

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE E
STATISTICHE**



**DOTTORATO DI RICERCA IN RAPPORTI GIURIDICI TRA
PRINCIPI COMUNITARI, COSTITUZIONALI ED
INTERNAZIONALIZZAZIONE DEL MERCATO**

XI CICLO

**TESI DI DOTTORATO IN
DIRITTO COMMERCIALE**

***LA NOMINA E LA REVOCA DEGLI AMMINISTRATORI
NELLE SOCIETÀ MISTE***

**Tutor:
Prof. *NICOLA ROCCO DI TORREPADULA***

**Candidata:
Dott.ssa *MICAELA CHECHILE***

ANNO ACCADEMICO 2014/2015

Al mio piccolo Grande
amore Antonio
diciotto mesi dopo

INDICE

INTRODUZIONE	p.	I
--------------	----	---

CAPITOLO PRIMO

Principi e norme delle società per azioni a partecipazione pubblica. Il diritto comune e la compatibilità con l'ordinamento comunitario

1.1. Il quadro normativo originario	p.	1
1.2. La società a partecipazione pubblica dagli anni '90 alla riforma societaria del 2003. L'istituto della <i>golden share</i>	p.	3
1.3. L'incompatibilità con l'ordinamento comunitario dei poteri speciali in capo ai soci pubblici. La violazione degli artt. 43 CE e 56 CE	p.	14
1.4. <i>Segue.</i> Il possibile controllo sproporzionato	p.	24
1.5. L'art. 2449 c.c. come modificato dalla l. 25 febbraio 2008, n. 34	p.	26
1.6. Il principio di proporzionalità tra partecipazione e controllo nelle società "chiuse"	p.	31
1.7. <i>Segue.</i> Il mancato richiamo del principio di proporzionalità con riferimento alle società a partecipazione pubblica che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio	p.	34
1.8. L'assenza di previsioni di carattere "transitorio"	p.	43

CAPITOLO SECONDO

La nomina pubblica diretta alle cariche sociali. Aspetti derogatori del diritto comune.

2.1 La nomina degli amministratori. Deroga non già al "principio maggioritario", ma al "principio della competenza assembleare" alla nomina alle cariche sociali	p.	46
2.2 Il potere speciale di nomina pubblica diretta dei componenti l'organo amministrativo	p.	58

2.3	Natura dell'atto di nomina e del rapporto tra ente nominante e amministratore	p.	65
2.4	Il funzionamento degli organi di amministrazione e controllo	p.	72
2.5	Limiti alla composizione degli organi sociali. I compensi	p.	77
2.6	<i>Segue. Prorogatio</i> , sostituzione e cooptazione degli amministratori di nomina pubblica	p.	91
2.7	L'interesse sociale e l'interesse extra-sociale dei membri di nomina pubblica	p.	98
2.8	<i>Segue. Lo scopo di lucro</i>	p.	105

CAPITOLO TERZO

La revoca degli amministratori nominati da enti pubblici

3.1	Natura dell'atto di revoca. Premesse generali e sistematiche	p.	114
3.2	Giusta causa di revoca, risarcimento del danno e la sua liquidazione	p.	121
3.3	L'operatività del c.d. <i>spoil system</i> nel caso di revoca degli amministratori nominati in società partecipate da enti pubblici	p.	133
3.4	L'applicabilità o meno della revoca giudiziale <i>ex art. 2409 c.c.</i>	p.	136
3.5	Revoca <i>ex lege</i> disposta dall'art. 2393, 5° comma, c.c.	p.	145

	OSSERVAZIONI CONCLUSIVE	p.	149
--	-------------------------	----	-----

	BIBLIOGRAFIA	p.	156
--	--------------	----	-----

INTRODUZIONE

Il tema delle società miste costituisce da sempre un terreno dai confini incerti, sia per la compresenza di norme di diritto privato e di diritto pubblico che ne regolano la disciplina, sia per la circostanza che essendo titolare di una partecipazione sociale un ente pubblico si ritiene dubbia l'individuazione delle regole in concreto applicabili¹.

Da qualche anno, si registra un caotico susseguirsi di provvedimenti volti ad affrontare specifici problemi privi di una visione d'insieme, determinando una legislazione frammentaria e contraddittoria, difficile da ordinare e coordinare con il sistema del diritto societario.

Nel percorso che si seguirà per l'individuazione della disciplina applicabile alle società a partecipazione pubblica, non verrà affrontato il tema delle società cd. "legali"², in cui è la legge stessa a definire l'ambito di applicazione e il funzionamento, salvo il rinvio a quelle disposizioni codicistiche non espressamente derogate o, comunque, non incompatibili con l'origine legale degli enti.

Verranno tralasciate anche le ipotesi delle società di diritto

¹ ROSSI, *Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, 1.

² Secondo IBBA, *Società "legali"*, Torino, 1992, 8-9, le società legali ovvero "quegli enti situati ai confini dell'area societaria, la cui costituzione sia stata prevista e in qualche modo sollecitata da un apposito intervento legislativo [...]" sono società a partecipazione pubblica, tuttavia non è vero il contrario e cioè che ogni società a partecipazione pubblica è una società legale, con la conseguenza che le due fattispecie vanno tenute distinte, in quanto danno luogo a problematiche differenti.

“speciale”³, in cui lo scopo loro assegnato o in concreto perseguito rispetto alla finalità societaria tipica fissata dall’art. 2247 c.c. è da ritenersi alterata e talvolta sacrificata. La specialità può, comunque, concernere anche altri profili, attinenti non alla causa, ma alla struttura organizzativa della società.

Il lavoro è stato articolato in tre capitoli, dei quali il primo ha natura essenzialmente ricostruttiva, mentre gli altri due affrontano i temi centrali oggetto dell’indagine svolta.

Nel primo capitolo si è descritta la disciplina applicabile alle società a partecipazione pubblica, attraverso un breve *excursus* degli interventi legislativi più salienti in materia.

A ben vedere, sia il codice civile del 1942 sia la riforma societaria del 2003 hanno dedicato specificamente alle società a partecipazione pubblica solo tre norme dei 150 articoli relativi alla società per azioni in genere, e ciò non per una scarsa attenzione al fenomeno⁴. E’ stato osservato che tale *ratio* va individuata nella circostanza che il legislatore avesse voluto, *inter alia*, sin dal principio, equiparare le società con partecipazione azionaria pubblica a quelle sottoposte a controllo privato, sottoponendo

³ IBBA, *Società “legali”*, cit., 13; MARASA, *Società sportive e società di diritto speciale*, in *Riv. soc.*, 1982, 493 e ss.; VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, 9 ss..

⁴ Secondo GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, a cura di GALGANO, Padova, 2003, 439, il legislatore dedica alle società partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici solo poche disposizioni (2449-2451) perché “lo scopo era quello di assoggettare le società in mano pubblica, salvo quanto disposto dalle deroghe espressamente previste dal codice, alla medesima disciplina applicabile alla società in mano privata”.

anche le prime alle regole proprie delle società per azioni⁵.

Pur se stringata, la disciplina contenuta negli articoli 2449, 2450 e 2451 c.c., che riprendono senza sostanzialmente innovare quanto in precedenza disposto dagli articoli 2458, 2459, 2460 c.c., ha rappresentato uno dei più dibattuti temi della dottrina⁶ tanto pubblicistica che privatistica.

In base all'art. 2449 c.c. lo statuto può conferire allo Stato o ad enti pubblici che abbiano partecipazioni in società per azioni la possibilità di nominare uno o più amministratori⁷, che potranno essere revocati solo dall'ente che li ha nominati e avranno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea, salvo leggi speciali⁸.

⁵ Nella *Relazione al codice civile* veniva sottolineato come “in questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici”.

⁶ Tra gli altri, si v. ABBADESSA, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi ed ipotesi)*, in *Impr. amb. e P.A.*, 1975, 369; ASCARELLI, *Controllori e amministratori nell'anonima di Stato*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, 284 ss.; BONELLI, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 510 e ss.; MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 1954, 712 e ss.; ID., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1955-1956, 14 ss.; ID., *La revoca dei sindaci “designati” dallo Stato (in tema di sindaci RAI)*, in *Le società*, 2004, 273 e ss.; CAGNASSO - IRRERA, *Società con partecipazione pubblica*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, dir. da BIGIAMI, Torino, 2a ed., 1990, 18 ss.; ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1968, 258 e ss.; SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, in *Le società*, 2001, 773 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458 c.c.*, in *Foro Amm.*, 1984, 565 e ss..

⁷ Con l'introduzione di sistemi di amministrazione delle società per azioni alternativi a quello tradizionale, l'art. 2449 testualmente richiama alla possibilità di nomina di amministratori, sindaci o componenti del *consiglio di sorveglianza*.

⁸ Così IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società “pubbliche”*, a cura di IBBA, MALAGUTI e MAZZONI, Torino, 4. Si tratta di una

Nettamente in contrasto rispetto alla disciplina comune si pone l'art. 2450⁹ c.c., che fonde i precedenti artt. 2459 e 2460 c.c.. In particolare, tale norma disciplina l'ipotesi in cui l'ente pubblico interviene nella società in assenza di qualsiasi partecipazione capitalistica pur essendo a questi riservata la nomina di uno o più amministratori o sindaci. Si tratta, in tal caso, di una deviazione notevole dallo schema principe della società, vale a dire la nomina degli amministratori prescinde in parte o del tutto da una delibera dell'assemblea, bastava infatti che una legge o uno statuto lo prevedessero.

Queste disposizioni, che rappresentano una deroga rispetto alla norme di diritto comune, sono state ritenute non conformi ai principi del diritto comunitario, tanto che fra il 2007 e il 2008 è stata in parte smantellata con l'abrogazione¹⁰ dell'art. 2450 c.c., e in parte attenuata con la novella dell'art. 2449 c.c.¹¹ per renderlo

delle modifiche apportate al testo dell'art. 2449 c.c. dalla riforma del 2003, la cui *ratio* sarebbe quella di circoscrivere alla sola norma di rango legislativo il potere derogatorio di liberare gli amministratori di nomina pubblica dai doveri propri degli amministratori ed in particolare dall'obbligo di gestire la società in coerenza con il suo scopo legale tipico e non con scopi diversi e con esso confliggenti eventualmente perseguiti dal socio pubblico che li ha nominati.

⁹ FRE², *Società per azioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA, BRANCA, Bologna-Roma, 1997, 729. *Contra*, ROSSI, *Profili giuridici delle società a partecipazione statale*, Milano, 1977, 252, secondo cui la partecipazione della P. A. alla società non altera in alcun modo la struttura formale dell'ordinamento sociale, nonostante le deroghe previste dagli artt. 2458 e ss. del c.c..

¹⁰ Norma abrogata adonta dell'art. 3, comma 1, d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito in l. 11 aprile 2007, n. 84.

¹¹ L'art. 2449 c.c. è stato ritenuto in contrasto con l'art. 56 Trattato CE in quanto, consentendo allo statuto di attribuire a un soggetto pubblico poteri più

conforme ai principi comunitari.

Secondo il nuovo testo dell'art. 2449 c.c.¹², nelle società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio lo statuto può conferire allo Stato o ad enti pubblici soci la facoltà di nominare “un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale”.

Tuttavia, anche l'introduzione del criterio di proporzionalità non sempre risponde ai precetti comunitari, così come li ha intesi la Corte di giustizia, perché esso rende proporzionale rispetto alla partecipazione non il diritto di voto, com'è nel diritto comune, bensì il diritto di nomina, consentendo al socio pubblico minoritario la nomina di amministratori che altrimenti sarebbe stata appannaggio dell'assemblea e, quindi, dei soci di maggioranza.

Il secondo capitolo è dedicato all'analisi delle peculiarità e criticità della nomina diretta dell'organo amministrativo da parte dell'ente pubblico socio.

La dottrina si è a lungo occupata del tema della qualificazione del rapporto tra l'ente pubblico e gli amministratori da esso nominati.

Sono sostanzialmente due le tesi che si sono affermate sul punto. Quella di chi ha sostenuto che l'esercizio dei poteri attribuiti

che proporzionali rispetto alla partecipazione posseduta, scoraggiava gli investimenti degli operatori di altri Stati membri nel capitale di queste società.

¹² Norma modificata dall'articolo 13, comma 1, legge 25 febbraio 2008, n. 34, legge comunitaria 2007. Per effetto dell'art. 131 di tale legge è scomparso dal testo della norma l'inciso “sono salve le disposizioni delle leggi speciali”.

all'ente pubblico dall'art. 2449 c.c. ponesse in essere un rapporto pubblicistico¹³ che avrebbe origine dall'atto di nomina dell'amministratore.

Diversamente, si è notato¹⁴ che non si tratta in alcun modo di organi *sui generis* ed il loro funzionamento non si discosta in nulla da quello ordinario.

Infatti, nessun ostacolo è ravvisabile, ovviamente, a che un amministratore di nomina pubblica sia investito delle funzioni di amministratore delegato nei termini previsti all'articolo 2381, comma 2, c.c. e anche la durata in carica dei componenti di nomina pubblica, appunto perché essi sono destinati ad integrarsi in un organo collegiale, deve essere parametrata a quella dell'organo nel suo complesso. Per quel che riguarda la permanenza in carica del consiglio di amministrazione troveranno quindi piena applicazione le disposizioni dettate all'art. 2385 c.c. in tema di cessazione degli amministratori¹⁵.

¹³ Per tutti, ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, cit., 267.

¹⁴ MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato*, cit., 718-719, ma *amplius* ID., *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 14 ss..

¹⁵ In proposito, si è discusso in merito all'estensione della disciplina della *prorogatio* contenuta nella l. 14 luglio 1994, n. 444 anche agli amministratori di società a partecipazione pubblica. Si v., in proposito, ENDRICI, *La prorogatio nell'organizzazione amministrativa: la fine di un principio*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1994, 394 e ss.. A rilevare l'incompatibilità tra la disciplina della *prorogatio* e la disciplina codicistica in materia societaria, CAMMELLI, ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999, 297. Allo stesso tema, si collega poi l'applicabilità delle regole dello *spoils system* anche agli amministratori di società per azioni, di cui all'art. 6, comma 1, l. 15 luglio 2002, n. 145, che trova applicazione alle nomine degli organi di vertice e dei componenti dei consigli di

Si è altresì affrontata la problematica relativa alla mancanza di un amministratore di nomina pubblica nel corso dell'esercizio, anche nel caso restasse in carica la maggioranza degli amministratori di nomina assembleare, al fine dell'applicabilità o meno del disposto dell'articolo 2386, comma 1, c.c. che consente la sostituzione per cooptazione dell'amministratore venuto meno ad opera del medesimo consiglio di amministrazione.

La sostituzione, in tal caso, dovrebbe invece pur sempre essere disposta dallo Stato o dall'ente pubblico cui la designazione di quell'amministratore è per statuto riservata, fermo restando che l'amministratore così nominato in sostituzione del precedente sarà anch'egli destinato a rimanere in carica sino alla scadenza dell'intero consiglio.

Il problema che potrebbe discendere da tale assunto attiene all'ipotetica situazione di stallo che potrebbe derivare dall'eventuale inerzia o ritardo dell'ente pubblico nel procedere alle nomine. Sembra, tuttavia, da escludere che la società e, per essa, l'organo assembleare, possa provvedere altrimenti, se lo statuto espressamente non lo consenta. Perciò, quella che l'articolo 2449 c.c. definisce con una "facoltà" di nomina da parte dello stato o di altro ente pubblico potrebbe in realtà assumere la configurazione di

amministrazione delle società controllate o partecipate dallo Stato[...]conferite dal Governo o dai Ministri nei sei mesi antecedenti la scadenza naturale della legislatura[...]o nel mese antecedente lo scioglimento anticipato di entrambe le Camere. Sul tema, ATELLI, *Dallo Stato-padrone allo spoil-system: un nuovo caso di conflitto tra regole neutrali di corporate governance e modello di politica industriale*, in *Le società*, 2002, 1071 e ss..

un obbligo, dipendente dal dovere di comportarsi secondo buona fede nell'attuazione del contratto sociale. Un obbligo la cui violazione, all'occorrenza, potrebbe anche legittimare gli altri soci ad agire contro il socio pubblico per il risarcimento dei danni.

Nel terzo capitolo si è descritta, invece, la disciplina della revoca degli amministratori di nomina pubblica.

In particolare, in considerazione del fatto che l'estinzione del rapporto tra l'ente pubblico e gli amministratori da esso nominati deriva dall'esercizio del potere di revoca ad esso riservato, occorre chiedersi in che termini sia applicabile agli amministratori di nomina pubblica la previsione del comma 3 dell'art. 2383 c.c.¹⁶, secondo cui gli amministratori sono revocabili dall'assemblea, anche se nominati nell'atto costitutivo e salvo il diritto al risarcimento dei danni se la revoca avviene senza giusta causa.

Del tutto diversa è, però, l'ipotesi di revoca giudiziale *ex* articolo 2409 c.c., che prescinde da ogni attribuzione assembleare di competenza in ordine alla designazione degli organi sociali e si pone su un piano *lato sensu* cautelare, consentendo l'immediata rimozione, ad opera di un giudice terzo, di situazioni potenzialmente dannose mediante provvedimenti provvisori il più grave dei quali può

¹⁶ Sul punto si v. CAMMELLI, ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 193, che osservano come non vi sia nessun dato letterale che induca a pensare che il legittimo esercizio della revoca da parte del socio pubblico debba produrre effetti pregiudizievoli per la società e che, in ogni caso, il paradigma della giusta causa di revoca è letteralmente previsto dall'art. 2383 co. 3 c.c. solo per le revoche assembleari.

consistere, appunto, nella revoca degli amministratori e nella nomina per il tempo necessario di un amministratore giudiziario.

Negare in situazioni di tal fatta, che il tribunale possa revocare anche gli amministratori di nomina pubblica equivarrebbe a rendere di fatto impraticabile la nomina dell'amministratore giudiziario, la cui competenza e i cui poteri non si saprebbe come far coesistere con quelli dell'amministratore non revocato, avendo quale estrema conseguenza l'irrevocabilità anche degli altri amministratori di nomina assembleare.

Ma in questo modo, per i soci di minoranza delle società a partecipazione pubblica legittimati *ex* articolo 2409 c.c. ad esperire il ricorso, si verrebbe a determinare una situazione di minorata tutela, rispetto ai soci di altre società private che versino in analoga situazione, non facilmente giustificabile sul piano della ragionevolezza.

Dunque, ad avviso di chi scrive, le continue sovrapposizioni tra la disciplina pubblicistica e privatistica evidenziano una specialità che non mette in discussione i tratti identificativi delle società a partecipazione pubblica né determina alterazioni della disciplina societaria imperativa, piuttosto una specialità “derogatoria”, intesa come il potere assegnato allo Stato o ad altro ente pubblico di nominare uno o più amministratori, revocabili solo dall'ente nominante e aventi per il resto gli stessi diritti ed obblighi dei membri nominati dall'assemblea.

CAPITOLO PRIMO

L'impianto normativo codicistico in materia di nomina pubblica diretta alle cariche sociali

Sommario: 1.1. Il quadro normativo originario. – 1.2. La società a partecipazione pubblica dagli anni '90 alla riforma societaria del 2003. L'istituto della *golden share*. – 1.3. L'incompatibilità con l'ordinamento comunitario dei poteri speciali in capo ai soci pubblici. La violazione degli artt. 43 CE e 56 CE - 1.4. *Segue*. Il possibile controllo sproporzionato. - 1.5. L'art. 2449 c.c. come modificato dalla L. 25 febbraio 2008, n. 34. - 1.6. Il principio di proporzionalità tra partecipazione e controllo nelle società "chiuse". - 1.7. *Segue*. Il mancato richiamo del principio di proporzionalità con riferimento alle società a partecipazione pubblica che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio - 1.7. L'assenza di previsioni di carattere "transitorio".

1.1. Il quadro normativo originario.

Le norme dedicate in termini generali alla fattispecie della società a partecipazione pubblica erano originariamente contenute nella Sezione XII "*Delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*" del Capo V "*Delle società per azioni*" del Titolo V "*Delle società*" del libro V "*Del lavoro*" del codice civile¹⁷. Sezione che, a sua volta, comprendeva l'art. 2458 c.c., rubricato "*Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*"¹⁸, l'art. 2459

¹⁷ Per un commento sull'originaria disciplina si rinvia, per tutti, a GALGANO, *La società per azioni in mano pubblica*, in *Pol. Dir.*, 1972, 681 e ss..

¹⁸ Il tenore della norma era il seguente: "*Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, l'atto costitutivo può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci.*"

c.c., relativo agli “*Amministratori e sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici*”¹⁹ e l’art. 2460 c.c., sulla “*Presidenza del collegio sindacale*”²⁰.

Alla formulazione di tale quadro normativo si addivenne avendo ben presente il dibattito politico e scientifico che si era sviluppato attorno a talune concomitanti esperienze legislative straniere²¹.

Tuttavia, a questa, che costituiva la disciplina generale della fattispecie in esame, doveva, e deve tuttora, poi aggiungersi una ormai copiosissima legislazione di diritto speciale o singolare, con la quale talora si è fatto diretto ricorso al meccanismo della nomina pubblica di fonte legale e talaltra si è imposta o si è disciplinata l’attribuzione obbligatoria o, secondo i casi, facoltativa per via statutaria degli speciali poteri di nomina di amministratori e sindaci di singole società determinate o di

Gli amministratori e i sindaci nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati.

Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall’assemblea”.

¹⁹ Secondo il quale: “*Le disposizioni dell’articolo precedente si applicano anche nel caso in cui la legge o l’atto costitutivo attribuisca allo Stato o gli enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori o sindaci, salvo che la legge disponga diversamente*”.

²⁰ La norma stabiliva che: “*Qualora uno o più sindaci siano nominati dallo Stato, il presidente del collegio sindacale deve essere scelto tra questi*”.

²¹ Come agevolmente documentabile già attraverso i numerosi riscontri di RAVÀ, *L’azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 333 ss..

insiemi o tipologie di società, individuate con criteri stabiliti in relazione a specifiche e articolate finalità di politica legislativa²².

1.2. **La società a partecipazione pubblica dagli anni '90 alla riforma societaria del 2003. L'istituto della *golden share*.**

Il tema delle società a partecipazione pubblica rappresenta un vero territorio di confine dai contorni incerti, in cui vi è la commistione di regole pubblicistiche e regole privatistiche, pertanto nell'affrontarlo si crea un certo timore. È, altresì, naturale che questo timore scompaia man mano che i problemi vengono affrontati. In tale stato d'animo si deve essere trovato, forse, chi ha avuto modo di constatare che, prima del 1990, <<*sull'argomento non esistevano praticamente "notizie" significative di alcun genere: e cioè nessuna disposizione legislativa che tale istituto contemplasse, né tanto meno alcun contributo bibliografico*>>²³.

²² Per una rassegna di tali ipotesi e delle differenti finalità di politica legislativa ad esse sottese cfr. DONATIVI, *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica "diretta" alle cariche sociali ex artt. 2458-2459*, in *Riv. società*, 1998, 1258 ss. e ID., *Rassegna legislativa e statutaria in tema di nomina pubblica alle cariche sociali ex artt. 2458-2459 c.c. nelle società a partecipazione regionale e nel nuovo assetto dell'azionariato provinciale e comunale*, in *Riv. dir. impr.*, 1999, 309 ss..

²³ Così BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 5 ss.; v., invero, prima della legge sull'ordinamento delle autonomie locali, particolarmente, MAZZARELLI, *Le società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987, 117 ss.; ROSSI, *La partecipazione dei comuni a società commerciali ed i suoi limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, I, 87 ss.; ID., *Questioni in tema di partecipazione di un comune ad una*

Nel corso degli anni novanta la situazione è radicalmente mutata, si sono succeduti a breve distanza di tempo, infatti, numerosi provvedimenti legislativi ed altrettanto numerosi contributi dottrinali²⁴ sul tema.

società per azioni, in *Giur. comm.*, 1978, II, 220 ss.; TODARO, *I limiti dell'azionariato municipale*, in *Cons. Stato*, 1970, II, 982; RAGUSAMAGGIORE, *Comune azionista e reintegrazione del capitale*, in *Dir. fall.*, 1970, II, 474 ss.; RESTA, *Profili giuridici delle società per azioni a partecipazione comunale*, in *TAR*, 1983, II, 205 ss.; FRUMENTO, *La partecipazione degli enti pubblici territoriali ad organismi di diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, II, 119 ss.; RESTA, *Alcune osservazioni sulla ponderazione degli interessi nell'esercizio dei controlli sull'attività delle società per azioni a partecipazione comunale*, in *TAR*, 1989, II, 295 ss.; FALCON, *Sulla rappresentanza dell'ente locale azionista della società*, in *Foro amm.*, 1989, 1293 ss.; CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica*, Rimini, 1989; SALVI, *Gestione di servizi pubblici e società per azioni con partecipazione comunale*, in *Amm. it.*, 1989, 934.

²⁴ Dopo la riforma delle autonomie locali v. ALPA, *Pubblici servizi gestiti a mezzo s.p.a.*, in *Azienditalia*, 1990, n. 12, 18; FAUCEGLIA, *Appunti in tema di s.p.a. con partecipazione degli enti locali*, in *Fin. loc.*, 1991, 487; CAVAZZUTI, *Forme societarie, intervento pubblico e "privatizzazione" dei servizi: prime considerazioni sulla nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 248; ID., *Società a partecipazione locale: saggio di diritto provvisorio*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 685; ROMAGNOLI, *Brevi comunicazioni sulle società di capitali a partecipazione comunale dopo l'entrata in vigore della legge 8 giugno 1990, n. 142*, in *Foro pad.*, 1991, II, 111; MAZZARELLI, *Note sull'utilizzazione delle società per azioni controllate da parte degli enti locali territoriali per la gestione di pubblici servizi: l'art. 22 lett. e) della legge n. 142 del 1990 e la normativa comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 765; ID., *Come comporre il mix pubblico privato nella società per azioni*, in *L'impresa pubblica*, 1992, n. 1, 15; MAGGIORE, *L'azionariato comunale*, in *Comuni d'Italia*, 1991, 1405; VIPIANA, *In tema di società a partecipazione pubblica locale*, in *Dir. econ.*, 1992, 367; ROMEO, *La società per azioni a prevalente capitale pubblico locale nella legge 142/1990*, in *Nuova rass.*, 1992, 202; CAMPIDELLI, *Problematiche inerenti le "società per azioni a prevalente capitale pubblico locale"*, in *Comuni d'Italia*, 1992, 1131; LONGOBARDI, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, azionariato degli enti territoriali locali e gestioni di pubblici servizi*, *ivi*, 1992, 1613; VANNICELLI, *La disciplina delle s.p.a. miste. Considerazioni sull'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 1992, 1621; FREGOLI TOMMASI, *Gestione dei servizi pubblici da parte di società per azioni*, in *Nuova rass.*,

1992, 2524; PARISIO, *La gestione dei servizi pubblici locali: tradizione e innovazione nel quadro della collaborazione pubblico-privato*, in *Giust. civ.*, 1993, II, 495; GAMALERO, *Società miste per la gestione dei servizi pubblici. Le innovazioni normative dopo la recente riforma*, in *Nuova rass.*, 1993, 518; PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione statale*, Milano, 1994, 94 ss.; FERRI, *La costituzione di società per azioni per la gestione di servizi pubblici locali*, in *Comuni d'Italia*, 1994, 1461; ARMAO, *Le società di capitali partecipate da comuni e province nella normativa statale e regionale siciliana*, in *Nuove autonomie*, 1994, fasc. 1, 35; PIEROBON, *Quadro problematico delle s.p.a. a prevalente capitale pubblico locale*, in *Nuova rass.*, 1994, 742; DEMINICO, *La società per azioni a prevalente partecipazione pubblica locale secondo l'art. 22, lett. e), legge 8 giugno 1990, n. 142*, in *Foro amm.*, 1994, 1666; NICOLETTI, *Forme di gestione prima e dopo la 142*, in *L'impresa pubblica*, 1994, 21 ss.; GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 998; PIRAS, *Le società per azioni a partecipazione comunale*, in *Riv. amm.*, 1995, 529 ss.; AA.VV., *L'azienda "comune"*, a cura di ANSELMI, Rimini, 1995; ANDREANI, *Questioni nuove nella recente legislazione in tema di società di capitali con partecipazione degli enti locali*, in *Dir. amm.*, 1995, 245; CALDIROLA, *Dialettica tra pubblico e privato nel sistema delle società di capitale a partecipazione locale*, in *Dir. regione*, 1995, 925; CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rass.*, 1995, 1082; RESTA, *Il ricorso alla s.p.a. per la gestione dei pubblici servizi da parte degli enti locali*, in *Cons. Stato*, 1995, II, 1677; LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 275; MANNINI, *Gestione dei servizi pubblici: partecipazione degli enti locali a società di capitali*, in *Nuova rass.*, 1995, 2353; VOLPE, *Società miste con partecipazione pubblica locale di minoranza: prende corpo il regolamento governativo (commento al d.l. 30 novembre 1994, n. 658)*, in *Giornale di dir. amm.*, 1995, 180; BEZZI, *S.p.a. a partecipazione mista: problemi e prospettive*, in *Dir. regione*, 1995, 1066; CIRIELLO, *L'attuazione normativa delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Enti pubblici*, 1995, 149; DEFELICE, *Verso la privatizzazione della p.a.?*, in *Nuova rass.*, 1995, 94; CAIA, *Aziende speciali e società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.*, 1995, 172; FARALDI, *L'azienda speciale e le società a partecipazione comunale: la scelta del modello di gestione-problemi civilistici e fiscali*, in *Nuova rass.*, 1995, 1285; OROFINO, *La costituzione di società mista intercomunale a supporto della attività di riscossione dei tributi comunali*, in *Comuni d'Italia*, 1995, 1825; ROCCO DI TORREPADULA, *Aspetti di diritto societario delle società per azioni con partecipazione comunale*, in *Riv. soc.*, 1997, 2001, 128.

Il riferimento alla dottrina precedente alla riforma²⁵ è indispensabile per delineare con esattezza i contorni dell'art. 2449 c.c.²⁶.

