). L'assenza di una siffatta indicazione induce a considerare che la norma non sia applicabile e che, pertanto, gli strumenti indicati dal comma 4 dell'art. 2449 c.c. possono incorporare gli stessi diritti amministrativi che, sotto forma di indicazione statutaria, sono previsti nelle s.p.a. chiuse, *ex art.* 2449, comma 1, c.c. Ciò comporta non solo che il potere di nomina non sia limitato ad una delle figure di garanzia indicate dall'art. 2351, comma 5, c.c. (171), ma anche che lo stesso potere possa essere esercitato senza il rispetto dell'obbligo di indicare quali fra i consiglieri di amministrazione possiedano i prescritti caratteri di indipendenza (172).

(169) Come rilevato criticamente da alcuni autori (si v. G.C. SPATTINI, *op. cit.*, 336 ss.; T. BALLARINO e L. BELLODI, *op. cit.*, 19 ss.; F.M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 273 ss.), la giurisprudenza della Corte di Giustizia dichiara di atenersi al principio di neutralità rispetto ai regimi proprietari adottati nei singoli Stati comunitari *ex art.* 295 Trattato Ce. Il nuovo art. 2449 c.c., almeno nel suo ultimo comma, potrebbe dunque porsi al riparo dalle critiche mosse alla sua precedente formulazione, dato che il diritto comunitario non sembra impedire l'emissione di strumenti, la cui sottoscrizione sia riservata ad un ente pubblico.

(170) *Contra* M.C. CORRAD, *op. cit.*, 946, che dà per certa l'applicabilità anche dell'art. 2351, comma 5, c.c. Propendono per la tesi che si sia intesa operare una deroga F. GHEZZI, M. VENTURUZZO, *op. cit.*, 705 s., e I. DEMURO, *op. cit.*, 593.

(171) L'ultimo comma dell'art. 2351 c.c. sembra, infatti, avere un contenuto precettivo non derogabile dall'autonomia privata. L'interpretazione pare trovare fondamento se si considera che la nomina di un unico componente degli organi sociali si rende necessaria al fine di evitare che la competenza assembleare venga compressa a seguito dell'indicazione extrasociale di un numero consistente o della maggioranza dei membri del c.d.a., del collegio sindacale o del consiglio di sorveglianza. Si noti come la possibile indicazione assembleare di un numero superiore di componenti rispetto a quelli direttamente nominati dal socio pubblico non sembra costituire una soluzione ottimale al problema evidenziato, dato il numero fisso dei componenti del collegio sindacale delle s.p.a. « chiuse ».

(172) Non sembra, inoltre, venire meno il potere di nomina diretta anche dei consiglieri di gestione nel sistema dualistico, la cui previsione si ricava dall'art. 2409-novies, comma 3, c.c. Sul punto cfr.: A. PERICU, *Artt. 2449-2450 c.c., op. cit.*, 1307; B. PETTAZZINI, *Artt. 2449 e 2450 c.c., in Il nuovo diritto societario*, a cura di

Un ulteriore elemento a supporto di questa lettura si trae dall'art. 2449, comma 4, seconda parte, c.c., ove si dispone che gli amministratori (173) possono proporre all'assemblea dei soci di « convertire » i diritti di nomina in particolari azioni sottoscrivibili solo dal socio pubblico: l'operazione dovrà essere deliberata con i *quorum* previsti per l'assemblea ordinaria *ex art.* 2368 c.c. Il tenore della deroga al diritto comune (174) porta dunque a ritenere che, *a fortiori*, anche la prima parte della previsione debba essere letta come una norma speciale attraverso la quale il legislatore si è posto l'obiettivo di salvaguardare le prerogative del socio pubblico finora esistenti. La conferma definitiva alla tesi esposta si trae dal comma 2 dall'art. 13, l. n. 34/2008, che dispone che entro otto mesi dall'entrata in vigore del provvedimento i diritti di nomina riconosciuti al socio pubblico vengano incorporati in strumenti finanziari partecipativi, resi incedibili e condizionati alla persistenza degli stessi nella disponibilità dell'ente pubblico sottoscrittore (175).

Il riferimento legislativo si scontra, tuttavia, con l'interpretazione stringente del principio di eguaglianza fra investitori pubblici e privati data dal giudice comunitario, interpretazione che rende legittima la previsione di eccezioni solamente in presenza dei motivi indicati dall'art. 58 Trattato Ce, o per altre esi-

G. Codino, G. Bonfante, U. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004, 1696; C. CAVAZZA, *Artt. 2449 e 2450, in Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 1708.

(173) Come giustamente rileva I. DEMURO, *op. cit.*, 593, l'indicazione si riferisce solo al consiglio di amministrazione e non al consiglio di gestione, qualora la s.p.a. abbia adottato il sistema dualistico.

(174) Competente per le modifiche allo statuto è, infatti, l'assemblea straordinaria *ex art.* 2365, comma 1, c.c., che delibera con *quorum* rafforzati rispetto all'assemblea ordinaria. Inoltre, deve porsi in rilievo come l'art. 2449, comma 4, c.c. comprime anche il diritto d'opzione dei soci sulle nuove azioni *ex art.* 2441, comma 1, c.c. Si tratta, tuttavia di un'ipotesi non nuova, posto che una simile previsione è prevista, ad es., nel caso dell'emissione a favore dei dipendenti della società *ex art.* 2349, comma 1, c.c., oppure quando le nuove azioni debbono essere sottoscritte a seguito di un conferimento di beni in natura *ex art.* 2441, comma 4, c.c.

(175) Si noti come dal dato normativo non emerga se la condizione debba prevedere il rimborso degli stessi o, più semplicemente, faccia venire meno i diritti amministrativi in essi racchiusi.

genze di tutela di interessi generali non codificate (176), nel rispetto, comunque, del principio comunitario di proporzionalità.

Si consideri, inoltre, che l'ultimo comma dell'art. 2449 c.c. nulla dice circa lo scambio di carattere finanziario che dovrebbe avvenire fra la società emittente e lo Stato sottoscrittore degli strumenti finanziari, siano essi azioni o ibridi. Da un punto di vista economico è evidente come il costo della cessione (o, se si vuole, della « espropriazione ») del controllo sulla S.p.a., attuato a mezzo dell'emissione dei predetti titoli a favore del socio pubblico di minoranza, produrrà una sensibile riduzione del valore delle partecipazioni degli altri azionisti. Venendo meno l'ipotesi che la società possa essere scalata, il prezzo delle azioni potrebbe, infatti, subire una diminuzione tendenziale corrispondente al plusvalore che il mercato si sarebbe atteso nel caso del lancio di un'o.p.a. (177). Un riequilibrio della perdita economica potrebbe essere conseguito richiedendo all'ente pubblico un apporto in sede di emissione degli ibridi finanziari, nonché contestualmente prevedendo l'irridenibilità di questi ultimi (178); nel caso, invece, si

(176) Con riguardo a queste ultime i Giudici comunitari ricordano, in particolare, come vi possano essere delle "preoccupazioni che, a seconda delle circostanze, possono giustificare che gli Stati membri conservino una certa influenza sulle imprese inizialmente pubbliche e successivamente privatizzate, qualora tali imprese operino nei settori dei servizi di interesse generale o strategici": così il punto 41 della sentenza *Federconsumatori*. Ulteriori esempi si rinvencono in Corte giust. CE, Sez. I, sent. n. 28 settembre 2006, n. C-282/04 e C-283/04, cit., punti 34-4, Corte giust. CE, Sez. I, 28 settembre 2006, n. C-112/05, cit., punti 70 ss., nonché in Corte giust. CE, 4 giugno 2002, in causa C-503/99, *Commissione vs. Regno del Belgio*, punto 45; Corte giust. CE, 20 giugno 2002, nelle cause riunite C-388/00 e C-429/00, *RadioSystemi s.r.l. vs. Prefettura di Genova*, punto 44; Corte giust. CE, 7 settembre 2004, causa C-319/02, *Manninen*, punto 29, in <http://www.curia.europa.eu>.

(177) Tale considerazione è riferibile tanto agli investitori, quanto all'azionista pubblico. I primi, infatti, possono subire una perdita dal venire meno dell'aspettativa di acquisire il controllo della società a seguito della pronuncia dei giudici comunitari nel caso *Federconsumatori*. Lo Stato o gli enti pubblici vengono, invece, danneggiati dalla riduzione dell'interesse degli investitori nell'acquisire quote azionarie oggetto di privatizzazione. Per la necessità che una società sia « scalabile » per poter essere veramente considerata una *public company*, si v. P.G. JAEGER, *op. cit.*, 8.

(178) Sul punto si v. M. LAMANDINI, *Struttura finanziaria e governo nelle società di capitali*, Bologna, 2001, 89.

preferisse aumentare il capitale sociale mediante l'emissione di azioni speciali, la compensazione potrebbe aversi a mezzo dei relativi conferimenti. La norma, tuttavia, nulla dice in merito a questi aspetti, lasciando agli amministratori il compito di suggerire il prezzo di tali operazioni; prezzo che, come è già stato rilevato, potrebbe nei fatti, anche domandato solo in minima parte o non essere chiesto affatto (179).

Il silenzio sugli aspetti economici si estende anche ai diritti finanziari connessi ai nuovi strumenti finanziari. Per non violare il divieto di patto leonino sancito dall'art. 2265 c.c. (180), le azioni dovranno prevedere un dividendo, nonché una partecipazione sull'eventuale residuo attivo in sede di liquidazione. Inoltre, al fine di evitare che il peso dell'operazione gravi eccessivamente sui soci privati, entrambi i diritti dovrebbero essere subordinati al primario soddisfacimento degli altri azionisti. Una soluzione simile pare applicabile anche con riferimento agli ibridi. Sebbene i diritti di credito ad essi collegati non possano essere posti rispetto a quelli dei soci, questi ultimi potranno tuttavia essere totalmente collegati all'andamento dell'impresa sociale: ciò renderebbe il rischio finanziario assunto dell'ente pubblico simile a quello sofferto dal resto degli azionisti, con la conseguenza di veder ridotto lo squilibrio che, altrimenti, potrebbe determinarsi fra le due categorie di investitori.

6. La necessità di adottare un approccio economico nell'analisi dell'art. 2449 c.c. (181) induce a considerare, secondo una diversa prospettiva, le modalità di armonizzazione dell'inten-

(179) Cfr. sul punto F. Ghezzi, M. Ventoruzzo, *op. cit.*, 707, che propendono per una sostanziale gratuità, almeno nel caso dell'emissione degli strumenti partecipativi. Nel caso si emettano azioni dei conferimenti, pur se limitati, sembra debbano comunque essere effettuati, anche al di fuori di un aumento di capitale nominale, dato che, altrimenti, si corre il rischio di realizzare delle operazioni in evidente conflitto di interessi. Sul punto, si v. *infra*, § 7.1.

(180) L'art. 2265 c.c. sancisce, infatti, la nullità dell'accordo con cui si escludono taluni soci dagli utili o dalle perdite.

(181) Si v. *supra* § 5.

resse sociale con l'interesse pubblico nelle società che operano nel mercato (182).

Giova rilevare come l'eventuale ricorso agli strumenti finanziari partecipativi ex art. 2346, comma 6, c.c., non configurando una deroga al diritto comune, diversamente da quanto si è rilevato con riferimento all'applicazione dell'art. 2449 c.c., non pone problemi di compatibilità col diritto comunitario (183). Detti strumenti — non necessariamente emessi in molteplici esemplari (184) — potrebbero infatti garantire allo Stato o ad altro ente pubblico, anche nell'ipotesi che questi non detenga una partecipazione societaria, una forma di controllo nelle società per azioni sia « aperte » che « chiuse ». Si consideri, infatti, che tali titoli possono incorporare determinati « diritti amministrativi », ad esclusione del voto nell'assemblea sociale (185), nonché, eventual-

(182) Ci si riferisce alla tipologia di società a partecipazione pubblica cui si applica l'art. 3, l. n. 244/2007, si v. *supra* § 4.

(183) Si tratta di una soluzione non nuova, dal momento che è già stata individuata con riferimento alle società a partecipazione pubblica rilevante ex art. 1, comma 381, l. n. 266/2005. Tuttavia, in detta ipotesi la disciplina risulta derogatoria del diritto comune societario, posto che attribuisce all'ente pubblico, che detiene la partecipazione societaria, il diritto di voto diretto nell'assemblea ordinaria e in quella straordinaria, si v. sul punto: G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, Torino, 2006, 225 e nota 43.