²⁵ V., *ex multis*, AMBROSINI, *Nomina pubblica delle cariche sociali e nullità della delibera assembleare per carenza di potere*, in *Giur. it.*, 2002, 124; SPADA, *Cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 801; SALAFIA, *Gli amministratori e sindaci*, cit., 773 ss.; DONATIVI, *Esperienze applicative*, cit., 1258 ss.; DI CHIO, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., Torino, 1996, XIV, 168; RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997; ROSSI, *Voce "Società con partecipazione pubblica"*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993, 10; ID., *Le società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici e le società di interesse nazionale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, vol. 17, tomo III, 1985, 222 ss.; ID., *Profili giuridici delle società a partecipazione statale*, Milano, 1977; CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da COLOMBO e PORTALE, Torino, 1992, Vol. VIII, 133 ss.; ID., *Le società di diritto "speciale" tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e "poteri speciali"*, in *Dir. comm. internaz.*, 1996, 771 ss.; ID., *La società per azioni a partecipazione regionale tra legislatore comunitario e "legislatori" nazionali: verso la formazione di un diritto societario regionale?*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1993, 17 ss.; ID., *Osservazioni in tema di revoca di amministratore nominato dall'ente pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 50 ss.; CAGNASSO-IRRERA, *Società con partecipazione pubblica*, cit., 18 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore*, cit., 569 ss.; BONELLI, *La revoca degli amministratori*, cit., 511; ABBADESSA, *La nomina diretta*, cit., 372 ss.; ROVERSI-MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato (Osservazioni sugli artt. 2458 segg. Del codice civile)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 271; VERRUCCI, *La revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 38 ss.; OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, 1043; MENGONI, *Sul concetto di società a partecipazione statale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 177; MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1954, I, 712; ASCARELLI, *Controllori e amministratori nell'anonima di Stato*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 284 ss.

²⁶ Sulla nuova formulazione della norma, art. 2449 c.c., v. PERICU, *Commento agli artt. 2449 e 2450 c.c.*, in *Società di capitali, Commentario* a cura di NICCOLINI e STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, vol. III, 1292 ss.; PETRAZZINI, *Commento agli artt. 2449 e 2450 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da COTTINO e BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, Bologna, 2004, 1695; CAVAZZA,

Vigendo l'art. 2458 c.c. si dibatteva, in dottrina, circa l'esatta portata dei poteri conferiti all'ente pubblico partecipante a mezzo della norma in questione, stante una formulazione carente di indizi circa l'attività compresa tra gli estremi temporali della nomina e della revoca degli amministratori, uniche fattispecie positivamente disciplinate.

Invero, al socio pubblico, al quale, in virtù delle dette norme, era riservata la nomina di taluni componenti degli organi sociali, non era impedito di partecipare alle votazioni degli altri amministratori e sindaci, consentendogli, in tal modo, di controllare l'intera composizione degli organi sociali²⁷.

L'impianto normativo codicistico in materia di nomina pubblica diretta alle cariche sociali è stato più volte emendato.

Una prima occasione è stata la riforma delle società di capitali, dove tuttavia le modifiche introdotte dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n.6²⁸ rispondono in maniera preminente ad esigenze di armonizzazione sistematica e coordinamento con le nuove disposizioni introdotte dalla riforma in relazione agli altri settori di disciplina delle società di capitali.

Commento agli articoli 2449 e 2450 c.c., in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, Vol. II, 1706 ss.; PANINI, *Commento all'art. 2449 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di SANDULLI e SANTORO, Torino, 2000, Tomo II, 1039 ss..

²⁷ DE CICCO, *Società a partecipazione pubblica*, in *Codice commentato delle società*, a cura di ABRIANI e RITCHER, 2010, 1737.

²⁸ Cosa diversa sono le ricadute indirette che sulle società a partecipazione pubblica sono derivate dal nuovo impianto normativo e di sistema, per le quali v. per tutti GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 842 ss..

In primo luogo, si è imposta una rinumerazione della Sezione, che da XII è divenuta XIII, e una riduzione degli articoli a due sole norme, l'art. 2449 (*ex art.* 2458 c.c.) e l'art. 2450 (*ex artt.* 2459 e 2460 c.c.), che riproducevano sostanzialmente il contenuto delle norme che avevano sostituito, salvi gli adattamenti minimi necessari dalla introduzione nelle previsioni codicistiche di nuovi sistemi di amministrazione e controllo.²⁹

Infatti, è stato introdotto il riferimento al modello dualistico, con il richiamo al consiglio di sorveglianza nel novero degli organi i cui membri sono passibili di nomina pubblica, a questi organi deve essere aggiunto in forza dell'espreso rinvio operato dall'art. 2409 *novies*, 3° comma, c.c. anche il consiglio di gestione. Nessun riferimento, invece, è compiuto al modello monistico, ma esigenze di coerenza sistematica impongono, comunque, che anche nelle società che adottino siffatto modello di *governance* lo statuto possa riservare allo Stato o agli enti pubblici la nomina di uno o più componenti del comitato interno per il controllo sulla gestione. Tale interpretazione, peraltro, trova un appiglio testuale nel disposto dell'art. 223 *septies* disp. trans. c.c.³⁰. Di maggiore sostanza

²⁹ SALERNO, *La nomina di amministratori e sindaci da parte dello Stato e degli enti pubblici: l'art. 2449 c.c. ai tempi della riforma*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 465, secondo cui lo spostamento della disposizione all'interno dell'art. 2450 avrebbe invece condotto alla conseguenza della riduzione del suo campo di applicazione alle sole ipotesi di cui allo stesso art. 2450 c.c. e non anche a quelle di cui all'art. 2449 c.c..

³⁰ PERICU, *Commento agli artt. 2449 e 2450 c.c.*, cit., 1307; CAVAZZA, *op. cit.*, 1708; CIRENEI, *Introduzione artt. 2449-2451*, in *Codice commentato delle società*, a cura di

è invece l'aggiunta dell'ultimo periodo del 3° comma dell'art. 2449 c.c. che dispone la salvezza delle disposizioni delle leggi speciali. Si ritiene possibile l'applicazione analogica delle disposizioni in commento anche alla società a responsabilità limitata a partecipazione pubblica³¹.

La facoltà di nominare amministratori e sindaci, o consiglieri di sorveglianza o di gestione o membri del comitato per il controllo sulla gestione, deve essere espressamente prevista nello statuto della società partecipata dallo Stato o dall'ente pubblico. Si ritiene comunque che tale disciplina sia applicabile per analogia anche agli amministratori ed ai sindaci, nominati direttamente dallo Stato o da enti pubblici azionisti in forza di legge speciale³². Non può attribuirsi la facoltà di nomina diretta tramite la creazione di speciali categorie di azioni, alle quali sia riservata statutariamente la nomina di parte degli amministratori e sindaci. La clausola dello statuto può conferire allo Stato e all'ente pubblico solo la facoltà di nomina, senza che l'inerzia dell'azionista pubblico possa precludere la nomina o il completamento dell'organo di amministrazione da parte dell'assemblea³³. La clausola che consente la nomina diretta *ex art.*

BONFANTE, CORAPI, MARZIALE, RORDORF e SALFIA, II ed., Milano, 938; PETRAZZINI, *op. cit.*, 1696, secondo la quale detta interpretazione, tra l'altro, eviterebbe il rischio che la società, attraverso l'adozione del sistema monistico, possa sterilizzare il potere di nomina pubblica.

³¹ SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci*, cit., 777; CIRENEI, *ibidem*; contra, RORDORF, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Soc.*, 2005, 430 ss..

³² MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 41.

³³ MINERVINI, *Gli amministratori di società*, cit., 43; SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore*, cit., 596.

2449 c.c. può anche essere inserita in sede di modificazione dello statuto, ma in tal caso l'azionista pubblico destinatario del privilegio verserà nella situazione di conflitto di interessi *ex art. 2373 c.c.* e dovrà opportunamente astenersi dal voto. Al contrario, la modificazione dello statuto volta a sopprimere tale clausola sarà inefficace in mancanza del consenso dell'azionista pubblico fruitore del diritto di nomina³⁴.

Sul piano contenutistico, si registra invece, innanzitutto, la sostituzione della locuzione “atto costitutivo” con quella di “statuto³⁵”, in armonia con la più generale opzione terminologica operata dal d.lgs. n. 6/2003, con cui la seconda espressione è stata preferita ogni qualvolta ci si riferisca, invece che al documento recante la manifestazione della volontà negoziale dei soci fondatori, a quello che incorpora le regole di organizzazione e funzionamento della società.

Gli artt. 2449 e ss. c.c., unitamente all'art. 2414 *bis*, 2° comma, introdotto con d.lgs. n. 37/2004, costituiscono l'unica ipotesi di intervento codicistico nel settore delle partecipazioni statali, il legislatore ha infatti preferito disciplinare le strutture organizzative statali destinate a guidare l'insieme delle partecipazioni possedute dallo Stato e dagli enti pubblici piuttosto che intervenire sulla struttura della società per azioni in relazione alla partecipazione

³⁴ ABBADESSA, *La nomina diretta di amministratori*, cit., 388 ss..

³⁵ PETRAZZINI, *Commento agli artt. 2449 e 2450 c.c.*, cit., 1695 ss.; CAVAZZA, *op. cit.*, 1707; PANINI, *Commento all'art. 2449 c.c.*, cit., 1039.

pubblica³⁶. La disciplina conferma, *a contrario*, il principio per cui la partecipazione dello Stato non altera la struttura giuridica della società per azioni³⁷ e gli stessi artt. 2449 e 2450 c.c. non introducono un nuovo tipo sociale bensì costituiscono eccezionali deroghe alla disciplina comune delle società per azioni³⁸.

La fattispecie disciplinata dall'art. 2449 c.c. si distingueva da quella prevista dall'art. 2450 c.c., in quanto quest'ultima non solo derogava al principio di diritto societario comune per cui la nomina e la revoca di amministratori e sindaci è di competenza della maggioranza assembleare, ma derogava altresì al principio secondo

³⁶ ROVERSI MONACO, *op. cit.*, 261.

³⁷ COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, 1958, Milano, 168; GRASSETTI, *Il distacco delle "aziende a prevalente partecipazione statale" dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro*, in *Riv. soc.*, 1958, 10; Cass. Sez. Un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Foro it.*, 2005, I, 2726; Cass. Civ., 10 gennaio 1979, n. 158, in *Giust. civ.*, 1979, I, 612 ss., a tenore della quale "una società per azioni, concessionaria dello Stato per la costruzione e l'esercizio di un'autostrada, non perde la propria qualità di diritto privato – (omissis) – per il fatto che ad essa partecipano enti pubblici come azionisti e che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell'autostrada sia configurato, dal legislatore, in termini pubblicistici, come ammissione al godimento di un pubblico servizio previo il pagamento di una tassa (pedaggio) e che lo Stato garantisca i creditori dei mutui contratti dalla società concessionaria per la realizzazione del servizio"; Cons. St. 17 gennaio 1975, in *Foro it.*, 75, III, 283.

³⁸ In giurisprudenza è stata esclusa la possibilità per un ente locale socio di recedere validamente, adducendo ragioni di autotutela amministrativa, dal rapporto sociale, sul presupposto che, una volta costituita la società, ciascun socio ha facoltà di recesso nei soli casi in cui la legge o lo statuto gli conferiscono il relativo diritto: cfr. Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6867, in *Cons. Stato*, 2004; in altra occasione, le conseguenze invalidanti su una società partecipata da ente pubblico di un vizio di deliberazione del consiglio comunale sono state assoggettate al regime di cui all'art. 2332 c.c., piuttosto che al regime pubblicistico dell'annullamento dell'atto amministrativo: cfr. TAR Campania, Napoli sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784.

il quale la scelta non può essere rimessa ad un terzo estraneo alla compagine sociale³⁹. La norma, unitamente a quella prevista dall'art. 2450 c.c., ha assunto particolare rilievo in relazione al processo di privatizzazione avviato in Italia all'inizio degli anni Novanta⁴⁰ e, nello specifico, alle disposizioni che prevedono una disciplina speciale relativamente alla nomina degli organi sociali. Particolare significato assume l'istituto della *golden share* implicante l'attribuzione allo Stato di poteri più ampi rispetto a quelli che il diritto societario comune accorda agli azionisti, di talchè può essere attribuito allo Stato anche il potere speciale di nomina di uno o più amministratori, spettante all'ente pubblico in quanto socio, e non già in attuazione di un'apposita clausola statutaria⁴¹. Il riconoscimento di siffatti

³⁹ SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore*, cit., 569 ss.; FRÈ, *Società per azioni*, in *Comm. al codice civile*, a cura di SCIALOJA – BRANCA, 3° ed., V, Bologna - Roma, 1961, 916. Secondo il primo, la circostanza che all'art. 2450 c.c., si parlasse di “*attribuzione della nomina*”, e non di “*conferimento della facoltà di nomina*” avrebbe attestato una più marcata valenza pubblicistica della norma rispetto all'art. 2449 c.c..

⁴⁰ CAVAZZUTI, *Privatizzazioni imprenditoriali e mercati*, 1996, Bologna, 82 e ss.; DONATIVI, *Esperienze applicative*, cit., 1258.

⁴¹ Il d.l. 332/1994, convertito con modificazioni in l. 474/1994, all'art. 2, 1° co. co., lett. d) nel dettare una disciplina delle procedure di dismissione delle partecipazioni pubbliche (sulla privatizzazione delle società in mano pubblica, cfr. COSTI, *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 77 ss.; LIBONATI, *Le faticose accelerazioni delle privatizzazioni*, *ivi*, 20 ss.; JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 989 e ss., per le società individuate con D.P.C.M. operanti nei settori strategici della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi, prevede che l'assemblea straordinaria possa introdurre negli statuti una disposizione che attribuisca allo Stato la nomina di almeno un amministratore o di un numero di amministratori non superiore ad un quarto dei membri del c.d.a. e di un sindaco.

poteri speciali, risolvendosi in un'alterazione del funzionamento del modello s.p.a. ed in una significativa compressione delle libertà fondamentali riconosciute dal Trattato UE, è considerato lecito dalla Corte di Giustizia⁴² solo qualora riferibile ad esigenze imperative di interesse generale e comunque sempre nel rispetto dei principi di necessità, adeguatezza, proporzionalità e non discriminazione⁴³. In ossequio a siffatti principi, l'art. 4 della l. 350/2003 (finanziaria 2004) ha chiarito che il riconoscimento, così come l'esercizio concreto, dei poteri speciali deve ora essere asservito unicamente alla necessità di tutela di "interessi vitali" dello Stato ed "imperiose esigenze di interesse pubblico". La Corte di giustizia della Comunità europea⁴⁴ ha stabilito che l'art. 2449, 1° co. osta con l'art. 56 tratt. CE, infatti, secondo la Corte, tale norma costituisce una restrizione alla libera circolazione dei capitali tra gli Stati membri in quanto consente 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 loro normalmente concesso dalla loro qualità di azionisti⁴⁵.

⁴² Per la giurisprudenza della Corte di Giustizia relativamente ai poteri speciali cfr. SALERNO, *Golden shares, interessi pubblici e modelli societari tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Dir. comm. int.*, 2002, 671.

⁴³ PERICU, *Imprese e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, 272 ss.; CIRENEL, *Introduzione artt. 2449-2451*, cit., 949 ss..

⁴⁴ C. Giust. CE, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463\04 e 464\04, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 373 ss., con nota di BARBIERI.

⁴⁵ Commenti alla sentenza citata in DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, II, 2008, 581 ss.;

1.3. L'incompatibilità con l'ordinamento comunitario dei poteri speciali in capo ai soci pubblici. La violazione degli artt. 43 CE e 56 CE.

I poteri speciali attribuiti allo Stato nelle società privatizzate, contenuti nella cd. *golden share*, non sono ben accetti dalla Corte di giustizia CE, che ogniqualvolta venga investita di una questione relativa alla compatibilità degli stessi con l'ordinamento comunitario detta dei principi destinati a limitarne sempre più l'ammissibilità⁴⁶.

BARBIERI, *L'art. 2449, comma 1 davanti alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 521 ss.; BIGI, *La corte si pronuncia sulla compatibilità con il diritto comunitario dell'art. 2449 del codice civile italiano che consente ad un ente pubblico di nominare direttamente dei membri del C.d.a. di una società per azioni*, in *Soc.*, 2008, 247.

⁴⁶ CIRENEI, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir. comm. int.*, 2005, 49-50, la quale evidenzia la posizione sempre più restrittiva della Corte di giustizia sui poteri speciali dello Stato nelle società privatizzate o privatizzande. Tra le principali sentenze nelle quali la Corte ha avuto modo di pronunciarsi sui poteri speciali riconosciuti agli Stati membri si ricordano: Corte di giustizia, 23 maggio 2000, C-58/99, *Commissione/Italia*, in *Raccolta*, 2001, I-2345; 4 giugno 2002, C-367/98, *Commissione/Portogallo*, in *Raccolta*, 2002, I-4731; 4 giugno 2002, C-483/99, *Commissione/Francia*, in *Raccolta*, 2002, I-4781; 4 giugno 2002, C/503/99, *Commissione/Belgio*, in *Raccolta*, 2002, I-4809; 13 maggio 2003, C-463/00, *Commissione/Spagna*, in *Raccolta*, 2003, I-4581; 13 maggio 2003, C-98/01, *Commissione/Regno Unito*, in *Raccolta*, 2003, I-4581; 28 giugno 2005, C-174/04, *Commissione/Italia*, in *Raccolta*, 2005, I-4933; 28 settembre 2006, C-282 e 283/04, *Commissione/Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 2006, I-9141; 25 ottobre 2007, C-112/05, *Commissione/Repubblica federale di Germania*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 262, (*c.d. sentenza Volkswagen*); 17 luglio 2008, C-207/07, *Commissione/Spagna*, in *www.curia.europa.eu*; Corte di giustizia, 26 marzo 2009, n. 326, sez. III, C-326/07, in *Giur. comm.*, 2009, 4, 640; Per un commento su alcune delle sentenze citate v. SALERNO, *Golden shares, op. cit.*, 671; PERICU, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in *Privatizzazioni e Regioni*, a cura di BUONOCORE-RACUGNO, Milano, 2003, 149 ss..

La censura della Corte di Giustizia CE discende da un confronto tra lo Stato italiano e la Commissione avente inizio con una lettera di diffida inviata da quest'ultima, in data 6 febbraio 2003, alla Repubblica italiana avviando un procedimento diretto all'accertamento di un inadempimento per violazione degli artt. 43 CE e 56 CE. La Commissione, non ritenendo sufficienti le modifiche apportate alla disciplina dei poteri speciali da parte della Repubblica italiana e la risposta da questa fornita al Parere inviatole, ha proposto ricorso adducendo la violazione degli artt. 43 CE e 56 CE. Nel ricorso si evidenziava come non fossero stati sufficientemente determinati i criteri fissati come presupposto per l'esercizio dei poteri speciali. In tale contesto non verrebbe consentito ai potenziali investitori di conoscere a priori quando detti poteri possano essere utilizzati, scoraggiandoli, di conseguenza, a stabilirsi in Italia al fine di esercitare un'influenza sulla gestione nelle imprese interessate dalla normativa in oggetto.

La Commissione, inoltre, pur riconoscendo la possibilità per gli Stati membri di limitare, a determinate condizioni⁴⁷, la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali non ritiene che i presupposti previsti dalla normativa italiana integrino tali eccezioni in quanto andrebbero oltre a quanto sarebbe necessario per tutelare gli interessi pubblici. A tal proposito, infatti, viene dalla Commissione osservato che la salvaguardia degli interessi generali dello Stato in settori come quello dell'energia, del gas naturale e

⁴⁷ Artt. 46 CE e 58 CE e la mancanza di una normativa comunitaria di armonizzazione.

delle telecomunicazioni, oggetto di specifica attenzione nella normativa censurata, avrebbe già una tutela in alcune direttive comunitarie⁴⁸ che prevedono l'attuazione di provvedimenti destinati a tutelare l'approvvigionamento nazionale minimo dei settori interessati. Dunque, a giudizio della Corte la normativa italiana integra un inadempimento sia dell'art. 43 CE sia dell'art. 56 CE⁴⁹. Le ragioni di questo duplice inadempimento vengono individuate nella diversità dei diritti speciali riconosciuti allo Stato italiano o meglio nelle conseguenze derivanti dall'esercizio dei diritti speciali esercitabili sulla base dei comuni presupposti non ritenuti conformi con l'ordinamento comunitario⁵⁰.

⁴⁸ Precisamente: 2003/54/CE, 2003/55/CE e 2002/21/CE.

⁴⁹ La violazione congiunta delle due libertà rappresenta una novità nella giurisprudenza della Corte in quanto fino alla sentenza Corte di giustizia, 26 marzo 2009, n. 326, sez. III, C-326/07, cit., la disciplina dei diversi poteri speciali riconosciuti dalle legislazioni degli Stati membri era stata giudicata in contrasto, anche disattendendo le conclusioni di volta in volta presentate dall'Avvocato Generale, con la libera circolazione dei capitali. Per la ricostruzione delle diverse posizioni della Corte sulla *golden share* si rinvia a BALLARINO-BELLODI, *La Golden Share nel diritto comunitario. A proposito delle più recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Riv. soc.*, 2004, 2 ss.; SANTONASTASO, *La "saga" della "golden share" tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 302 ss..

⁵⁰ Per la ricostruzione di tali orientamenti e, in particolare, per un commento puntuale alla sentenza della Corte giust., Sez. I, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04, *Federconsumatori e altri c. Comune di Milano* (pubblicata, tra le altre, in *Foro it.*, 2008, IV, 67 ss. E in *giur. comm.*, 2008, II, 925 ss.), v. per tutti, anche per ogni ulteriore riferimento, SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, cit., 255, nonché 268 ss. per una più ampia disamina della giurisprudenza comunitaria in materia di poteri speciali; CORRADI, *La proporzionalità tra partecipazione e "potere di controllo" nell'art. 2449 c.c., nota a Corte Giust. CE, 6.12.2007, n. C-463/04*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 932 ss.; DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario*, cit., 581 ss.; CAVAZZA, *Golden share*,

Preliminarmente pare opportuno individuare, seppur sinteticamente, quali sono le libertà tutelate dalle due disposizioni per poi valutare come la disciplina censurata possa integrare una violazione delle stesse.

L'art. 56 CE vieta le restrizioni ai movimenti di capitali tra gli Stati membri, nonché tra gli Stati membri e paesi terzi. Tale disposizione, dopo aver in un primo momento influenzato la normativa fiscale, bancaria e dei mercati finanziari, è stata sempre

giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell'art. 2450 c.c., in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 1193 ss., spec. 1200 ss.; ID., *Prerogative speciali e società partecipate dai pubblici poteri: il nuovo art. 2449*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 387; GHEZZI – VENTORUZZO, *La nuova disciplina*, cit., 683 ss.; GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 396 ss.; MUCCIARELLI, *La sentenza "Volkswagen" e il pericolo di una "convergenza" forzata tra gli ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 273 ss. (in nota alla sentenza della Corte giust., Grande Sezione, 23 ottobre 2007, causa C-112/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Federale di Germania*, *ivi*, 262 ss.).

Che la norma, nella sua formulazione precedente, fosse suscettibile di censura per l'assenza di un limite di "proporzionalità" era peraltro già stato osservato anche in dottrina: cfr., per tutti, PERICU, *Sub artt. 2449-2450*, cit., 1306 ss..

In generale, sui rapporti tra *golden shares* e orientamenti comunitari v. anche, precedentemente, *ex plurimis*, BALLARINO-BELLODI, *La Golden Share nel diritto comunitario*, cit., 1 ss.; SANTONASTASO, *La "saga" della "golden share" tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 383 ss.; e di recente, in nota alla Corte giust., 26 marzo 2009, C-326/07, DEMURO, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri speciali previsti dalla golden share*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 640 ss.; SAN MAURO, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di giustizia C-326/07*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, 198 ss.; CUCINOTTA, *La sentenza della Corte di giustizia 26 marzo 2009 (causa C-326/07): problematiche rilevanti e implicazioni de jure condendo*, *ivi*, 229 ss.; nonché, in una prospettiva più allargata, GUACCERO [PAN – CHESTER], *Investimenti stranieri e fondi sovrani: forme di controllo nella prospettiva comparata USA-Europa*, in *Riv. società*, 2008, 1359 ss..

più spesso utilizzata nelle motivazioni delle sentenze della Corte di giustizia aventi ad oggetto i poteri speciali attribuiti dalla *golden share* dai vari ordinamenti degli Stati membri. Nell'ambito dell'applicazione di questo articolo rientrano quelle disposizioni che disciplinano gli investimenti diretti, cioè quelli effettuati con la finalità *“di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l'impresa cui tali fondi sono destinati per l'esercizio di un'attività economica. Tale obiettivo presuppone che le azioni detenute dall'azionista conferiscano a quest'ultimo la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di tale società o al suo controllo”*. Da ciò discende, secondo un orientamento oramai consolidato della Corte, che rappresentano delle restrizioni alla libera circolazione dei capitali le disposizioni nazionali idonee ad impedire o a limitare l'acquisizione di azioni nelle imprese interessate o che possono dissuadere gli investitori dall'assumere partecipazioni nelle imprese interessate da tale normativa⁵¹.

La disciplina dei poteri speciali, è stata recentemente modificata al fine di recepire i principi contenuti in alcune sentenze della Corte di giustizia in materia. La modifica è avvenuta con l'art. 4, commi 227-231, l. 24 dicembre 2004, n. 350, mediante il quale si è cercato di rendere più circoscritti i poteri speciali determinandoli, rispetto alla formulazione originaria, in modo più puntuale, limitando la discrezionalità dell'intervento pubblico e tutelando

⁵¹ In questi termini CORRADI, *La proporzionalità tra partecipazione e “poteri di controllo”*, cit., 937 ss., il quale, richiamando la giurisprudenza, evidenzia come il giudice comunitario nell'arco di quasi un decennio si sia espresso contro una notevole varietà di clausole.

maggiormente la posizione del socio privato⁵². A seguito di tale modifica, come è noto, i poteri speciali riservati allo Stato dall'art. 2, comma 2 del d.l. 332 del 1994 possono essere così sinteticamente individuati: (i) poteri di opposizione, debitamente motivata, all'assunzione di partecipazioni rilevanti (*lett. a*) o alla conclusione di patti parasociali tra azionisti che rappresentino almeno la ventesima parte delle azioni con diritto di voto o una percentuale inferiore fissata dal Ministro dell'economia e delle finanze con proprio decreto (*lett. b*); (ii) potere di veto, debitamente motivato, all'adozione di determinate delibere di particolare rilevanza; (iii) la nomina di un amministratore senza diritto di voto.

La varietà e le possibili combinazioni di tali poteri esercitati sulla base di presupposti generici sono a giudizio della Corte di Giustizia CE idonee ad integrare la violazione sia dell'art. 56 CE sia dell'art. 43 CE. Questo in quanto la mancanza di presupposti precisi per l'esercizio dei poteri speciali non è destinata ad applicarsi esclusivamente alle partecipazioni in grado di assicurare una sicura influenza sulla gestione della società e sull'indirizzo dell'attività. Il potere di opposizione all'assunzione di partecipazioni rilevanti (con una soglia fissata nella ventesima parte del capitale sociale) o alla conclusione di patti parasociali (tra soci che rappresentino sempre la ventesima parte del capitale sociale) oltre ad essere di ostacolo agli investimenti diretti tutelati dall'art. 56 CE rientrerebbe anche nell'ambito di tutela dell'art. 43 CE in quanto, riguardando di norma società con azionariato diffuso, non è escluso che i detentori

⁵² *Sentenza Volkswagen*, cit., e *Sentenza Federconsumatori*, cit..

di tali percentuali possano avere il potere di esercitare una sicura influenza sulla gestione della società partecipata e di indirizzarne l'attività.

La genericità dei presupposti strumentali all'esercizio del potere di veto integrerebbe invece solo una violazione dell'art. 43 CE in quanto riguarderebbe le decisioni assumibili soltanto da azionisti in grado di influenzare l'attività della società⁵³.

In linea di principio la disciplina nazionale che ostacola la libera circolazione dei capitali comporta anche un'autonoma violazione della libertà di stabilimento; diversamente una disciplina che ostacola la libertà di stabilimento non integra anche un'autonoma violazione della libera circolazione dei capitali in quanto gli eventuali effetti restrittivi su quest'ultima prodotti, sarebbero *solamente* la conseguenza indiretta della compressione alla libertà di stabilimento.

Il fatto che gli amministratori di nomina pubblica siano amministratori a tutti gli effetti, che si differenziano dagli altri solo per via delle modalità attraverso le quali vengono nominati, non ha dissuaso la Corte di Giustizia dal ritenere il potere speciale in questione non compatibile con l'art. 56 CE. L'essere amministratori con pieni poteri, e non con poteri limitati, come nel caso degli

⁵³ Sullo specifico *ex multis* PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul caso Centros*, in *Riv. soc.*, 2001, 1296 ss.; CASSOTTANA-NUZZO, *Lezioni di Diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006, 17 ss..

amministratori senza diritto di voto nelle società privatizzate⁵⁴, è senz'altro una ragione in più per ritenere il potere speciale di nomina idoneo a rappresentare una restrizione ai movimenti di capitali tra gli Stati membri. La Corte di Giustizia parte dal presupposto che l'art. 2449 c.c., pur rientrando nella disciplina generale societaria prevista dal codice civile, rappresenta una deroga al diritto societario comune, dal momento che la possibilità di nomina diretta potrebbe essere attribuita solamente ad un socio pubblico e non anche ad un socio privato. Ciò comporterebbe una sproporzione dei poteri del socio pubblico idonea a dissuadere chi vorrebbe acquisire il controllo della società⁵⁵.

È oramai consolidato l'orientamento giurisprudenziale comunitario volto a contrastare sia un esercizio diretto dell'attività d'impresa da parte del pubblico che altera la concorrenza⁵⁶, sia il riconoscimento al socio (ma anche al non socio) pubblico di poteri

⁵⁴ Sul punto SACCO GINEVRI, *La nuova golden share: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, *Giur. comm.*, 2005, II, 707.

⁵⁵ Sullo specifico aspetto della dissuasione agli investimenti v. Corte di Giustizia Corte giustizia CE, 06 dicembre 2007, n. 464, sez. I, *Giur. comm.*, 2008, 3, 576; C-483/99, 4 giugno 2002, Commissione/Francia, in G.U.C.E., *Raccolta*, 2002, I-04781 che afferma la non conformità con l'ordinamento comunitario di una normativa nazionale, attributiva di poteri speciali allo Stato (*golden share*), che anche se non crea una disparità di trattamento, può impedire l'acquisizione di azioni nelle società interessate e dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'investire nel capitale di tali società. Essa può quindi, per tale ragione, vanificare la libera circolazione dei capitali.

⁵⁶ Il riferimento a tal proposito potrebbe essere alla gestione dei servizi pubblici *in house*; sul punto DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali*, *Giur. comm.*, 2006, II, 780.

speciali che alterano l'ordinaria disciplina del diritto societario⁵⁷.

La censura della Corte di Giustizia nelle varie pronunce riguarda l'art. 2449 c.c. qualora attribuisca al socio pubblico senza alcuna giustificazione un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione. La censura, quindi, non ha riguardato in astratto il potere speciale di nomina ma solo un utilizzo abusivo dello stesso (*rectius* non giustificato), con la conseguenza che sarà questa modalità di utilizzo eventualmente a dissuadere gli investitori e non la normativa in sé.

Il potere speciale, infatti, sarebbe idoneo a limitare la libera circolazione dei capitali oltre a quanto consentito secondo l'art. 58 CE, cioè in presenza di un superiore interesse di ordine pubblico o di pubblica sicurezza⁵⁸. Tale orientamento si coordina o, sarebbe meglio dire, è alla base dei tentativi di correzione della *golden share* italiana. Il legislatore italiano, infatti, al fine di giustificare la *golden share* e cercare di salvarla dai continui attacchi della Corte di

⁵⁷ In argomento, senza pretesa di esaustività, BALLARINO-BALLODI, *La golden share nel diritto comunitario*, cit., 2; CIRENELI, *Riforma delle società*, cit., 55, 46.

⁵⁸ In questi termini la stessa Corte di Giustizia (C-503/99, Commissione/Belgio, 4 giugno 2002, in G.U.C.E., *Raccolta*, 2002, p. I-04809) afferma che la libera circolazione dei capitali, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata da una normativa nazionale solo se quest'ultima sia giustificata da motivi imperativi di interesse pubblico e che si applichino ad ogni persona o impresa che eserciti un'attività sul territorio dello Stato Membro ospitante oppure (C-98/01, Commissione/RU, 13 maggio 2003, in G.U.C.E., *Raccolta*, 2003, I-04641) in presenza di talune circostanze connesse all'esercizio dei pubblici poteri, all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza e alla sanità pubblica.

Giustizia, che valuta compatibile solo una *golden share* virtuosa⁵⁹, prevede che la stessa sia ammissibile solo al fine di tutelare, non più gli originari *obiettivi nazionali di politica economica e industriale* ma, *gli interessi vitali dello Stato*⁶⁰.

Alla base di tutti i poteri speciali ci dovrebbe essere, oltre ad un presupposto normativo certo, un interesse che giustifica la deroga all'ordinario diritto societario, con la conseguente limitazione alla libera circolazione dei capitali.

Anche per la nomina degli amministratori *ex art. 2449 c.c.* dovrebbe essere previsto un criterio oggettivo (l'equivalente di quanto richiesto per la *golden share* virtuosa) in base al quale individuare i presupposti e le ragioni di tale nomina⁶¹.

⁵⁹ Da intendersi per virtuosa quella basata su disposizioni normative che garantiscano: a) l'esistenza di un testo normativo preciso; b) un sistema di controllo statale successivo e non di autorizzazione preventiva; c) termini temporali e precisi per proporre l'opposizione; d) un obbligo di motivazione per l'interferenza dello stato; e) un controllo giudiziale effettivo; sul punto BALLARINO-BALLODI, cit., 37.

⁶⁰ Per l'evoluzione della disciplina relativa alla *golden share* in seguito ai diversi interventi della Corte di Giustizia v. SANTONASTASO, *Dalla golden share alla poison pill: evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura l. 23 dicembre 2005, n. 266*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 383.

⁶¹ PERICU, *Commento agli artt. 2449 e 2450 c.c.*, *op. cit.*, 1304, il quale ritiene che la nomina pubblica non possa prescindere da un interesse pubblico all'attività sociale, che dovrebbe determinare anche il peso pubblico all'interno dell'organo sociale.

1.4. *Segue. Il possibile controllo sproporzionato.*

La compatibilità tra un potere speciale e il diritto comunitario sussiste a condizione che in capo al socio pubblico non vi sia un ingiustificato potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione al capitale sociale. Si tratta senza dubbio di una dichiarazione di principio, in linea di massima condivisibile, che deve confrontarsi con il diritto societario e tradursi in una clausola statutaria che rispecchi una proporzionalità tra l'interesse pubblico, che dovrebbe giustificare la nomina, e il numero di amministratori nominato⁶².

La censura della Corte di Giustizia è indirizzata non tanto sulla non proporzionalità del diritto speciale, ma sul controllo sproporzionato rispetto alla partecipazione, cioè sul potere di gestione ben superiore rispetto a quello che si potrebbe ordinariamente avere con quella determinata partecipazione sociale. I due aspetti che potrebbero sembrare identici in realtà sono differenti, in quanto non necessariamente ad una non proporzionalità nei diritti sociali corrisponde un controllo sproporzionato, come, di contro, non necessariamente un controllo sproporzionato ha alla base una partecipazione non proporzionale. Ciò comporta che un potere speciale - che difficilmente è ipotizzabile proporzionale alla partecipazione, dal momento che la

⁶² PERICU, *Commento agli artt. 2449 e 2450 c.c.*, *op. cit.*, 1306; negli stessi termini D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007, 132.

stessa specialità dovrebbe rappresentare una non proporzione se si somma agli altri ordinari diritti sociali che, come nel caso di specie, spettano allo stesso socio - non attribuisce automaticamente un controllo sproporzionato.

Il controllo sproporzionato, tuttavia, non è estraneo al diritto societario. La combinazione di alcuni istituti utilizzabili dall'autonomia statutaria - quali l'attribuzione delle azioni in modo non proporzionale, le categorie speciali di azioni, gli strumenti finanziari - senza dubbio potrebbe consentire il raggiungimento dello stesso risultato, attribuendo di fatto il controllo ad una minoranza qualificata che sia al tempo stesso azionista di riferimento; così come il controllo da parte di una minoranza qualificata è la regola nelle società aperte⁶³.

Detto ciò, non bisogna commettere l'errore di valutare le pronunce della giurisprudenza comunitaria come delle censure al diritto societario, che non consente il controllo analogo o consente il controllo sproporzionato. L'obiettivo di tali pronunce è la tutela del mercato attuata attraverso la rimozione di tutte quelle situazioni che, attribuendo delle posizioni di privilegio fuori mercato al socio pubblico, alterano la concorrenza.

Non sembra possano esservi ostacoli, o meglio censure comunitarie, qualora il controllo sproporzionato, anche non giustificato, venga raggiunto attraverso le ordinarie regole del diritto societario applicabili tanto ai soci pubblici, quanto ai soci privati.

⁶³ Su quest'ultimo aspetto v. BIANCHI-BIANCO-GIACOMELLI-PACCES-TRENTO, *Proprietà e controllo delle imprese in Italia*, Bologna, 2005, 139.

Censurare tale risultato significherebbe dar luogo ad una contraddizione, in quanto da un lato non si riterrebbero conformi le deroghe speciali al diritto societario comune, dall'altro quest'ultimo si applicherebbe in modo differente in relazione alla natura giuridica del socio discriminando quello pubblico. Se si vuole equiparare il socio pubblico a quello privato tale equiparazione dovrà essere totale, eliminando, auspicabilmente, da un lato i privilegi, ma consentendo dall'altro lato le stesse opportunità. Ciò potrà anche comportare in capo al socio pubblico un controllo sproporzionato, senza però che in questo caso si possa ritenere violata alcuna regola del mercato dal momento che lo stesso si è ottenuto mediante l'utilizzo del diritto societario utilizzabile da tutti i soci. I potenziali investitori saranno ugualmente disincentivati, come lo sarebbero in presenza di un controllo sproporzionato in capo ad un socio privato.

1.5. L'art. 2449 c.c. come modificato dalla l. 25 febbraio 2008, n. 34.

Di ben maggiore portata sono le novità introdotte più di recente, ad opera, prima, dell'art. 3, 1° comma, d.l. 15 febbraio 2007, n. 10 (*“Disposizioni volte a dare attuazione ad obblighi comunitari ed internazionali”*), conv. in legge 6 aprile 2007, n. 46; e, successivamente, dell'art. 13, 1° comma, legge 25 febbraio 2008, n. 34 (*“Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti*

*dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2007)*⁶⁴.

Con il primo, invero, è stata disposta l'abrogazione dell'art. 2450 c.c., con conseguente caduta della previsione relativa ai poteri speciali di nomina diretta alle cariche sociali in favore di enti pubblici non titolari di partecipazioni azionarie nelle società; e con contestuale caduta anche della norma, che, come si è detto, è stata spostata dall'originario art. 2460 al nuovo 2° comma dell'art. 2450, che prevedeva che il presidente del collegio sindacale dovesse essere scelto tra i sindaci nominati dallo Stato⁶⁵. Con il secondo poi è stato ampiamente rimaneggiato il contenuto dell'art. 2449 c.c., che nella precedente formulazione recava un privilegio in favore della mano pubblica che, laddove non sottoposto ad un alcun limite e non subordinato ad una particolare condizione, consente, da solo o in combinazione con altri strumenti legali o statutari, di conseguire un potere di controllo potenzialmente “ingiustificato” e “sproporzionato”, in guisa tale da dissuadere potenziali investitori ad impiegare i

⁶⁴ Sulla disciplina *ante* l. 34\2008, v. SALERNO, *La nomina degli amministratori e sindaci*, cit., 458 ss..

⁶⁵ Norma la cui sopravvivenza alla riforma del diritto societario aveva invero sollevato critiche: v. per tutti, PERICU, *Commento agli artt. 2449 e 2450 c.c.*, cit., 1313 ss..

In chiave critica opposta, rileva invece SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da BUONOCORE, sez. IV, tomo X, 2009, 474, che l'abrogazione della norma sulla presidenza del collegio sindacale sarebbe stata effettuata in modo quasi accidentale, in quanto essendosi trovata nel corpo dell'art. 2450 c.c., sarebbe rimasta semplicemente “travolta” dall'abrogazione di quest'ultimo.

propri capitali nella sottoscrizione o nell'acquisto di azioni di una società nella quale siano presenti siffatti poteri speciali in favore dello Stato o di enti pubblici.

L'art. 2449 c.c., nella sua nuova formulazione, distingue tra società con partecipazioni dello Stato o di enti pubblici che non facciano ricorso al mercato del capitale di rischio (1° co.), e società che vi facciano ricorso (4° co.), ammettendo solo nel primo caso la nomina di un numero di amministratori e sindaci proporzionale alla partecipazione al capitale sociale⁶⁶, mentre riservando alle seconde l'emissione di strumenti finanziari *ex art.* 2346, 6° co., con la possibilità, in tale ipotesi, di nomina, stante il combinato disposto degli artt. 2346, 6° co., e 2351, ult. co., di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco.

In riferimento alle società per azioni c.d. "chiuse", può subito prendersi atto che è rimasta immutata la previsione in tema di revoca che, come nella configurazione normativa originaria, è previsto possa essere disposta esclusivamente dall'ente titolare del potere di nomina, così come quella relativa alla parificazione dei diritti e degli obblighi dei membri nominati dall'assemblea, che tuttavia non è più nel 3° comma, ma è diventata un 2° periodo del 2° comma. Peraltro, non è stata riprodotta la previsione, che il d.lgs. n. 6/2003 aveva introdotto in coda al vecchio 3° comma, di salvezza delle norme contenute nelle leggi speciali, anche se non si tratta di innovazione dotata

⁶⁶ CORRADI, *La proporzionalità tra partecipazione e "potere di controllo"*, cit., 932 ss..

di una effettiva portata sostanziale⁶⁷. Le novità si riconducono, piuttosto, all'introduzione di una disciplina esplicita della scadenza del mandato dei componenti di nomina pubblica diretta⁶⁸ e di un limite al numero di seggi che è possibile riservare per via statutaria alla nomina pubblica diretta.

Il 2° e il 3° comma dell'art. 2449 c.c. disciplinano la nomina, la revoca e la durata dell'incarico dei membri nominati ai sensi del 1° comma, operando il mero rinvio alla disciplina comune per quanto attiene ai loro diritti ed obblighi.

Come evidenziato, già, nei paragrafi precedenti l'art. 2449 c.c. costituisce una norma speciale del tipo società per azioni⁶⁹ e descrive una procedura difforme rispetto a quella che normalmente attribuisce la competenza in materia di nomina e revoca degli amministratori all'assemblea. La partecipazione dello Stato non

⁶⁷ Come giustamente osservato da DEMURO, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, diretto da COTTINO e BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, 2009, 882, la soppressione (così come, a parere di molti, lo era stata la sua introduzione ad opera del d.lgs. n. 6/2003), deve reputarsi sostanzialmente neutrale e priva di conseguenze sul piano sistematico e applicativo.

⁶⁸ Così GHEZZI-VENTORUZZO, *La nuova disciplina*, cit., 672, (ove riferimenti a un caso in cui lo statuto di una società a partecipazione pubblica che attribuiva poteri di nomina pubblica diretta di amministratori con mandato quinquennale); SANTONASTASO, *La "saga" della "golden share"*, cit., 507.

⁶⁹ CASSESE, *Azionariato dello Stato*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 778; FRÈ, *Società per azioni*, cit., 728; MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca borsa*, 1954, I, 712. Secondo ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, cit., 262, tale specialità "va chiarita sottolineandosi che si tratta di norma di diritto pubblico".

altera tuttavia la struttura giuridica della società⁷⁰, poiché la norma non introduce un nuovo tipo sociale, ma costituisce eccezionale deroga alla disciplina della società per azioni⁷¹. La specialità della disciplina si evidenzia nel fatto che la nomina o la revoca non sono rimesse alla competenza assembleare, prevista in via generale dagli artt. 2364 e 2383 c.c.⁷². Le deroghe al sistema costituiscono certamente un insieme chiuso di “*eccezioni tassative*”⁷³ e la norma *de qua* si colloca in tale contesto. Ciò non consente secondo parte della dottrina, di attribuire alcuna connotazione pubblicistica al ruolo che vengono ad assumere i componenti degli organi sociali nominati dallo Stato e dagli enti pubblici⁷⁴. La veste pubblica del soggetto designante comporta che il legislatore ha ritenuto meritevole di particolare protezione giuridica l’interesse dell’ente pubblico azionista alla società e non, invece, nella società⁷⁵. Lo stesso interesse alla società da parte dell’ente pubblico non implica, sul

⁷⁰ COTTINO, *Le convenzioni*, cit., 168; Cass., S.U., 15 aprile 2005, n. 7799, cit.; Cass. civ., Sez. lav., 29 aprile 1988, n. 3248, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce Lavoro (rapporto).

⁷¹ Ne consegue che società con partecipazione pubblica, conservando la natura di imprenditori commerciali, possono essere assoggettate alle procedure concorsuali: v. Cass. Civ., 10 gennaio 1979, n. 158, cit., 612 ss..

⁷² In argomento, DI CHIO, *Società a partecipazione pubblica*, cit., 167 ss..

⁷³ V. art. 2383, 1° comma, c.c.. In dottrina MONTAGNANI, Sub *art. 2383, Amministratori*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di GHEZZI, diretto da MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI, NOTARI, Milano, 2005, 145.

⁷⁴ SALERNO, *La nomina di amministratori e sindaci*, cit., 460; ID., Sub *art. 2449*, in *Codice commentato delle s.p.a.*, diretto da FAUCEGLIA e SCHIANO DI PEPE, Torino, 2007, 1420; RORDORF, *Le società “pubbliche”*, *op. cit.*, 427.

⁷⁵ Sic SALERNO, Sub *art. 2449*, cit., 1420. *Contra*, ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell’amministratore nominato dallo Stato*, *op. cit.*, 271; DI CHIO, *op. cit.*, 169; VERRUCCI, *La revoca dell’amministratore*, cit., 38 ss..

piano della disciplina, un diverso atteggiarsi dei compiti e del ruolo degli organi così nominati. Ciò è evidente nelle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali *ex* artt. 112 ss., d.lg. 18.8.2000, n. 267, ove la realizzazione del loro interesse tipico⁷⁶ non trova protezione nelle predette modalità di nomina degli organi⁷⁷, l'esigenza di tutela di quel particolare interesse si rinviene piuttosto nelle fonti di regolamentazione dei rapporti tra socio pubblico e socio privato⁷⁸.

1.6. Il principio di proporzionalità tra partecipazione e controllo nelle società “chiuse”.

La nuova formulazione dell'art. 2449 c.c., come abbiamo visto, stabilisce che lo statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici, può attribuire a tali soci la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale.

Il legislatore, dunque, nel prevedere che ai soci pubblici possa essere attribuita la facoltà di nominare un numero di amministratori

⁷⁶ Tali società devono contemperare la finalità del perseguimento del profitto con l'esigenza, di cui è portatore l'ente pubblico, di assicurare adeguati *standards* qualitativi ed economici nella prestazione del servizio all'utenza: v. GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2005, 682.

⁷⁷ PERICU, *Sub artt. 2449-2450*, cit., 1296.

⁷⁸ SALERNO, *Sub art. 2449*, cit., 1422.

e sindaci proporzionale alla propria partecipazione, introduce di fatto un limite rispetto al sistema previgente, in cui vi era un “controllo sproporzionato” a vantaggio degli stessi soci pubblici.

Tuttavia, nel silenzio della norma, la dottrina si è posta il problema di come debba essere interpretata la suddetta “proporzionalità”.

Parte della dottrina, difatti, ritiene che la proporzionalità richiesta nell’art. 2449 c.c. sia riferibile solo agli amministratori o sindaci di nomina diretta, o *extra*-assembleare, potendo, per il resto, il socio pubblico, intervenire in assemblea e votare, in virtù degli ordinari diritti sociali, con riferimento alla restante parte degli organi amministrativi e di controllo⁷⁹.

Secondo tale parte della dottrina, a questa conclusione si arriva considerando che dal dettato normativo non si desume alcuna limitazione o sospensione dei diritti sociali ordinari in capo al socio pubblico. Ragionando diversamente e, pertanto, considerando in senso assoluto il vincolo di proporzionalità, si creerebbe un pregiudizio in capo al socio pubblico a causa di una disparità di trattamento *a contrario*.

La dottrina maggioritaria, tuttavia, ritiene che il principio di proporzionalità *ex* art. 2449 c.c. abbia portata generale ed inderogabile, non essendo ammissibile interpretare il disposto della suddetta norma nel senso che la proporzionalità opera per i soli

⁷⁹ GHEZZI - VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. Societaria*, 2008, 699.

membri di nomina diretta. In altri termini, secondo la dottrina maggioritaria, è la somma degli amministratori o sindaci assembleari ed *extra*-assembleari che deve essere proporzionale alla partecipazione al capitale sociale⁸⁰.

Tale tesi della dottrina maggioritaria è sostenuta anche dalla giurisprudenza, secondo la quale, con riferimento ai membri del consiglio di amministrazione «*il numero dei consiglieri di nomina pubblica nel consiglio di amministrazione deve essere il più possibile rappresentativo, rispetto al totale dei componenti di esso, della percentuale di capitale sociale detenuto*»⁸¹.

La nuova formulazione dell'articolo 2449 c.c. introduce il limite quantitativo di seggi che è consentito riservare alla nomina pubblica diretta, affidato a un parametro di “*proporzionalità tra numero di amministratori, sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza la cui nomina può dallo statuto essere riservata allo Stato o a enti pubblici*”, da un lato, e la “*partecipazione al capitale sociale*”, dall'altro.

La lettera della nuova norma non si discosta fortemente da quella del vecchio articolo 2449 c.c., se non per il fatto di introdurre il principio di proporzionalità tra partecipazione e numero di amministratori o sindaci nominati, e per il limite dei tre esercizi. La prima osservazione che sorge naturale riguarda l'assenza di riferimento all'eventuale effetto combinato della disposizione in questione con altre norme c.d. “speciali”. Dunque, nulla sembra

⁸⁰ RUOTOLO-PUGLIELLI, *Nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica (il nuovo testo dell'art. 2449 c.c.)*, in *Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2009, 227.

⁸¹ Trib. Ragusa, 21 dicembre 2010, in *ilcaso.it*

potere scongiurare l'ipotesi che, comunque, la "sproporzione" si ricrei per effetto del combinato disposto dell'art. 2449 c.c., con una delle molteplici norme in materia di privatizzazioni.

1.7. *Segue.* Il mancato richiamo del principio di proporzionalità con riferimento alle società a partecipazione pubblica che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

Più complesso è il contenuto delle disposizioni che si applicano alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. A tali società, afferma il nuovo art. 2449 c.c., si applicano le disposizioni del 6° comma dell'art. 2346 c.c.⁸², il quale prevede che la società possa emettere strumenti finanziari, forniti di diritti patrimoniali, o anche di diritti amministrativi, a seguito dell'apporto

⁸² Art. 2346, 6° comma, c.c. *“Resta salva la possibilità che la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti. In tal caso lo statuto ne disciplina le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione”.*

Su tali strumenti finanziari v. CIAN, *Investitori non azionisti e diritti amministrativi nella “nuova” s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da ABBADESSA e PORTALE, vol. I, Torino, 2006, 737; COSTI, *Strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi*, *ivi*, 729; OPPO, *Quesiti in tema di azioni e strumenti finanziari*, *ivi*, 715; SALANITRO, *Cenni tipologici sugli strumenti finanziari diversi dalle azioni*, *ivi*, 721; CINCOTTI, *L'esperienza delle parts bénéficiaires belghe e gli strumenti finanziari partecipativi di cui all'art. 2346 c.c.*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Vol. III, Tomo I, Milano, 2005, 2167 ss..

da parte dei soci o di terzi anche di opera o di servizi. Nell'articolo 2449 c.c. si precisa poi che tali strumenti finanziari sono non trasferibili e condizionati alla persistenza della partecipazione dello Stato o dell'ente pubblico. Sussiste, tuttavia, una alternativa, consistente nella possibilità che i diritti previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni⁸³. La scelta del Legislatore pare conforme alla necessità di escludere, al di fuori dei casi previsti in leggi speciali, la possibilità, già disconosciuta dalla generale disciplina delle s.p.a.⁸⁴, che un determinato statuto possa attribuire particolari diritti ad uno o più azionisti, singolarmente individuati in quanto tali.

Va preliminarmente rilevato che, la norma è stata giudicata censurabile sotto diversi profili e la sua stessa concreta applicazione può risultare meno chiara ed agevole di quanto non possa *prima facie* apparire.

Innanzitutto, è stato sollevato il dubbio che la soluzione adottata dal legislatore, dichiaratamente volta all'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme comunitarie e agli orientamenti manifestati dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia, non sia effettivamente in grado di assolvere al compito. E ciò, per due ordini di ragioni.

La prima è che il principio di "proporzionalità", così come

⁸³ Sulle speciali categorie di azioni v. ad esempio NOTARI, *Le categorie speciali di azioni*, cit., 593 ss..

⁸⁴ NOTARI, *op. ult. cit.*, 613.

affermato dalla giurisprudenza comunitaria, non potrebbe essere compreso e sacrificato in una logica meramente aritmetica di rapporto tra percentuale della partecipazione al capitale sociale e percentuale dei seggi riservati al potere speciale di nomina diretta, ma imporrebbe piuttosto una considerazione estesa alla presenza o meno di ragioni di “giustificazione” del conferimento del peculiare privilegio e, in un certo senso, di “congruità” tra il privilegio medesimo e i fini (o interessi pubblici) cui lo stesso è preordinato, dovendosi reputare sproporzionato ogni qualvolta lo stesso appaia eccessivo ovvero non strettamente necessario (anche in tal senso, appunto, “sproporzionato”) rispetto ai fini (o interessi pubblici) perseguiti⁸⁵.

La seconda è che, per valutare se il privilegio concesso all'ente pubblico sia o meno “proporzionato” (e “giustificato”), non potrebbe omettersi di avere riguardo anche ai diritti che all'ente pubblico spettano in virtù di norme e strumenti (anche di fonte statutaria) di diritto comune⁸⁶ o di altre prerogative previste dalla legislazione speciale⁸⁷.

⁸⁵ Cfr. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario*, cit., 592 ss.; ID., *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, cit., 875; e ancora ID., *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri speciali previsti dalla golden share*, cit., 640.

⁸⁶ Cfr. CAVAZZA, *Prerogative speciali e società partecipate dai pubblici poteri: il nuovo art. 2449*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 398; DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario*, cit., 592; ID., *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, cit., 875 ss.; GHEZZI-VENTORUZZO, *La nuova disciplina*, cit., 697 ss.; PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, 966 ss..

⁸⁷ In tal senso CORRADI, *La proporzionalità*, cit., 945 ss..

Sicché, in tale prospettiva, quelli che potrebbero *prima* apparire poteri speciali “proporzionati” possono diventare invece eccessivi ed ingiustificati, creando una posizione di privilegio “sproporzionata”, ove valutati, per esempio, in combinazione con il diritto di voto che l’ente può esercitare in assemblea, eventualmente correlato con una particolare regolamentazione del sistema di elezione delle cariche sociali (e, in taluni casi, dalla stessa potenziato), come in caso di voto di lista⁸⁸; o ancora, con un

Altra ragione di critica, sempre secondo lo stesso CORRADI, *La proporzionalità*, cit., 941 ss. e 967, starebbe nel fatto che, essendo (dopo la riforma del 2003) oggi possibile disarticolare l’entità della partecipazione al conferimento, il fatto che il principio di proporzionalità sancito dall’art. 2449 sia commisurato alla partecipazione al capitale invece che all’entità del conferimento renderebbe la formulazione e la portata della norma non del tutto coerenti con la finalità ad essa sottesa (che l’autore individua nella volontà di preservare la correlazione tra rischio e controllo).

Ma v. la corretta replica di PECORARO, *Privatizzazione*, cit., 977 ss., secondo cui la finalità dell’art. 2449 è invece quella di contenere la portata di uno strumento “singolare” che si muove sul terreno del “privilegio”, mentre la possibile disarticolazione tra partecipazione e conferimento è fenomeno di “diritto comune”, accessibile senza discriminazioni anche ai soci privati.

⁸⁸ Ed è, anzi, significativo che il caso AEM che ha condotto alla pronuncia della Corte di giustizia sull’art. 2449 fosse proprio quello di una posizione di controllo sproporzionata che il Comune aveva conseguito grazie alla somma dei seggi consiliari conseguiti attraverso la titolarità del potere speciale di nomina diretta con quelli conseguiti attraverso il meccanismo statutario del voto di lista. Così come è significativo il fatto che il voto di lista è meccanismo assai frequente negli statuti delle società privatizzate, in quanto imposto, alle società che contenevano un limite al possesso azionario, dall’art. 4, d.l. 31 maggio 1994, n. 332 (recante “*Norme per l’acceleramento delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni*”), conv. con modif. in legge 30 luglio 1994, n. 474; sul punto v. PECORARO, *Privatizzazione*, cit., 966 ss.; nonché, in generale sul voto di lista nelle società privatizzate, Lemme, *Il voto di lista*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I 357 ss..

peculiare diritto di nomina che all'ente per ipotesi fosse attribuito per il possesso di strumenti finanziari partecipativi ai sensi dell'art. 2351, ultimo comma, c.c..

Uno degli aspetti che desta maggiore perplessità è legato a quella parte dell'art. 2449 c.c. in cui si richiede che “i diritti amministrativi” siano rappresentati da strumenti finanziari; l'espressione non è sufficientemente denotativa, perché non dice se si tratti di tutti i diritti amministrativi di cui lo Stato o l'ente pubblico può essere titolare, cioè anche quelli derivanti dal fatto di essere azionista, ovvero solamente di quelli che permettono la nomina diretta; la prima soluzione appare assurda e quindi si deve ritenere che lo Stato o l'ente pubblico in questione diverrà contemporaneamente titolare di azioni e di strumenti finanziari emessi *ex art.* 2449 c.c.. Ora, viene da chiedersi se non vi sia il rischio che si ricrei comunque la tanto scongiurata sproporzione tra partecipazione e controllo, visto anche il mancato richiamo del principio di proporzionalità con riferimento alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, tra l'altro, poiché, tale principio risulta particolarmente auspicabile proprio con riferimento alle società quotate, la svista risulta particolarmente clamorosa. Infatti, mentre il problema non dovrebbe porsi laddove il diritto di nomina diretta sia contenuto in strumenti finanziari, che, al limite, danno diritto a nominare un amministratore indipendente, un componente del consiglio di sorveglianza o un sindaco *ex art.* 2351 c.c., 5° comma, lo stesso non può dirsi laddove si opti per il “contenitore” costituito dalle categorie speciali di azioni, rispetto

alle quali non sussiste la limitazione di cui all'art. 2351 c.c.. La sproporzione tra partecipazione e controllo potrebbe quindi riproporsi anche attraverso il solo ricorso a strumenti codicistici, fermo restando il problema del mancato richiamo degli effetti combinati, legati alla sussistenza di eventuali norme speciali⁸⁹.

Dunque, sul piano della stretta interpretazione della norma codicistica, ed impregiudicante le diverse valutazioni di conformità all'ordinamento comunitario, sarebbe di difficile accoglimento l'ipotesi di lettura secondo cui l'art. 2449 c.c. andrebbe inteso e applicato nel senso che la proporzionalità imposta debba computarsi avendo riguardo alla somma del numero dei membri di nomina diretta e di quello degli esponenti eletti dalla mano pubblica in ambito assembleare⁹⁰.

⁸⁹ Si può ipotizzare che il mancato richiamo al principio di proporzionalità sia stato determinato proprio dal fatto che gli strumenti finanziari non danno diritto alla nomina di amministratori esecutivi, dimenticando che tale limite non riguarda invece le categorie speciali di azioni.

⁹⁰ Proposta avanzata da PUGLIELLI-RUOTOLO, *Nomina e revoca degli amministratori*, cit., 227.

V. invece, DEMURO, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, cit., 875 ss.. Analogamente, la lettura più corretta della norma è nel senso che la proporzionalità da essa imposta riguardi specificamente ed esclusivamente i poteri speciali di nomina diretta pubblica per via statutaria ex art. 2449 c.c., senza alcuna considerazione per gli ordinari diritti amministrativi che all'ente dovessero spettare in virtù di norme e strumenti di carattere generale, come ad esempio l'eventuale possesso di strumenti finanziari partecipativi: in tal senso v. CAVAZZA, *Prerogative speciali*, cit., 397 ss. (ma v. poi una valutazione critica del sistema, *ivi*, 400).