(184) Ancorché sulla base di alcuni dati di ordine testuale, desunti dagli ultimi commi degli artt. 2346, 2351 e 2376 c.c., si potrebbe essere indotti a ritenere obbligatoria la scomposizione del finanziamento in più titoli, (si v. sul punto G. CARARÒ, *Titoli di massa e nuovo diritto societario*, Padova, 2004, 136 s. e L. SALAMONE, *Il finanziamento a "specifici" affari*, in *Giur. comm.*, II, pt. I, 2006, 239), l'emissione in massa di titoli non sembra costituire un necessario presupposto per l'adozione degli strumenti finanziari partecipativi. Questi ultimi, infatti, possono essere emessi anche in ragione dell'apporto di opere o di servizi che, se caratterizzati dall'*initius personae*, difficilmente potranno assumere le caratteristiche di un investimento collettivo. L'ente pubblico potrà, in tal modo, scegliere di incorporare i suoi diritti amministrativi in un unico titolo, oppure scomporli in molteplici cartelle. Quest'ultima opzione potrebbe essere utile nell'eventualità che si proceda ad una cessione parziale del finanziamento a favore di altri enti pubblici. In tal caso, l'esercizio unitario dei diritti connessi (si pensi alla nomina di un amministratore indipendente), dovrebbe essere deliberata dai possessori dei titoli con metodo assembleare, ex art. 2376, comma 2 c.c. Sul punto cfr. M. NOTARI, A. GIANNELLI, *op. cit.*, 68 s.

(185) All'art. 2346, comma 6, c.c., si dispone che tali strumenti non possono prevedere a favore dei loro possessori il diritto di voto all'interno dell'assemblea

mente, ai sensi dell'art. 2351, ultimo comma, c.c., il diritto di nominare un solo membro del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del consiglio di amministrazione, (fermo restando che, in quest'ultimo caso, deve trattarsi di un soggetto avente determinate qualità di indipendenza).

Numerosi sono i vantaggi che potrebbero conseguirsi con l'emissione di questi strumenti. Anzitutto, la generica previsione di cui all'art. 2346, comma 6, c.c., inerente ai "diritti amministrativi", rende evidente come sia rimessa all'autonomia delle parti l'individuazione in concreto dei poteri attribuibili all'ente pubblico in seno alla s.p.a. emittente. Inoltre, tenuto conto che nelle società che esercitano un'attività imprenditoriale in ambiti diversi da quelli dei servizi pubblici e delle attività strumentali, l'attività sociale deve essere orientata al soddisfacimento dell'interesse pubblico istituzionalmente perseguito dal socio pubblico, è ipotizzabile che, in alternativa al mantenimento di una partecipazione societaria da parte dell'ente pubblico, i soci privati reputino preferibile l'emissione degli strumenti finanziari partecipativi. Per garantire effettivamente una forma di controllo da parte dell'ente pubblico, il godimento dei diritti economici connessi a tali strumenti potrebbe essere condizionato al rispetto da parte della società di una o più obbligazioni preordinate a realizzare l'indicata armonizzazione. L'operazione finanziaria dovrebbe essere strutturata nel seguente modo: agli strumenti, la cui emissione avverrebbe in cambio di un modesto apporto economico da parte dell'ente pubblico sottoscrittore, potrebbe riconoscersi un valore nominale superiore al prezzo di emissione ed una scadenza lunga o comunque pari alla durata della società debitrice (c.d. *perpetual bonds*). Per non gravare sul bilancio dell'emittente, i titoli dovrebbero essere emessi con un tasso di interesse modesto o nullo (c.d.

sociale, a differenza dei *voting bonds* di diritto statunitense: sul punto si v. L. ENRIQUES, *op. cit.*, 182. Analogamente si v., *ex multis*: C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003, 57; F. FERRARA e F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, 484. La questione non è tuttavia pacifica e parte della dottrina sembra propendere per un voto limitato ad argomenti mirati, si v. F. STAGNO D'ALCONRES, *Commento all'art. 2346 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, II, a cura di G. Niccolini e F. Stagno D'Alconres, Napoli, 2004, 310.

zero coupon bonds) o, in alternativa, si potrebbe prevederne la corresponsione solo al momento del rimborso del capitale (c.d. *bearer bonds*).

Tali « condizioni di favore » risulterebbero applicabili fintanto che siano rispettati gli obblighi assunti nei confronti dell'ente pubblico da parte della società. La violazione delle condizioni fissate al prestito — c.d. *covenant* nel mercato finanziario anglosassone (186) — dovrebbe infatti rendere i titoli immediatamente redimibili al valore nominale (187).

Lo schema contrattuale descritto potrebbe rappresentare un forte incentivo per la società a rispettare le obbligazioni ordinate a soddisfare determinati fini pubblici. La non osservanza delle predette pattuizioni contrattuali da parte della società emittente si tradurrebbe, infatti, nell'applicazione di penalità consistenti nell'esborso di un determinato ammontare di denaro a favore dell'ente pubblico possessore degli strumenti. Quest'ultimo otterrebbe, in definitiva, una somma di denaro a « compensazione » del fatto che l'attività sociale non ha conseguito determinati obiettivi di interesse collettivo. In caso di inadempimento da parte della S.p.a. degli obblighi assunti, l'ente pubblico o lo Stato possessore degli strumenti potrebbe dunque ottenere una più veloce soddisfazione delle proprie ragioni. In particolare, sarebbe più agevole accertare l'inadempimento, quantificare i danni prodotti e ottenerne il pieno ristoro (188).

(186) In tema si segnalano: C. BRESCIA MORRA, *Finanziamento delle società di capitali e titoli di debito*, in *www.dircomm.it*, 2003, II, 11, 3 s. e nota 20; F. FIMMANÒ, *Gli strumenti finanziari nella società a responsabilità limitata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2005, 99; A. LOLL, *op. cit.*, 209. Per un esame dal punto di vista economico dello strumento contrattuale, si v. F. BAZZANA, *I covenant nei contratti di debito*, Firenze, 2008, 29 ss.

(187) Nella prassi finanziaria straniera l'innalzamento dei tassi di interesse rappresenta l'opzione più diffusa perché attenua il rischio che si verifichi l'insolvenza dell'emittente. Per un esame dei possibili oggetti di tali clausole e per una loro adattabilità agli strumenti di finanziamento delle società di capitali, sia consentito rinviare a M. PALMIERI, *I bond covenants*, in *Banca impr. soc.*, 2006, II, 275 s.

(188) Inoltre, si potrebbe prevedere una obbligatoria fidejussione bancaria od una polizza assicurativa a garanzia del pagamento di detta somma. Le condizioni potrebbero assumere anche la forma di un potere di veto dell'ente pubblico al

Guardando alla prassi finanziaria del mercato internazionale dei c.d. *corporate high yield bonds*, ove la previsione dei *covenant* rappresenta una realtà diffusa (189), si rinvencono alcuni modelli di clausole utilizzabili in sede di regolamentazione del rapporto fra l'ente pubblico e la s.p.a. che opera nel mercato. Ci si riferisce, in particolare, a quelle condizioni che limitano la realizzazione di operazioni straordinarie (come ad es. la fusione), che impediscono che si determinino cambiamenti della compagine di controllo, che vietano la cessione di *asset* aziendali strategici o di rami d'azienda, o trasferimenti di ricchezza a favore di determinati soggetti, che obbligano la società a fornire determinate informazioni all'ente pubblico (come quelle riguardanti, ad es., le perdite straordinarie o l'innalzamento delle tariffe praticate). Potranno, peraltro — caso per caso — individuarsi clausole anche di tipo diverso, volte ad assicurare la cura dell'interesse pubblico (190).

A conferma del fatto che gli strumenti finanziari partecipativi sono uno strumento versatili e duttile può richiamarsi l'art. 12, d.l. n. 185/2008, conv. dalla l. n. 2/2009, riguardante i c.d. « Tre-

complemento di determinate operazioni: sul punto cfr. U. TOMBARI, *op. cit.*, 156; M. NOTARI, A. GIANNELLI, *op. cit.*, 98.

(189) Dopo un periodo di declino, nell'ultimo decennio del secolo scorso i *bond covenants* hanno trovato nuovamente larga diffusione, si v. sul punto: R. NASH, J. NETTER, A. POUJSEN, *Determinants of Contractual Relations between Shareholders and Bondholders: Investment Opportunities and Restrictive Covenants*, in *Journal of Corporate Finance*, IX, 2003, 219.

(190) Tale soluzione non sarebbe comunque scevra da costi: come è stato evidenziato, da tempo, nella letteratura americana, le *clause covenants* presentano dei costi legati al monitoraggio (c.d. *agency costs*) e al c.d. *enforcement*, che possono riverberarsi sugli investitori privati. Si v. sul punto: M. C. JENSEN, W. H. MECKLING, *Theory of the firm, managerial behavior, agency costs and ownership structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976, IV, nella versione aggiornata del 2008, reperibile in *http://www.ssm.com*, 46. Per assicurare il rispetto delle condizioni poste al prestito potrebbe essere opportuno contemplare altresì la nomina di un amministratore indipendente o di un consigliere di sorveglianza o di un sindaco; in tal modo verrebbero notevolmente abbattuti i c.d. costi d'agenzia. Per un esame degli strumenti offerti dal diritto societario comune, utilizzabili per vincolare il socio privato al rispetto dell'interesse pubblico, si v. F. GUARERA, *Le società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2006, VI, 688 s.

monti *bond*», finalizzati a garantire il rifinanziamento delle banche quotate che si trovino in crisi di liquidità. A tal riguardo, può osservarsi che una delle condizioni per l'emissione di tali strumenti è stata individuata nella sottoscrizione da parte dell'istituto di credito sovvenzionato di un codice etico e di un protocollo di intenti (191), con cui si intende vincolare l'istituto beneficiario a finanziare, a certe condizioni, le PMI e le famiglie, ad intervenire a favore dei clienti in difficoltà con i pagamenti dei mutui erogati per l'acquisto dell'abitazione principale, nonché a prevedere un limite alla distribuzione di dividendi ed un tetto agli stipendi e alle buonuscite dei *manager*, allo scopo di preservare il patrimonio della banca (192).

Accanto al riconoscimento dei diritti amministrativi a favore dell'ente pubblico o dello Stato *ex art.* 2346, comma 6, c.c., come si è anticipato, può essere attribuito il diritto di nominare un componente del collegio sindacale o del consiglio di sorveglianza, o un membro indipendente del consiglio di amministrazione, *ex art.* 2351, comma 5, c.c. L'ente pubblico possessore degli strumenti finanziari partecipativi potrà così assicurarsi un controllo sulla s.p.a. più penetrante rispetto a quello offerto da altre forme contrattuali. Si consideri, in particolare, che allorché si verifichi una violazione delle condizioni poste al prestito cartolare, che non sia rilevata dal c.d.a., oppure che sia posta in essere da quest'ultimo con propria delibera, l'amministratore indipendente dovrà far annotare il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle delibe-

(191) Si noti, tuttavia, che l'*enforcement* degli impegni individuati in tale protocollo sembra essere piuttosto debole. Deve, infatti, escludersi che una violazione delle previsioni contenute in detti atti possa tradursi in uno specifico obbligo giuridico per l'istituto creditizio, quando anche queste fossero recepite nel contratto di emissione dei nuovi titoli, sul punto sia consentito rinviare a M. PALMIERI, *Quello che non sappiamo dei Tremonti bond*, in *www.lavoce.info*, 10 marzo 2009.

(192) Un ulteriore esempio di utilizzo dei *covenants*, in ambiti diversi da quelli della finanza privata, è costituito dagli aiuti erogati dalle istituzioni sovranazionali a favore dei Paesi in via di sviluppo, si v. sul punto: M. DALAMI, R. HAUSSWALD, *The emerging project bond market: covenant provisions and credit spreads*, in *World Bank Policy Research Working Paper no. 3095*, Washington D. C., 2003, 9 ss.; Id., *Contract risks and credit spread determinants in the international project bond market*, in *World Bank Policy Research Working Paper no. 2712*, Washington D. C., 2001, 2 ss.; entrambi i testi sono reperibili in *http://www.worldbank.org*.

razioni del c.d.a., oltre a darne notizia al collegio sindacale, *ex art.* 2392, comma 3, c.c. (193).

Occorre tener conto, tra l'altro, che tali soggetti rispondono del proprio operato direttamente all'ente pubblico nominante, che può revocarli o non confermarli alla scadenza del mandato (194).

Per tali ragioni, la nomina riservata garantisce all'ente pubblico un controllo più incisivo anche nelle ipotesi in cui i rapporti tra il medesimo ente e la società privata siano regolati su base contrattuale. Basti pensare, ad esempio, alle società concessionarie autostradali, i cui rapporti con l'ente pubblico concedente, a norma dell'art. 2, commi 82 e 83, l. n. 286/2006 e s.m.i. (195), sono disciplinati dalla convenzione unica, le cui clausole debbono assicurare, tra l'altro: « c) il recupero della parte degli introiti tariffari relativi a impegni di investimento programmati nei piani finanziari e non realizzati nel periodo precedente »; « d) il riconoscimento degli adeguamenti tariffari dovuti per investimenti programmati del piano finanziario esclusivamente a fronte della effettiva realizzazione degli stessi investimenti, accertata dal concedente ».