Una posizione intermedia e più articolata è quella di GHEZZI-VENTORUZZO, *La nuova disciplina*, cit., 697 ss., spec. 700 ss., secondo i quali sarebbe prospettabile una terza possibile lettura, sostanzialmente basata su due premesse: una prima premessa è che il principio di stretta

proporzionalità è testualmente imposto dall'art. 2449 c.c. con esclusivo riferimento ai poteri *speciali* di nomina, sicchè non sarebbe possibile forzare la norma fino a ritenere che la stessa vieti la sproporzione che potrebbe discendere dalla somma tra tali poteri speciali e quelli connessi a strumenti di diritto comune; una seconda premessa è basata sul rilievo che la stessa Corte di Giustizia, nella sentenza *Federconsumatori*, non ha affermato che la compatibilità con il diritto comunitario sarebbe assicurata solo in presenza di un aritmetico principio di proporzionalità, ma ha piuttosto stigmatizzato il caso in cui, attraverso l'applicazione dell'art. 2449, si attribuisca alla mano pubblica un potere di *controllo sproporzionato* rispetto all'entità della partecipazione. La conclusione è, quindi, nel senso che sarebbe contestabile in concreto la circostanza in cui l'azionista pubblico, utilizzando l'art. 2449 in combinazione con altri strumenti di diritto comune, fosse in grado, *ex ante* e a prescindere da una posizione di controllo societario, di nominare la maggioranza degli amministratori. La conseguenza applicativa sarebbe nel senso che lo Stato o l'ente pubblico potrebbero partecipare alla nomina dei restanti amministratori in assemblea solo in due casi: a) laddove la clausola statutaria *ex art. 2449* attribuisse loro la nomina diretta di un numero di amministratori pari o inferiore a quanto sarebbe concesso dal limite della proporzione, nel qual caso potrebbero partecipare alla delibera assembleare di nomina nei limiti in cui attraverso la votazione non violassero il principio del "controllo sproporzionato" sancito dalla Corte di giustizia; b) e laddove detenessero comunque una partecipazione tale da attribuire loro il controllo della società.

Analogamente anche PECORARO, *Privatizzazione*, cit., 973 ss., che pertanto conclude che "In ragione dell'interpretazione adeguatrice dell'art. 2449 c.c. sarà possibile fissare due limitazioni all'autonomia statutaria: a) la prima, riferita a tutte le società partecipate da soggetti pubblici, concerne solamente la verifica del numero di consiglieri e sindaci nominabili *singolarmente* dal socio pubblico, atteso il divieto di riconoscere allo Stato o altri enti pubblici la nomina diretta di cariche sociali in misura che eccede il *vincolo della proporzionale partecipazione al capitale sociale*; b) la seconda, viceversa, diretta *esclusivamente* alle società partecipate in misura minoritaria dal socio pubblico che, ove concorra alla designazione di consiglieri e sindaci nominati in assemblea, non potrà che sottostare al *divieto del controllo sproporzionato* sancito dalla giurisprudenza comunitaria onde vietare che l'ente pubblico, tramite l'utilizzo congiunto del diritto speciale stabilito a norma dell'art. 2449 c.c. e la previsione statutaria del voto di lista, possa

Sul piano storico e teleologico, nonché della necessità di un'interpretazione che renda la norma coerente coi principi affermati in sede comunitaria, invero, quel che conta è che alla mano pubblica non venga conferito un privilegio “sproporzionato” e, anche in quanto tale, “ingiustificato”, mentre nulla impedirebbe, come è ovvio, che alla stessa fosse riservato un potere di nomina riferito a un numero di soggetti inferiore a quello che discenderebbe dall'applicazione del metro della proporzionalità.

Sul piano apagogico, poi, sarebbe invero assurdo e irrazionale opinare che, nel caso in cui, ad esempio, un ente pubblico fosse titolare di una partecipazione pari al 40% del capitale sociale e la società fosse amministrata da un consiglio di amministrazione di cinque componenti, pur potendo legittimamente essere attribuito a tale ente un potere di nomina diretta di due amministratori, non debba invece reputarsi consentito conferirgli analogo potere di nomina ove lo stesso fosse riferito ad un solo amministratore su cinque.

Un dubbio interpretativo che la formulazione della norma, peraltro, solleva è come debba essere risolto il caso, destinato a verificarsi con evidente frequenza, in cui, applicando il coefficiente della percentuale di partecipazione al capitale al numero complessivo degli amministratori, dei sindaci o dei componenti del consiglio di sorveglianza, non si pervenga ad un numero tondo ed

blindare il controllo della società, preconstituendosi un potere egemone di nominare in ogni caso la maggioranza dei componenti dell'organo direttivo o di controllo”.

esatto, ma ad una cifra con dei decimali.

La soluzione sembra debba ricercarsi ancora una volta, nella *ratio* e nella ragione storica che hanno ispirato l'introduzione del principio di proporzionalità ed è, pertanto, nel senso che, essendo evidentemente necessario procedere a un arrotondamento, lo stesso debba, per lo meno *in linea di principio*, avvenire che in difetto: *in linea di principio*, in quanto non si potrebbe escludere che il decimale possa risultare così prossimo alla cifra tonda superiore, da indurre a reputare irragionevole, nel caso specifico, un arrotondamento per eccesso.

Deve riconoscersi, per vero, che, ammettendo tale eccezione, non si potrebbe eludere l'ulteriore questione di quale sia il limite di approssimazione alla cifra tonda superiore che possa giustificare l'arrotondamento per eccesso; col rischio che qualsiasi soluzione aprioristica possa apparire *ex se* connotata da inevitabile arbitrio. Ma si potrebbe invocare il principio di ragionevolezza, con l'elasticità delle c.d. "*rules of reason*".

Sotto altro profilo, è opportuno rimarcare che la partecipazione capitale da assumere al numeratore è quella relativa alla quota detenuta dallo specifico ente pubblico cui si intenda attribuire poteri speciali di nomina e non quella detenuta, in via generale, dalla mano pubblica. Così come, per ragioni speculari, il capitale da assumere come riferimento al denominatore è intero capitale sociale non già solo quello detenuto da soci privati.

Del pari, come è stato giustamente segnalato, il rapporto di proporzionalità va riferito ai componenti del singolo organo

societario, non alla somma del numero complessivo dei componenti dei diversi organi⁹¹.

1.8 L'assenza di previsioni di carattere “transitorio”.

Un ulteriore rilievo critico può essere mosso al mutato impianto normativo, in quanto diversamente da quanto previsto per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, che hanno potuto godere di un termine di otto mesi ai sensi dell'art. 13, 2° comma, legge n. 34/2008, alle società per azioni “chiuse” il legislatore ha reputato necessario dedicare alcuna previsione di ordine “transitorio”⁹².

Si tratta, sostanzialmente, di valutare esclusivamente come debbano procedere quelle società il cui statuto, nella versione antecedente alla riforma dell'articolo 2449 c.c., contemplava un potere speciale di nomina pubblica diretta di un numero di amministratori, sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza superiore alla quota massima oggi consentita in applicazione del principio di proporzionalità rispetto alla partecipazione al capitale sociale. E correlativamente di valutare come procedere

⁹¹ DEMURO, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, cit., 883.

⁹² DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario*, cit., 593, il quale rileva trattarsi di lacuna peculiare, visto che proprio in riferimento alle società chiuse che l'introduzione del principio di proporzionalità imponeva un adeguamento statutario necessario.

relativamente agli amministratori che dovessero continuare ad essere nominati in eccedenza alla quota massima consentita dalla legge, in ossequio alla clausola statutaria non adeguata al nuovo impianto normativo.

E' possibile fornire una risposta agevole e sicura a ciascuna delle questioni poste.

Con riferimento al primo profilo, invero, in assenza di un termine di grazia entro il quale la società possa procedere all'adeguamento del proprio statuto non resterebbe che affermare la piena applicabilità del nuovo sistema fin dal momento dell'entrata in vigore della norma. Le clausole statutarie in contrasto con la disposizione sarebbero, pertanto, colpite da nullità parziale sopravvenuta, dovendo essere rilette come se consentissero la nomina diretta esclusivamente di un numero di membri proporzionato alla quota di partecipazione al capitale di cui sia titolare l'ente pubblico investito dello speciale potere⁹³. Lo stesso

⁹³ CAVAZZA, *Prerogative speciali*, cit., 399; DEMURO, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, cit., 883. Per la radicale nullità dell'intera clausola e conseguente ripristino della ordinaria competenza assembleare, v., invece, PUGLIELLI – RUOTOLO, *Nomina e revoca*, cit., 230; GHEZZI – VENTORUZZO, *La nuova disciplina*, cit., 703.

La nullità sopravvenuta è espressamente comminata, nella norma transitoria di cui all'articolo 13, 2° comma, legge n. 34/2008, con riferimento alle società che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio. La disposizione, invero, stabilisce che il consiglio di amministrazione provvede all'adeguamento dello statuto entro otto mesi dalla data di entrata in vigore della legge, “*prevedendo che i diritti amministrativi siano rappresentati da strumenti finanziari, non trasferibili e condizionati alla persistenza della partecipazione dello Stato o dell'ente pubblico, ai sensi dell'articolo 2346, 6° comma, c.c.*”; e precisa esplicitamente che, “*Scaduto il predetto*

adeguamento dello statuto sarebbe, pertanto, meramente formale e non richiederebbe una deliberazione adottata con le forme e le maggioranze prescritte per l'assemblea straordinaria.

Quanto al secondo profilo, poi, ove l'ente pubblico avesse, successivamente, all'entrata in vigore della nuova norma proceduto alla nomina di un numero di componenti pari a quelli indicati nella clausola statutaria ma eccedente quanto consentito dalla legge, l'atto di nomina sarebbe per tale profilo viziato e, come tale, impugnabile.

termine di otto mesi, perdono efficacia le disposizioni statutarie non conformi alle disposizioni dell'articolo 2449, come sostituito dal 1° comma?

CAPITOLO SECONDO

La nomina pubblica diretta alle cariche sociali. Aspetti derogatori del diritto comune.

Sommario: 2.1. La nomina degli amministratori. Deroga non già al “principio maggioritario”, ma al “principio della competenza assembleare” alla nomina alle cariche sociali – 2.2. Il potere speciale di nomina pubblica diretta dei componenti l’organo amministrativo. – 2.3. Natura dell’atto di nomina e del rapporto tra ente nominante e amministratore. – 2.4. Il funzionamento degli organi di amministrazione e controllo – 2.5. Limiti alla composizione degli organi sociali. I compensi. - 2.6. *Segue. Prorogatio*, sostituzione e cooptazione degli amministratori di nomina pubblica. - 2.7. L’interesse sociale e l’interesse extra-sociale dei membri di nomina pubblica. – 2.8. *Segue*. Lo scopo di lucro.

2.1 La nomina degli amministratori. Deroga non già al “principio maggioritario”, ma al “principio della competenza assembleare” alla nomina alle cariche sociali.

La competenza per la nomina degli amministratori spetta inderogabilmente all’assemblea. Le clausole statutarie che prevedono la parziale o totale sottrazione all’assemblea del potere di nomina dell’organo amministrativo a favore di determinati gruppi di soci devono considerarsi radicalmente nulle⁹⁴.

Tuttavia, le eccezioni a tale regola sono previste

⁹⁴ Trib. Verona, 11.12.1992, in *Le società*, 1993, 950.

espressamente dal legislatore, *rectius* nomina amministratori da parte dello Stato o di enti pubblici *ex* artt. 2449 e 2450 (ora abrogato) c.c.; sostituzione per cooptazione *ex* art. 2386 c.c.; nomina di componenti indipendenti riservata ai portatori di strumenti finanziari emessi a fronte di rapporti d’opera o di servizi o emessi a favore di dipendenti *ex* artt. 2351, 5° comma, 2346, 6° comma e 2349, 2° comma, c.c..

I primi amministratori sono nominati con l’atto costitutivo. L’avvicendamento di tali amministratori comporta modifica dell’atto costitutivo in quanto l’indicazione dei primi amministratori appartiene alla “parte variabile” dell’atto costitutivo e non necessita di ricorrere all’assemblea straordinaria⁹⁵.

Lo statuto può prevedere “norme particolari” per la nomina alle cariche sociali *ex* art. 2368, 1° comma, c.c. e le clausole statutarie che pongono particolari modalità per la nomina di amministratori sono ammissibili purché non violino la regola che riserva la nomina all’assemblea⁹⁶. L’art. 2369, 4° co., c.c. costituisce un limite all’autonomia statutaria e lo statuto non può richiedere maggioranze più elevate di quelle richieste in seconda convocazione dall’art. 2369 c.c. per la nomina e la revoca degli amministratori. Invece, sono ammissibili meccanismi che riservino alla minoranza la nomina di una parte degli amministratori⁹⁷.

Difatti, deve ritenersi che, nell’articolo 2449 c.c., sia proprio la

⁹⁵ Trib. Milano, 4 maggio 1990, in *Giur. comm.*, 1990, II, 458.

⁹⁶ BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitale*, 2006, Milano, 57.

⁹⁷ Trib. Roma, 12 marzo 2001, in *Società*, 2001, 1093; Trib. Milano, 23 novembre 2000, in *Società*, 2001, 444 con nota di COLAVOLPE.

peculiarità del meccanismo di produzione - imputazione con cui si esplica la nomina pubblica cosiddetta diretta alle cariche sociali, a costituire l'elemento differenziale rispetto al ben diverso meccanismo regolato dall'articolo 2368, 1° comma, c.c.⁹⁸.

In tal senso depone, in primo luogo, la chiara formulazione letterale dell'enunciato normativo, ove si parla di “facoltà di *nomina* conferita allo Stato o enti pubblici” e non, ad esempio, di *designazione* o di *segnalazione* di cui l'assemblea debba tener conto quale fase preliminare della procedura di adozione di una normale deliberazione di nomina *ex* articolo 2364, 1° comma, n. 2, c.c..

L'opzione semantica non è affatto priva rilevanza. In diritto pubblico, ad esempio, è particolarmente sentita l'esigenza di distinguere, anche a ragione del diverso regime normativo ad esse applicabile, le nozioni di *nomina* e di *designazione* se la prima è un atto mediante il quale gli organi dell'Amministrazione pervengono all'individuazione dei soggetti da preporre a determinati incarichi, la designazione rappresenta, invece, un atto strumentale proveniente da un determinato organo amministrativo e indirizzato ad altro organo amministrativo investito del potere di procedere ad una nomina⁹⁹.

⁹⁸ V., per tutti, MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, cit., 714; ID., *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 42.

⁹⁹ Cfr., in tal senso, e per tutti, DALLARI, voce *Nomina (dir. pubbl.)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXI, 1990, 1; nonché, fra gli altri, BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, V ed., 1987, 143, che definisce la *designazione* come la “manifestazione di desiderio che una persona sia preposta ad un ufficio”, classificandola nell'ambito dei “meri atti amministrativi”, fra gli “atti di desiderio”, al contrario della nomina, assunta fra i “provvedimenti amministrativi”, nel *genus* dei

Che anche nella materia in esame, il legislatore faccia un uso consapevole e differenziato delle nozioni di *nomina* e di *designazione* è testimoniato da una serie di frequenti e univoci dati normativi desumibili proprio dalla lunga esperienza applicativa registratasi attorno agli articoli 2449 e 2450 (ora abrogato). E' agevole rilevare, difatti, come le due espressioni siano state ripetutamente utilizzate nel loro corretto significato in un gran numero di norme speciali o singolari di legge¹⁰⁰.

provvedimenti che ottengono *direttamente* i risultati voluti (che l'Autore contrappone ai provvedimenti che hanno bisogno o si avvalgono del concorso dell'attività di soggetti diversi), nella *species* di provvedimenti relativi all'*organizzazione* (contrapposti a quelli relativi ai beni o ai servizi), nel tipo delle *assunzioni* (*ivi*, 139); SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., 1989, vol. I, 633; CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, 1994, 93; MIGNONE, *Tipologia degli atti amministrativi*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO e COCA, Bologna, 2005, 1230; e già GUARINO, *Deliberazione, nomina ed elezione*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1954, 86.

¹⁰⁰ Per le quali v., più ampiamente, DONATIVI, *Esperienze applicative*, cit., 1266 ss..

Della differenza che corre fra le nozioni di “nomina” e di “designazione” si ritrova, inoltre, una traccia anche in materia di privatizzazioni: ad esempio, nella deliberazione CIPE 30 dicembre 1992 [in G. U. 4 febbraio 1993, n. 28; riportata in AA.VV., *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di MARCHETTI, Milano, 1995, 62 ss., sulla quale v. il commento di MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia: leggi e documenti (dicembre 1992 - marzo 1994)*, in *Riv. soc.*, 1994, I, 45-49, recante “*Direttive concernenti le modalità e le procedure di cessione delle partecipazioni dello Stato nelle società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici e delle aziende autonome*”], “relativa alle modalità e alle procedure di cessione delle partecipazioni dello Stato nelle società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici e delle aziende autonome, è previsto, al punto n. 13, che alla direzione dei sindacati di voto e di blocco da costituire mediante l'apposita stipulazione di patti parasociali allo scopo di dar luogo al “nucleo stabile” di azionisti di riferimento all'interno delle società privatizzate debbano

Ad analoga conclusione condurrebbe, altresì, il confronto con la formulazione equivalente adottata, sul punto, nell'articolo 2450 c.c., in cui risultava espressamente contemplata la nomina di amministratori e sindaci da parte di enti che, in quanto privi di partecipazione azionaria, non avrebbero potuto che procedervi al di fuori degli ordinari canali assembleari¹⁰¹.

Ulteriori conferme, sempre sul piano letterale, emergono poi dall'articolo 2449, 2° comma, che fa riferimento ai membri nominati dallo Stato o da enti pubblici in contrapposizione ai membri nominati dall'assemblea; e dall'articolo 2542, 5° comma, che del pari contrappone la nomina attribuita allo Stato o agli enti pubblici alla nomina della maggioranza degli amministratori, che “in ogni caso [...] è riservata all'assemblea dei soci”. Ed ancora gli stessi artt. 2383, 1° comma, e 2400, 1° comma, c.c., nel prevedere “che la nomina degli amministratori [o, rispettivamente, dei sindaci] spetta all'assemblea” fanno “salvo il disposto degli artt. 2449 e 2450 (ora abrogato)” considerando le due norme, congiuntamente tra loro, quali eccezioni non già al principio maggioritario, bensì al principio della competenza assembleare.

Sul piano sistematico, infine, ulteriori indicazioni offre proprio il confronto con lo stesso articolo 2368, 1° comma, c.c.. L'esigenza,

essere riconosciuti, in particolare, i poteri di [...] 6) *designare* le persone che dovranno essere *nominate* a coprire cariche di presidente e/o vicepresidente e/o amministratori delegati; [...] 8) *designare* i membri del collegio sindacale da proporre per la *nomina* all'assemblea degli azionisti”.

¹⁰¹ Cfr. CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, V, Torino, 1988, 9; ma v. già MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, cit., 715.

avvertita dal legislatore, di una esplicita previsione che legittimasse l'attribuzione statutaria del potere di nomina di uno o più amministratori o sindaci allo Stato o ad enti pubblici, pur in presenza di una norma che già, su di un piano generale, prevede, e consente, che “*per la nomina alle cariche sociali lo statuto può stabilire norme particolari*”, fornisce, difatti, argomentando *a contrario*, una duplice indicazione: da un lato, che l'articolo 2368, 1° comma, c.c. non ha, di per sé, portata tale da consentire che la nomina venga demandata in via “diretta” a terzi arbitratori o a soci o a categorie di soci¹⁰², limitandosi a consentire semmai una deroga ai meccanismi

¹⁰² Per il tema, prima della riforma societaria, sul punto, per tutti, LEOZAPPA, *Nomina alle cariche sociali e categorie azionarie*, in *Giur. Comm.*, 1996, I, 800 ss., ove ogni ulteriore riferimento; cui *adde* Trib. Cassino 12 aprile 1991, *RECLAS Recupero ecologico Lazio sud S.p.A.*, in *Riv. notar.*, 1991, 1432 ss., che negò l'omologazione dello statuto di una società mista nel quale era stato previsto che le azioni fossero divise in due categorie (A e B), attribuite rispettivamente ai soci pubblici e ai soci privati, caratterizzate dal diritto di nominare, rispettivamente, i due terzi e il restante terzo dei componenti dell'organo amministrativo: il diniego fu motivato sul rilievo che sarebbe stato possibile configurare, in favore dei soci pubblici, un diritto “nominativo” (e come tale che intrasferibile) di nomina di un certo numero di amministratori, ai sensi dell'articolo 2458 (attuale 2449), ma non anche ancorare un simile diritto ad una categoria di azioni e come tale consentirne la circolazione assieme al titolo. In generale, sull'invalidità di una clausola statutaria intesa a regolare la nomina alle cariche sociali mediante assemblee separate per categorie di azioni, cfr. anche Trib. Venezia, (decr.) 4 marzo 1989, *F.lli Salviato s.p.a. ric.*, in *Società*, 1989, 960; e sull'invalidità di una clausola statutaria che attribuisca a ciascun socio il potere di designare uno dei componenti del consiglio di amministrazione, Trib. Cassino, (decr.) 13 ottobre 1989, *Torgif s.r.l. ric.*, in *Società*, 1990, 362.

Dopo la riforma societaria, ancora in senso negativo cfr., PERICU, *Sub artt. 2449-2450*, cit., 1304; CIAN, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voce*, Milano, 2006, 119 ss.; NOTARI, *Le categorie speciali di azioni*, in *Il nuovo diritto delle*

di computo delle maggioranze in seno all'assemblea¹⁰³; dall'altro,

società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da ABBADESSA e PORTALE, vol. I, 2006, 611 ss..

Nel senso, invece, che vi sarebbero nuovi spunti sistematici che potrebbero giocare in favore dell'attribuzione del diritto di nominare un solo membro o di un numero pari alla minoranza dei componenti del collegio, ma con la perentoria precisazione che debba ritenersi del tutto esclusa l'ammissibilità di clausole che riservino la nomina della maggioranza degli amministratori alla categoria di azioni che non rappresenti almeno la metà del capitale sociale, ABRIANI, Sub *art. 2351, 1°-4° comma*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, vol. I, 2005, 324 ss.; MONTAGNANI, Sub *art. 2383*, cit., 149 ss.; TOMBARI, *Le categorie speciali di azioni nella società quotata*, in AA. VV., *La società quotata dalla riforma del diritto societario la legge sul risparmio*, a cura di TOMBARI, 2008, 68 ss. (ma anche in *Riv. Società*, 2007, 992 ss.); GHEZZI-VENTORUZZO, *La nuova disciplina*, cit., 707; D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci*, cit., 189 ss.; PECORARO, *Privatizzazione*, cit., 1004; nonché, in termini parrebbe ancora più ampi, BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 70 ss.; favorevole anche PISANI MASSAMORMILE, *Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. soc.*, 2003, 1299, sul rilievo che, una volta ammessa la possibilità di riservare la nomina di un componente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco in favore dei titolari di strumenti finanziari partecipativi (articolo 2351, ultimo comma, c.c.), sarebbe incoerente che lo stesso diritto non potesse essere riconosciuto anche ai titolari di determinate categorie di azioni, "magari in coincidenza con la mancata o condizionata o limitata attribuzione ad esse del diritto di voto".

¹⁰³ La norma, dunque, consente al più di apportare una deroga al principio maggioritario, volta a garantire una maggiore facilità deliberativa (attraverso il passaggio dal sistema di maggioranza assoluta a quella di maggioranza relativa, come segnalato da MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 14 ss.; PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 172) o una rappresentanza delle minoranze (ma v., per più ampie indicazioni sulla possibile *ratio* della norma, le più recenti considerazioni critiche di LEMME, *Il voto di lista*, cit., 368 ss.), non anche una deroga al principio della competenza assembleare: cfr., per tutti, MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, 117-118; MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, cit.; SILVETTI, *Nomina di amministratori da parte di gruppi di soci nelle società di capitali*, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, 545 ss., in *Riv. notar.*, 1970, 129 ss. e in *Casi e*

materiali di diritto commerciale, 1, *Società per azioni*, I, 617 ss.; ID., *Amministratori*, in *Le società per azioni*, a cura di CAVALLI, MARULLI, SILVETTI, Torino, 1996, II, 1, 378 ss.; CASELLI, *Problemi in tema di nomina degli amministratori di società per azioni*, in *Contratto e impresa*, 1989, 85 ss.; CATTANEO, *Nomina di amministratori e di sindaci in deroga al principio maggioritario nella società per azioni ed a responsabilità limitata*, in *Temi*, 1970, 171 ss.; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 56; LEOZAPPA, *Nomina alle cariche sociali*, cit., 803 e 806 ss.; cui *adde*, anche per un confronto con i più ampi spazi che sembrerebbero riconosciuti all'autonomia statutaria a margine dell'articolo 148 t.u.f., AMBROSINI, *Nomina del collegio sindacale nelle società quotate: il c.d. sindaco di minoranza*, in *Riv. società*, 1999, spec. 1133 ss. e BIANCA, *Brevi riflessioni sulle clausole statutarie in tema di nomina dei sindaci di minoranza nelle società quotate*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 645 ss..

In giurisprudenza, parimenti, si esclude l'ammissibilità di clausole statutarie che prevedono la parziale o totale sottrazione all'assemblea del potere di nomina dell'organo amministrativo a favore di terzi estranei o di determinati gruppi di soci e/o si riconosce comunque carattere generale e imperativo al principio della competenza assembleare in punto di nomina alle cariche sociali: cfr., in tal senso, Trib. Udine, 22 novembre 1993, *Soc. Cimpello*, in *Gius.*, 1994, fasc. 4, 108 secondo cui è nulla la clausola statutaria che sottragga all'assemblea il potere di nomina e revoca degli amministratori; Trib. Verona, (decr.) 11 dicembre 1992, *Ric. Aeroporto Valerio Catullo s.p.a. Verona Villafranca*, in *Società*, 1993, 350 ss., con nota di RICCARDELLI; Trib. Milano 26 maggio 1990, *Soc. Ame*, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 590, con nota di GROSSO, *Osservazioni in tema di categorie di azioni e assemblee speciali*, *ivi*, c. 591; Trib. Cassino, (decr.) 13 ottobre 1989, *Ric. Torgif s.r.l.*, cit.; Trib. Verona, (decr.) 18 dicembre 1987, *Sifi s.p.a. ric.*, in *Società*, 1988, 403, con osservazioni di DABORMIDA, in *Giurisprudenza d'impresa*, a cura di BOCCHINI, VOL. III, *Amministratori-sindaci-controllo giudiziario delle società per azioni*, Padova, 1992, 20, massima n. 40; cui *adde*, per l'illegittimità di un sistema di cooptazione in punto di nomina dell'organo amministrativo, Trib. Monza 29 gennaio 1982, *Seccomandi c. SO.GE.FI. - Società generale finanziaria a r. l. e Seccomandi*, in *Giur. comm.*, 1983, II, 125; App. Milano 20 aprile 1993, *Mediobanca c. Fabris*, in *Società*, 1993, 1225; e App. Milano 27 agosto 1969, *Soc. Fonderia Bustese (ric.)*, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, 546 ss., con nota di SILVETTI, *Nomina di amministratori la parte di gruppi di soci nelle società di capitali*, cui si aggiungano gli ulteriori e più ampi riferimenti di SILVETTI, *Amministratori*, cit., 377; e v., in un certo senso, anche Trib. Catania 26 novembre 2001, *Soc. Cofidi Catania coop. C. Leonardi e altro*, in *Giur. Comm.*, 2002, II, 464 ss., con nota di

che nell'art. 2449 c.c. oggetto di riconoscimento normativo non può che essere, per un ordine speculare di ragioni, proprio la legittimità dell'attribuzione statutaria di un potere di nomina extra-assembleare. Lettura, questa, che, imponendosi in entrambe le

SANFILIPPO, *Clausola di "designazione" di amministratori di società cooperativa da parte di "diverse categorie di soci" e poteri del giudice del registro*, secondo la quale il potere di designazione di alcuni amministratori, riservato dallo statuto di società cooperativa ad una categoria di soci, non può implicare un potere di nomina diretta, onde va disposta la cancellazione del registro delle imprese dell'iscrizione dell'atto di nomina avvenuta in assenza di una deliberazione assembleare o consiliare ai sensi dell'articolo 2368 c.c..

In generale, sulle potenzialità applicative sottese all'articolo 2368, 1° comma, ultima parte, c.c., v. anche per ulteriori riferimenti, SCALFI, *Clausole particolari per la nomina degli amministratori di società per azioni (art. 2368, 1° comma, c.c.)*, in *Riv. società*, 1971, 40 ss.; SOTGIA, *Osservazioni in tema di nomina alle cariche sociali nelle società azionarie e per quote*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947-48, II, 120; CATTANEO, *Nomina di amministratori*, cit.; BIGIAVI, *I commercialisti e la "fantasia"*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 1023 ss.; CASELLA, *Legittimità del voto scalare nelle società per azioni*, in *Riv. società*, 1973, 417 ss.; SILVETTI, *Amministratori*, cit., 378 ss.; PACCHI PESUCCI, *Gli amministratori di società per azioni nella prassi statutaria*, in *Riv. società*, 1974, 606 ss.; BONELLI, *Gli amministratori*, cit., 56 ss.; CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Tratt. Soc. per azioni*, diretto da COLOMBO - PORTALE, vol. IV, Torino, 1991, 20 ss.; ID., *Problemi in tema di nomina degli amministratori di società per azioni*, cit., 81 ss.; CABRAS, *La forma di impresa. Organizzazioni della gestione nelle società di capitali*, Torino, 1995, 121 ss.; MENCIA, *La partecipazione della minoranza nella nomina degli amministratori di società per azioni: sulla possibilità di introdurre un sistema proporzionale all'elezione*, in *Giur. Comm.*, 1993, I, 970; TUCCI, *L'esercizio del voto*, in LENER - TUCCI, *Le società di capitali. L'assemblea delle società di capitali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, vol. XVII, Torino, 2000, 174 ss.; cui *adde*, per più puntuali riferimenti al voto di lista delle società privatizzate, ai sensi dell'art. 4, d.l. n. 332/1994, LEMME, *Il voto di lista*, cit., 357 ss..

Dopo la riforma societaria v., anche per un confronto con la diversa prospettiva sistematica apertasi nelle s.r.l., SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da ABBADESSA e PORTALE, vol. III, Torino, 2007, 824 ss..

direzioni, è la sola che consente di evitare che dell'articolo 2449 c.c. venga sacrificata e vanificata ogni pur minima portata precettiva e che lo si riduca a un inutile doppione, privo di alcuna rilevanza normativa, rispetto al disposto di cui all'articolo 2368, 1° comma, c.c.¹⁰⁴.

¹⁰⁴Per un' analoga conclusione già con riferimento all'art. 2458 (attuale 2449) c.c., cfr. COCITO, *Il collegio sindacale*, Milano, 1970, 77; FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, III ed. , vol. X, tomo III, Torino, 1987 (rist., 1989), 670; SCALFI, *Clausole particolari*, cit., 16 ss.; CAVALLI, *I sindaci*, cit., 9.

Una traccia della differente portata degli artt. 2368, 1° comma e 2458 (attuale 2449) è emersa anche nel corso dell'*iter* legislativo relativo al processo di privatizzazione delle società per azioni in mano pubblica (su cui si v. diffusamente DONATIVI, *Esperienze applicative*, cit., 1292 ss.): ad esempio, nei dd.ll. 27 settembre 1993, n. 389 e 29 novembre 1993, n. 486, era previsto che nello statuto delle società privatizzate operante nei settori dei pubblici servizi e individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del tesoro, d'intesa con il Ministro del bilancio e della programmazione economica e con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, nonché nello statuto delle banche e delle imprese assicurative direttamente o indirettamente controllate dallo Stato, potessero essere introdotte “[...] con deliberazione straordinaria, anche in via transitoria: a) particolari norme per la nomina alle cariche sociali, al fine di assicurare la rappresentanza anche di minoranze azionarie [...]” (art. 4, 1° comma). E nelle successive *Proposte di modificazioni avanzate dalle Commissioni Finanze, Tesoro, Bilancio della Camera dei deputati*, ferma restando la possibilità (che anzi si voleva divenisse oggetto di un vero e proprio obbligo) che fossero introdotte “[...] particolari disposizioni statutarie per la nomina delle cariche sociali, al fine di assicurare la rappresentanza delle minoranze azionarie” (art. 4, 3° comma), si proponeva anche di prevedere l'introduzione di una clausola statutaria comportante l'attribuzione alla mano pubblica del “potere speciale” di “nomina di almeno un amministratore o di un numero di amministratori non superiore ad un quarto dei membri del consiglio, e di un sindaco” art. 2, 1° comma, lett. a)]”. Parimenti, nei successivi dd.ll. 31 gennaio 1994, n. 75, 31 marzo 1994, n. 216 e 31 maggio 1994, n. 332 e nella legge di conversione, 30 luglio 1994, n. 474, cit., si faceva separato riferimento al potere speciale di nomina pubblica diretta (*ex art. 2458*) e alle diverse clausole statutarie

Risultano inappaganti i tentativi volti a costruire le società miste come società speciali¹⁰⁵. Né sul fronte della genesi contrattuale, e dei suoi effetti, né dal versante organizzativo la società per azioni con partecipazione comunale appare distaccarsi dal modello tipico di diritto comune. Non vi è alcuna motivazione, infatti, che regge alle critiche mosse sul punto¹⁰⁶.

È altresì vero, però, che il diritto delle società azionarie com'è stato fatto notare con efficacia¹⁰⁷ non rappresenta più un complesso monolitico e, come in altri settori, subisce sempre più l'influenza continua e costante di singole leggi speciali che tendono a sottrarlo alle regole proprie del codice civile¹⁰⁸, ed a creare nuove società di

introdotte (*ex art. 2368, 1° comma*) al fine di assicurare la tutela delle minoranze azionarie [rispettivamente artt. 2, 1° comma, lett. *c*) e 3, 3° comma, dd.ll. nn. 75/1994 e 216/1994 e artt. 2, 1° comma, lett. *D*) e 3, 3° comma, d.l. n. 332/1994].

¹⁰⁵ PIRAS, *Servizi pubblici*, cit., 117 ss., ed in particolare 130 ss.; *contra* BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali*, cit., 15; CAVAZZUTI, *Forme societarie*, cit., 252; ID., *Società a partecipazione locale*, cit., 691; ROMAGNOLI, *op. cit.*, 118; MAZZARELLI, *Le società per azioni*, cit., 117 ss.; VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 94, 98 e 127 ss..

¹⁰⁶ Cfr. MAZZARELLI, *Le società per azioni*, cit., 117 ss..

¹⁰⁷ DISABATO, *Manuale delle società*, 1995, Torino, 228.

¹⁰⁸ Cfr. DICATALDO, *Gli statuti speciali delle società azionarie*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 468; IBBA, *Le società "legali"*, cit., 18 ss.; ID., *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da COLOMBO-PORTALE, VIII, Torino, 1992, 525 ss.. È questo il riflesso, sul versante societario, del dibattito sorto con riguardo alla svalutazione del ruolo del codice civile e sull'era della decodificazione, su cui v. particolarmente IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, 177 ss.; ID., *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Dizionario del diritto privato*, I, Milano, 1980, 535; nonché RESCIGNO, *Introduzione*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1982-1986; ed ora in *Introduzione al codice civile*, Bari, 1991; DISABATO, *L'esperienza italiana dell'unificazione dei codici*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1989, 1127 ss..

diritto speciale.

La nomina di amministratori avviene direttamente da parte dello Stato o dell'ente pubblico, senza il tramite dell'assemblea¹⁰⁹. Nell'ipotesi in cui sia prevista la nomina pubblica diretta degli amministratori, pur in presenza di una partecipazione dell'ente nominante necessariamente maggioritaria *ex lege*, la *ratio* della norma consiste proprio nella sottrazione della nomina degli amministratori al dibattito assembleare¹¹⁰.

La nomina diretta *ex art.* 2449 c.c. non deve essere recepita dall'assemblea della società e un'eventuale delibera assembleare che ne prenda atto ha un valore meramente dichiarativo e ricognitivo, senza che incida sulla natura, amministrativa, dell'atto di nomina¹¹¹. Controverso se lo Stato o l'ente pubblico, quando fanno uso della facoltà loro riconosciuta *ex art.* 2449 c.c., si pongano come organi della società, alla quale partecipano¹¹². L'accoglimento dell'una o dell'altra tesi è rilevante, anche, ai fini della soluzione del problema della risarcibilità dei danni a favore dell'amministratore revocato senza giusta causa.

¹⁰⁹ SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato si Stato: interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. società*, 1958, 48; FRÈ, *Società per azioni*, cit., 914; COTTINO, *Le convenzioni*, cit., 166 ss.; App. Milano 18 maggio 2001, in *Giur. it.*, 2002, 123

¹¹⁰ CIRENEI, *La società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 144.

¹¹¹ Cass. Civ., 15 luglio 1982, n. 4139, 509; ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, *op. cit.*, 269; CIRENEI, *op. cit.*, 137.

¹¹² MINERVINI, *Gli amministratori di società*, cit., 48; BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957, 169; ROVERSI MONACO, *op. ult. cit.*, 277; CIAVARELLA, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Nuovo dir.*, 1975, 515.

2.2 Il potere speciale di nomina pubblica diretta dei componenti l'organo amministrativo.

E' noto che il potere di nomina degli amministratori è assegnato, per effetto dell'art. 2449 c.c. e della relativa previsione statutaria, ai soggetti pubblici soci di una società di capitali in sostituzione della generale competenza dell'assemblea ordinaria, in ragione della peculiarità di quella tipologia di soci che, per le implicazioni pubblicistiche che la loro partecipazione al capitale sociale comporta, postula un regime differenziato in tema di selezione dei membri dell'organo gestorio.

Ne consegue che la facoltà di nomina deve intendersi attribuita ai soggetti pubblici nella loro qualità di soci, costituendo esercizio diretto di un potere altrimenti riservato all'assemblea, pure formata dai soci, e non nella loro veste di pubbliche amministrazioni, il cui solo carattere soggettivo di organismi preposti alla cura dell'interesse pubblico resta del tutto irrilevante ai fini della configurazione normativa delle modalità di esercizio dei diritti sociali.

L'art. 2449 c.c. (ante riforma) disponeva che l'atto costitutivo o la legge potessero attribuire allo Stato o ad enti pubblici il potere di procedere alla nomina di "uno o più" amministratori. Dunque, non era chiaro se il potere di nomina dovesse essere circoscritto ad alcuni soltanto dei componenti gli organi sociali o se potesse, invece, estendersi anche alla totalità di essi o, quanto meno, alla loro maggioranza.

Oggi la questione ha assunto una diversa portata, atteso che, con riferimento alle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il legislatore ha introdotto un limite di “proporzionalità” tra il numero dei seggi che è possibile riservare alla mano pubblica e la rispettiva quota di partecipazione al capitale sociale¹¹³.

¹¹³ Naturalmente limiti particolari ulteriori possono poi essere ricavati da norme speciali, come ad esempio quella di cui all’articolo 1, 729° comma, legge 27 dicembre 2006, n. 296 [*“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)”*], a tenore del quale “Nelle società miste il numero massimo di componenti del consiglio di amministrazione designati dai soci pubblici locali comprendendo nel numero anche quelli eventualmente designati dalle regioni non può essere superiore a cinque”. Sul punto cfr. anche COSSU, *L’amministrazione nelle s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 632 ss.; nonché, per i profili concernenti l’applicabilità anche a società che adottano il sistema dualistico, IBBA, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 502 ss..

Come correttamente rilevato da PECORARO, *Privatizzazione*, cit., 961, peraltro la finalità della norma è diversa da quella sottesa alle limitazioni introdotte nell’articolo 2449 c.c.: queste ultime sono volte a comporre l’interesse pubblico a conservare il privilegio rappresentato dal diritto singolare di nomina con l’interesse degli investitori privati, avallato dagli orientamenti comunitari, alla libera contendibilità del controllo; la disposizione di cui alla legge finanziaria 2007 si inquadra invece tra le misure di contenimento della spesa pubblica.

Analoga finalità di contenimento della spesa pubblica, ma riferito al numero complessivo dei membri degli organi societari, è quella perseguita dall’art. 3, 12° comma (*“Riduzione dei componenti degli organi societari delle società controllate da amministrazioni pubbliche”*), legge 24 dicembre 2007, n. 244 [*“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)”*], come sostituito dall’art. 71, 1° comma, lett. a), legge 18 giugno 2009, n. 69 (*“Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”*), a tenore del quale, fatte salve disposizioni speciali dettate per singole società, *“gli statuti delle società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai sensi dell’art. 2359, 1° comma, n.*

Ciononostante, non potrebbe dirsi che la questione sia oggi relegata sul piano meramente storico e conoscitivo, in quanto, in presenza di partecipazione pubblica maggioritaria o totalitaria, che pure consentirebbe all'ente socio di nominare la totalità dei componenti degli organi sociali attraverso gli ordinari canali assembleari, si porrebbe tuttora il dubbio se possa essere attribuito all'ente medesimo un potere di nomina "diretta", sottratto allo stesso dibattito assembleare, di un numero di esponenti pari alla maggioranza o, rispettivamente, alla totalità dei componenti del rispettivo collegio.

Dunque, sembrano essere ancora attuali, le argomentazioni che si sono contrapposte in tale ambito, anche se devono ovviamente essere riadattate al mutato contesto normativo e rese compatibili con l'introduzione del principio di proporzionalità.

A tal fine, che in fase costitutiva potesse e possa reputarsi legittima l'attribuzione di diritti speciali di nomina pubblica estesi alla maggioranza degli amministratori era ed è ipotesi difficilmente dubitabile. E' decisivo al riguardo, l'argomento *a contrario* che può trarsi dal disposto di cui all'art. 2542, 2° periodo, c.c. che per le sole società cooperative prescrive che *"In ogni caso la nomina della maggioranza degli amministratori e dei sindaci è riservata all'assemblea dei soci"*.

1), c.c. si adeguano alle seguenti disposizioni: a) ridurre il numero massimo di componenti degli organi di amministrazione a cinque se le disposizioni statutarie vigenti prevedono un numero massimo di componenti superiore a cinque, e a sette se le citate disposizioni statutarie prevedono un numero massimo di componenti superiore a sette [...].

Assai più incerta è la valutazione circa l'ammissibilità dell'attribuzione di diritti speciali di nomina pubblica estesi alla totalità dei componenti l'organo amministrativo o di controllo¹¹⁴. Tuttavia, l'argomentazione che la tesi restrittiva ritiene di poter addurre con maggior forza a supporto della soluzione negativa non convince appieno: si sostiene, invero, che, se la nomina fosse interamente in mano pubblica, si renderebbe “*eventuale la stessa esistenza del c.d. organo amministrativo, in contrasto con il principio della sua obbligatoria previsione nell'atto costitutivo*”¹¹⁵. Ma a ciò può replicarsi, in primo luogo, che la nomina pubblica può assumere svariate configurazioni, non dovendo necessariamente atteggiarsi come funzione organica “ad esercizio necessario”¹¹⁶, alla quale corrisponda un vero e proprio obbligo in capo all'ente pubblico di provvedere all'esercizio del relativo potere, sicché l'argomentazione

¹¹⁴ La dottrina è, sul punto divisa: in senso contrario si sono espressi MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, cit., 715; ID., *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 43 ss.; CAVALLI, *I sindaci*, cit., 715; CAGNASSO – IRRERA, *Società con partecipazione pubblica*, cit., 16; a favore cfr., invece, ABBADESSA, *La nomina diretta*, cit., 373; FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società. Trattato*, diretto da GALGANO, Torino, 2002, 28 ss.; GALGANO, *La società per azioni*, Bologna, 490; ID., *Diritto commerciale. Le società*, cit., 398; PATRONI GRIFFI, *La presidenza del collegio sindacale in caso di nomina pubblicistica di uno o più sindaci*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 905; COCITO, *Il collegio sindacale*, cit., 75, quest'ultimo per lo meno con riferimento alle società in cui l'ente pubblico sia anche azionista; BERTUZZI, *Sub artt. 2449-2450*, cit., 223.

¹¹⁵ Così MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, cit., 715; analogamente, CAGNASSO – IRRERA, *Società con partecipazione pubblica*, cit., 16.

¹¹⁶ Che la “facoltà” possa trasformarsi in obbligo è affermato anche da MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 43 ss.; ID., *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, cit., 715; MAGGIORA, *La società finanziaria regionale*, in *Nuova rass.*, 1985, 1417.

negativa dovrebbe semmai valere con esclusivo riguardo a clausole di quest'ultimo tenore. Quand'anche la clausola assumesse tale più stringente configurazione, inoltre, dando luogo ad un diritto - obbligo riservato in via esclusiva all'ente pubblico, il suo mancato o intempestivo esercizio potrebbe costituire giusta causa di recesso dal rapporto che viene ad instaurarsi tra la società e l'ente pubblico, col conseguente ripristino della ordinaria competenza assembleare: e ciò varrebbe per lo meno a ridimensionare il rischio di rendere meramente "eventuale" l'organo amministrativo. In ogni caso, l'argomentazione in esame prova troppo¹¹⁷, posto che, in sé considerata, la stessa potrebbe e dovrebbe opporsi anche all'ammissibilità di una clausola con cui fosse attribuita alla mano pubblica la nomina della maggioranza degli amministratori: ipotesi che, invece, è reputata legittima, per unanime riconoscimento¹¹⁸.

Lo strumento della nomina pubblica diretta è sovente utilizzato anche nell'ambito di società a totale partecipazione pubblica, quale mezzo per una distribuzione dei seggi tra gli enti pubblici partecipanti rispondente ad obiettivi il cui conseguimento troverebbe nel principio assembleare e maggioritario un ostacolo non facilmente superabile neanche attraverso il ricorso alle norme particolari di cui all'articolo 2368, 1° comma, ultimo periodo, c.c.¹¹⁹.

¹¹⁷ Come puntualmente eccepito da PATRONI GRIFFI, *La presidenza*, cit., 905; ma v. lo stesso CAVALLI, *I sindaci*, cit., 10.

¹¹⁸ E per ammissione dello stesso MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, cit., 715.

¹¹⁹ V., al riguardo, una serie di indicazioni specifiche in DONATIVI, *Esperienze applicative*, cit., 1286 ss.; ID., *Rassegna legislativa e statutaria*, cit., 309 ss..

E difatti la stessa legislazione speciale ha fatto ampio e frequente ricorso a poteri di nomina pubblica estesi alla totalità dei componenti¹²⁰; da ciò resterebbe aperta la contraddizione che verrebbe a determinarsi in un sistema nel quale poteri che trovano la propria base in un enunciato normativo (art. 2449 c.c.) e che danno luogo ad un meccanismo di portata perfettamente omogenea ed equivalente finiscano per avere, invece, un'estensione diversa a seconda che la fonte degli stessi sia la legge o lo statuto. Né

¹²⁰ Nel rinviare per maggiori indicazioni a DONATIVI, *Esperienze applicative*, cit., spec. 1264 ss., testo e note, vale la pena rammentare brevemente che la nomina pubblica della totalità dei componenti l'organo amministrativo e/o sindacale è stata prevista da una serie di norme (molte delle quali non più in vigore) e, tra le altre, dall'art. 1 *ter*, 3° e 4° comma, d.l. 22 dicembre 1981, n. 807 (*"Autorizzazione alla CEPI S.p.a. ad intervenire nel settore dell'elettronica dei beni di consumo e della connessa componentistica"*), introdotto dalla legge di conversione 5 marzo 1982, n. 63, per il consiglio di amministrazione e il collegio sindacale dalla Rel (*"Ristrutturazione elettronica s.p.a."*); dagli artt. 2, 4° comma, legge 19 dicembre 1983, n. 700 (*"Norme per il risanamento, la ristrutturazione e lo sviluppo del settore bieticolo-saccarifero"*), 6, 5° comma, d.l. 21 dicembre 1990, n. 391 (*"Trasferimento all'AIMA della gestione delle risorse proprie della CEE e degli aiuti nazionali nel settore dello zucchero, nonché modifica delle norme per la ristrutturazione del settore bieticolo-saccarifero"*), convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 1991, n. 48 e 3, legge 4 giugno 1984, n. 194 (*"Interventi a sostegno dell'agricoltura"*), per il consiglio di amministrazione e il collegio sindacale della Ribs (*"Risanamento agro industriale zuccheri – RIBS – S.p.a."*); dagli artt. 6, d.l. 6 dicembre 1984, n. 807 (*"Disposizioni urgenti in materia di trasmissioni radiotelevisive"*), convertito, con modificazioni, dalla legge 4 febbraio 1985, n. 10. E sostanzialmente confermato dall'art. 25, 1° comma, legge 6 agosto 1990, n. 223 (*"Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato"*, cd. *"legge Mammì"*) e l'art. 2, legge 25 giugno 1993, n. 206 (*"Disposizioni sulla società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo"*, con riferimento al consiglio di amministrazione della Rai; nonché da numerosissime disposizioni di legge regionale (per i cui riferimenti cfr. DONATIVI, *Rassegna legislativa e statutaria*, cit., 322 ss., con riferimento agli organi delle società finanziarie regionali o di altre società a partecipazione regionale).

potrebbe trascurarsi, del resto, la potenzialità ermeneutica della presenza *ex se* di numerosissime previsioni legislative, pur di diritto speciale o singolare, nell'ambito del "microsistema" normativo delle partecipazioni pubbliche in società¹²¹.

Ulteriori corollari di tale ricostruzione sono costituiti dalla qualificazione del potere di nomina come facoltà inerente alla qualità di socio e non come estrinsecazione di un potere pubblico, e della conseguente definizione della nomina (o della revoca) come atto essenzialmente privatistico, in quanto espressivo di una potestà attinente ad una situazione giuridica societaria, e dall'esclusione di qualsiasi sua valenza amministrativa, non realizzando la cura di un interesse pubblico.

L'inconfigurabilità nella specie di un potere pubblico si fonda, inoltre, sul rilievo che, mentre quest'ultimo postula la sua diretta derivazione da una disposizione legislativa la facoltà di nomina degli amministratori non risulta costituita in capo ai soggetti pubblici direttamente dall'art. 2449 c.c., che contempla la sola possibilità che tale potestà venga attribuita a quel tipo di soci in sede statutaria, ma dalla conforme e libera determinazione costitutiva della società.

La genesi pattizia e convenzionale del potere di nomina impone, in definitiva, di negare qualsiasi suo carattere pubblicistico e impedisce, al contempo, di ravvisare nella relativa determinazione

¹²¹ Sul punto v., in termini generali, IRTI, *L'età della decodificazione*, III ed., Milano, 1989, spec. 22 ss.; ID., *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 141 ss. E in appendice a ID., *L'età della decodificazione*, cit., 177 ss.; nonché per le note e importanti applicazioni in materia societaria, IBBA, *Le società "legali"*, cit., *passim*, spec. 140 ss.

gli estremi della cura di interessi generali, che esigono la diretta finalizzazione del provvedimento al perseguimento di un bisogno pubblico.

2.3 Natura dell'atto di nomina e del rapporto tra ente nominante e amministratore.

Per quanto attiene la natura dell'atto di nomina sin dall'origine, si erano prospettate due letture contrapposte, rispettivamente legate alle Scuole di diritto amministrativo ed a quelle di diritto commerciale; tesi funzionalista, detta anche pubblicistica¹²², da un lato e tesi organizzativa, detta anche privatistica¹²³, dall'altro.

Secondo la prima, nomina e revoca degli amministratori in questione sono espressione dell'esercizio di un potere autoritativo della P.A., a mezzo di un provvedimento amministrativo¹²⁴, insensibile all'approvazione assembleare, salvo diversa disposizione dello statuto. Tale potere costituisce presenza costante nell'esercizio delle funzioni gestionali¹²⁵ e dunque, a differenza di quanto si potrebbe argomentare dalla lettera dello scarno dettato codicistico, non è destinato a manifestarsi unicamente in occasione della

¹²² Tale terminologia è di PERICU, *Commento agli artt. 2449 e 2450 c.c.*, cit., 1292 ss..

¹²³ Tale la terminologia adottata, invece, da ROSSI, *Società con partecipazione pubblica*, cit., 8 ss..

¹²⁴ V., per tutti, ROVERSI-MONACO, cit., 264.

¹²⁵ ROVERSI-MONACO, cit., 265.

nomina e dell'eventuale revoca. Al contrario, alla luce di tale potere si deve orientare l'operato degli amministratori così nominati, i quali divengono veicolo per l'ingresso dell'interesse pubblico nella fattispecie societaria¹²⁶; tale interesse è destinato ad un probabile conflitto con quello lucrativo, componente comunque essenziale dell'interesse sociale, in una visione sia istituzionalista¹²⁷, sia contrattualista¹²⁸. Sulla base della tesi organizzativa, invece, si

¹²⁶ ROVERSI-MONACO, cit., 270.

¹²⁷ Quanto meno nelle versioni meno spinte dell'istituzionalismo, rispecchiate da quelle teorie, autorevolmente sostenute anche in Italia, secondo le quali l'interesse sociale costituisce una sintesi tra l'interesse dei soci, come interesse lucrativo, ed interesse di altri soggetti, quali i dipendenti dell'impresa sociale (v., arg. ex art. 2441 c.c. GASPERONI, *Le azioni a favore dei prestatori di lavoro*, in *Riv. soc.*, 1962, 964), i risparmiatori, i soci futuri (ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, 618 "L'interesse sociale deve tener conto della variabilità dei soci nel tempo e comunque dell'interesse non attuale, perché a lungo termine, dei soci attuali"), i creditori della società (GALGANO, *Circolazione delle partecipazioni azionarie nei gruppi di società*, in *Contr. imp.*, 1986, 364). Un ingresso così marcato dell'interesse pubblico potrebbe invece più facilmente conciliarsi con le teorie germaniche sintetizzate dalla formula *Unternehmen an sich*, concepite dal RATHENAU, dal GEILER e dal NETTER, facenti leva sull'interesse dell'impresa sociale alla crescita economica in funzione esclusivamente dell'interesse dell'economia nazionale, o, secondo il paradigma gierkiano, su di un fantomatico interesse superiore della società, vista come *Person in sich*.

¹²⁸ È noto come vi siano differenti versioni del contrattualismo, secondo le quali l'interesse sociale è visto ora come un unico interesse comune dei soci (ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, II, 1145 ss.), riconducibile alla produzione di lucro (v. ad esempio LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993, 90) o alla massimizzazione del valore globale delle azioni (v., ad esempio, PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società*, a cura di COLOMBO e PORTALE, Vol. III, Tomo II, Torino, 1993, 25), ovvero alla distribuzione dell'utile, ora come una pluralità di interessi dei soci (v. ad esempio, LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1967 e NOBILI, *L'esclusione del diritto di opzione*, in *Riv. soc.*, 1958, I, 185 ss.). Nessuna di tali versioni pare, a ben vedere, conciliabile con

esclude la natura pubblicistica degli stessi atti di nomina e revoca e, *a fortiori*, non si ammette che, dalla mera previsione statutaria del potere in questione, possa desumersi la facoltà dell'ente di fare legittimamente prevalere l'interesse pubblico, a mezzo degli amministratori di nomina diretta, sull'interesse sociale¹²⁹. In sintesi,

l'ingresso di un interesse pubblicistico, laddove in contrasto con gli interessi dei soci citati.

V., tuttavia, al di fuori delle ricostruzioni tradizionali, che si basano sul diritto italiano, la tesi originale sostenuta, con specifico riferimento alle società a partecipazione pubblico-privata, da SANTONASTASO, *La saga della "golden share"*, cit., 341 ss. Secondo l'Autore, ai fini della ricostruzione dell'interesse sociale, nell'ambito delle società miste, risulta opportuno partire dal dato contenuto nel diritto comunitario, il quale finisce per conformare il diritto interno, piuttosto che porsi *ex ante* nella prospettiva di diritto interno, per poi tentarne un adeguamento alle istanze riformatrici comunitarie. La tesi è senza dubbio affascinante e si fa apprezzare per la capacità di cogliere in concreto l'insieme dei meccanismi sovranazionali che ormai condizionano pesantemente le scelte di diritto interno; tuttavia, non è opportuno trascurare il rischio di scivolare, in tal modo, verso un approccio casistico che, nel caso della definizione dell'interesse sociale, potrebbe determinare una perenne oscillazione tra la salvaguardia degli interessi pubblici e di quelli privati, a totale discrezione dell'organo giudicante, con grave pregiudizio alla certezza del diritto.

¹²⁹ In verità, già taluni Autori, che furono strenui difensori della tesi funzionalista, escludevano la possibilità dell'ingresso dell'interesse pubblico, laddove questo non fosse esplicitamente previsto in una apposita norma legislativa; tuttavia, nonostante tale petizione di principio, con operazione ermeneutica abbastanza disinvolta, si tendeva poi a ricostruire la volontà legislativa di sancire la prevalenza dell'interesse pubblico attraverso una ricostruzione presuntiva, che finiva per indurre l'interprete a fiutare il *fumus* dell'interesse pubblico prevalente un pò ovunque, con la conseguenza che la regola della mancata prevalenza dell'interesse pubblico sull'interesse sociale finiva poi per divenire, di fatto, un'eccezione. V., come esempio chiarissimo di questa prassi interpretativa, le parole di OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici*, *op. cit.*, 1028.

il potere di cui all'art. 2449 c.c., è “*neutro*”¹³⁰ e non fa degli amministratori così nominati una categoria “*speciale*”, esente dal rispetto dei doveri comuni a tutti gli altri amministratori. Per quanto riguarda, poi, il rilievo dell'interesse dell'ente che ha proceduto alla nomina, solamente da un'indagine esterna all'operato dell'art. 2449 c.c., e relativa invece all’“*oggetto sociale, [alla] disciplina legale o anche [alla] conformazione convenzionale dell'attività*”¹³¹, potranno stabilirsene le caratteristiche e la consistenza. Infine, anche appurata la sussistenza di tale specifico pubblico interesse, esso condizionerà sì, sulla base del rapporto fiduciario ente-amministratore, l'operato dell'amministratore direttamente nominato, ma quest'ultimo potrà perseguire l'interesse pubblico nei limiti della gamma di opzioni che garantiscono l'interesse degli altri soci, non potrà quindi legittimamente assumere una posizione in conflitto di interessi¹³².

Con riferimento ai tempi in cui sorse il dibattito appena esposto, su base meramente esegetica, davvero non poteva dirsi scontata la scelta tra le due tesi, qui solo sinteticamente richiamate, stante a favore della prima una maggiore capacità di rispecchiare il

¹³⁰ PERICU, Sub *artt. 2449-2450*, cit., 1299.

¹³¹ PERICU, cit., 1300.

¹³² PERICU, cit., 1301. Naturalmente ciò postula il perseguimento del migliore interesse dei soci (come *maximizing shareholder value*) e non permette l'accoglimento di soluzioni di compromesso, come quelle indicate, sulla base della concezione pubblicista, da ROVERSI-MONACO, cit., 272: “[l]’*amministratore dello Stato potrà allora perseguire il pubblico interesse, ma dovrà farlo in modo aderente ai caratteri essenziali del mezzo giuridico adottato e nei limiti di questo: esso è tale che dovrà perseguirsi, quantomeno, in quanto impresa, l’autosufficienza economica, e, in quanto società per azioni, un utile da distribuire*”.

reale funzionamento delle cose¹³³, a favore della seconda, invece, l'identificazione della difficoltà di conciliare lo strumento societario, come concepito dall'ordinamento italiano, con il perseguimento di un interesse altruistico¹³⁴.

Benché la dottrina successiva abbia contribuito a ridimensionare la centralità dello scopo lucrativo nella fattispecie societaria¹³⁵, nondimeno, con specifico riferimento alle società miste, la legittimità dell'ingresso dell'interesse pubblico per mezzo degli amministratori direttamente nominati dall'ente, anche quando in conflitto con gli interessi degli altri soci, si è fatto progressivamente meno credibile, per effetto delle nuove tendenze inaugurate dal processo di privatizzazione, sotto l'egida della legislazione comunitaria. D'altra parte, la riforma del diritto societario sembra ispirata dalla stessa linea di pensiero, laddove ha introdotto nell'art. 2449 c.c. la norma di cui al secondo comma, la quale specifica che gli amministratori di nomina pubblica “*hanno i*

¹³³ V. infatti le penetranti osservazioni di COTTINO, *Partecipazione pubblica all'impresa privata e interesse sociale*, in *Arch. giur.*, 1965, 45 ss. L'Autore prende posizione contro le tendenze mistificatrici della dottrina giuscommercialistica dell'epoca, insensibile alle sollecitazioni provenienti da una realtà in cui, di fatto, le società miste venivano gestite per il perseguimento di fini di matrice pubblicistica e propone il paradigma funzionalista, come parziale soluzione alla necessità di adattare il modello societario alla partecipazione dello Stato e degli enti pubblici alla gestione delle società.

¹³⁴ V., ad esempio, la tesi sviluppata da SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato*, cit., 43 ss. Peraltro, anche nell'ambito delle formulazioni funzionaliste intellettualmente più oneste, si riconosceva l'inadeguatezza della formulazione codicistica; v. infatti ROVERSI-MONACO, cit., 270.

¹³⁵ SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 151 ss..

*diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea*¹³⁶.

Dunque, l'atto di nomina diretta costituisce un vero e proprio provvedimento amministrativo¹³⁷, come tale impugnabile solo dinanzi agli organi di giustizia amministrativa¹³⁸. La società a partecipazione pubblica ha diritto di intervento nel giudizio amministrativo avente ad oggetto l'atto di nomina o di revoca dei propri amministratori o sindaci da parte dell'ente pubblico, in quanto titolare di un interesse diretto alla regolarità del proprio funzionamento. Duplice è il rapporto che si instaura con l'atto di nomina, da un lato, tra ente nominante ed amministratore, ma tale rapporto può preesistere alla nomina, come nel caso in cui il soggetto nominato sia già funzionario o impiegato dell'ente nominante, dall'altro, tra amministratore e società partecipata.

Mentre si ritiene che agli amministratori di nomina pubblica non spetti alcuna posizione di preminenza nel consiglio di amministrazione¹³⁹, si è, al contrario sostenuto che la nomina di un amministratore *ex art. 2449 c.c.*, pur disciplinata, quanto agli effetti,

¹³⁶ V. ad esempio CAVAZZA, *Commento agli articoli 2449 e 2450*, cit., 1711.