Non sembra revocabile in dubbio che in casi di tal fatta, riconducibili alle forme di partenariato di tipo contrattuale pubblico-privato, la possibilità di nominare propri rappresentanti rafforzata non poco il ruolo di « controllore » dell'ente pubblico a be-

(193) In quanto tenuti a controllare il rispetto dello statuto e della legge, essi debbono, infatti, assicurare che siano adempiti gli obblighi contrattuali assunti dalla società nei confronti dell'ente pubblico. L'efficacia del controllo attuato a mezzo della nomina di alcuni componenti gli organi sociali è testimoniata dalla diffusione dell'istituto in alcuni ordinamenti (segnatamente in quelli dei Paesi scandinavi, della Germania, dell'Austria e del Lussemburgo) per tutelare gli interessi dei lavoratori delle società, sul punto si v. AA.VV., *Diritto societario comparato*, Bologna, 2006, 77. Nel nostro ordinamento, il legislatore ha scelto di recepire il sistema di amministrazione dualistico tipico di questi ordinamenti, espungendo la necessaria rappresentanza dei lavoratori, che può essere prevista soltanto con l'emissione di strumenti finanziari o azioni a favore dei medesimi, *ex art.* 2349 c.c.

(194) Si v. sul punto *infra*, § 7.1.

(195) Tali disposizioni prevedono che dette clausole siano rivolte a garantire una maggiore trasparenza del rapporto concessorio, ad adeguare la sua regolamentazione al perseguimento di interessi generali connessi all'approntamento delle infrastrutture e alla gestione dei servizi secondo adeguati livelli di sicurezza, di efficienza e di qualità e in condizioni di economicità e redditività.

neficio degli utenti o degli amministratori, dal momento che al « controllo esterno » viene associato un « controllo interno ».

D'altra parte, come è stato posto in rilievo anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva, la ragione che giustifica la partecipazione pubblica nelle società miste deve ravvisarsi proprio nell'esercizio di un « controllo interno » (196). Tenuto conto, infatti, che nelle società miste, come viene chiarito anche nella Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 5 febbraio 2008 (197), il socio privato deve essere sostanzialmente un socio « operativo » o « industriale », la partecipazione pubblica societaria non può che trovare fondamento nell'esigenza di assicurare un controllo interno, « laddove esso si giustifichi in ragione di particolari esigenze di interesse pubblico » (198). Tale osservazione, ancorché sia riferita alle società miste affidatarie di servizi pubblici, ovvero di pubbliche commesse (*i.e.*: appalti pubblici e concessioni), vale anche per le società che operano nel mercato. Come si è posto in rilievo (199), la partecipazione pubblica detenuta in queste ultime risulta legittima, *ex art. 3, comma 27, l. n. 244/2007*, laddove sussista una correlazione tra l'oggetto sociale e le finalità istituzionali perseguite dall'ente pubblico socio. Ne consegue che, anche con riguardo a tale modello societario, la partecipazione pubblica è essenzialmente rivolta a garantire l'esercizio di un controllo « interno », ovvero la possibilità di verificare che attraverso l'attività sociale si persegua la cura di dette finalità pubbliche.

A ben vedere, nell'ipotesi che si faccia ricorso agli strumenti finanziari, non è neppure necessario, come si è indicato, che l'ente

(196) Si v. Cons. Stato, Sez. II, 18 aprile 2007, parere n. 456, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, ove si rileva come l'amministrazione pubblica che detenga una partecipazione in una società mista sia in grado « di esercitare un controllo non solo esterno (come soggetto affidante) ma anche interno ed organico (come partner societario) sull'operato del soggetto privato selezionato per la gestione ».

(197) Si v. la Comunicazione interpretativa della Commissione europea, sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPP), cit., 4 s.

(198) Si v. ancora Cons. Stato, Sez. II, 18 aprile 2007, parere n. 456, cit. (199) Si v. *supra* § 4.

pubblico assuma una partecipazione societaria di minoranza (200). Di talché, in mancanza di una partecipazione pubblica, l'emissione di strumenti finanziari non determina l'applicazione, per un verso, dell'art. 3, l. n. 244/2007 (201) e, per l'altro, dell'art. 16-bis, d.l. n. 248/2007, conv. dalla l. n. 31/2008 (202).

Pertanto, nelle società affidatarie di servizi pubblici locali ovvero di appalti pubblici e concessioni, la nomina di un amministratore indipendente, che, come si è detto, avverrebbe al solo scopo di assicurare un controllo « interno », assicurerebbe, in termini più soddisfacenti rispetto alle società a partecipazione pubblica, la distinzione tra funzioni di regolazione e attività di gestione.

Sotto altro profilo, occorre inoltre considerare che l'incorporazione negli strumenti finanziari dei diritti di nomina diretta di uno dei componenti gli organi sociali e di determinati « diritti amministrativi » rende più rapida e sicura la circolazione degli stessi (203). In quanto titoli di credito, la loro cessione seguirà, infatti,

(200) Il loro possesso attribuisce « uno status di "quasi socio", ovvero ad un compendio di prerogative certo diverse nella forma (giuridica), ma paragonabili — e talvolta addirittura più appetibili — nella sostanza economica », in tal senso G. OLIVERA, *Investimenti e finanziamenti nella società di capitali*, Torino, 2008, 11.

(201) Gli strumenti finanziari non rientrano, peraltro, nel campo di applicazione dei commi 27, 28 e 30 dell'art. 3, l. n. 244/2007, essendo questi riferibili soltanto alle partecipazioni societarie. Il concetto di partecipazione cui essi fanno riferimento presuppone, infatti, un investimento di tipo diretto, che, con riguardo ad una S.p.a. o ad altra società di capitali, deve essere inteso quale quota del capitale sociale. Tale lettura non sembra essere scalfita dalla definizione di partecipazione di cui al comma 6-bis dell'art. 1 l.u.f. Quest'ultima, infatti, è riferibile alle azioni, alle quote e agli altri strumenti finanziari che attribuiscono « diritti amministrativi » e a quelli previsti dall'art. 2351, ultimo comma, c.c. Tuttavia, tale definizione, come espressamente statuito dal comma 1 dell'art. 1 l.u.f., è ascrivibile soltanto al campo di applicazione delle disposizioni contenute nel l.u.f. Sul punto cfr.: G. FERRI JR., *op. cit.*, 820 e B. LIBONATI, *I « nuovi » strumenti finanziari partecipativi*, *op. cit.*, 22.

(202) Come si illustrerà nel prosieguo, si v. *infra* § 7, la norma estende la giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società a partecipazione pubblica, ad eccezione delle S.p.a. quotate nelle quali la partecipazione pubblica sia di minoranza.

(203) La cedibilità dei diritti e il perdurare di questi ultimi sino alla scadenza del titolo costituiscono i principali vantaggi che gli strumenti proposti presentano rispetto alla adozione dei patiti parasociali, *ex art. 2341-bis s. c.c. e 122 s. l.u.f.* Rispetto alle società quotate e alle loro controllanti, i patiti non possono avere durata

le comuni regole di circolazione dei beni mobili e i diritti in essi incorporati verranno acquisiti a titolo originario dai terzi (204).

Tenuto conto che l'attribuzione all'ente pubblico di siffatti strumenti determina l'assunzione di specifici oneri finanziari da parte della s.p.a. emittente, quest'ultima dovrà conseguire, quale controprestazione di detta operazione, un vantaggio economico. Si tratta di un'esigenza che trova riscontro tanto nel caso in cui l'ente pubblico sottoscrittore degli strumenti non sia socio della società, ovvero non abbia una partecipazione azionaria di controllo, quanto in quello in cui il medesimo detenga il potere di gestione, qualunque in ragione del possesso di una quota di maggioranza relativa. Nella prima ipotesi, gli amministratori o la maggioranza dei soci riuniti in assemblea (205) non avrebbero motivo di accettare l'imposizione di un vincolo esterno, che limita la loro libertà di gestione dell'impresa sociale. Allo stesso modo, nella seconda ipotesi considerata, l'emissione degli strumenti finanziari non troverebbe alcuna giustificazione dal punto di vista dell'interesse sociale perseguito, posto che si avrebbe il riconoscimento di un "privilegio" ad esclusivo vantaggio dell'ente pubblico azionista di maggioranza. Verrebbe in tal modo a determinarsi un conflitto di interessi, che potrebbe sfociare nell'annullamento della delibera assembleare su istanza dei soci privati, ex artt. 2373 e 2377 c.c., ovvero nella proposizione dell'azione di responsabilità superiore a tre anni (cinque per le società non quotate) se a tempo determinato, quando anche siano stipulati per un termine maggiore. Tali accordi sono comunque rinnovabili alla scadenza e possono anche essere contratti a tempo indeterminato: in quest'ultimo caso sono, tuttavia, recedibili con un preavviso di sei mesi. Per un esame critico dei patii parasociali all'interno delle s.p.a. a capitale misto, si v. F. GUERRELLA, *Le società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2006, VI, 683 s. Con riferimento all'applicazione di detti patii alle s.r.l., si v. M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2008, pt. I, 644 s.

(204) La cedibilità dei diritti di cui all'art. 2346, comma 6 c.c. e all'art. 2351, comma 5 c.c., che sono destinati a permanere fino alla scadenza del titolo, non è realizzabile nel caso dei patii parasociali, ex art. 2341-bis c.c.

(205) La competenza a deliberare tale operazione dovrebbe spettare all'organo amministrativo, laddove non sia stabilito diversamente. Detta operazione deve, invece, essere deliberata dall'assemblea straordinaria qualora sia necessario modificare lo statuto (non diversamente dall'ipotesi in cui si preveda il diritto di nomina riservata, ex art. 2351, comma 5, c.c.).

nei confronti degli amministratori che abbiano approvato l'operazione ai sensi dell'art. 2391 c.c.

La « contropartita » per l'emissione di tali strumenti potrebbe essere di tipo finanziario (è ipotizzabile, ad esempio, che gli strumenti emessi siano resi irredimibili, esposti totalmente al rischio di impresa, nonché dotati di limitati diritti economici, e dunque costituiscano, sostanzialmente, una sorta di finanziamento pubblico a fondo perduto a favore della società) (206), oppure legata, sulla base di una interpretazione estensiva dell'art. 2346, comma 6, c.c., all'attribuzione alla s.p.a. emittente di altri vantaggi valutabili in termini economici (207).

Lo Stato o l'ente pubblico conseguirebbero, in ogni caso, la possibilità di esercitare un controllo « interno », volto a verificare il rispetto delle clausole che dovrebbero garantire il conseguimento di determinati obiettivi di interesse pubblico.

Allorché, invece, la società per azioni risulti affidataria di servizi pubblici locali, ovvero appaltatrice o concessionaria di lavori o di servizi, l'emissione degli strumenti finanziari potrebbe costituire oggetto rispettivamente di una clausola del contratto di servizio (che va allegato al capitolato di gara), ovvero dell'appalto o della concessione (208).

7. Come si è precedentemente posto in rilievo, l'art. 6, l. n. 145/2002, estendendo il meccanismo dello *spoils system* alle nomine degli amministratori di società controllate o partecipate dallo Stato induce ad effettuare un parallelismo tra queste nomine

(206) Ipotesi tutt'altro che irrealistica, se si pensa al prestito ponte di trecento milioni di euro erogato nell'aprile del 2008 dallo Stato ad Alitalia S.p.a., che è rimasto in capo alla c.d. *bad company* dopo la cessione degli *asset* della compagnia di bandiera a Cai S.p.a.

(207) Si pensi, ad esempio, al caso delle società che svolgono attività di promozione di iniziative per lo sviluppo economico e sociale del territorio, a favore delle quali gli enti pubblici territoriali potrebbero impegnarsi ad adottare determinati provvedimenti amministrativi (ad es.: il rilascio di autorizzazioni, l'approvazione di varianti a piani regolatori, ecc.).

(208) Con riguardo all'adozione degli strumenti ibridi nel *project financing*, si v. M. LAMANDINI, *Struttura finanziaria e governo nelle società di capitali*, Bologna, 2001, 96.

e il conferimento degli incarichi dirigenziali. Ciò, soprattutto se si tiene conto che, per un verso, l'atto di nomina/conferimento può considerarsi un « atto organizzativo di indirizzo » (209), e, dall'altro, che in entrambi i casi l'ente nominante adotta atti di indirizzo o direttive nei confronti dei soggetti nominati.

Si è altresì rilevato che gli atti di indirizzo sono connotati ai poteri riservati di nomina e revoca spettanti all'ente pubblico. Deve, infatti, riconoscersi che, ai sensi dell'art. 50, comma 10 t.u.e.l., un potere di indirizzo politico-amministrativo spetta non soltanto al Consiglio comunale/provinciale, ma altresì al Sindaco e al Presidente della Provincia, in quanto organi competenti ad effettuare la nomina e la revoca dei rappresentanti dell'ente e tenuti a valutarne l'operato (210). Peraltro, il contenuto dell'art. 50 t.u.e.l. sembrerebbe, in linea di principio, riferibile anche ad enti pubblici diversi dagli enti locali.

Ed invero, al risultato di enucleare dalla disposizione richiamata un precetto che, a prescindere dallo specifico contesto normativo nel quale è inserito, sia applicabile anche ad amministrazioni pubbliche diverse da quelle espressamente indicate, potrebbe pervenirsi sulla base di un percorso logico-argomentativo non dissimile da quello che ha portato ad estendere i contenuti della delibera di contrattare, disciplinati espressamente all'art. 192 t.u.e.l., anche alle delibere assunte da amministrazioni diverse da quelle locali (211). In tale ordine logico dovrebbe concludersi che tutte le amministrazioni a cui, a norma dell'art. 2449, comma 1

(209) Qualifica in tal senso l'atto dell'amministrazione di nomina di propri rappresentanti in enti di diritto privato, G. ENDRECI, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Bologna, 2000, 157-158.

(210) In tal senso, sia pure seguendo una diversa impostazione, si v. Tar Piemonte, Sez. II, 26 gennaio 2001, n. 160, ove si sottolinea che le direttive generali dell'organo consultare sono, di volta in volta, integrate dall'organo cui spetta la nomina, nonché Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5107, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, ove si rileva, con riferimento all'art. 50 cit., che allorquando lo statuto attribuisce al sindaco un potere di nomina, il medesimo « possa disporre anche la revoca, pur in difetto di esplicita previsione statutaria quando il soggetto di pubblica designazione opera discostandosi dalla linea di azione che, invece, l'orientamento politico-amministrativo dell'ente locale suggerirebbe ».

(211) Si v., per tutti: G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 348.

c.c., sia riconosciuto un potere di nomina in via diretta, adottano atti di indirizzo nei confronti dei propri designati.

Si può notare, inoltre, che, per quanto il rapporto con i nominati rivesta carattere fiduciario, il potere di revoca viene più che altro ad atteggiarsi come « violazione dei doveri cui gli amministratori sono tenuti in quanto inseriti in una relazione organizzativa » (212), in virtù della quale i nominati sono sottoposti all'indirizzo e alla vigilanza dell'ente nominante. Gli amministratori di nomina pubblica, a norma dell'art. 2449, comma 2 c.c., avendo gli stessi obblighi degli amministratori nominati dall'assemblea, sono, com'è noto, tenuti a perseguire l'interesse della società. Ma, come si è chiarito, i nominati, laddove disattendano gli indirizzi loro impartiti, pongono in essere comportamenti che sono valutabili in termini di non conformità, non congruenza rispetto agli obiettivi prefissati. Occorre, infatti, considerare che gli amministratori nominati dall'ente pubblico, pur perseguendo l'interesse sociale, allorché si discostino dagli indirizzi o dalle direttive (213) impartite vengono meno ai doveri che discendono dalla relazione organizzativa con l'ente nominante. Doveri che debbono, però, essere valutati, per quanto attiene alle ragioni della revoca, in relazione al rapporto tra l'attività sociale e gli interessi pubblici istituzionalmente perseguiti dal socio pubblico (214).

Conferma di ciò può trarsi dall'art. 3, comma 27, l. n. 244/

(212) Sul punto, si v. G. ENDRECI, *op. cit.*, 155.

(213) L'accezione di direttiva — stante anche l'assenza di un espresso riferimento normativo a tale figura — a cui ci si intende riferire è quella « aspecifica » di « atto di guida dell'altra azione », consistente essenzialmente nell'indicazione di fini da perseguire, su cui v.: G. SCULLO, *Direttiva (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, 100 e 105. Per l'osservazione che le direttive condividono con altri atti la caratteristica di indicare obiettivi da raggiungere, criteri di massima, mezzi ritenuti idonei, si v. F. MERUSI, M. CLARICH, voce *Direttiva*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, 6.

(214) Del resto, come osserva A. PERRUCCI, *op. cit.*, 1298, se è vero che il potere di nomina riservato ritrova « un comune denominatore nell'interesse pubblico dell'ente nominante, è anche vero che il rilievo pubblicistico dell'interesse alla nomina... non [può] che essere legato alla rilevanza dell'attività sociale per l'ente in ragione degli scopi pubblici affidati alle sue cure ». Di talché, quando manchi « il rilievo pubblicistico dell'impresa sociale, potrà dubitarsi della legittimità della previsione legale o statutaria del potere speciale », posto che risulta arduo rinvenire una finalizzazione adeguata a giustificare l'esercizio.

2007, che, come si è sottolineato, richiede di motivare in modo specifico l'assunzione o il mantenimento di partecipazioni societarie, anche di minoranza, con la sussistenza di un vincolo funzionale. Né pare causale che detta verifica circa il mantenimento o l'assunzione di partecipazioni societarie (215) non sia imposta con riferimento alle società che producono servizi di interesse generale. In dette società, la predetta verifica è, infatti, positivamente presupposta, in considerazione del fatto che l'oggetto sociale è costituito non da una qualsiasi attività economica, bensì specificamente da attività di servizio pubblico, le cui modalità di erogazione, volte a soddisfare le esigenze della collettività, sono disciplinate dal contratto di servizio (si v. ad es.: l'art. 113, comma 11 t.u.e.l.). Se dunque la sussistenza di detto vincolo funzionale è coesistente a qualsiasi partecipazione societaria pubblica, l'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007 impone alle amministrazioni pubbliche (i.e.: a tutte quelle indicate all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001) una valutazione « in concreto », ovvero « con riferimento all'attitudine, all'idoneità a soddisfare l'interesse pubblico specifico con l'impiego di quello strumento ». Dal momento che ogni amministrazione pubblica deve verificare la sussistenza dei presupposti indicati al comma 27 dell'art. 3 cit., la decisione in ordine all'assunzione o al mantenimento di partecipazioni societarie non potrà che essere fondata su « una corretta ed obiettiva analisi che risulti in modo motivato e trasparente » e dovrà essere adottata « nell'ottica del generale contenimento degli oneri » stabilito dal comma 33 dell'art. 3 cit. (216).

Come rileva la Corte dei conti in sede di controllo, l'art. 3, commi 27-32, l. n. 244/2007 presuppone che l'attività imprendi-

(215) In termini di valutazione o ri-valutazione circa la « idoneità » e la « necessità » (sulla base di criteri, sembrerebbe di poter dire, che connotano il controllo di proporzionalità) dell'attività societaria alla cura degli interessi pubblici istituzionalmente perseguiti dall'amministrazione pubblica, sembra doversi configurare la sottoposizione, ex art. 3, comma 28, l. n. 244/2007, dell'assunzione di nuove partecipazioni e del mantenimento delle attuali partecipazioni ad un atto di « autorizzazione » dell'organo competente avente la forma di una « delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27 ».

(216) Si v. sul punto Corte dei conti, Sez. contr. Trentino Alto Adige, Trento, parere, 19 gennaio 2009, n. 3, in <http://www.corteconti.it>.

toriale sia funzionalizzata « alla cura di interessi generali giuridicamente organizzati in funzioni o servizi pubblici, attribuiti ad una pubblica amministrazione ». Ne consegue, in particolare, che « la valutazione di stretta necessità, da compiersi caso per caso, comporta il raffronto tra l'attività che costituisce l'oggetto sociale (art. 2328, comma 2, n. 3 c.c.) e le attività di competenza dell'ente » (217). Ai fini dell'individuazione di queste ultime rilevavano, con riferimento agli enti territoriali locali, oltre alle previsioni di legge, la struttura del bilancio dell'ente, e precisamente le « funzioni — che individuano in modo articolato le spese in relazione alla tipologia delle attività espletate » — nonché i servizi « che individuano le attività che fanno capo alle varie compagini organizzative dell'ente » —, lo statuto e le linee programmatiche di mandato (218).

Tuttavia, se deve raffrontarsi in concreto l'attività sociale con le attività istituzionalmente espletate dall'ente pubblico socio, la concordanza tra le medesime potrebbe sussistere inizialmente ma venir meno nel corso del tempo (basti pensare al caso in cui la cessione di una parte della partecipazione pubblica minoritaria detenuta comporti il venir meno del potere di controllo societario). Che detta strumentalità debba essere verificata durante tutta la vita della società si desume, invero, dal contenuto della disposizione qui in considerazione, dal momento che questa « impone » di utilizzare le risorse pubbliche, che siano veicolate attraverso uno strumento societario, per il perseguimento di finalità di interesse pubblico (*rectius*: quelle istituzionalmente perseguite dal socio pubblico).

Se ciò è esatto, il comportamento degli amministratori in seno

(217) Si v. Corte dei conti, Sez. contr. Veneto, 15 gennaio 2009, n. 5, in <http://www.corteconti.it>.

(218) Si v. sempre Corte dei conti, Sez. contr. Veneto, 15 gennaio 2009, n. 5. Pone in rilievo come tale decisione, laddove sia rimessa ad un ente a fini generali come il Comune, comporti, in particolare, una verifica delle finalità che si intendono perseguire con lo strumento societario, o meglio che queste siano annoverabili « tra i compiti riservati dall'ordinamento all'ente comunale » e soprattutto che « l'attività della costituenda società possa considerarsi strettamente necessaria alle finalità dell'Ente stesso, anche alla luce del proprio statuto », Corte dei conti, Sez. contr. Piemonte, 3 dicembre 2008, n. 33, in <http://www.corteconti.it>.

alla società sembra potersi valutare in modo distinto dall'interesse sociale perseguito, e segnatamente in rapporto agli obiettivi di interesse pubblico definiti dall'ente nominante (219). La valutazione del loro operato dovrà essere essenzialmente improntata al criterio di efficacia e a quello di economicità, nel senso che dovrà attenerne, per un verso, al grado di conseguimento degli obiettivi, e, per l'altro, al rapporto tra gli obiettivi prefissati e le risorse impiegate. Ne consegue che siffatta verifica renderà configurabile una responsabilità di risultato degli amministratori (220). Nell'indicata prospettiva, il venir meno del rapporto fiduciario con l'ente nominante verrebbe a porsi in relazione al fatto che gli amministratori hanno disatteso gli indirizzi impartiti (221) o comunque hanno oggettivamente operato in modo inefficace rispetto alle esigenze di interesse pubblico predefinite. A ben vedere, la valutazione dell'operato degli amministratori, rimessa all'ente nominante, in ordine al rispetto degli obiettivi prefissati — in considerazione della natura di questi ultimi — è connotata da ampi margini di apprezzamento, posto che, a differenza della revoca degli incarichi dirigenziali, non si rinvergono specifiche disposizioni di disciplina del procedimento valutativo (222).

In conclusione, tenuto conto del predetto principio generale, gli amministratori, nominati dall'ente pubblico, la cui attività complessiva disattenda gli indirizzi impartiti, i quali trovano fondamento nell'esigenza di orientare l'attività sociale verso i fini di interesse pubblico istituzionalmente perseguiti dall'ente pubblico socio, nonché di garantire un corretto utilizzo delle risorse pubbli-

(219) Sottolinea come la definizione degli obiettivi costituisca « il *primum* — logico e cronologico — di ogni sistema di controllo sui risultati di una gestione », G. D'Auria, *I controlli*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, *Diritto amministrativo generale*, II, (a cura di) S. Cassese, Milano, 2003, spec. 1365.

(220) In altri termini, il vincolo di scopo viene in rilievo non con riferimento ai singoli atti posti in essere dagli amministratori nominati direttamente dall'ente pubblico, bensì nel momento della valutazione dei risultati della loro attività.

(221) In tal senso, si v. Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2004, n. 4785, in *http://www.giustizia-amministrativa.it*.

(222) Sul sindacato del giudice ordinario in ordine al rispetto, da parte dell'amministrazione, delle regole attinenti al procedimento di valutazione, si v. P. Sora, *Le controversie in tema di incarichi dirigenziali, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2005, 765 s.

che, potranno essere legittimamente revocati. Una giusta causa « aggiuntiva » di revoca è, infatti, configurabile in ragione del fatto che è la legge a richiedere la sussistenza in concreto della predetta necessaria strumentalità tra la partecipazione detenuta (e dunque l'attività economica esercitata dalla società partecipata) e i fini pubblici perseguiti istituzionalmente dall'ente pubblico.

Occorre tener conto che gli amministratori, in virtù del rapporto che li lega all'ente pubblico, sono responsabili non soltanto verso la società, quali componenti dell'organo di amministrazione della medesima, ma anche verso l'ente nominante, che può revocarli in via diretta (223). È proprio quest'ultimo aspetto a comportare, come si è visto, il peculiare rapporto di tipo fiduciario tra ente nominante e soggetti nominati, in virtù del quale questi ultimi sono sottoposti agli indirizzi del primo (la cui partecipazione societaria trova giustificazione nel vincolo funzionale), ma hanno anche i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Se dunque tale duplicità di rapporti (verso la società e verso l'ente pubblico) rende evidente come possa non esservi piena concordanza tra i due indicati tipi di interessi, il giudice competente, che è il giudice ordinario, con riferimento ad entrambe le ipotesi, sarà chiamato a valutare le ragioni della revoca. Potrà allora verificarsi l'ipotesi che gli amministratori, pur perseguendo l'interesse sociale, pongano in essere un'attività che comporti una sostanziale inosservanza degli indirizzi impartiti, il che parrebbe legittimare l'ente pubblico alla revoca dei nominati. Nel caso in cui, invece, i nominati abbiano dato seguito agli indirizzi dell'ente nominante, ma così facendo siano venuti meno ai propri doveri di amministratori tenuti a perseguire l'interesse sociale, è da ritenere, per un verso, che possa essere promossa nei loro confronti l'azione sociale di responsabilità, ex art. 2393 ss. c.c., e, per l'altro, che, in linea di principio, risultino configurabili con riferimento agli stessi le condizioni per una revoca giudiziale, ex art. 2409, comma 4 c.c.