¹³⁷ ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, *op. cit.*, 265.

¹³⁸ Trib. Palermo 12-9.1961, *D. Fall.*, 62, II, 247; cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia 18 gennaio 1964, in *Riv. dir. comm.* 65, II, 35; Cass. Civ., 15 luglio 1982, n. 4139, in *Mass. Giur. It.*, 1982; App. Catania 1.12.1978, in *Giur. comm.*, 80, II, 253; App. Milano 18 maggio 2001, cit.; RAGUSA MAGGIORE, *Comune azionista*, cit., 1396; DI CHIO, *Società a partecipazione pubblica*, cit., 167 ss.; *contra*, SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore*, cit., 570 ss.; ROSSI, *Voce "Società con partecipazione pubblica"*, cit., 10; SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci*, cit., 773; BERTUZZI, *Sub artt. 2449-2450*, cit., 218.

¹³⁹ FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, 98.

dal diritto privato, sarebbe in grado di rendere inapplicabili tutti gli aspetti del diritto dello statuto ordinario dell'organo amministrativo incompatibili con il perseguimento dello specifico interesse pubblico di cui l'amministratore sarebbe portatore. In particolare, il consiglio di amministrazione non potrebbe spogliarsi delle proprie attribuzioni a favore degli organi delegati; per l'impugnazione delle deliberazioni assembleari *ex art. 2377 c.c.* non sarebbe necessaria una delibera del consiglio medesimo, bensì l'iniziativa potrebbe essere assunta autonomamente dal singolo amministratore di nomina pubblica¹⁴⁰. A chi ha affermato che gli atti di nomina e di revoca *ex art. 2449 c.c.* sarebbero atti parasociali collegati al contratto di società, con conseguenza che tale collegamento negoziale renderebbe applicabile al rapporto parasociale la disciplina societaria¹⁴¹, si è replicato che essi sarebbero in realtà atti extra sociali, che comportano una modifica "reale" nel sistema di elezione degli organi societari, mentre il negozio parasociale è tale in quanto non comporti alcuna deroga di carattere "reale" al sistema organizzativo societario¹⁴².

¹⁴⁰ ABBADESSA, *La nomina diretta*, cit., 385.

¹⁴¹ SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, 1985, 369 ss..

¹⁴² FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987, 369 ss..

2.4 Il funzionamento degli organi di amministrazione e di controllo.

Da quanto fino ad ora detto discende che ai componenti degli organi sociali di nomina pubblica devono applicarsi tutte le disposizioni di diritto comune, sulle quali la specialità della nomina non abbia ragione di incidere.

Sul punto la recente giurisprudenza di merito ha confermato che *<<nel caso in cui lo statuto di una società a partecipazione pubblica preveda che il potere di nomina degli amministratori venga esercitato direttamente dall'ente pubblico ex art. 2449, quest'ultimo nell'esercizio di tale diritto speciale agisce come organo della società. In capo agli amministratori nominati, pertanto, si instaura un rapporto di mandato solo con la società>>¹⁴³.*

A tal uopo è opportuno richiamare l'art. 4, comma 13, quarto periodo, del d.l. n. 95 del 2012¹⁴⁴ a mente del quale *<<Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali>>.*

Tale norma, ancorché introdotta in un provvedimento

¹⁴³ Trib. Milano 10 febbraio 2014, in *Le società*, 2014, 6, 749; in senso conforme Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Le Società*, 2014, 1, 55 nonché Consiglio di Stato, 30 settembre 2010, n. 7214, in *Foro amm.*, CDS 2010, 9, 1884.

¹⁴⁴ D.l. n. 95 del 2012 - Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini.

legislativo volto specificamente al contenimento della spesa pubblica, meglio noto come “*spending review*”, ha natura esplicitamente interpretativa e come tale efficacia retroattiva¹⁴⁵; la stessa si caratterizza quale clausola normativa ermeneutica generale, norma di chiusura, <<salvo deroghe espresse>>, ed impone all’interprete, il quale non abbia chiara la locuzione <<disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica>>, di optare <<comunque>> per l’applicazione della <<disciplina del codice civile in materia di società di capitali>>¹⁴⁶.

Nell’esercitare i poteri di nomina, l’ente pubblico nominante, come anche l’assemblea degli azionisti per le nomine di fonte assembleare, deve verificare la sussistenza di determinati requisiti, alcuni in positivo, e altri in negativo. Nonostante le peculiarità connaturate all’essenza stessa della nomina pubblica, dunque, questa trova gli stessi vincoli di quella assembleare in riferimento tanto al regime delle incompatibilità quanto ai requisiti soggettivi previsti per gli organi sociali sia dal diritto comune che dalle leggi speciali. Cosicché è divenuto ormai indispensabile nominare soggetti in possesso di effettiva esperienza e capacità rapportate a

¹⁴⁵ A giudizio della Suprema Corte, ordinanza 23 gennaio 2015, n. 1237, in *CED Cassazione*, 2015.

¹⁴⁶ Sul punto, anche GOISIS, *Il regime delle società in mano pubblica verso una più sicura riconduzione al diritto privato-commerciale e alle sue logiche: l’art. 4, co. 13., d.l. n. 95 del 2012*, in *Riv. reg. merc.*, n.1/201.

ciascuna specifica partecipazione¹⁴⁷.

Con riferimento ai requisiti in positivo, l'art. 2387 c.c. dispone che << Lo statuto può subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza [...]>>. Basti pensare ai requisiti di onorabilità e professionalità richiesti per gli amministratori che operano nel settore bancario o assicurativo o ai requisiti di indipendenza previsti per gli organi sociali non solo dal codice riformato ma anche dal T.u.i.f. (d.lg. 58/1998).

Il requisito della professionalità richiede, per il soggetto che riveste la carica di amministratore, il possesso di determinati titoli ovvero di determinate esperienze lavorative qualificanti in ragione dell'attività svolta dalla società.

Il rispetto del requisito della onorabilità, invece, presuppone che il soggetto nominato non abbia subito condanne con sentenza passata in giudicato, salvi gli effetti della riabilitazione, che abbiamo comportato *ex multis* la reclusione per uno dei delitti previsti nel titolo XI del libro V del codice civile e nel regio decreto 16 marzo 1942, n. 267; alla reclusione per un tempo non inferiore a un anno per un delitto contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'ordine pubblico, contro l'economia pubblica ovvero per un delitto in materia tributaria; alla reclusione per un tempo non inferiore a due anni per un qualunque

¹⁴⁷ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 30 maggio 2012, n. 1483; T.A.R. Puglia, sez. I, 30 aprile 2014, n. 552; T.A.R. Lazio, sez. I, 5 marzo 2012, n. 2223; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, sentenza 24 febbraio 2010, n. 622 in *www.dirittodeiserviziipubblici.it*; TAR Puglia, Bari, sez. II, 15 maggio 2006, n. 1759.

delitto non colposo; ovvero che non si trovi in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza previste dall'articolo 2382 del codice civile.

Infine, affinché gli amministratori possano essere considerati indipendenti, essi non devono: intrattenere relazioni di natura economica con la società o con i suoi azionisti, tali da comprometterne l'autonomia di giudizio; essere titolari, anche indirettamente, di partecipazioni azionarie significative; essere legati da rapporti familiari con gli amministratori forniti di deleghe operative nella società o con chi si troverebbe nelle situazioni di incompatibilità¹⁴⁸.

Per quanto attiene alle cause di esclusione dalla nomina, si distingue tra cause di inconferibilità o ineleggibilità, e cause di incompatibilità¹⁴⁹.

E' possibile a tal uopo configurare un "regime speciale di ineleggibilità" in aggiunta a quelli previsti dall'art. 2382 c.c.¹⁵⁰ per le società a totale o parziale capitale pubblico, è il caso della legge

¹⁴⁸ MINUSSI, *Requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza (S.p.A.: l'organo amministrativo)*, in *Wikjus*, 2010.

¹⁴⁹ Legislazione di riferimento: Cause generali di inconferibilità, incompatibilità nel decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39 - Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190.

DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società miste*, Torino, 2010, 366.

¹⁵⁰ INTERMAGGIO, *Gli amministratori di spa in mano pubblica: innovazione al regime generale apportato da leggi speciali e da disposizioni comunitarie*, in *Riv. dir. econ. trasp. e amb.*, 2010, 21.

27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), art. 1, comma 734 che prevede che non può essere nominato amministratore¹⁵¹ di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, ha chiuso in perdita tre esercizi consecutivi¹⁵².

E', altresì, precluso *ex* articoli 3, 4 e 5 del d.lgs. n. 39/2013, conferire gli incarichi di amministratore a coloro che: a) abbiano riportato condanne penali per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale; b) abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi; c) siano stati componenti di organi di indirizzo politico.

Le cause di incompatibilità, invece, sono regolate dagli articoli da 9 a 14 del d.lgs. n. 39/2013. Si tratta di situazioni cui la legge riconnette l'obbligo per il soggetto cui viene conferito l'incarico di scegliere, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di quindici giorni, tra la permanenza nel precedente incarico e a) l'assunzione e lo svolgimento di incarichi e cariche in enti di diritto

¹⁵¹ Nei modelli di gestione diversi da quello tradizionale la norma si applica al consiglio di amministrazione del sistema monistico e al consiglio di gestione del sistema dualistico.

¹⁵² La legge 18 giugno 2009, n. 69 “*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*” stabilisce all'art. 71, comma 1, lett. f) che <<Il comma 734 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, si interpreta nel senso che non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia registrato, per tre esercizi consecutivi, un progressivo peggioramento dei conti per ragioni riferibili a non necessitate scelte gestionali>>.

privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico; b) lo svolgimento di attività professionali; l'assunzione della carica di componente di organi di indirizzo politico¹⁵³.

Dunque, il principio ispiratore del d.lgs. 39/2013, che ha inserito ulteriori e numerose forme di limitazione alle scelte dei membri di alcune società a partecipazione pubblica, è quello di evitare che soggetti che rivestono funzioni anche soltanto latamente politiche beneficino, contestualmente o immediatamente dopo la cessazione della funzione pubblica, di incarichi dirigenziali.

2.5 Limiti alla composizione degli organi sociali. I compensi.

Per quanto attiene alla composizione degli organi di amministrazione delle società partecipate la legge¹⁵⁴ prevede disposizioni specifiche distinguendo in rapporto al regime ed al livello di partecipazione.

Tali disposizioni costituiscono un altro esempio di pesante ingerenza nell'attività funzionale delle società partecipate per la

¹⁵³ MIGUIDI, *Requisiti per la nomina e cause di incompatibilità, ineleggibilità, inconfiribilità*, in *La nomina nelle società partecipate*, Verona, 2014, 4 ss..

¹⁵⁴ L'articolo 3, comma 17, legge n. 244/2007, ha confermato il limite contenuto nell'articolo 1, comma 729, della legge n. 296/2006.

presenza nella stessa di quella particolare categoria di socio che è rappresentata dal socio pubblico.

Con particolare riguardo alla necessaria riduzione del numero massimo dei componenti del consiglio di amministrazione l'art. 6, comma 5, d.l. 78/2010, stabilisce che <<Fermo restando quanto previsto dall'articolo 7, tutti gli enti pubblici, anche economici, e gli organismi pubblici, anche con personalità giuridica di diritto privato, provvedono all'adeguamento dei rispettivi statuti al fine di assicurare che, a decorrere dal primo rinnovo successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto, gli organi di amministrazione e quelli di controllo, ove non già costituiti in forma monocratica, nonché il collegio dei revisori, siano costituiti da un numero non superiore, rispettivamente, a cinque e a tre componenti. In ogni caso, le Amministrazioni vigilanti provvedono all'adeguamento della relativa disciplina di organizzazione, mediante i regolamenti di cui all'articolo 2, comma 634, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, con riferimento a tutti gli enti ed organismi pubblici rispettivamente vigilati, al fine di apportare gli adeguamenti previsti ai sensi del presente comma. La mancata adozione dei provvedimenti di adeguamento statutario o di organizzazione previsti dal presente comma nei termini indicati determina responsabilità erariale e tutti gli atti adottati dagli organi degli enti e degli organismi pubblici interessati sono nulli. Agli enti previdenziali nazionali si applica comunque quanto previsto dall'art. 7, comma 6 >>.

Tale norma si applica a tutti gli enti pubblici, anche economici, e gli organismi pubblici, anche con personalità giuridica di diritto privato, con estensione anche alle società partecipate.

Tale disposizione deve essere coordinata con l'art. 1, comma 729, l. 296/06 secondo cui <<Il numero complessivo di componenti del consiglio di amministrazione delle società partecipate totalmente anche in via indiretta da enti locali, non può essere superiore a tre, ovvero a cinque per le società con capitale, interamente versato, pari o superiore all'importo che sarà determinato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri [DPCM 2007 lo ha fissato in 2 milioni di euro] su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie locali, di concerto con il Ministro dell'interno e con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-città e autonomie locali, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Nelle società miste il numero massimo di componenti del consiglio di amministrazione designati dai soci pubblici locali comprendendo nel numero anche quelli eventualmente designati dalle regioni non può essere superiore a cinque. Le società adeguano i propri statuti e gli eventuali patti parasociali entro tre mesi dall'entrata in vigore del citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri>>.

In tal caso, a differenza del predetto art. 6 del d.l. 78/2010, rilevano le sole società totalmente partecipate dagli enti locali o miste. Di tal ch , essa deve configurarsi come norma a carattere speciale.

Quindi, nelle società totalmente partecipate dagli enti locali i componenti del consiglio di amministrazione non possono essere superiori a tre oppure a cinque membri per le società con capitale interamente versato pari o superiore ai due milioni di euro.

Nelle società miste, invece, il numero massimo dei componenti il consiglio di amministrazione nominati dai soci pubblici locali, comprendendo anche quelli eventualmente designati dalle regioni, non può essere superiore a cinque.

Per quanto attiene alle società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche¹⁵⁵ che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di amministrazioni pubbliche superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, il riferimento¹⁵⁶ era connesso anche all'obbligo di dismissione delle relative partecipazioni, il consiglio di amministrazione può essere composto da un massimo di tre membri, *<<di cui due dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, per le società a partecipazione diretta, ovvero due scelti tra dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, e dipendenti della stessa società controllante per le società a partecipazione indiretta. Il terzo membro svolge le funzioni di*

¹⁵⁵ Di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

¹⁵⁶ Introdotto dalla legge 27 dicembre 2013, n. 147 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2014) - art. 1, comma 562.

amministratore delegato. [...] E' comunque consentita la nomina di un amministratore unico>>¹⁵⁷.

Le altre società a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta¹⁵⁸, l'art. 4, comma 5, del d.l. 95/2012¹⁵⁹, stabilisce che il numero massimo dei membri del consiglio di amministrazione è fissato in tre o cinque membri, in base alla rilevanza e complessità delle attività svolte, e che due membri, o tre in caso di consiglio di consiglio con cinque membri, devono essere scelti fra i dipendenti delle amministrazioni o delle società socie, salva comunque la possibilità di optare per un amministratore unico delle società.

Per consentire l'adeguamento alle disposizioni di cui all'art. 1, comma 729, l. 296/06 è stata anche prevista *ex art.* 17, comma 22 *bis* e *ter*, d.l. n. 78/2009, la possibilità per gli enti locali di revocare anticipatamente gli organi amministrativi e di controllo per procedere poi alla riduzione del numero dei componenti¹⁶⁰.

¹⁵⁷ *Ex art.* 4, comma 5, del d.l. 95/2012.

¹⁵⁸ Fermo restando quanto diversamente previsto da specifiche disposizioni di legge.

¹⁵⁹ La Corte Costituzionale con la sentenza n. 229/2013 è intervenuta sul tema delle nomine nei consigli di amministrazione di società partecipate da pubbliche amministrazioni confermando la legittimità costituzionale dei commi 4 e 5 del d.l. 95/2012.

¹⁶⁰ La legge 3 agosto 2009, n. 102 - Conversione del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali stabilisce <<22-bis. *Ai fini della riduzione del costo di funzionamento degli organi sociali delle società controllate, direttamente o indirettamente, da un singolo ente locale, affidatarie di servizi pubblici o di attività strumentali, può essere disposta, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, la revoca anticipata degli organi amministrativi e di controllo*

L'obbligo di adeguamento alle previsioni di cui agli artt. 4 e 5¹⁶¹ della legge 7 agosto 2012, n. 135, di conversione del d.l. n. 95/2012, decorre invece, dal primo rinnovo dei consigli di amministrazione successivo alla data di entrata in vigore, 25 giugno 2014, del decreto-legge n. 90/2014.

E' anche previsto l'obbligo per gli amministratori, qualora siano nominati dipendenti dell'amministrazione, di riversare i relativi compensi all'amministrazione o alla società di appartenenza e, ove riassegnabili, in base alle vigenti disposizioni, al fondo per il finanziamento del trattamento economico accessorio, fatto salvo il diritto alla copertura assicurativa e al rimborso delle spese documentate, nel rispetto del limite di spesa di cui alla medesima disposizione¹⁶².

Per quanto attiene alla tematica connessa alla nomina di dipendenti pubblici tra i componenti del consiglio di amministrazione delle società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'articolo 4,

e degli organismi di vigilanza in carica, a seguito dell'adozione di delibere assembleari finalizzate alla riduzione del numero dei componenti o dei loro emolumenti>>.

<<22-ter. La revoca disposta ai sensi del comma 22-bis integra gli estremi della giusta causa di cui all'articolo 2383, terzo comma, del codice civile e non comporta, pertanto, il diritto dei componenti revocati al risarcimento di cui alla medesima disposizione>>.

¹⁶¹ Come modificati dal decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 e legge di conversione 11 agosto 2014, n. 11 - Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari - art. 16.

¹⁶² Decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 e legge di conversione 11 agosto 2014, n. 11 - Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari - art. 17.

comma 4 del d.l. n. 95/2012 prevedeva nella versione originaria, la nomina necessaria di due dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza. Nel testo in vigore dal 25 giugno 2014 al 18 agosto 2014, entrata in vigore del d.l. n. 90/2014, il riferimento ai dipendenti è stato sostituito dal seguente <<di cui due scelti d'intesa tra l'amministrazione titolare della partecipazione e quella titolare di poteri di indirizzo e vigilanza, per le società a partecipazione diretta, ovvero scelti d'intesa tra l'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante, quella titolare di poteri di indirizzo e vigilanza e la stessa società controllante, per le società a partecipazione indiretta.>>. L'ulteriore modifica, nel testo sopra riproposto, è stata introdotta dalla legge di conversione del d.l. n. 90/2014, in vigore dal 19 agosto 2014.

In rapporto alla “necessaria” nomina di dipendenti degli enti pubblici, erano emerse criticità interpretative in relazione alle previsioni di cui al d.lgs. n. 39/2013.

Secondo un primo orientamento, poi non assunto dagli organismi ufficiali, il Decreto n. 39/2013 avrebbe implicitamente abrogato la previgente disposizione sulla nomina dei dipendenti, con sopravvenuta inconferibilità.

Successivamente, è emersa diversa interpretazione¹⁶³, per la quale può essere nominato un dipendente a condizione che non assuma deleghe di gestione diretta, art. 12 comma 4, e che non

¹⁶³ Il Sole 24Ore, *Diritto e pratica amministrativa*, giugno 2013, pag. 47 ss.

abbia incarichi che comportano poteri di vigilanza e controllo, art. 9 comma 1.

Dunque, con riguardo alla interferenza fra le due fonti normative, ossia il d.lgs. 39/2013 e i commi 4 e 5 dell'art. 4 dichiarato conforme alla costituzione da parte della Corte Costituzionale con la sentenza n. 229/2013, *prima facie* incompatibili, è possibile conciliare le due disposizioni.

Da un lato, infatti, con riferimento all'ambito di applicazione delle due fonti esso non è speculare, per cui sussisterebbe uno spazio, anche se di non immediata individuazione, in cui le disposizioni non si sovrapporrebbero, e, dall'altro, le disposizioni ritenute legittime dalla Consulta impongono soltanto la presenza nei consigli di amministrazione di dirigenti, non imponendo affatto che essi possano essere destinatari di deleghe, mentre il d.lgs. n. 39/2013 statuisce l'incompatibilità fra incarichi dirigenziali e incarichi di membro di consiglio di amministrazione che sia anche titolare di deleghe.

Il dibattito è stato superato dalle modifiche apportate all'articolo 4, comma 4 del d.l. n. 95/2012 dal d. l. n. 90/2014, e successiva legge di conversione n. 114/2014, a tenore del quale <<4. *Fatta salva la facoltà di nomina di un amministratore unico, i consigli di amministrazione delle società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di amministrazioni pubbliche superiore al 90 per cento dell'intero fatturato devono*

essere composti da non più di tre membri, ferme restando le disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi di cui al decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39 [...]. In virtù del principio di onnicomprensività della retribuzione, qualora siano nominati dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione, o della società controllante in caso di partecipazione indiretta o del titolare di poteri di indirizzo e di vigilanza, fatto salvo il diritto alla copertura assicurativa e al rimborso delle spese documentate, nel rispetto del limite di spesa di cui al precedente periodo, essi hanno l'obbligo di riversare i relativi compensi all'amministrazione o alla società di appartenenza e, ove riassegnabili, in base alle vigenti disposizioni, al fondo per il finanziamento del trattamento economico accessorio>>; il comma 5 è sostituito dal seguente <<5. Fermo restando quanto diversamente previsto da specifiche disposizioni di legge e fatta salva la facoltà di nomina di un amministratore unico, i consigli di amministrazione delle altre società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, devono essere composti da tre o da cinque membri, tenendo conto della rilevanza e della complessità delle attività svolte. A tali società si applica quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo del comma 4>>.

Altro esempio di notevole intromissione nella fase funzionale delle società partecipate da enti pubblici è rappresentato dalle disposizioni legislative in tema di compenso degli amministratori.

A tal proposito, giova ricordare che la disciplina codicistica di cui all'art. 2389 c.c. non prevede alcun limite, sotto il profilo dei compensi spettanti ai membri del consiglio di amministrazione, in capo alle società stesse.

Riguardo alla obbligatoria riduzione dei compensi degli amministratori di società pubbliche o partecipate, è opportuno in primo luogo richiamare l'art. 6, comma 6, d.l. 78/2010¹⁶⁴. Tale disposizione, si riferisce solo alle società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, dove non rilevano le società partecipate da enti locali, nonché alle società possedute, direttamente o indirettamente, in misura totalitaria, comprese quelle degli enti locali, stabilisce che il compenso dei componenti del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale è ridotto del dieci per cento.

L'art. 5, comma 5, d.l. 78/2010¹⁶⁵, dispone che i titolari di cariche elettive, laddove svolgano incarichi conferiti dalle

¹⁶⁴ Art. 6, comma 6, d.l. 78/2010 <<Nelle società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nonché nelle società possedute (direttamente o indirettamente) in misura totalitaria, alla data di entrata in vigore del presente provvedimento dalle amministrazioni pubbliche, il compenso (di cui all'articolo 2389, primo comma, del codice civile) dei componenti (degli organi) di amministrazione e (di quelli di controllo) è ridotto del 10 per cento. La disposizione di cui al primo periodo si applica a decorrere dalla prima scadenza del consiglio o del collegio successiva alla data di entrata in vigore del presente provvedimento. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società quotate (e alle loro controllate)>>.

¹⁶⁵ L'art. 5, comma 5, d.l. 78/2010, dispone che <<Ferme le incompatibilità previste dalla normativa vigente, nei confronti dei titolari di cariche elettive, lo svolgimento di qualsiasi incarico conferito dalle pubbliche amministrazioni di cui al comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009 n. 196, inclusa la partecipazione ad organi collegiali di qualsiasi tipo, può dar luogo esclusivamente al rimborso delle spese sostenute; eventuali gettoni di presenza non possono superare l'importo di 30 euro a seduta>>.

amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 3, l. n. 196/2009, o partecipino a organismi collegiali di qualsiasi tipo, possono percepire esclusivamente il rimborso delle spese sostenute e eventuali gettoni di presenza non superiori a trenta euro.

Ancorché non sia chiaro se tale disposizione possa ricomprendere anche la partecipazione a consigli di amministrazione di società partecipate, la locuzione “organismi collegiali di qualsiasi tipo” farebbe propendere per la soluzione positiva.

Tuttavia, è opportuno precisare che l'elenco delle pubblica amministrazioni predisposto dall'ISTAT, ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, da ultimo il DPCM del 26 giugno 2007, non ricomprende le società *in house* o partecipate da enti locali, ma solo società partecipate da amministrazioni dello Stato.

Il comma 5, dell'art. 5, d.l. 78/10 deve, dunque, coordinarsi con altra norma previgente, l'art. 1, comma 718, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, legge finanziaria per il 2007 a norma del quale *<<Fermo restando quanto disposto dagli articoli 60 e 63 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, l'assunzione, da parte dell'amministratore di un ente locale, della carica di componente degli organi di amministrazione di società di capitali partecipate dallo stesso ente non dà titolo alla corresponsione di alcun emolumento a carico della società>>*. Inoltre, il comma 721, prosegue *<<Ai fini del contenimento della spesa pubblica, le regioni, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, adottano disposizioni, normative o amministrative,*

finalizzate ad assicurare la riduzione degli oneri degli organismi politici e degli apparati amministrativi, con particolare riferimento alla diminuzione dell'ammontare dei compensi e delle indennità dei componenti degli organi rappresentativi e del numero di questi ultimi, alla soppressione degli enti inutili, alla fusione delle società partecipate e al ridimensionamento delle strutture organizzative>>.

Nelle società a totale partecipazione di comuni o province e società da queste controllate, il comma 725, dell'art. 1, l. n. 296/2006, fissa il compenso lordo annuale, onnicomprensivo, del presidente e dei componenti del consiglio di amministrazione, non superiore rispettivamente al settanta e al sessanta per cento¹⁶⁶ delle indennità spettanti¹⁶⁷, rispettivamente, al sindaco e al presidente della provincia¹⁶⁸; nonché il diritto al rimborso delle spese di viaggio previste per gli amministratori locali dall'art. 84 del TUEL. E' altresì prevista una indennità di risultato solo in caso di produzione di utili e comunque in misura non superiore al doppio del compenso onnicomprensivo di cui sopra.

¹⁶⁶ Percentuali modificate dall'art. 61 della legge 6 agosto 2008, n. 133.

¹⁶⁷ Corte dei Conti, sez. reg. di controllo per la Liguria, deliberazione 16 settembre 2013 n. 70 /2013, il riferimento è alla misura dell'indennità teorica massima spettante determinata tenendo conto non solo dei criteri di cui all'art. 82 T.U. E.L. ma anche degli interventi legislativi successivamente intervenuti spesso di natura riduttiva(compresa la riduzione del 10%).

¹⁶⁸ Corte dei Conti, sez. reg. di controllo per la Liguria, deliberazione 16 settembre 2013 n. 70 /2013 ... *“ai fini della determinazione del compenso dell'amministratore unico, sia corretto considerare quale tetto massimo quello dalla norma riferito al presidente del consiglio di amministrazione, pari al 70 per cento dell'indennità spettante al sindaco dell'ente titolare della partecipazione”*.

Si ritiene che il compenso debba essere anche proporzionato al tipo di società e attività aziendale, dovendosi assicurare un criterio di buon andamento non solo proprio della pubblica amministrazione, ma anche del modello aziendale privato.

Nelle società a totale partecipazione pubblica di una pluralità di enti locali i commi 726 e 727, dell'art. 1, l. n. 296/2006, stabilisce che fermi i limiti percentuali di cui al comma 725, il compenso *<<va calcolato in percentuale della indennità spettante al rappresentante del socio pubblico con la maggiore quota di partecipazione e, in caso di parità di quote, a quella di maggiore importo tra le indennità spettanti ai rappresentanti dei soci pubblici>>*; nonché il diritto al rimborso delle spese di viaggio previste per gli amministratori locali dall'art. 84 del TUEL.

Per le società a partecipazione mista di enti locali e altri soggetti pubblici o privati, il comma 728, dell'art. 1, l. n. 296/2006, prevede la possibilità di elevare i compensi di cui ai commi 725 e 726, *<<in proporzione alla partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali, nella misura di un punto percentuale ogni cinque punti percentuali di partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali nelle società in cui la partecipazione degli enti locali è pari o superiore al 50 per cento del capitale, e di due punti percentuali ogni cinque punti percentuali di partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali nelle società in cui la partecipazione degli enti locali è inferiore al 50 per cento del capitale>>*.

Per le società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di amministrazioni

pubbliche superiore al 90 per cento dell'intero fatturato¹⁶⁹, a decorrere dal 1° gennaio 2015, il costo annuale sostenuto per i compensi degli amministratori di tali società, ivi compresa la remunerazione di quelli investiti di particolari cariche, non può superare l'80 per cento del costo complessivamente sostenuto nell'anno 2013¹⁷⁰. In virtù del principio di onnicomprensività della retribuzione, qualora siano nominati dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione, o della società controllante in caso di partecipazione indiretta o del titolare di poteri di indirizzo e di vigilanza, fatto salvo il diritto alla copertura assicurativa e al rimborso delle spese documentate, nel rispetto del limite di spesa di cui al precedente periodo, essi hanno l'obbligo di riversare i relativi compensi all'amministrazione o alla società di appartenenza e, ove riassegnabili, in base alle vigenti disposizioni, al fondo per il finanziamento del trattamento economico accessorio.

¹⁶⁹ Legge 7 agosto 2012, n. 135, art. 4 commi 4 e 5, come modificati dal decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 e legge di conversione 11 agosto 2014, n. 114 (art. 16) - D.l. 6 luglio 2012, n. 95 - Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario - *Spending review*.

¹⁷⁰ Per Corte dei conti per la Campania (parere n. 123/2015) "Il limite di cui alla norma appena richiamata [...] si aggiunge a quello previsto per il compenso individuale, anche qualora l'ente locale decida di nominare un amministratore unico, in quanto <<la lettera e la stessa finalità delle disposizioni dell'art. 3, commi 3 e 4, del decreto legge n. 95/2012, ravvisabile nella volontà legislativa di operare un ulteriore taglio nella retribuzione degli amministratori delle società partecipate da enti pubblici attraverso il raffronto con la spesa "storica" dell'esercizio 2013, non sembrano ammettere alcuna interpretazione che ne escluda l'applicabilità all'amministratore unico>> in tal senso, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 88 del 4 marzo 2015".

2.6 *Segue. Prorogatio, sostituzione e cooptazione degli amministratori di nomina pubblica.*

Per quel riguarda la permanenza in carica del consiglio di amministrazione deve trovare piena applicazione la disposizione dettata dal 2° comma dell'art. 2385 c.c.¹⁷¹. Gli amministratori nominati dallo Stato o dall'ente pubblico restano, dunque, in carica *ex art.* 2449, 2° comma, c.c., per tre esercizi, come quelli di nomina assembleare *ex art.* 2383, 2° comma, c.c..

Data la parificazione tra amministratori di nomina pubblica e amministratori di nomina assembleare si può applicare, in linea di principio, la disciplina societaria comune¹⁷² in tema di *prorogatio* di cui all'art. 2385, 2° comma, c.c., nell'ipotesi in cui il mandato scada senza che l'ente pubblico abbia proceduto alla sostituzione degli amministratori di nomina pubblica. A parere di chi scrive, non sembrano esserci ragioni atte a giustificare una disapplicazione della norma in esame al consigliere di nomina pubblica. *Inter alia*, l'istituto è inserito all'interno della disciplina delle società per azioni, ma può essere considerato a tutti gli effetti un principio transtipico¹⁷³ che opera per tutte le società di capitali.

¹⁷¹ Il comma 2 della norma in esame statuisce che “La cessazione degli amministratori per scadenza del termine ha effetto dal momento in cui il consiglio di amministrazione è stato ricostituito”.

¹⁷² GUERRERA, *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico – privata*, in *riv. dir. civ.*, 2011, I, 548 ss., parla in proposito di “specialità debole” della società mista.

¹⁷³ COSSU, *La prorogatio dell'amministratore di nomina pubblica nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, fasc. 2, 2013, 260 e ss..

La fattispecie *de qua* va tenuta distinta da un'altra ipotesi di cessazione dell'organo amministrativo prevista dall'art. 2386, ultimo comma, c.c.¹⁷⁴, in tema di sostituzione degli amministratori.

Le due norme, infatti, pur avendo dei profili di comunione in quanto rappresentano situazioni in cui gli amministratori cessano dal loro incarico, si differenziano in quanto l'art. 2385, 2 comma, c.c. si riferisce agli amministratori che non sono più in carica per scadenza del termine, mentre l'art. 2386, ultimo comma, c.c. attiene all'ipotesi della cessazione prima del termine naturale di scadenza¹⁷⁵.

Conseguentemente, risulta differente anche la disciplina applicabile alle due fattispecie atteso che soltanto l'art. 2385, 2 comma, descrive una situazione di *prorogatio*, che risulta illimitata sia dal punto di vista del contenuto, atteso che agli amministratori scaduti non sono poste limitazioni riguardo ai poteri esercitabili, sia dal punto di vista temporale, in quanto avendo una durata potenzialmente illimitata, ha quale scopo quello di evitare eventuali vuoti di potere in attesa delle nuove nomine.

Di contro, l'art. 2386, ultimo comma, individua una situazione di supplenza, in cui al collegio sindacale vengono attribuiti poteri gestori, in via del tutto eccezionale, che si limitano agli "atti di

¹⁷⁴ "Se vengono a cessare l'amministratore unico o tutti gli amministratori, l'assemblea per la nomina dell'amministratore o dell'intero consiglio deve essere convocata d'urgenza dal collegio sindacale, il quale può compiere nel frattempo gli atti di ordinaria amministrazione".

¹⁷⁵ DIVIZIA, *Il principio di continuità di funzionamento degli organi nelle società di capitali*, Milano, 2011, 31 ss..

ordinaria amministrazione”¹⁷⁶. Parte della dottrina¹⁷⁷ ha evidenziato che nella fattispecie descritta dalla norma in esame, come in ogni situazione di supplenza, l’organo supplente è investito di una funzione straordinaria e interinale, tesa al ripristino della normalità.

La disciplina privatistica della *prorogatio* degli organi amministrativi deve confrontarsi con la disciplina pubblicistica prevista in generale per la *prorogatio* dei pubblici uffici¹⁷⁸.

La legge 15 luglio 1994, n. 444¹⁷⁹ disciplina per la prima volta l’istituto in esame che, sino a quel momento, era stato regolato da varie e non omogenee norme speciali e dalla prassi¹⁸⁰.

In particolare l’art. 3, comma 1, della legge dispone che <<Gli organi amministrativi non ricostituiti nel termine di cui all’articolo 2 sono prorogati per non più di quarantacinque giorni, decorrenti dal giorno della scadenza del termine medesimo>>. La norma prosegue al 2° comma stabilendo che <<nel periodo in cui sono prorogati, gli organi scaduti possono adottare esclusivamente gli atti di ordinaria amministrazione, nonché gli atti urgenti e indifferibili con indicazione specifica dei motivi di urgenza e

¹⁷⁶ Cass., 4 giugno 2003, n. 8912, in *Le società*, 2003, 1494 ss.. La Corte nella pronuncia ha scandito le differenze tra le fattispecie descritte nell’art. 2385, 2 comma, c.c., e nell’art. 2386, ult. comma, c.c..

¹⁷⁷ DIVIZIA, *op. ult. cit.*, 46.

¹⁷⁸ La Corte cost., con la sentenza 4 maggio 1992, n. 208, in *Giur. amm. sic.*, 1992, 302 si è pronunciata sulla necessità di definire con chiarezza l’ambito applicativo e i limiti temporali della *prorogatio* nella pubblica amministrazione.

¹⁷⁹ La Corte cost., con la sentenza 30 dicembre 1994, n. 464, in *Foro it.*, 1995, si pronunciò sulla legittimità della l. n. 144/1994, che intervenne per regolare per la prima volta questi aspetti.

¹⁸⁰ GALANTI, *La proroga degli organi amministrativi: dalla corte costituzionale al legislatore e ritorno*, in *Riv. amm.*, 1995, II, 681 ss.

indifferibilità>>); e che <<gli atti non rientranti fra quelli indicati nel comma 2, adottati nel periodo di proroga, sono nulli>>, 3° comma.

Dal momento che la disciplina della proroga degli organi amministrativi si applica anche alle società a partecipazione pubblica maggioritaria, si deve ritenere che la l. 15 luglio 1994, n. 444 prevalga sulla disciplina comune in tema di *prorogatio* di cui all'art. 2385, 2° comma, c.c., in quanto legge speciale anteriore.

Pertanto, seguendo questo *iter* argomentativo, in applicazione dell'art. 1, 1° comma, della l. n. 444/1994, in caso di mancato rinnovo del consiglio di amministrazione entro il termine prescritto dalla legge, ovvero entro il quarantacinquesimo giorno successivo alla scadenza naturale del mandato, l'organo deve considerarsi scaduto, e quindi decaduto, indipendentemente dal rinnovo delle cariche da parte dell'assemblea.

Dunque, occorre un coordinamento sistematico tra diritto privato e diritto pubblico *in subiecta materia*¹⁸¹.

Sicuramente l'applicazione dell'art. 2385, 2° comma, c.c., determina una ipotetica situazione di indeterminatezza circa la durata della *prorogatio*, tuttavia essa trova il limite generale della conservazione della funzionalità dell'ente, per cui una eventuale inattività dell'assemblea che non provveda in tempi ragionevoli alla sostituzione degli amministratori scaduti integra la causa di

¹⁸¹ Sui problemi di coordinamento tra la normativa speciale in materia di proroga di cui alla l. n. 444/1994 e l'art. 2449 v. GHEZZI - VENTORUZZO, *La nuova disciplina*, cit., 671.

scioglimento di cui all'art. 2484, 1° comma, n. 3 c.c.¹⁸².

Allo stesso modo l'applicazione del regime comune della proroga *ex art.* 2385, 2° comma, c.c., può comportare dei danni connessi alla permanenza in carica di organi scaduti. Di contro, si potrebbe obiettare che i danni che possono derivare da una eventuale paralisi dell'attività conseguente alla scadenza dell'organo amministrativo sono certamente maggiori se si guarda ad esempio alla sanzione della nullità che viene comminata a tutti gli atti compiuti dagli amministratori in *prorogatio* dopo lo spirare del quarantacinquesimo giorno successivo alla loro naturale scadenza, secondo quanto stabilito negli artt. 3, 3° comma e 6, 2° comma della l. n. 444/1994¹⁸³.

Diversa è l'ipotesi prevista dall'art. 2386, comma 1, c.c.¹⁸⁴, che consente la sostituzione per cooptazione dell'amministratore venuto meno ad opera del medesimo consiglio di amministrazione, nell'ipotesi in cui nel corso dell'esercizio venga a mancare un

¹⁸² CABRAS, *Prorogatio e spoil system per gli amministratori nelle società in mano pubblica*, in <http://www.federalismi.it>, 5. Dovrebbe trovare applicazione la disciplina comune in materia di scioglimento di cui all'art. 2484, 1° comma, c.c., per l'ipotesi in cui l'organo amministrativo decaduto a seguito della scadenza della *prorogatio* breve non sia stato ricostituito. In tal caso la società entrerebbe in stato di liquidazione per impossibilità di funzionamento e continuata inattività dell'assemblea nel rinnovare l'organo amministrativo.

¹⁸³ IBBA, *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 370; ID., *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 17.

¹⁸⁴ Art. 2386, 1° comma, c.c. “*Se nel corso dell'esercizio vengono a mancare uno o più amministratori, gli altri provvedono a sostituirli con deliberazione approvata dal collegio sindacale, purché la maggioranza sia sempre costituita da amministratori nominati dall'assemblea. Gli amministratori così nominati restano in carica fino alla prossima assemblea*”.

amministratore di nomina pubblica, sempre che restasse in carica la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione di nomina assembleare.

La fattispecie *de qua* non dovrebbe potere trovare applicazione nelle società a partecipazione pubblica in quanto l'operatività di questa disciplina vanificherebbe il potere di nomina attribuito, in via esclusiva, agli enti pubblici dall'art. 2449, 1° comma, c.c., e per le stesse ragioni è dubbia la applicabilità della clausola *simul stabunt simul cadent* ex art. 2386, 4° comma, c.c.¹⁸⁵.

La sostituzione degli amministratori di nomina pubblica dovrebbe, invece, pur sempre essere disposta dallo Stato o dall'ente pubblico cui la designazione di quell'amministratore è per statuto riservata, fermo restando che l'amministratore così nominato in sostituzione del precedente sarà anch'egli destinato a rimanere in carica sino alla scadenza dell'intero consiglio.

Sembra peraltro da escludere che l'eventuale inerzia o il ritardo dell'ente pubblico nel procedere alle nomine di sua spettanza legittimi la società e, per essa, l'organo assembleare, a provvedere altrimenti, se lo statuto espressamente non lo consenta.

L'eventuale situazione di stallo che ne potrebbe derivare condurrà a conseguenze non diverse da quelle che naturalmente

¹⁸⁵ “*Se particolari disposizioni dello statuto prevedono che a seguito della cessazione di taluni amministratori cessi l'intero consiglio, l'assemblea per la nomina del nuovo consiglio è convocata d'urgenza dagli amministratori rimasti in carica; lo statuto può tuttavia prevedere l'applicazione in tal caso di quanto disposto nel successivo comma*”.

Sul tema cfr. in dottrina MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 44; CIRENEI, *Introduzione artt. 2449-2451*, cit., 942; RORDORF, *Le società “pubbliche”*, cit., 442.

discendono dall'impossibilità di funzionamento di organi della società, anche se ciò dovesse portare allo scioglimento *ope iudicis*.

Tuttavia, dal frequente ritardo con cui il socio pubblico esercita il suo potere di nomina degli amministratori *ex art. 2449, c.c.*¹⁸⁶, discendono diversi inconvenienti che vengono superati sulla base della considerazione della facoltatività dell'esercizio del diritto di nomina da parte del soggetto pubblico¹⁸⁷, sì che potrebbe sostenersi un ripristino dei poteri dell'assemblea in relazione alla nomina dell'intero consiglio di amministrazione in presenza di una inequivoca manifestazione di disinteresse, anche per *fatta concludentia*, in relazione alla facoltà concessa dallo statuto al soggetto pubblico socio¹⁸⁸.

Perciò, quella che l'art. 2449 c.c. definisce come una "facoltà" di nomina da parte dello Stato o di altro ente pubblico potrebbe in realtà assumere la configurazione di un obbligo, dipendente dal dovere di comportarsi secondo buona fede nell'attuazione del contratto sociale. Un obbligo la cui violazione, all'occorrenza, potrebbe anche legittimare gli altri soci ad agire contro il socio pubblico per il risarcimento dei danni.

Anche se l'amministratore di nomina pubblica viene revocato a seguito di deliberazione assembleare *ex art. 2393, 4° co., c.c.*, la

¹⁸⁶ CASELLI, *Amministratori e direttore generale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, 4, 1991, 74.

¹⁸⁷ MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 43.

¹⁸⁸ *Contra*, RORDORF, *op. ult. cit.*, 443; App. Milano 18 maggio 2001, cit. secondo cui l'assemblea non può sostituirsi all'ente pubblico nella nomina dei sindaci ad esso riservati, pena la nullità-inefficacia della delibera.

sostituzione del medesimo resta comunque di competenza dello Stato o ente pubblico al quale è riservata la nomina da statuto¹⁸⁹.

2.7 L'interesse sociale e l'interesse extra-sociale dei membri di nomina pubblica.

Ampiamente dibattuta in dottrina¹⁹⁰ è la questione dell'interesse che deve essere perseguito dagli amministratori di nomina pubblica all'interno dell'organizzazione societaria.

Pur volendo negare che gli amministratori di nomina pubblica, per la sola sottrazione della loro nomina alle competenze assembleari, possano perseguire all'interno della società interessi diversi da quelli che si impongono ad un qualsiasi amministratore di società per azione, non si può non tenere conto che il ricorso alla particolare disciplina di cui all'art. 2449 c.c. ponga le premesse per una <<*relazione giuridica continuativa di matrice pubblicistica*>>¹⁹¹ che consenta agli organi nominati il legittimo perseguimento di interessi pubblici.

Il soggetto nominato si troverebbe in una posizione giuridica di soggezione rispetto all'ente, al quale deve innanzitutto la nomina e, soprattutto, <<*l'eventuale riconferma e la stessa permanenza in*

¹⁸⁹ FERRI, *Le società*, cit., 704.

¹⁹⁰ Tra gli altri, RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Le Società*, 12/2013, 1326 ss..

¹⁹¹ DONATIVI, *La nomina pubblica*, cit., 402.

carica>>¹⁹².

Dunque, il quesito di fondo è se l'amministratore, così come anche il sindaco, o il consigliere di sorveglianza o di gestione o il membro del comitato per il controllo sulla gestione, di estrazione pubblica debba svolgere la sua attività esclusivamente in attuazione del contratto sociale, perseguendo quindi necessariamente uno scopo lucrativo conforme al dettato dell'art. 2247 c.c., ovvero non debba farsi portatore e garante di un interesse più ampio, ovvero l'interesse pubblico dello Stato o dell'ente nominante, che a volte è parallelo e travalica l'interesse meramente privatistico dei soci, quando non convergente.

Per rispondere a tale quesito si deve preliminarmente considerare che il perseguimento dell'interesse pubblico si diversifica a seconda del livello di riconducibilità della società all'ente pubblico e alla sua volontà, che è sempre e comunque manifestazione di potere discrezionale e, dunque, espressione di interesse pubblico.

Nel caso di società interamente pubblica, vi è uno stretto collegamento con il perseguimento di interessi pubblici non solo nella fase istitutiva della società, ma nel suo quotidiano operare; mentre, per la società a partecipazione mista, pubblica e privata, le decisioni assunte nel perseguimento dell'oggetto sociale rispecchieranno sia l'interesse pubblico di cui il socio pubblico è portatore, sia l'interesse privato, perseguito dal socio privato, che potrà essere più o meno coerente con quello proprio dell'altro socio.

¹⁹² DONATIVI, *op. ult. cit.*, 430.

Dunque, per le società miste, può dirsi che l'interesse pubblico coincide con l'interesse della società solo nel senso che fa parte dell'oggetto sociale.

Da quanto detto emerge, da un lato, che tra oggetto sociale e interesse pubblico persiste un collegamento ineliminabile e, dall'altro, che occorre circoscrivere e precisare la valenza del richiamo alla specialità della società a partecipazione pubblica¹⁹³.

E' di tutta evidenza che l'interesse che anima il socio privato, il perseguimento di un proprio vantaggio economico, è diverso da quello del socio pubblico, che si sostanzia nell'erogazione di un servizio che abbia la massima qualità possibile, nel rispetto dell'equilibrio tra costi e ricavi¹⁹⁴, occorre valutare in che modo tali interessi possano convivere o addirittura convergere verso un interesse unico.

Secondo un primo orientamento dottrinale, l'interesse pubblico, in quanto riconosciuto e tutelato da una norma eccezionale, si contrappone all'interesse comune dei soci rappresentando un limite al loro libero operare¹⁹⁵. Tale interesse, dunque, introdurrebbe una deroga alla disciplina dell'organizzazione e degli interessi del modello societario apportata dall' art. 2449 c.c. sancendo l'obbligo per l'amministratore di nomina pubblica di

¹⁹³ VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica*, in *Dit. proc. amm.*, 3, 2014, 862 ss..

¹⁹⁴ COSTI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1998, 1, 799.

¹⁹⁵ COTTINO, *Partecipazione pubblica*, cit., 79, il quale, però limita la possibilità di una contaminazione in senso pubblicistico dell'interesse sociale alla sola ipotesi in cui la partecipazione sociale faccia capo ad un ente di gestione; SENA, *op. cit.*, 58 ss..

ottemperare in primo luogo alle direttive impartite dall'ente nominante¹⁹⁶.

Secondo un diverso orientamento, l'amministratore di nomina pubblica ha il potere-dovere di perseguire l'interesse pubblico, in maniera conforme, però, allo strumento giuridico utilizzato e quindi compatibilmente con il perseguimento da parte della società di un'autosufficienza economica che consenta la realizzazione di un utile da distribuire tra i soci¹⁹⁷.

Ulteriore dottrina, ha sostenuto che gli amministratori di nomina pubblica abbiano il dovere di contemperare l'attuazione dell'interesse sociale con l'indirizzo imposto dall'ente pubblico solo quando sussista un autonomo rapporto tra quest'ultimo e la persona nominata amministratore; solo in tali ipotesi, peraltro, le direttive dell'ente nominante avrebbero efficacia vincolante per gli amministratori¹⁹⁸, ai quali dovrebbero comunque essere riconosciuti adeguati poteri di decisione¹⁹⁹.

In un'ottica diversa, altra parte della dottrina, ritiene che gli

¹⁹⁶ CIAVARELLA, *Revoca e responsabilità dell'amministratore*, cit., 501 ss.. *Contra* SANTONI, *Patti parasociali*, cit., 83; CIRENEI, *Introduzione artt. 2449-2451*, cit., 942 e SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore*, cit., 570.

¹⁹⁷ ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, *op. cit.*, 272; CIAVARELLA, *op. cit.*, 436; *contra*, ROSSI, *Profili giuridici delle società a partecipazione statale*, cit., 179.

¹⁹⁸ OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici*, *op. cit.*, 1055; MARTINI, *Aspetti pubblicistici della nomina extra assembleare di amministratori e sindaci nelle imprese cooperative*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 278; limitatamente ai rapporti tra amministratori delle società finanziarie regionali ed organi della Regione partecipante, cfr. DEVESCOVI, *op. cit.*, 90.

¹⁹⁹ OTTAVIANO, *op. ult. cit.*, 1058.

amministratori di nomina pubblica non rivestano la qualifica di pubblici ufficiali e non esercitino in ambito societario una pubblica funzione amministrativa, sicché pur ammettendo che gli amministratori di nomina pubblica sono portatori di un interesse pubblico²⁰⁰, tale interesse dovrebbe cedere di fronte all'interesse sociale inteso come interesse privatistico dei soci, con la conseguenza che le direttive impartite dall'ente potrebbero avere efficacia vincolante solo nella misura in cui siano conformi agli ordinari criteri di gestione della società²⁰¹.

Un ulteriore indirizzo, in maniera più netta, di impronta panprivatistica, esclude che l'amministratore, ancorché di nomina pubblica, sia tenuto ad eseguire le direttive dell'ente nominante, sull'assunto della sua sottoposizione all'obbligo di adempiere ai propri doveri con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle sue specifiche competenze *ex art. 2392 c.c.*, ed è personalmente responsabile dei danni cagionati alla società per l'inosservanza di tali doveri²⁰².

²⁰⁰ Per VERRUCCI, *La revoca dell'amministratore nominato dallo Stato*, cit., 40 rivestirebbero la qualifica di funzionari preposti ad un ufficio dell'ente nominate. *Contra* ROVERSI MONACO, *op. ult. cit.*, 268; CIAVARELLA, *Revoca e responsabilità dell'amministratore*, cit., 502; *contra*, altresì, Cass. Pen., Sez. VI, 30 novembre 1993, n. 03620, in *Giur. pen.*, 1994, II, 708, secondo la quale gli amministratori di nomina pubblica non rivestono la qualifica di pubblici ufficiali e non esercitano in ambito societario una pubblica funzione amministrativa.

²⁰¹ BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione*, cit., 169; VERRUCCI, *op. cit.*, 43 ss..

²⁰² SANTONI, *Patti parasociali*, cit., 83; CIRENEI, *Introduzione artt. 2449-2451*, cit., 942; SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore*, cit., 570 ss..

Secondo la tesi in esame, la nomina dell' amministratore *ex art.* 2449 c.c. non potrebbe influire sulla dimensione causale del contratto di società, con una svalutazione del suo naturale scopo lucrativo²⁰³. Si aggiunge che gli amministratori, quand'anche nominati *ex art.* 2449 c.c., hanno gli stessi diritti e doveri dei membri nominati dall'assemblea²⁰⁴, e da ciò si deduce che il perseguimento nell'ambito delle rispettive competenze di fini pubblici extrasociali potrebbe determinare, in presenza dei presupposti di legge, una loro responsabilità ai sensi degli artt. 2391 ss. c.c.²⁰⁵.

Nell'ottica panprivatistica, inoltre, per dirimere la questione è stata prospettata l'applicabilità della disciplina dell'interesse degli amministratori e del conseguente obbligo di astensione di cui all'art. 2391 c.c.²⁰⁶. Per questa dottrina, la *ratio* dell'attribuzione dello speciale potere di nomina deve rinvenirsi non tanto nella denegata possibilità di perseguire, tramite lo strumento societario, la politica dell'ente pubblico nominante, bensì nella possibilità di realizzare un controllo pubblico sul regolare svolgimento dell'attività sociale²⁰⁷.

²⁰³ LIBONATI, *Holding e investment trust*, cit., 406 ss..

²⁰⁴ Art. 2449, 3° comma, c.c. “[...]Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea.[...]”.

²⁰⁵ ROSSI, *Profili giuridici delle società a partecipazione statale*, op. cit., 198 ss.; CIRENEI, *La società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 137.

²⁰⁶ JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1963, 136 ss.; BERTUZZI, *Sub artt. 2449-2450*, cit., 219.

²⁰⁷ ASCARELLI, *Il dialogo dell'impresa e della società nella dottrina italiana dopo la nuova codificazione*, in *Riv. soc.*, 1959, 1012 ss.; CIRENEI, op. cit., 138 ss.; ROSSI, op. ult. cit., 202 ss.; *contra* GRASSETTI, *Il distacco delle “aziende a prevalente partecipazione statale”*, cit., 10.

Se la dottrina è unanime nell'ammettere che il soggetto pubblico possa, tramite gli amministratori nominati, esercitare un controllo sul corretto esercizio dell'attività sociale e, al più, possa perseguire una propria linea di politica aziendale nel rispetto ed in conformità dello scopo lucrativo del contratto di società, all'opposto si registrano orientamenti variegati e contrastanti qualora si voglia consentire all'ente, tramite gli organi da esso nominati, l'attuazione di una linea di politica aziendale aperta a finalità di interesse pubblico che comportino una rinuncia allo scopo lucrativo.

2.8 *Segue. Lo scopo di lucro.*

Nell'affrontare la problematica concernente il ruolo dello scopo di lucro all'interno delle società partecipate, è opportuno richiamare il dibattito²⁰⁸ che da anni è in corso sull'essenzialità o meno dello scopo di lucro nel contratto di società, ancorché parte

²⁰⁸ Cfr. l'art. 2247 c.c. ed in dottrina, *ex multis*, ROCCO DI TORREPADULA, *Aspetti di diritto societario*, *op. cit.*, 128 ss.; BIGIAVI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, 55; SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, *cit.*, 151 ss.; OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 591; ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. 16, Torino, 1985, 25 ss.; MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984; GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, XXVIII, Milano, 1982, 48 ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 1988, 21 ss..

della dottrina²⁰⁹ propenda per l'inutilità di tutti gli sforzi tesi ad allargare o restringere la nozione di lucro.

Sta di fatto, in ogni caso, che anche coloro che propendono per una non essenzialità dello scopo di lucro rispetto alla nozione di società ritengono necessario, per aversi società, che lo scopo di lucro non sia dichiaratamente e, quindi, statutariamente escluso, si parla del c.d. requisito negativo²¹⁰. Da ciò consegue che è da considerare, tuttora, normale l'utilizzo dello schema societario, ed in particolar modo di quello delle società di capitali, per il perseguimento del lucro.

È oramai pacifico che limitazioni sotto entrambi i profili non sono di per sé determinate dalla presenza nella compagine sociale di quella particolare categoria di socio, che è il socio pubblico, né dalla qualificazione dell'attività svolta dalla società come servizio pubblico. Anzi, la scelta della forma societaria finisce con l'incidere sul criterio di gestione del pubblico servizio, che deve essere svolto secondo regole di economicità e di lucratività²¹¹.

Dunque, nelle società miste deve ritenersi preclusa l'ammissibilità di clausole statutarie che contrastano con lo scopo di

²⁰⁹ Per DISABATO, *Manuale*, cit., 30, non sembra possibile <<pervenire ad una definizione unitaria, vuoi nel senso di dilatare lo scopo lucrativo fino a comprendervi, in via d'interpretazione, anche quello mutualistico e quello consortile, vuoi nel senso di limitarsi a descrivere il fenomeno "società" come quello che può avere in alternativa con lo scopo lucrativo enunciato dalla norma anche uno scopo mutualistico o consortile>>. In definitiva, secondo DISABATO, <<la società appare oggi come uno schema organizzativo astratto bon à tout faire, destinato ad occupare un'area residuale, per l'esercizio delle attività economiche non dichiaratamente non lucrative>>.

²¹⁰ Per una ricostruzione v. DISABATO, *Manuale*, cit., 30 ss..

²¹¹ VITOLO, *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, 2006.

lucro²¹²; ed è facile notare che non vi è alcuna disposizione che escluda espressamente per queste società il perseguimento di uno scopo di lucro²¹³.

²¹² Cfr. ROCCO DI TORREPADULA, *Aspetti di diritto societario*, op. cit., 141 ss..

²¹³ Cfr. in argomento CAVAZZUTI, *Forme societarie*, cit., 253, che, pur ritenendo ammissibile almeno in via di principio che gli statuti non introducano alcuna clausola limitativa al perseguimento degli utili, svaluta l'argomento come tutti gli argomenti utilizzati per dedurre dall'assenza di un'espressa disposizione la conferma dell'assunto affermando che nulla esclude neppure il contrario. E cioè che vi sia un divieto di distribuzione che comporti, direttamente o indirettamente, un certo grado di autofinanziamento forzato. Con ciò non si considera, però, che nell'impostazione riferita l'assenza di qualsiasi riferimento al divieto di perseguire lo scopo lucrativo (*c.d.* requisito negativo) non può che assumere una valenza univoca una volta prescelto lo schema della società per azioni: nel senso di ritenere concretamente perseguibile lo scopo di lucro. Sull'argomento con particolare riferimento alle società per azioni a partecipazione comunale cfr. PIRAS, *Servizi pubblici*, cit., 94 ss., 117 ss., 120 ss. e 132 ss., che ritiene che il fine pubblico presente in questa società può essere realizzato con metodo economico anche se non di lucro soggettivo: cosicché il socio privato sarebbe spinto a partecipare al fine di ottenere “*un rendimento non inferiore a quello corrente sul mercato (?)*” (p. 98) o, addirittura, *un interesse alla gestione in sé (?)* (p. 175)”. Ma, a parte la difficoltà di individuare la fattispecie indicata, quest'impostazione contrasta con l'ulteriore affermazione (p. 175) per cui “*i profitti... potrebbero costituire una entrata che consentirebbe al comune, ad esempio, di ridurre la pressione fiscale nei confronti della collettività*”. Secondo l'A., poi, sul presupposto che la società per azioni costituirebbe un modello neutro, la società mista rientrerebbe (normalmente) in questo modello senza che vi sia alcuna deviazione o contrasto con il fine di lucro (assente) (p. 131 ss.). In definitiva, per PIRAS le società a partecipazioni comunali costituirebbero, sia per il necessario rispetto delle procedure di evidenza pubblica (p. 140), sia per la nomina degli amministratori (p. 143), sia soprattutto per il “*contemperamento tra causa tipica della s.p.a e scopo comunale*” (p. 175), una società di diritto speciale a scopi pubblici (p. 176): società diversa dalle società a partecipazione pubblica di diritto comune. In via generale, v. particolarmente lo studio di VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 9 ss.. Nonché CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983, 492 ss.; ID., *La società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 3 ss. Contraria all'inquadramento delle società miste tra le società speciali è la prevalente

Tuttavia, la presenza di tali clausole non comporterà la nullità della società, una volta che sia intervenuta l'iscrizione della stessa nel registro delle imprese. La mancanza dello scopo di lucro non è, infatti, prevista a pena di nullità delle società per azioni, né appare corretta l'opinione secondo cui in tal caso si avrebbe nullità della società per mancanza dell'atto costitutivo.

Pertanto, la sola conseguenza prospettabile è la dichiarazione di nullità limitatamente alla clausola antilucrativa con conseguente applicazione della disciplina legale²¹⁴. Gli amministratori della società saranno perciò pur sempre tenuti a conformare le loro scelte operative al rispetto dello scopo fine proprio della società per azioni e resteranno esposti a responsabilità verso la società e verso i creditori sociali per i danni arrecati al patrimonio sociale da una politica gestionale non conforme a tale canone.

Pur non vietando il perseguimento dello scopo lucrativo la legislazione sulla società mista impone limitazioni nella misura in cui, ad esempio, con l'art. 12, comma 4, della legge 498/1992

dottrina, tra cui BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali*, cit., 117 ss.; GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale*, op. cit., 1027 ss., che sottolinea, da un lato, che l'assetto organizzativo codicistico si conserva intatto, e, dall'altro, che l'atto costitutivo della società non può contenere clausole che lascino intendere uno sviamento dal fine lucrativo che la legge assegna alla società; ROMAGNOLI, op. cit., 114 s.; CAVAZZUTI, *Forme societarie*, cit., 251 ss., il quale sembra, però, abbandonare quest'impostazione, in *Società a partecipazione locale*, cit., 692 e 696 ss., a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 12 della legge n. 498 del 1992; FAUCEGLIA, *Appunti*, cit., 490; ROMEO, op. cit., 204, e, come sembra, anche VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 98 ss..