(223) Sulla configurazione di detta duplice responsabilità dei soggetti nominati direttamente dallo Stato o da altro ente pubblico, si v. ancora F.A. ROVERSI-MONACO, *op. cit.*, 280.

D'altra parte, la nomina diretta degli amministratori origina due distinti rapporti, in ragione del fatto che il perseguimento dell'interesse pubblico, pur rimanendo estraneo alla causa societaria, connota il rapporto tra ente nominante e soggetti nominati.

A sostegno di questa conclusione può richiamarsi nuovamente l'art. 6, l. n. 154/2002, che, estendendo il sistema dello *spoil system* alle nomine degli amministratori di società controllate o partecipate dallo Stato, ha previsto una sorta di « giusta causa legale di revoca » (224). A questo riguardo si è osservato che se, per un verso, il legislatore ha inteso « privilegiare il rapporto fiduciario tra ente pubblico designante e soggetto designato » e che « l'esercizio del potere di revoca appare del tutto svincolato da qualsiasi condizione ulteriore rispetto a quelle che la norma stessa indica », per l'altro, risulta « implicitamente confermata la necessità che per eventuali atti di revoca degli amministratori di nomina pubblica, posti in essere al di fuori di quei limiti, si pone la questione dell'esistenza in concreto di una giusta causa, secondo i principi generali dettati dal codice civile » (225). In realtà, proprio dalla richiamata disposizione si desume che, al di fuori di tale fatiscipie legale di revoca, sussistendo comunque un autonomo rapporto, di tipo fiduciario, tra ente pubblico nominante e soggetti nominati — che, come si è visto, è espressione del potere riservato di revoca — le situazioni nelle quali il primo può invocare una giusta causa di revoca non coincidono necessariamente con quelle contemplate dal diritto societario. Può, tuttavia, convenirsi con chi sostiene che, costituendo la revoca di cui all'art. 6, l. n. 154/2002 la codifica di un'eccezione, il mero venir meno del rapporto fiduciario non costituisce una giusta causa di revoca (226), con la conseguenza che, laddove detto rapporto sia egualmente interrotto, il revocato può agire per ottenere il risarcimento del danno dall'ente pubblico socio.

Non diversamente dall'ipotesi della revoca di un incarico dirigenziale, la revoca dell'amministratore nominato direttamente

dall'ente pubblico dovrebbe fondarsi sul mancato conseguimento degli obiettivi di interesse pubblico prefissati in relazione all'attività economica svolta, ovvero sulla inosservanza di atti di indirizzo/direttive (227). Il giudice ordinario sarà, in particolare, tenuto a valutare se l'atto di revoca sia o meno conforme alle regole di correttezza e buona fede (228). Occorre, tuttavia, considerare che gli atti di indirizzo impartiti dal socio pubblico, al fine di garantire il soddisfacimento dell'interesse pubblico, potrebbero rendere configurabile una responsabilità del medesimo per attività di direzione e coordinamento *ex art. 2497 c.c.* (229).

Ad una diversa conclusione deve pervenirsi con riguardo ai sindaci di nomina pubblica, i quali, per il tipo di ruolo rivestito all'interno delle società, non sembra che possano essere revocati in mancanza di una giusta causa societaria, non essendo configurabile una specifica ed autonoma responsabilità dei medesimi nei confronti dell'ente nominante.

A ben vedere, però, la potenziale antinomia tra l'interesse sociale e l'interesse pubblico istituzionalmente perseguito dal socio pubblico tende almeno in parte a stemperarsi, in ragione del fatto che, come abbiamo precisato, al di fuori delle ipotesi in cui il perseguimento all'interesse pubblico sia immanente all'esercizio di determinate attività economiche (segnatamente quelle inerenti a servizi pubblici e ad attività strumentali all'esercizio di funzioni pubbliche), la verifica della "necessarietà" della partecipazione societaria ai fini della cura dell'interesse pubblico presuppone che il socio pubblico detenga il potere di gestione. Ciò comporta che, a norma dell'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007, mentre nelle società miste che gestiscono servizi pubblici (nelle quali il perseguimento dell'interesse pubblico è presupposto *ex lege*), nonché in quelle che producono beni e servizi strumentali (con riferimento

(227) Con riguardo alle ipotesi in cui l'amministrazione appare legittimata a revocare un incarico dirigenziale, si v. AA.VV., *Il pubblico impiego « privatizzato » nella giurisprudenza*, cit., spec. 494 s.

(228) In ordine alla rilevanza di detti canoni, al cui rispetto è sottoposto l'esercizio del potere privatistico di revoca dell'incarico dirigenziale, si v. P. SORDI, *op. cit.*, 783.

(229) Si v. *infra* § 7.1.

(224) Si v. sul punto R. RORDORF, *op. cit.*, 430.

(225) Si v. sempre R. RORDORF, *op. cit.*, 430.

(226) In tal senso G. SALA, *op. cit.*, 437, nota 101.

alle quali la cura dell'interesse pubblico è parimenti desumibile dalla legge) potrebbe verificarsi l'ipotesi che l'ente pubblico detenga una partecipazione pubblica di minoranza non di controllo (ferma restando l'esigenza che in sede statutaria e contrattuale siano contemplati meccanismi per temperare l'interesse sociale con quello pubblico), nelle società miste che operano nel mercato detta partecipazione, ancorché minoritaria, dovrebbe comunque garantire il potere di gestione in mano pubblica (230). Invero, la responsabilità degli amministratori nelle società in cui il socio pubblico non sia in grado di esercitare un potere di gestione risulta alquanto attenuata.

Su un piano logico distinto deve considerarsi l'estensione della giurisdizione della Corte dei conti alle controversie riguardanti la responsabilità per danno erariale degli amministratori (non soltanto di quelli di nomina pubblica) delle società a partecipazione pubblica. A questo riguardo — tralasciando la disamina della giurisprudenza della Suprema Corte e di quella dei giudici contabili (231) — mette conto di richiamare l'art. 16-bis, d.l. n. 248/2007, conv. dalla l. n. 31/2008 (che, tuttavia, sembra prestare il fianco a non pochi rilievi di incostituzionalità) (232), con cui

(230) Con le puntualizzazioni e le integrazioni indicate nel testo, appare condivisibile l'affermazione secondo cui vi è da dubitare che sia ammissibile l'assunzione e la detenzione, in via diretta, « da parte di enti pubblici di partecipazioni che, per la loro modestia ... risultino intrinsecamente inadeguate ad assicurare al socio pubblico quel minimo di influenza nell'attività di attuazione dell'oggetto sociale che, sola, potrebbe giustificare (anche nell'ambito in cui risultavano un tempo applicabili gli artt. 2449 e 2450 c.c.) il perseguimento delle "proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato" », si v. Corte dei conti, Sez. giur. Lombardia, 4 marzo 2008, n. 135, in <http://www.corteconti.it>.

(231) Su tale giurisprudenza, si rinviava, *ex multis*, a: M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, cit., *passim*; V. CAPUTTI JAMBRENGH, *op. cit.*, 323 s.; P. NOVELLI, L. VENTURINI, *op. cit.*, 515 s.

(232) In senso critico su tale previsione normativa, con riferimento alla quale si sono prospettati svariati profili di illegittimità costituzionale, si v. M.A. SANDULLI, *L'art. 16 bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti della Spa pubbliche: restrizione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti?* (Ovvero: l'effetto perverso delle norme last minute), in <http://federalismi.it>, n. 5/2008, e soprattutto: E.F. SCHULTZER, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle S.p.a. a partecipazione*

sono state devolute in via esclusiva alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie in tema di responsabilità degli amministratori e dei dipendenti di società con azioni quotate in mercati regolamentati, a partecipazione pubblica, anche indiretta, inferiore al 50%. In realtà, al di là di quanto possa apparire *prima facie*, le conseguenze derivanti dall'art. 16-bis, d.l. n. 248/2007, conv. dalla l. n. 31/2008, sono di ampia portata, dal momento che la medesima disposizione radica la giurisdizione della Corte dei conti con riferimento alle controversie inerenti alla responsabilità dei medesimi soggetti, non soltanto in società quotate a partecipazione pubblica non inferiore al 50%, ma anche in società « chiuse » a partecipazione pubblica maggioritaria o minoritaria (233). Peraltro, la società a partecipazione pubblica, alla luce di tale intervento normativo, viene configurata, non diversamente dall'amministrazione sociale, quale soggetto danneggiato (234). Cosicché, l'art. 16-bis cit., come è stato rilevato, ha decretato la « soggettività pubblica » di tutte le società a partecipazione pubblica che non ricadono nel campo di applicazione della medesima; la disposizione *de qua* rende, infatti, configurabile la responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti per i danni pro-

pubblica e l'art. 16 bis del c.d. Mille proroghe (d.l. 31 dicembre 2007 n. 248 convertito in legge 28 febbraio 2008 n. 31), in <http://www.federalismi.it>, n. 10/2008, il quale, da un canto, sottolinea come non si comprenda perché dalla differenza tra partecipazione pubblica di maggioranza o di minoranza azionaria « debba derivare l'applicazione agli amministratori e dipendenti delle predette società di un regime di responsabilità risarcitoria più oneroso e comunque diverso da quello dei loro omologhi appartenenti a tutte le altre società a partecipazione pubblica », e, dall'altro, si chiede, « in assenza di una partecipazione maggioritaria pubblica, come e perché il legislatore possa imporre a soggetti privati di essere tutelati, quanto a risarcimento del danno societario per le quote a loro riferibili, da norme meno rigorose, di sicuro favore per il responsabile del danno e non certo per il creditore ». Più in generale, per considerazioni critiche in ordine all'estensione della giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità amministrativa alle società in mano pubblica, si v. L. TORENA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2006, 223 s.

(233) In tal senso E.F. SCHULTZER, *op. cit.*, nonché, sia pure con alcune distinzioni, G. CAIA, *La giurisdizione della Corte dei conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, in <http://www.giustamm.it>, 4/2008.

(234) Si v. M.A. SANDULLI, *op. cit.*

doti nei confronti del patrimonio della società di appartenenza, oltre che, eventualmente, ex art. 1, comma 4, l. n. 20/1994, per i danni arrecati all'ente pubblico socio o ad altra pubblica amministrazione (235).

Con riferimento all'ipotesi che abbiamo più volte considerato in questo scritto, ovvero di società miste « chiuse », a partecipazione pubblica minoritaria, che operano nel mercato, occorre puntualizzare che la giurisdizione della Corte dei conti si radica laddove il socio pubblico abbia il controllo della stessa società. Per quanto, infatti, come si è anticipato, l'art. 16-bis, l. n. 31/2008, implicitamente finisca per estendere la giurisdizione contabile a tutte le società « chiuse », nelle quali un'amministrazione pubblica detenga una qualsiasi partecipazione, il limite costituito dalla necessaria finalizzazione delle risorse pubbliche all'interesse pubblico istituzionalmente perseguito presuppone che l'ente pubblico socio ne detenga il potere di gestione (236). Nelle società « chiuse », nelle quali il perseguimento dell'interesse pubblico è imposto o comunque implicitamente presupposto dalla legge (individuabili essenzialmente nelle società miste che erogano servizi pubblici locali o che producono beni e servizi strumentali ai sensi dell'art. 13, l. n. 248/2006), la partecipazione societaria pubblica,

(235) Si v. sul punto F.M. LONGAVITA, *La giurisdizione della corte dei conti sugli amministratori e dipendenti della S.p.a.*, in <http://www.giustamm.it>, 4/2008.

(236) Come osserva C. CHIARENZA, *Problematiche specifiche delle istruttorie e dei giudici in materia di S.p.a. pubbliche*, intervento all'incontro di studio su « Evoluzione normativa e giurisprudenziale delle ipotesi di responsabilità sanzionatoria e di altre forme tipizzate di responsabilità introdotte dall'ordinamento ed affidate alla cognizione del giudice contabile », Roma, Corte dei conti, aula delle SS.RR., 1-3 aprile 2008, in <http://www.corteconti.it>, la giurisdizione della Corte dei conti sulle « società pubbliche » « si giustifica in funzione della strumentalità della società agli scopi istituzionali dell'amministrazione, divenendo così mero strumento di gestione di una funzione pubblica finanziata, mediante apporto al capitale, con beni pubblici ». Ne consegue, in particolare, secondo l'A., che è non configurabile la giurisdizione contabile con riferimento alle società a partecipazione pubblica minoritaria non di controllo, ferma restando, in questo caso, la diversa responsabilità dei soggetti preposti agli organi dell'amministrazione « che abbiano disposto la partecipazione societaria, almeno per il danno consistente nella immobilizzazione finanziaria di denaro pubblico distratto dai fini istituzionali », posto che quest'ultima si traduce in una « spesa inutile ».

che potrebbe anche non essere di controllo, non determina, invece, il venir meno della giurisdizione della Corte dei conti.

Il giudizio di responsabilità degli amministratori e dei dipendenti di dette società davanti alla Corte dei conti presuppone, infatti, non soltanto che vi sia l'utilizzo di denaro pubblico (237), nel caso di specie valutabile in termini di apporto al capitale sociale, ma anche la « distrazione » del medesimo dal perseguimento dell'interesse pubblico, da cui scaturisca un danno erariale (238). Il riscontro di quest'ultimo presupposto appare, però, tutt'altro che agevole, stante il limite dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali di cui all'art. 1, comma 1, l. n. 20/1994, che, nell'ipotesi qui considerata degli amministratori e dei dipendenti delle società a partecipazione pubblica, si converte nell'insindacabilità delle scelte gestionali (239).

In realtà, come è stato posto in rilievo in altra, più recente, decisione del giudice contabile, al di fuori di comportamenti penali rilevanti (240) — nei casi in cui sia dunque rilevabile l'ele-

(237) Come ha sottolineato la Suprema Corte (si v. Cass., Sez. un., 22 dicembre 2003, ord. n. 19667, in *Arch. civ.*, 2004, 603, nonché Cass., Sez. un., 20 giugno 2006, n. 4101, in *Giust. civ.*, 2007, 9, e Cass., Sez. un., 11 luglio 2007, n. 15458, in *Foro it.*, 2008, II, 555), il *discrimen* tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile è da individuarsi « unicamente nella qualità del soggetto passivo, e, pertanto, nella natura — pubblica o privata — delle risorse finanziarie di cui esso si avvale ».

(238) Puntualizza che « l'attività gestionale di natura discrezionale » è sindacabile dal giudice contabile non soltanto allorché « contravvenendo a criteri di efficacia ed economicità si concreti in "abusi, arbitri od omissioni" produttive di danno patrimoniale alla società », ma anche quando le scelte gestionali « contrastino o siano comunque estranee ai fini pubblici che la società, per la sua natura pubblica, deve perseguire », Corte conti, Sez. I centr., 3 novembre 2005, n. 356, in <http://www.corteconti.it>.

(239) Sottolinea, al riguardo, V. VALLEBUONO, *Il giudizio sulla colpa per le società a prevalente partecipazione pubblica*, in <http://www.giustamm.it>, n. 4/2008, che « il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione (o le modalità e circostanze di tali scelte), ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità ».

(240) La sussistenza di fattispecie di reato ha indotto il giudice contabile a riconoscere la responsabilità amministrativa di dipendenti di società a partecipazione pubblica anche in altre decisioni, si v. Corte dei conti, Sez. giur. Lombardia,

mento soggettivo del dolo — le scelte imprenditoriali di amministratori e dirigenti di società a partecipazione pubblica produttive di un danno erariale sono sindacabili dal giudice contabile « esclusivamente con valutazione *ex ante* (e non *ex post*, in base al risultato ottenuto), attraverso l'esame, secondo le regole tecniche applicabili alla fattispecie, della congruità dell'istruttoria utilizzata per addivenire alla stessa, negli stessi rigorosi termini nei quali il diritto vivente ammette il sindacato della magistratura finanziaria sull'azione amministrativa » (241). Perché sia configurabile un danno erariale occorre poi che dai comportamenti posti in essere derivino effetti lesivi sul piano patrimoniale o quanto meno di « economica valutabilità » (242). A tal riguardo, la questione di fondo da considerare attiene essenzialmente alla configurabilità o meno di un sindacato, ancorché limitato, della Corte dei conti sulle scelte imprenditoriali compiute dagli amministratori di società a partecipazione pubblica. Pur rilevando il limite dell'insindacabilità delle scelte discrezionali, parte della dottrina ha ritenuto potersi dare una risposta positiva all'indicato interrogativo in base alla considerazione che, tenuto conto della giurisprudenza della Suprema Corte, è configurabile un sindacato del giudice contabile sull'esistenza di un rapporto di « ragionevole proporzionalità » tra costi e benefici, nonché sulla ragionevolezza dei mezzi impiegati in relazione agli obiettivi perseguiti, essendo tale verifica basata su valutazioni di legittimità e non di merito (243). Considerato, però, che le società a partecipazione pub-

22 febbraio 2006, n. 114 e Corte dei conti, Sez. giur. Lombardia, 17 luglio 2007, n. 414, in <http://www.corteconti.it>.

(241) Si v. Corte dei conti, Sez. giur. Lombardia, 4 marzo 2008, n. 135, cit. Pone, peraltro, in rilievo V. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*, 377, che lo scrutinio deve essere svolto *ex ante* « senza alcuna possibilità di confondere l'accettazione del rischio che appare, prima dell'avvio dell'attività, ragionevole secondo l'*id quod primumque accidit*, dei precedenti specifici o anche soltanto dell'assenza di dati ed elementi valutabili in senso contrario alla opportunità della scelta economica effettuata ».

(242) In tal senso Corte dei conti, Sez. III cent., 28 gennaio 2005, n. 32, in <http://www.corteconti.it>.

(243) Si v. sul punto M. MINERVA, *Danno derivante dalla cattiva gestione*

blica hanno pur sempre ad oggetto l'esercizio di attività economiche, assume specifico rilievo, anche con riferimento a queste, l'ulteriore limite dell'insindacabilità delle scelte imprenditoriali, fatta eccezione per i casi di palese irrazionalità o di contrarietà agli elementari principi di regolare amministrazione (244).

Da questo punto di vista il sindacato della Corte dei conti, riguardando scelte di carattere imprenditoriale, non può che essere ancorato a canoni oggettivi di natura economica, di talché non dovrebbe essere più penetrante di quello compiuto dal giudice ordinario (245). Sulla scorta di queste considerazioni deve dunque concludersi che sussiste un illecito amministrativo-contabile degli amministratori di società a partecipazione pubblica ogni qual volta le scelte compiute, da valutarsi sulla base degli indicati parametri, rivelino una non corretta gestione societaria. Se questi sono i limiti che incontra il sindacato del giudice contabile, gli indirizzi impartiti dal socio pubblico agli amministratori, per un verso, non debbono porsi in contrasto con i canoni di una corretta gestione societaria, e, per l'altro, allorché siano disattesi non sono di per sé considerati in grado di fondare la responsabilità amministrativa degli amministratori (246). Ne consegue, in definitiva, che la valutazione circa l'osservanza degli indirizzi impartiti, ovvero il conseguimento degli obiettivi di interesse pubblico predefiniti dal socio pubblico, su cui, come si è visto, si fonda l'affermazione dell'autonomia responsabilità « di risultato » degli amministratori di nomina pubblica, rimane distinta da quella che

delle società a partecipazione pubblica (ovvero per una società pubblica « sincera »), in <http://www.giustammi.it>, n. 6/2008.

(244) Si v. App. Genova, 5 luglio 1986, richiamata da M. MINERVA, *op. cit.*, il quale sottolinea come tale tipo « limitato » di sindacato potrebbe presumibilmente risolversi nella valutazione dell'elemento soggettivo, del grado di diligenza impiegato per giungere ad una determinata decisione.

(245) Ciò, anche laddove si condivida la prospettiva indicata da M. MINERVA, *op. cit.*, il quale ipotizza che la « funzionalizzazione societaria » debba indurre il giudice contabile a considerare anche parametri di altra natura, come la meritevolezza dell'interesse perseguito in concreto *ex art.* 1322, comma 2, c.c. Com'è, infatti, di tutta evidenza anche quest'ultima valutazione presuppone pur sempre il riferimento a canoni ascrivibili all'autonomia privata.

(246) Su quest'ultimo rilievo si v. anche: M. MINERVA, *op. cit.*

deve essere compiuta dai giudici contabili in sede di giudizio di responsabilità per danno erariale (247).

Da ultimo, va sottolineato che la dottrina e la giurisprudenza sono divise in ordine alla questione della possibile cumulatività tra azione erariale del procuratore presso la Corte dei conti e azioni di responsabilità sociale. Più precisamente, mentre secondo un certo indirizzo, l'azione erariale costituirebbe una forma di tutela « aggiuntiva », giustificata dalla specificità di quest'ultima, che risulta connessa all'esigenza di tutela delle funzioni e dei servizi pubblici, nei loro aspetti patrimoniali (248), secondo un altro orientamento l'azione pubblica di responsabilità intestata al PM contabile è « alternativa » (249) o « sostitutiva » (250) rispetto all'azione sociale di responsabilità *ex art.* 2393 ss. c.c., in ragione della esclusività della giurisdizione della Corte dei conti nelle materie di contabilità pubblica, *ex art.* 103, comma 2 Cost. (251).

7.1. Il comma 2 del nuovo art. 2449 c.c. stabilisce che gli amministratori nominati direttamente dall'ente pubblico nelle S.p.a. « chiuse » hanno i diritti e sono vincolati agli obblighi dei componenti del c.d.a. designati dall'assemblea dei soci; al pari di questi non possono rimanere in carica per più di un triennio e la scadenza dell'incarico coincide con il giorno in cui si tiene l'assemblea che conclude l'anno sociale approvandone il relativo bilancio. Il comma successivo dispone che anche la carica dei sindaci e dei consiglieri di sorveglianza abbia eguale termine massimo, omettendo però di indicare se anch'essi siano sottoposti agli

(247) Per l'affermazione che la responsabilità collegata alla gestione complessiva della società, ovvero per i risultati raggiunti dai titolari dei poteri di gestione, esula dall'ambito del sindacato del giudice contabile, si v. Corte dei conti, Sez. giur. Lombardia, 4 marzo 2008, n. 135, cit.

(248) In tal senso si v. C. CHIARENZA, *op. cit.*, 12, in termini sostanzialmente analoghi si v. anche M. MINERVA, *op. cit.*, 10 e G. MONTEDORO, *Società in house e responsabilità*, in <http://www.asstridonline.it>.

(249) Si v. Corte dei conti, Sez. giur. Lombardia, 4 marzo 2008, n. 135, cit., nonché V. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*, 357 s.

(250) In tal senso E.F. SCHULTZ, *op. cit.*, 25 s.

(251) Si v. Cass. sez. un., 22 ottobre 2007, n. 22059, in *Corr. giur.*, 2008, 239.

oneri a cui sono tenuti i membri scelti dall'assemblea. Una lettura di ordine sistematico induce a preferire un'estensione analogica della norma dettata per i soli amministratori: tutti i soggetti indicati dall'ente pubblico saranno dunque da ritenere esposti alla responsabilità per gli atti inerenti l'esercizio del rispettivo incarico (252).

Similmente l'ultimo comma del nuovo art. 2449 c.c. tace in merito agli obblighi degli amministratori, dei sindaci e dei consiglieri di sorveglianza, nominati in virtù dell'attribuzione di azioni speciali o di strumenti finanziari partecipativi emessi dalle società « aperte ». Anche nei confronti di questi soggetti sembra più corretto estendere la previsione dettata per i soli consiglieri di amministrazione delle S.p.a. « chiuse », alla luce della natura privata dei poteri di nomina (253), nonché del particolare rapporto che li lega alle società a partecipazione pubblica (254).

Al fine di delineare per sommi capi il quadro delle possibili fonti di responsabilità dei componenti gli organi sociali descritti dall'art. 2449 c.c., si rende però necessario evidenziare la portata derogatoria dell'art. 16-*bis*, inserito nel testo del d.l. n. 248/2007, conv. dalla l. n. 31/2008. Per dare un significato a quest'ultima disposizione, che può apparire a prima vista pleonastica, si deve concordare con quella parte della dottrina che ha posto in rilievo come la giurisdizione contabile si estenda non solo nei confronti degli amministratori e dei dipendenti, ma anche dei consiglieri di sorveglianza e forse anche dei sindaci (255) di società non quotate

(252) In tal senso si v. M. BERTUZZI, *op. cit.*, 209.

(253) Si v. *supra* §§ 3, 3.1, 3.2.

(254) Cfr. sul punto, A. PERCU, *op. cit.*, 1299; I. DEMURO, *op. cit.*, 585 s.; M.C. CORRADI, *op. cit.*, 935; C. CAVAZZA, *op. cit.*, 1711 ss.

(255) L'estensione della giurisdizione contabile nei confronti dei consiglieri di sorveglianza sembra giustificarsi a fronte del ruolo di indirizzo ricoperto nella gestione sociale (c.d. « alta amministrazione »), attuato a mezzo della nomina e della revoca dei consiglieri di gestione e della approvazione del bilancio, nonché, se previsto, a mezzo della approvazione delle operazioni strategiche e dei piani finanziari e industriali della società, *ex art.* 2409-*terdecies*, lett. *f-bis*), c.c. Incerta appare, invece, la configurabilità di tale responsabilità in capo ai sindaci, che non esercitano neppure indirettamente una funzione di indirizzo sugli amministratori. Essi rispondono, tuttavia, in solido con gli amministratori qualora si dimostri che il

a partecipazione pubblica anche minoritaria, ricomprendendo così nel novero anche i componenti gli organi delle s.p.a. c.d. « chiuse » o aventi azioni o altri strumenti finanziari diffusi fra il pubblico in maniera rilevante (256). Queste ultime sembrano, dunque, essere poste dal legislatore sullo stesso piano delle s.p.a. con azioni scambiate sui mercati regolamentati controllate da un ente pubblico, anche indirettamente (257), a mezzo di una quota di maggioranza assoluta (258).

Al momento, pertanto, l'unica partecipazione di un ente pubblico che appare formalmente un impegno economico di tipo « privato », sottoposto quindi interamente alle logiche del diritto comune (259), è da individuarsi in una quota minoritaria in una S.p.a. quotata in borsa (260). In questa ipotesi, anche gli amministratori nominati direttamente dall'ente pubblico sono dunque sot-

danno prodotto si sarebbe potuto evitare se avessero adempiuto ai propri obblighi di controllo, ex art. 2407 c.c. Tale *culpa in vigilando* si somma, dunque, alla responsabilità professionale dei *manager* e sembra quindi più corretto che, producendo un unitario danno all'erario, essa venga esaminata dal giudice contabile.

(256) Cfr., in tal senso, E.F. SCHULTZER, *op. cit.*, 20 ss.; C. CHIARENZA, *op. cit.*, 11.

(257) Oltre ad un controllo attuato a mezzo di una concatenazione tra società, non sembra doversi escludere il controllo esercitato a mezzo di un sindacato di voto *et/o* di blocco, ex art. 122 t.u.f., comprendente non necessariamente solo enti pubblici, ma anche investitori privati.

(258) Non è chiaro se tale conclusione sia riferibile al caso in cui lo Stato o l'ente pubblico controllino la s.p.a. a mezzo di una quota di maggioranza relativa, ovvero inferiore alla metà più una delle azioni con voto pieno (si noti che l'ipotesi descritta non esaurisce i possibili casi in cui il controllo non sia legato ad un investimento maggioritario, stante la possibile emissione di azioni a voto limitato). Denunciano la natura prevalentemente "formale" delle dimissioni delle partecipazioni pubbliche operate nella maggior parte degli Stati europei V. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*, 323 ss., e G.C. SPATTINI, *op. cit.*, 308.

(259) Cfr. A. PERCUTI, *op. cit.*, 1296 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*, 348 e, per un rilievo critico, F.G. SCOCCA, *op. cit.*, 245 s. e nota 12, il quale ricorda che "secondo il Consiglio di Stato, nemmeno la quotazione in borsa comporta una privatizzazione in senso sostanziale". Sul punto cfr. anche G. OPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 165 s.; M. BERTUZZA, *op. cit.*, 213.

(260) Si v., tuttavia, la lettera aperta dei consiglieri indipendenti dell'ENI S.p.a., di denuncia di un uso « pubblico » della società, attuato anche a mezzo di tassazioni *ad hoc* e di direttive gestionali, pubblicata in *l'Espresso*, 5 febbraio 2009, 27. Sul punto si v. l'analisi di G. MIRARRO, *Ma l'ENI è davvero una società privata?*, in <http://www.lavoce.info>, 13 febbraio 2009.

toposti alla responsabilità solidale per violazione dei doveri nascenti dalla legge o dallo statuto nei confronti della società, ex art. 2392 c.c. (261); essi, pertanto, saranno tenuti a risarcire solidalmente (262) il danno nascente da un comportamento non sufficientemente diligente ai sensi dei commi 1 e 2, o derivante dal non aver agito in modo informato, ex art. 2381, comma 6, c.c. (263). Allo stesso modo, gli amministratori risponderanno anche per non aver impedito la produzione di un evento pregiudizievole alla società di cui avessero conoscenza o per non essersi impegnati, quantomeno, a ridurre gli effetti negativi (264). A temperare quest'ampia responsabilità soccorre, tuttavia, il criterio della valutazione delle specifiche competenze del singolo amministratore (265) e della natura dell'incarico assunto, a cui si affianca

(261) La relativa azione dovrà essere approvata dall'assemblea ordinaria, ex art. 2393, comma 1, c.c., con i *quorum* previsti dagli art. 2368, comma 1, e 2369, comma 3, c.c., oppure dovrà essere votata favorevolmente da una minoranza azionaria di un quinto o di un quarantesimo nelle c.d. società aperte, ex art. 2393-bis, commi 1 e 2, c.c. L'azione di responsabilità potrà essere esperita anche dal collegio sindacale, con un voto favorevole di almeno due terzi dei suoi componenti, ex art. 2393, comma 4, c.c.

(262) Per V. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*, 355, l'applicabilità di tale forma di responsabilità non sembra investire gli amministratori di nomina pubblica ex art. 1, comma 1-*quater*, l. n. 20/1994.

(263) Sulla estensione di tale obbligo nei confronti degli amministratori non esecutivi e sul loro potere-dovere di richiedere informazioni agli organi delegati, nonché di verificarne l'esattezza e verità, cfr., ex multis, G.F. CAMERASSO, *op. cit.*, 378 s. e nota 60. Sottolinea, a questo riguardo, i vantaggi offerti dal sistema dualistico, e, in particolare, il potere dei consiglieri di sorveglianza di revocare i consiglieri di gestione in caso di inadempimento del dovere informativo, A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 853.

(264) È discusso se tale azione sussista qualora sia prevista la giurisdizione contabile: cfr. E.F. SCHULTZER, *op. cit.*, 26; P. NOVELLA, L. VENTURINI, *op. cit.*, 646 ss.; M. ANTONIOLI, *op. cit.*, 221 ss.; A. GUACCERO, *op. cit.*, 848.

(265) Competenze che, secondo A. GUACCERO, *op. cit.*, 860, per gli amministratori indicati dall'ente pubblico, in ragione dello speciale meccanismo di nomina, dovrebbero essere più elevate in quanto tali soggetti sarebbero chiamati gestire le compagini miste contemperando l'interesse pubblico con gli interessi degli azionisti privati. Si v. in tal senso il particolare requisito di professionalità previsto dal comma 734 dell'art. 1 della l. finanziaria 2007, previsto per gli amministratori delle società miste partecipate da enti pubblici locali: cfr. F. FRACCHIA, *La prima lettura*

l'esclusione di un obbligo risarcitorio solidale per gli atti compiuti dai componenti del comitato esecutivo o da uno o più membri del c.d.a. assegnatari di specifiche funzioni (266). Tale precisazione circa il regime di responsabilità solidale a cui sono sottoposti gli amministratori potrà rivelarsi particolarmente utile qualora si proceda alla nomina pubblica di amministratori non esecutivi che abbiano la funzione di assicurare un controllo pubblico interno sulla società. La previsione si lega alla mancanza di un obbligo risarcitorio in capo all'amministratore che, esente da colpa, faccia annoverare il proprio dissenso in merito alla singola operazione e ne dia immediato avviso per iscritto al collegio sindacale, in persona del suo presidente, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2392 c.c. (267).

Gli oneri informativi degli amministratori si estendono anche all'esplicitazione dei possibili interessi di cui l'amministratore può essere portatore diretto o per conto di terzi, compresi dunque quelli dell'ente pubblico che lo ha nominato; tale obbligo dovrà attuarsi a mezzo di una comunicazione dettagliata circa la natura, i termini, l'origine e la portata degli stessi rivolta agli altri amministratori nonché al collegio sindacale. Da questo dovere e dall'obbligo di astensione dell'amministratore coinvolto (268) discende l'onere del c.d.a. di assumere la relativa delibera motivando le ragioni e la convenienza dell'operazione per la s.p.a., pur in presenza dell'interesse altrui, ex art. 2391, comma 2, c.c. (269).

Inoltre, i consiglieri di nomina pubblica nelle S.p.a. « aperte » potrebbero essere tenuti ad adottare i più opportuni provvedimenti

del comma 734 della L. 27 dicembre 2006, n. 296 e della Circolare 13 luglio 2007, in *Società*, 2008, 137 ss.

(266) Per un esame dell'applicabilità di tali criteri anche al giudizio contabile, si v. P. NOVELLI, L. VENTURINI, *op. cit.*, 667 ss.

(267) L'ipotesi riveste una particolare importanza laddove l'amministratore di nomina pubblica rivesta il ruolo di semplice « guardiano » del rispetto delle obbligazioni sociali assunte nell'interesse pubblico, nonché quando le deleghe operative siano concentrate nelle mani del presidente del c.d.a. o di altro componente, ai sensi dell'art. 3, comma 12, lett. b) e d), L. 244/2007, come modificato dall'art. 19, commi 7 e 8, l. 3 agosto 2009, n. 102.

(268) In questo senso cfr. M. BERTUZZI, *op. cit.*, 219 s.

(269) Cfr. M.T. CIRENEL, *op. cit.*, 51 s.

al fine di assicurare la trasparenza e la correttezza, anche procedurale, delle operazioni realizzate, eventualmente a mezzo delle società controllate, con l'ente pubblico, allorché quest'ultimo risulti inquadrabile quale parte correlata ai sensi dell'art. 2391-bis c.c. (270). Non è chiaro, infatti, almeno secondo l'attuale disciplina, se tale qualifica sia attribuibila anche ad un ente pubblico socio o possessore degli strumenti finanziari partecipativi: l'obbligo di buona fede e trasparenza che sta alla base della norma descritta sembrerebbe tuttavia richiedere una risposta affermativa (271).

Permane, invece, come si è visto, quale deroga espressa al diritto comune la limitazione alla possibilità di revocare gli amministratori direttamente nominati. Rispetto alla precedente formulazione dell'art. 2449 c.c., la riserva è dettata, tuttavia, solamente a favore del socio pubblico delle s.p.a. « chiuse ». Una simile previsione sembra, pertanto, essere venuta meno con riferimento alle s.p.a. accedenti al mercato del capitale di rischio. Oltre all'automatica caducazione, quale conseguenza di un voto favorevole all'azione di responsabilità espresso da tanti soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale ex art. 2393, comma 5, c.c. (272), la nuova norma consente, dunque, la deliberazione di

(270) Le operazioni dovrebbero inoltre essere rese note nella relazione sulla gestione. L'attuale disciplina è contenuta nell'art. 71-bis del c.d. Regolamento Emissioni (delibera Consob n. 11971 del 14 maggio 1999 e successive modifiche). Parti correlate dovrebbero essere considerati i soggetti indicati dal principio contabile internazionale IAS24, secondo quanto prevede la bozza di regolamento predisposta dalla Consob e diffusa in data 9 aprile 2008 (reperibile in <http://www.consob.it>): fra questi occorre comunque rilevare che non si rinviene una indicazione diretta alla categoria degli enti pubblici.

(271) A sostegno di tale lettura, si consideri anche l'obbligo di motivazione analitica delle decisioni assunte dagli organi della società sottoposta ad attività di direzione e coordinamento, ex art. 2497-bis c.c.

(272) L'applicabilità di una simile norma non sembra essere mai stata posta in discussione dalla dottrina pubblicistica, in quanto l'azione di responsabilità si ritiene rientri nel « rapporto che lega l'amministratore, nella sua concreta attività dirigenziale ed esecutiva, alla società », si v. F.A. ROVERESI MONACO, *op. cit.*, 275. Similmente, non sembrano più esservi dubbi sulla possibilità che, in caso di denuncia al tribunale di gravi irregolarità commesse dagli amministratori su iniziativa di tanti soci che rappresentino le quote di capitale indicate dal comma 2 dell'art. 2409 c.c. (ovvero un decimo del capitale sociale nelle società « chiuse », o un ventesimo

revoca, anche senza giusta causa, di uno o più consiglieri da parte della assemblea (273). A favore di questa interpretazione si pone la considerazione che il rischio che la maggioranza privata possa modificare la volontà espressa dall'ente pubblico (274) trova, comunque, un efficace argine nella conservazione in capo a quest'ultimo del potere di nomina del nuovo amministratore (275). Tuttavia, tanto la delibera assembleare di revoca, quanto la decadenza automatica derivante dall'azione sociale di responsabilità potrebbero, forse, essere ritenute sottoposte ad una approvazione da parte dell'ente pubblico, pena l'inefficacia delle stesse ai sensi dell'art. 2376 c.c. (276).

nelle società « aperte », l'autorità giudiziaria, qualora si accertino tali fatti, possa revocare gli amministratori, o anche i sindaci, nominando contestualmente un amministratore giudiziario, ex art. 2409, comma 4, c.c. Sul punto cfr. A. PERCU, *op. cit.*, 1311; M. BERTUZZI, *op. cit.*, 223.

(273) In questo caso sussiste, peraltro, l'obbligo di risarcire i danni sofferti dall'amministratore revocato senza giusta causa, ex art. 2383, comma 3, c.c.: si v. sul punto: V. SALATA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, in *Società*, 2001, 775; F. GALGANO, *Il nuovo diritto delle società*, *op. cit.*, 450.

(274) In tal senso, analizzando il vecchio testo dell'art. 2449 c.c., M. BERTUZZI, *op. cit.*, 219.

(275) Si v. A. PERCU, *op. cit.*, 1298 e nota 27 e 1308 ss., anche per riferimenti alla precedente dottrina. Per evitare un uso distorto del voto assembleare di revoca potrebbe comunque essere utile inserire nello statuto la c.d. clausola *simul stabunt, simul cadent*, al fine di provocare lo scioglimento dell'intero consiglio. Per il problema di una eventuale cooptazione dell'amministratore di nomina pubblica mancante ex art. 2386, comma 2, c.c., si v. anche R. ROSSO, *op. cit.*, 428.

(276) L'articolo recita, infatti, che: "Se esistono diverse categorie di azioni o strumenti finanziari che conferiscono diritti amministrativi, le deliberazioni dell'assemblea, che pregiudicano i diritti di una di esse, devono essere approvate anche dalla assemblea speciale degli appartenenti alla categoria interessata". La norma potrebbe dunque essere interpretata estensivamente, in modo da abbracciare oltre alle modifiche al "diritto amministrativo" in sé, anche le decisioni assembleari che possano incidere sull'esercizio dello stesso. Per un esame della questione e per riferimenti alle differenti correnti dottrinali, si rinvia a A. STAGNO D'ALCONTRÉS, *Art. 2376 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, I, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 2375 s. Si noti che il riferimento alla assemblea speciale, operato dall'art. 2376, comma 1, c.c., non pregiudica la possibilità che gli strumenti finanziari partecipativi possano essere emessi anche in singoli esemplari. Il metodo assembleare sarà, infatti, applicato sia nel caso della emissione di azioni speciali, sia nel caso l'operazione di finanziamento partecipativo, ex art. 2346, comma 6, c.c. venga frammentata in molteplici *cartulae*.

Accanto alla responsabilità nei confronti della società, ove operante, sono configurabili altre due forme di responsabilità dei consiglieri di amministrazione: quella nei confronti dei creditori sociali per violazione degli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale quando lo stesso risulti insufficiente ex art. 2394 c.c., e quella per i danni provocati a singoli soci o terzi per atti dolosi o colposi commessi nell'esercizio della funzione gestoria, ex art. 2395 c.c. La prima forma di responsabilità sembra sostanzialmente rientrare in un rapporto di tipo contrattuale (277) fra l'amministratore-organo della società e il creditore di quest'ultima (278); la seconda ha natura sostanzialmente extraccontrattuale (279). Entrambe potranno trovare applicazione nei confronti degli amministratori delle società quotate partecipate minoritariamente da un ente pubblico, mentre non è chiaro se le stesse possano essere esercitate nei confronti dei componenti dei c.d.a. delle restanti s.p.a. a capitale misto (280).

(277) In tal senso cfr., ex multis: F. BONELLI, *Gli amministratori della società per azioni dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 208 s.; G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 384. Ritengono, invece, che detta responsabilità sia di tipo extraccontrattuale, inquadrabile al pari di una lesione del credito, F. GALGANO, *Il nuovo diritto delle società*, cit., 283, e F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2004, 293.

(278) Dibattuta rimane in dottrina la questione se l'azione sia autonoma rispetto a quella individuata dall'art. 2393 c.c., oppure se abbia natura surrogatoria. A favore della prima tesi (sostenuta, ad es., da G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 384; F. GALGANO, *op. cit.*, 284) milita la considerazione che l'azione può essere esercitata anche se la società rinuncia ad esercitare l'azione nei confronti degli amministratori, a favore della seconda si pone il fatto che se il danno è risarcito a seguito dell'esercizio dell'azione sociale e il patrimonio viene reintegrato l'azione dei creditori non può essere esperita e che in caso di transazione fra la società e gli amministratori i creditori possono esperire unicamente l'azione revocatoria ex art. 2901 c.c., se ne ricorrono i presupposti (in tal senso S. PESCATORE, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2006, 292). In quest'ultimo caso ai creditori potranno essere opposte tutte le eccezioni che gli amministratori possono opporre alla società e il risarcimento del danno subito avverrà solo indirettamente, a seguito della reintegrazione del patrimonio sociale.

(279) Per una analisi della natura dell'azione si v., ex multis, S. PESCATORE, *op. cit.*, 293 s.

(280) Per C. CHIARENZA, *op. cit.*, 12, l'azione di responsabilità erariale non si sostituisce a quella descritta dall'art. 2393 c.c., né a quelle previste dagli artt. 2393-bis e 2395 c.c. Tale lettura sembra doversi preferire qualora l'azione erariale si riveli non essere destinata, come sembra, a ripristinare direttamente il patrimonio

Fattispecie di responsabilità in parte simili a quelle indicate sono dettate anche per i sindaci, nonché per i consiglieri di sorveglianza di nomina pubblica. Anche nei loro confronti l'art. 2449, comma 2, c.c. prevede una estensione dei diritti e dei doveri dei sindaci di nomina assembleare. Sebbene l'equiparazione operi solo per i componenti degli organi di controllo delle s.p.a. non accedenti ai mercati regolamentati, pare comunque corretto estendere la portata della previsione anche nei confronti dei componenti designati dagli enti pubblici all'interno s.p.a. « aperte », per le ragioni esposte in precedenza in merito ai doveri ricadenti sugli amministratori delle medesime compagini.

I sindaci così nominati saranno dunque responsabili anch'essi per non aver compiuto i loro compiti con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico assunto (281), oltre che per l'eventuale falsità delle attestazioni rilasciate, nonché per la violazione dell'obbligo di riservatezza in merito alle notizie e ai documenti di cui possano aver avuto conoscenza nello svolgimento dell'ufficio, *ex art. 2407, comma 1, c.c.*

Il medesimo criterio di diligenza dettato per i componenti del collegio sindacale dovrà applicarsi anche ai consiglieri di sorveglianza, che, ai sensi dell'art. 2409-*terdecies*, comma 3, c.c., sono responsabili anche solidalmente dei danni prodotti dalle azioni od omissioni imputabili ad altro consigliere, qualora si dimostri che il nocumento si sarebbe potuto evitare a fronte di una corretta vigilanza. A differenza dei membri del collegio sindacale designati direttamente nelle s.p.a. « chiuse », i consiglieri di sorveglianza potranno essere revocati dal solo ente pubblico anche in assenza di una giusta causa, salvo il risarcimento del danno, *ex art. 2449, comma 2, c.c. (282).*

sociale, né ad offrire un diretto risarcimento ai soci e ai terzi creditori danneggiati dagli amministratori di una s.p.a. a capitale misto.

(281) Sul necessario soddisfacimento dei requisiti di professionalità anche dei sindaci nominati direttamente dall'ente pubblico, si v. M. BERTUZZI, *op. cit.*, 214 s.

(282) Pur in assenza di una diretta previsione nelle s.p.a. « aperte », la revoca dei sindaci indicati direttamente dall'ente pubblico potrebbe forse essere intesa come un potere riservato a quest'ultimo, al fine di evitare che la maggioranza

In conclusione occorre segnalare il recente intervento correttivo operato dall'art. 19, comma 6, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, conv. con mod. dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, in merito alla responsabilità degli enti pubblici per i danni prodotti dall'attività di direzione e coordinamento *ex art. 2497 c.c. (283)*, attività che può essere esercitata a mezzo dei soggetti nominati direttamente ai sensi dell'art. 2449 c.c. (284).

assembleare possa tentare di modificare le nomine con una deliberazione di revoca approvata dal tribunale *ex art. 2400, comma 2, c.c.* Tale conclusione non sembrerebbe comunque escludere che anche la decisione presa dall'ente pubblico — data anche la sostanziale natura di atto privato della stessa — debba avere una giusta causa e sia sottoponibile a verifica dell'autorità giudiziaria, al fine di evitare che la stessa possa essere utilizzata per indebolire il controllo operato dal sindaco sulla S.p.a. partecipata. Sul punto cfr. anche V. SALAFI, *op. cit.*, 775 s.; M. BERTUZZI, *op. cit.*, 222. Tuttavia, come già evidenziato in merito alla revoca degli amministratori, l'interpretazione restrittiva proposta appare eccentrica, data la necessità di una giusta causa che sorregga la delibera assembleare — la cui esistenza sarà vagliata giudizialmente — e tenuto conto che permangono in capo all'ente il diritto alla nomina del nuovo sindaco. Sulla natura della giusta causa e sui problemi connessi alla nomina di sindaci supplenti di nomina pubblica, cfr. A. PERCU, *Artt. 2449-2450 c.c., op. cit.*, 1310 e 1313. L'Autore evidenzia in particolare come vi sia il rischio che, in assenza di una indicazione pubblica di alcuni sindaci supplenti, i posti lasciati liberi all'interno del collegio sindacale possano essere occupati da sindaci supplenti di nomina assembleare. In realtà stante l'individuazione diretta dei sindaci di nomina pubblica, il pericolo di una prolungata vacanza del seggio sembra alquanto ridotto.

(283) La dottrina maggioritaria sembra ricondurre tale responsabilità alla fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., richiedendo, pertanto, un più stringente regime di prova ai fini della sua dimostrazione.

(284) In particolare l'art. 2497 c.c. dispone che « Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette ». A questa prima disposizione il secondo e il terzo comma dell'art. 2497 c.c. aggiungono che « Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio » e che « Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento ».

Riferendosi alla generica nozione di "ente", l'art. 2497 c.c. sembrava, infatti, poter essere riferito all'ipotesi in cui un qualsiasi ente pubblico fosse divenuto titolare di una partecipazione societaria (285), eventualmente posseduta anche a mezzo di una *holding* (286). Secondo questa interpretazione l'ente pubblico pareva, dunque, poter essere chiamato a risarcire il danno prodotto ogniquale volta i soci (287) o i creditori della s.p.a. controllata, non ottenendo un risarcimento da parte di quest'ultima o, indirettamente, a mezzo dei c.d. vantaggi compensativi prodotti dall'attività del gruppo di società evocati dalla seconda parte del comma 1 dell'art. 2497 c.c., fossero riusciti a dimostrare che l'ente avesse sfruttato la posizione di controllo per fini extrasociali (288).

Ciò sembrava possibile non solo quando l'influenza dominante (289) fosse stata esercitata a mezzo della nomina in via diretta di una parte degli amministratori da parte del socio pubblico, ex

(285) In tal senso C. Ibaa, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 6 s.; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 335; R. RORDORF, *op. cit.*, 426; M. ATTELLI, C. D'ARIES, *op. cit.*, 356; M.T. CIRENEL, *op. cit.*, 52 s.

(286) Si v. gli esempi riportati in M. ATTELLI, C. D'ARIES, *op. cit.*, 344 ss.

(287) Si noti che a questi ultimi è riconosciuto anche il diritto di recesso nel caso sia stata pronunciata una sentenza di condanna esecutiva nei confronti di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento, ex art. 2497-*quater*, lett. b), c.c.

(288) Non sembrava potersi opporre all'applicazione della norma la natura imprenditoriale dell'interesse richiamato dall'art. 2497, comma 1, c.c. Quest'ultimo, infatti, può essere interpretato estensivamente fino a comprendere l'interesse pubblico; come sottolinea A. PERCU, *op. cit.*, 1301, "l'interesse dell'ente pubblico in quanto tale (ed anche se socio) è di per sé *extra-sociale*". *Contra* P. MONTALENTI, *op. cit.*, 337. La responsabilità dell'ente pubblico sembra, inoltre, poter essere facilmente rinvenuta applicando il secondo comma dell'art. 2497 c.c., che rende responsabile chi abbia tratto beneficio consapevolmente dal fatto lesivo, non necessariamente prendendovi parte. Sul punto cfr. C. Ibaa, *op. cit.*, 9 ss.; F. GUERRERA, *op. cit.*, 690, nonché A. GUACCERO, *op. cit.*, 849.

(289) Si noti, infatti, che, ai sensi dell'art. 2497-*sexies* c.c., l'attività di direzione e coordinamento è presupposta in presenza dell'obbligo di redazione del bilancio consolidato, nonché qualora sia esercitato un controllo sulla società ai sensi dell'art. 2359 c.c. Quest'ultima norma prevede che tale influenza si attui mediante il possesso del pacchetto azionario di maggioranza assoluta o relativa, ovvero in virtù di vincoli contrattuali che pongono la società sotto l'altro dominio, quali potrebbero essere, ad es., le condizioni al prestito contenute negli strumenti finanziari partecipativi: si v. *supra* § 6.

art. 2449, commi 1 e 4, c.c., ma anche ove il controllo fosse stato assicurato, come suggerito, in virtù dell'esercizio dei diritti connessi agli strumenti finanziari partecipativi di diritto comune, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2346, comma 6, e 2351, comma 5, c.c., associati o meno al possesso di una quota sociale.

Tale lettura pare essere stata confermata in parte dall'interpretazione autentica resa dal legislatore a mezzo dell'art. 19, comma 6, cit. Con questa disposizione il legislatore si è, infatti, limitato a restringere il campo di applicazione del solo primo comma dell'art. 2497 c.c., imponendo che lo stesso debba essere letto « *nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica e finanziaria* ».

Oltre alla responsabilità degli enti pubblici economici, sembra quindi permanere la responsabilità ex art. 2497, comma 1, c.c. degli enti territoriali regionali e locali che vengono a detenere partecipazioni sociali unicamente a fine di investimento, nonché la responsabilità di qualsiasi ente pubblico, compreso lo Stato, che ottenga benefici da società direttamente controllate ai sensi dell'art. 2497, comma 2, c.c.