²¹⁴ Secondo VITOLO, *Le società miste*, cit., 204, "infatti qualsiasi clausola statutaria che contrasti con lo scopo di lucro, deve ritenersi nulla".

stabilisce i criteri da adottare per la determinazione delle tariffe di servizio²¹⁵ <<a) la corrispondenza tra costi e ricavi in modo da assicurare la integrale copertura dei costi, ivi compresi gli oneri di ammortamento tecnico-finanziari; b) l'equilibrato rapporto tra finanziamenti raccolti ed il capitale investito; c) l'entità dei costi di gestione delle opere, tenendo conto anche degli investimenti e della qualità del servizio; d) l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito, coerente con le prevalenti condizioni di mercato>>. La ratio di tale disposizione deve rinvenirsi nella necessità di ottenere una copertura dei costi di gestione e una remunerazione del capitale investito, in mancanza i privati non risulterebbero interessati ad investire nella società mista²¹⁶.

Lo scopo di lucro risulta, quindi, perseguibile nell'ambito delle società miste, ma nei limiti delle tariffe applicate al servizio pubblico, privando in questo modo l'organo amministrativo di una competenza fondamentale, ovvero l'effettiva direzione della politica dei prezzi.

A ciò potrebbe venire obiettato che sul piano teorico il c.d. lucro oggettivo, che è quello perseguito dalla società, andrebbe tenuto distinto dal c.d. lucro soggettivo, che è quello perseguito dai soci. Cosicché, se pur il primo finisce per essere strumentale al secondo, non necessariamente avviene l'inverso: nel senso che la società potrebbe legittimamente svolgere un'attività lucrativa pur

²¹⁵ VITOLO, *Le società miste*, cit., 147 ss..

²¹⁶ OTTAVIANO, *Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Rivista delle società*, 1999, I, 252.

mantenendo costantemente una politica di autofinanziamento²¹⁷.

Appare chiaro che, così argomentando, il piano del discorso si sposta dalla società ad i soci: e quindi al conflitto tra gli opposti interessi.

Sul punto non vi è dubbio che la partecipazione del comune alla società, pur nell'ineliminabile esigenza di rispettare il divieto del patto leonino sancito dall'art. 2265 c.c., possa essere ispirata da varie motivazioni, conformi all'interesse pubblico, le quali si giustificano tutte in virtù dell'utilizzo della società per azioni quale schema organizzativo ideale²¹⁸.

Ciò non toglie, viceversa, che per il socio privato l'obiettivo non può che essere inverso: e cioè consistere in un vero e proprio fine lucrativo. Appaiono, invero, vani i tentativi volti ad individuare un interesse del socio privato diverso da quello del lucro soggettivo²¹⁹.

Ma proprio questa potenziale contrapposizione costituisce il terreno su cui è ipotizzabile che si vengano a scatenare i conflitti tra

²¹⁷ Così CAVAZZUTI, *Forme societarie*, cit., 253; Romagnoli, *op. cit.*, 116, il quale osserva che “*la presenza nella compagine sociale di soggetti privati mossi, generalmente, dal fine di ottenere la remunerazione dei capitali investiti con sottoscrizione di azioni, fa sì che non si possa valutare l'efficienza dell'attività societaria in base alla soddisfazione dell'interesse pubblico. Se, infatti, il legislatore avesse voluto limitare l'intervento privato al semplice apporto finanziario, avrebbe ben potuto concepirlo come prestito obbligazionario*”.

²¹⁸ Cfr. CAVAZZUTI, *Forme societarie*, cit., 253; GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale*, *op. cit.*, 1027 ss.; PARISIO, *La gestione dei servizi pubblici locali*, *op. cit.*, 513.

²¹⁹ PIRAS, *Servizi pubblici*, cit., 98 e 175; SALVI, *Gestione di servizi pubblici*, cit., 937 ss.. *Contra* ROMAGNOLI, *op. cit.*, 116; BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali*, cit., 15; GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale*, *op. cit.*, 1027; PARISIO, *op. ult. cit.*, 515.

soci. Situazione negativa dalla quale non potrebbe essere preservata neppure la società, in considerazione del fatto che la finalità antilucrative, più che essere espressa nello statuto, sarà attuata concretamente nella politica gestionale degli amministratori²²⁰.

Il problema evidenziato è sicuramente tra i più dibattuti²²¹ in

²²⁰ Osserva GIAMPAOLINO, *op. ult. cit.*, 1028, che l'atto costitutivo "raramente mostra finalità antilucrative ma più di frequente l'antilucratività è il risultato di un comportamento più che una dichiarazione. L'ente territoriale potrebbe, quindi, costituire dichiarando lo scopo lucrativo ma non attuarlo successivamente alla costituzione". Non sembra, però, che il punto di equilibrio tra gli opposti principi possa essere fissato nell'atto costitutivo, così come sostenuto da ROMEO, *op. cit.*, 204. Per VANNICELLI, *La disciplina delle s.p.a. miste.*, cit., 1627, invece, la società mista persegue finalità pubbliche, mirando comunque ad una massimizzazione dei profitti e conservando in ogni caso la piena autonomia privatistica; autonomia che, però, non può condurre la società in conflitto con gli interessi dell'ente locale.

²²¹ È noto, infatti, che non è prevista alcuna sanzione a carico degli amministratori qualora non perseguano "di fatto" una politica lucrativa, cfr. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, *op. cit.*, 151 ss.; DISABATO, *Manuale*, cit., 32; FERRARA - CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011, 223 ss.. In generale sul diritto dei soci agli utili, fra i tanti, cfr. ROSSI, *Utile di bilancio, riserve e dividendo*, Milano, 1957, 416; ID., *Diritto agli utili ed alla quota di liquidazione*, in *Riv. soc.*, 1957, 272 ss.; COLOMBO, *Riserve facoltative e riserve occulte nel bilancio delle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 181; ASQUINI, *I battelli del Reno*, cit., 617; BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, cit., 53; BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, 263; VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Milano, 1958, 412; OPPO, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 385; DEGREGORIO, *I bilanci delle società nella loro disciplina giuridica*, Milano, 1938, 104; GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, 251; ID., *Il diritto del socio agli utili*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, 265 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol. III, Milano, 1954, 497 ss.; PESCATORE, *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milano, 1974, 362 ss.; MARASÀ, *Le società*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, 184 ss. E per quanto riguarda il perseguimento da parte degli amministratori dell'interesse sociale cfr. MINERVINI, *Sulla tutela dell'"interesse sociale" nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, in *Riv. dir. civ.*, 1956,

quanto non è prevista alcuna sanzione a carico degli amministratori qualora non perseguano “di fatto” una politica lucrativa.

Per tentare di risolverlo, occorre preliminarmente considerare che la società per azioni in genere ed in particolare la società per azioni mista è un soggetto terzo, diverso dai soci che la compongono²²². Il che significa che l'interesse della società non necessariamente coincide con l'interesse del singolo socio.

Sulla base delle disposizioni codicistiche, infatti, la società non

314 ss.; JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1963, 173 e 205 ss.; Gambino, *La disciplina del conflitto di interessi del socio*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, 371 ss.; ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 138; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 221 ss..

²²² V. in argomento la presa di posizione di Cass., SS.UU., 6 maggio 1995, n. 4989, Soc. Siena Parcheggi c. Soc. Impresa Federici, in *Foro it.*, 1996, I, 1363; in *Giust. civ.*, 1995, I, 2985, con nota di MAMELI, che ha puntualizzato che “*la società per azioni deputata alla gestione di servizi pubblici locali, ex art. 22, legge 142/90, pur se a prevalente partecipazione pubblica, costituisce un soggetto di diritto privato del tutto distinto dall'amministrazione pubblica*”. Le SS.UU. hanno tenuto a precisare che “*il rapporto tra ente pubblico locale e persona giuridica privata è di assoluta autonomia, sicché non è consentito al Comune incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali, dei quali non a caso non vi è traccia nella legge 142/90...*”. Ed inoltre, “*la posizione del Comune all'interno della società è unicamente quella di socio di maggioranza, derivante dalla “prevalenza” del capitale da esso conferito; e soltanto in tale veste l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società*”. V. sul punto anche la nota di commento di CARINGELLA, *La società per azioni deputata alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*; e Trib. Genova, 17 dicembre 1958, Montello c. S.U.I.T.E., in *Temi gen.*, 1959, 60; Pret. Torino, 12 dicembre 1978, De Maria c. Gatti S.p.a., in *Giur. comm.*, 1980, II, 248; Cass. Civ., 13 marzo 1979, n. 1558, Soc. Rom. Ferr. Nord c. Tomassini, in *Dir. fall.*, 1979, II, 379; Cass. Civ., 3 giugno 1976, n. 2008, Soc. Torin Tr. Intercom. c. Tealdi, in *Giur. comm.*, 1978, II, 220, con nota di ROSSI, *Questioni in tema di partecipazione*, cit., 220 ss..

potrà svolgere la propria attività nell'esclusivo interesse di un socio²²³ ed a danno di un altro. Dunque, l'unica politica che potrà essere perseguita dalla società sarà quella relativa all'esercizio, in forma organizzata, dell'attività economica delimitata nell'oggetto sociale. Con la conseguenza che ogni comportamento difforme dall'oggetto sociale andrà considerato illegittimo *ex* artt. 2384 e ss. del codice civile ed adeguatamente sanzionato a norma dell'art. 2392 e ss., c.c.²²⁴.

Pertanto, le modalità di svolgimento dell'attività economica non potranno discostarsi dai canoni lucrativi che non sono stati espressamente esclusi dall'oggetto sociale; di talché le società partecipate finiscono per essere ricondotte nell'alveo tipico delle società lucrative.

²²³ Cfr. gli artt. 2373, 2377 e 2395 c.c.; v. anche gli artt. 2390, 2391 e 2392 c.c..

²²⁴ Secondo GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale op. cit.*, 1028, <<l'interpretazione più ampia degli artt. 2377, comma 2, c.c., e, soprattutto, dell'art. 2409 c.c. ha certo il merito di far emergere un generale interesse pubblico alla legalità dell'azione sociale ma soffre della mancanza di un dato esplicito sul controllo della causa ed è, quindi, difficilmente praticabile>>. Per l'Autore <<allo Stato, la via più facilmente percorribile sembra, invece, quella di applicare il n. 7 dell'art. 2331 c.c. (mancanza dell'atto costitutivo) alla società per azioni con partecipazione pubblica locale che, poiché non lucrativa, divenga lo strumento abusivo di azione dell'ente>>.

CAPITOLO TERZO

La revoca degli amministrazioni delle società a partecipazione pubblica. Profili di specialità.

Sommario: 3.1. Natura dell'atto di revoca. Premesse generali e sistematiche. - 3.2. Giusta causa di revoca, risarcimento del danno e la sua liquidazione. - 3.3. L'operatività del c.d. *spoil system* nel caso di revoca degli amministratori nominati in società partecipate da enti pubblici. - 3.4. L'applicabilità o meno della revoca giudiziale *ex art.* 2409 c.c.. - 3.5. La revoca *ex lege* disposta dall'art. 2393, 5° comma, c.c..

3.1 Natura dell'atto di revoca. Premesse generali e sistematiche

Il tema della revoca dei componenti di nomina pubblica pone non facili problemi in ordine all'inquadramento sistematico della disciplina, in quanto rappresenta l'unica eccezione esplicita al principio di uguaglianza tra organi nominati dall'assemblea e organi di nomina pubblica. Ne consegue che la facoltà di revoca deve intendersi attribuita ai soggetti pubblici nella loro qualità di soci, costituendo esercizio diretto di un potere altrimenti riservato all'assemblea (pure formata dai soci), e non nella loro veste di pubbliche amministrazioni, il cui solo carattere soggettivo di organismi preposti alla cura dell'interesse pubblico resta del tutto

irrilevante ai fini della configurazione normativa delle modalità di esercizio dei diritti sociali.

Il problema dell'inquadramento del potere di revoca è stato oggetto di un vivace dibattito sia dottrinale che giurisprudenziale.

La dottrina pubblicistica riconduce l'atto di revoca nell'ambito del generale potere della pubblica amministrazione di revocare un provvedimento amministrativo²²⁵, quale sarebbe l'atto di nomina, escludendosi che l'atto medesimo possa ricondursi all'atto, negoziale, di cui all'art. 2383 c.c.²²⁶; sarebbe, pertanto, sufficiente a giustificare la revoca la violazione delle direttive impartite dall'ente nominante²²⁷.

La giurisprudenza, in un primo momento, conformemente all'orientamento pubblicistico, aveva ritenuto che la revoca dell'amministratore comportasse una valutazione discrezionale del pubblico interesse, che si traduceva in un provvedimento formalmente e sostanzialmente amministrativo e, dunque, la relativa

²²⁵ App. Milano, 18 maggio 2001, cit.; Trib. Palermo, 12 settembre 1961, in *Dir. fall.*, 1962, II, 247. In questo senso, da ultimo T.A.R. Campania, sez. II, 11 febbraio 2005, n. 963, in *Società*, 2005, 876.

²²⁶ ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, *op. cit.*, 264 ss.; CIAVARELLA, *op. cit.*, 505 ss..

²²⁷ Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 27 agosto 1964, in *Foro amm.*, 1964, II, 948; T.A.R. Calabria 21 febbraio 2005, n. 132, in *Foro it.*, Rep. 2005; CIAVARELLA, *op. cit.*, 551 ss.; *contra* SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore*, cit., 571; CIRENEI, *Società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici e società di interesse nazionale*, in *Codice comm. nuove società*, a cura di BONFANTE, CORAPI, MARZIALE, RORDORF, SALAFIA, Milano, 2004, 943; MINERVINI, *La revoca dei sindaci*, cit., 277.

impugnazione era di competenza del giudice amministrativo²²⁸. Seguendo tale orientamento, si è arrivati ad annullare il concetto di giusta causa e ad imporre una fedeltà degli amministratori al socio pubblico, il quale ha unicamente la possibilità di richiedere al giudice amministrativo la dichiarazione di illegittimità dell'atto, ma gli è precluso, diversamente dagli altri amministratori nominati da soci privati, il diritto a richiedere il risarcimento del danno. Dunque nell'ipotesi in cui il provvedimento di revoca sia dichiarato legittimo, i costi della revoca saranno sopportati per intero dall'amministratore. Nel caso, invece, che il giudice amministrativo ritenesse illegittimo il provvedimento di revoca, l'amministratore sarà reintegrato nella sua carica ed esso non subirà nessun pregiudizio.

Tuttavia, la previsione di una tutela reale comporterebbe un trattamento differenziato più favorevole agli amministratori di nomina pubblica, per il solo fatto che questi siano nominati da un ente pubblico, con conseguente implicito riconoscimento di una posizione di privilegio del partener pubblico rispetto ai soci privati²²⁹.

Successivamente è maturata in dottrina la tesi secondo cui la disciplina derogatoria relativa alla (nomina e) revoca degli

²²⁸ Cass., 15 luglio 1982, n. 4139, in *Giur. comm.*, 1983, II, 509, con nota di BONELLI.

²²⁹ In tal senso si orientano anche le pronunce della Corte di Giustizia UE (sentenze *Volkswagen* e *Federconsumatori*) statuendo che disposizioni che incidono sul principio di parità di trattamento degli azionisti, collidono con l'art. 60 TfUE (*ex art.* 56 del Trattato CE) relativo al principio della libera circolazione dei capitali.

amministratori, espressi dal socio pubblico a prescindere dal pacchetto azionario detenuto, pur dando vita ad un peculiare rapporto tra ente pubblico nominante ed amministratore nominato, non sia tale da giustificare una lettura in termini di provvedimento amministrativo. Sebbene l'ente pubblico sia azionista della società, la riserva (di nomina e) di revoca, prevista dall'art. 2449 c.c. prefigura “*un sistema atipico per le scelte dei titolari degli organi sociali*”²³⁰. La norma del codice viene intesa come tale da determinare una mera sostituzione della generale competenza dell'assemblea dei soci, senza che venga meno il collegamento necessario tra esercizio di poteri speciali e partecipazioni al capitale.

Lo stesso legislatore sembra smentire la ravvisabilità di un permanente rapporto pubblicistico tra ente nominante e amministratore, prevedendo al 2° comma, secondo periodo, dell'art. 2449 c.c. che agli amministratori, sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza, di nomina pubblica siano riconosciuti gli stessi diritti e obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Ne discende che il potere di nomina e di revoca degli amministratori, attenendo ad una situazione giuridica societaria, ha natura privatistica²³¹, ed è espressione di un diritto potestativo che deve intendersi attribuito all'ente pubblico *uti socius*, con la conseguenza

²³⁰ Così SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore*, cit., 569.

²³¹ T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 18 dicembre 2006, n. 1984, in *Urbanistica e app.*, 2007, 6, 763; BONELLI, *La revoca degli amministratori*, cit., 511; FERRI, *Le società*, cit., 703; *contra* ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, cit., 263 ss..

che le relative controversie rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario²³².

In sostanza l'amministratore revocato dall'assemblea dell'ente che lo ha nominato potrà dunque ricorrere al giudice ordinario impugnando la delibera e chiedendo il risarcimento del danno in caso di mancanza di giusta causa di revoca.

Il principio secondo cui la revoca degli amministratori di nomina pubblica rientra tra gli strumenti del diritto societario e costituisce manifestazione di un potere di diritto privato, la cui cognizione, pertanto, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario²³³ è stato confermato in una recente pronuncia dalla Suprema Corte²³⁴. Nella sentenza si legge che <<*in tema di società per*

²³² Cons. St., Sez. V, 11 febbraio 2003, n. 708, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2003, 582, e con maggiore sviluppo argomentativo, C. St., Sez. V., 13 giugno 2003, n. 3346, in *Riv. Corte Conti*, 2003, 3312; Cass. Sez. Un., 15 aprile 2005, n. 7799, cit., 2726; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 18 dicembre 2006, n. 1984, cit., 763; T.A.R. Veneto, sez. I, 4 aprile 2002, n. 1234, in *Foro amm.*, 2002, 1203. D'ATTORRE, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione*, in *Soc.*, 2005, 881; SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore*, cit., 570; SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci*, cit., 773. *Contra*, Trib. Palermo, 12 settembre 1961, in *Dir. fall.*, 1962, II, 247; App. Catania, 1.2.1978, cit., 253; App. Milano, 18 maggio 2001, cit.; T.A.R. Sardegna, sez. II, 21 settembre 2005, n. 1920, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2005, 3010; DI CHIO, *op. cit.*, 167 ss..

²³³ Secondo Cass., Sez. un., ord. 27 maggio 2008, n. 13638, in *Mass.*, 2008, <<*La revoca degli amministratori di società per azioni costituite per la gestione di un servizio pubblico da parte dell'ente territoriale che ne sia unico socio rientra nella giurisdizione del giudice ordinario. La relativa controversia, pur avendo ad oggetto la domanda di annullamento del provvedimento, si caratterizza per il fatto che l'ente, operando come socio, non si avvale di poteri pubblicistici, ma degli strumenti previsti dal diritto societario*>>.

²³⁴ Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2015, n. 1237, cit.; ma già precedentemente v. Cass., Sez. Un., 15 aprile 2005, n. 7799, cit., 2726; Cons. Stato, Sez. V, 13

azioni partecipata da ente locale, la revoca dell'amministratore di nomina pubblica, ai sensi dell'art. 2449 cod. civ., può essere da lui impugnata presso il giudice ordinario, non presso il giudice amministrativo, trattandosi di atto "uti socius", non "jure imperii", compiuto dall'ente pubblico "a valle" della scelta di fondo per l'impiego del modello societario, ogni dubbio essendo risolto a favore della giurisdizione ordinaria dalla clausola ermeneutica generale in senso privatistico di cui all'art. 4, comma 13, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 135²³⁵>>.

L'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario, sarebbe conforme al principio della parità di *status* di tutti gli amministratori *ex art. 2449 c.c.*. La Corte, infatti, nella sentenza in esame prosegue stabilisce che *<<l'amministratore revocato dall'ente pubblico, come l'amministratore revocato dall'assemblea dei soci, può chiedere al giudice ordinario solo la tutela risarcitoria per difetto di giusta causa, a norma dell'art. 2383 cod. civ., non anche la tutela "reale" per reintegrazione nella carica, in quanto l'art. 2449 cod. civ. assicura parità di "status" tra amministratori di nomina assembleare e amministratori di nomina pubblica>>.*

Dunque, la giurisprudenza dominante sembra orientarsi nel senso di riconoscere all'atto di revoca una natura essenzialmente privatistica, sulla base della considerazione che esso si fonda sul

giugno 2003, n. 3346, cit., 3312; in dottrina, da ultimo GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance*, cit., 842.

²³⁵ *<<Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali>>.*

contratto di società, difettando nella fattispecie il potere pubblico²³⁶. Considerato che la società risponde comunque dell'operato degli amministratori nominati *ex art. 2449 c.c.*²³⁷, si è sostenuto in dottrina che sussistendo una giusta causa di revoca, l'assemblea recupererebbe il proprio potere *ex art. 2383 c.c.*, 3° comma, e sarebbe pertanto legittimata a procedere alla revoca degli amministratori di nomina pubblica²³⁸.

Per regola generale, la revoca degli amministratori *ex art. 2383*, comma 3, c.c. può essere disposta in qualunque momento dall'assemblea che li ha nominati, salvo il loro diritto al risarcimento dei danni se difetti una giusta causa.

Tuttavia, quando la revoca compete non già all'assemblea, bensì allo Stato o ad un altro ente pubblico si rientra nella fattispecie di cui all'*art. 2449 c.c.*, per cui gli amministratori ed i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del 1° comma dell'*art. 2449 c.c.* possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati.

²³⁶ Cons. St., Sez. V., 13 giugno 2003, n. 3346, cit. – Cons. Stato, sez. V, 11 febbraio 2003, n. 708, cit.; *contra*, però, riconoscendo la forte componente fiduciaria caratterizzante le nomine *ex art. 2449 c.c.* e dunque la vigenza in materia dei principi pubblicistici, Cons. St., 28 gennaio 2005, n. 178, cit.; T.A.R. Calabria 21 febbraio 2005, n. 132, cit.; T.A.R. Puglia 15 giugno 2006, n. 1759, in *Foro it.*, 2006, 565.

²³⁷ CIRENEI, *La società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 140.

²³⁸ FERRI, *Le società*, cit., 704; MIGNOLI-NOBILI, *Amministratori (di società)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 151; *contra*, MINERVINI, *Gli amministratori di società*, cit., 46; BONELLI, *La revoca degli amministratori*, cit., 14; DEVESCOVI, *Controllo degli amministratori sull'attività degli organi delegati*, in *Riv. soc.*, 1981, 87, il quale rileva che la deroga alla competenza assembleare *ex art. 2449*, 2° co., vale anche per i sindaci, revocabili solo per giusta causa.

E' opportuno rileva che, ancorché il 2° comma dell'art. 2449 c.c. attribuisce il potere di revoca soltanto agli "enti" e non allo Stato, è fuor di dubbio che anche questo goda del medesimo potere, quando legittimato alla nomina diretta ai sensi del 1° comma²³⁹.

3.2 Giusta causa di revoca, risarcimento del danno e la sua liquidazione.

Come detto, l'istituto della revoca degli amministratori delle società per azioni è disciplinata dal comma 3 dell'art. 2383 c.c., in base alla quale gli amministratori risultano revocabili in ogni momento dall'assemblea dei soci, salvo il diritto al risarcimento del danno qualora revocati senza giusta causa²⁴⁰. La delibera con cui viene revocato l'amministratore ha effetto immediato e, ai fini della validità ed efficacia della stessa, non è necessario né che ricorra giusta causa né che venga specificata alcuna motivazione. La piena discrezionalità della revoca comporta che la stessa possa avvenire anche in modo implicito ed indiretto, attraverso, ad esempio, una delibera che riduca i componenti del consiglio di

²³⁹ MINERVINI, *Gli amministratori di società, op. cit.*, 41 ss..

²⁴⁰ Sulla revoca degli amministratori si vedano FRANZONI, sub *artt. 2380-2396, Delle Società per azioni*, vol. III, *Dell'amministrazione e del controllo*, in SCIALOJA-BRANCA, *Commentario del codice civile*, 2008, 178 e ss.; CONFORTI, *Nomina e revoca degli amministratori di società*, Milano, 2007, 477 e ss.; BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, cit., 94 e ss.; CASELLI, *Amministratori e direttore generale*, cit., 80.

amministrazione²⁴¹. Fermi questi principi, l'ordinamento prevede una tutela all'amministratore revocato senza giusta causa. All'uopo la giusta causa assume il ruolo di causa esoneratrice dell'obbligo risarcitorio, che diversamente incomberebbe sulla società che abbia revocato l'amministratore prima della scadenza del mandato. In sostanza l'amministratore revocato dall'assemblea dell'ente che lo ha nominato potrà ricorrere al giudice ordinario impugnando la delibera e chiedendo il risarcimento del danno in caso di mancanza di giusta causa di revoca.

Il principio della revoca assembleare degli amministratori è ritenuto da taluni inderogabile²⁴². La revoca può intervenire in qualsiasi momento, anche senza giusta causa salvo, in questo caso, il risarcimento dei danni subiti e connessi alla revoca. Per parte della dottrina la possibilità di revoca in qualsiasi tempo, non esonera dalla necessità di inserire la materia del giorno della convocazione assembleare²⁴³; per altra la revoca può intervenire "in qualunque tempo"²⁴⁴. Il potere di revoca dell'amministratore è un "potere di recesso *ex lege*"²⁴⁵, l'ulteriore elemento della "giusta causa" caratterizza la sola azione dell'amministratore diretta ad ottenere il risarcimento del danno, non è un requisito per la validità della revoca. In realtà la dottrina ha riconosciuto in tale potere di revoca

²⁴¹ Si veda Cassazione civ., 19 novembre 2008, n. 27512, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 11, 1648.

²⁴² BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., 74.

²⁴³ CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, cit., 61 ss..

²⁴⁴ CECCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Milano, 1999, 83.

²⁴⁵ Trib. Roma 7 marzo 2001, in *Dir. fall.*, 2001, II, 795 e Trib. Torino 21 maggio 1996, in *Società*, 1996, 1315.

una forma di recesso solo in senso tecnico, quale atto che pone fine *ex nunc* al rapporto giuridico²⁴⁶.

E' opportuno specificare che la categoria della giusta causa potrà assumere la configurazione di giusta causa "soggettiva" o "oggettiva" in base a determinati parametri elaborati dalla giurisprudenza e ripresi dalla dottrina²⁴⁷. Si parla di giusta causa "soggettiva" allorquando i fatti che hanno determinato la revoca siano imputabili ad un comportamento inadempiente dell'amministratore circa le obbligazioni su di esso gravanti in forza di norme di legge o di disposizioni statutarie²⁴⁸.

La giusta causa di revoca di tipo "oggettivo" consiste invece in comportamenti estranei ad un significativo inadempimento degli obblighi derivanti dall'incarico di amministratore, richiede cioè un

²⁴⁶ NAZZICONE, PROVIDENTI, *Società per azioni, amministrazione e controlli*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2003, 55.

²⁴⁷ Cfr. Franzoni, *Gli amministratori e i sindaci*, cit., 434 e ss...

I casi giurisprudenziali in cui è stata riconosciuta sussistere una giusta causa di revoca "soggettiva": mancata predisposizione dei bilanci di esercizio e mancata convocazione dell'assemblea per la relativa approvazione (vedi Tribunale Milano, 10 gennaio 1990, in *Società*, 1990, 791); per la diffusione di notizie inesatte sull'andamento della società (vedi Tribunale Milano, 29 giugno 1989, in *Società*, 1990, 23); per la delega ad altri soggetti dei poteri gestionali con cessazione di fatto delle funzioni di amministratore (vedi Pretura Torino, 27 luglio 1983, in *Giur. piem.*, 1983, 846).

²⁴⁸ A titolo esemplificativo si fanno rientrare in tale tipo di causa gli inadempimenti contrattuali, le violazioni degli obblighi di diligenza e di non compiere atti in conflitto di interessi o estranei all'oggetto sociale; ed anche quelli a contenuto specifico quali l'irregolarità nella tenuta delle scritture contabili o nella redazione del bilancio, la omessa convocazione dell'assemblea in caso di gravi perdite, la mancata esecuzione di delibere assembleari e/o l'omessa impugnazione di delibere invalide, atti di concorrenza alla società in assenza di autorizzazione, ecc..

quid pluris rispetto al mero dissenso ossia esige situazioni nonché fatti e circostanze in grado di compromettere il *pactum fiduciae* elidendo l'affidamento inizialmente riposto al momento della nomina sulle attitudini e capacità degli amministratori²⁴⁹, in modo tale da poter fondatamente ritenere che siano venuti meno, in capo allo stesso, quei requisiti di avvedutezza, capacità e diligenza di tipo professionale che dovrebbero sempre contraddistinguere l'amministratore di una società di capitali²⁵⁰.

²⁴⁹ Sulla distinzione tra giusta causa oggettiva e soggettiva vedi Cassazione civ., 12 settembre 2008, n. 23557, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 9, 1350.

²⁵⁰ V. Cassazione civ., 5 agosto 2005, n. 16526, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 7-8. In base a tale pronuncia si è negata, ad esempio, la presenza di una giusta causa di revoca nel caso di un amministratore che ha tentato di far prevalere le proprie idee, all'interno dell'organo amministrativo, senza, però, porre in essere comportamenti ostruzionistici.

Di recente la Suprema Corte con la sentenza n. 23381 del 15 ottobre 2013 [Cass. Civ., Sez. I, 15 ottobre 2013 (20 giugno 2013) n. 23381, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 3-4 / 2015, 20398 con nota di CAVALLARO, *Società partecipata da enti pubblici ex art. 2449 cod. civ.: revoca degli amministratori ed insussistenza della giusta causa per mancanza del rapporto fiduciario.*] ha statuito che per integrare una giusta causa di revoca del mandato di amministratore devono sussistere delle condotte degli amministratori oggettivamente valutabili come fatti idonei a mettere in forse le capacità gestionali degli amministratori.

Secondo il Tribunale Napoli, 10 maggio 2001, *Giur. comm.*, 2002, II, 495, rappresenta un'ulteriore circostanza dichiarata inidonea a costituire giusta causa di revoca dell'amministratore ha riguardato il fatto di un amministratore che in merito ad un'operazione strategica della società ha manifestato dissenso e votato in modo contrario in seno al consiglio di amministrazione ma, successivamente ha tenuto un comportamento corretto assicurando la propria collaborazione all'espletamento dell'operazione. Per la Corte di Appello Bologna, 4 marzo 1995, in *Società*, 1995, 806, non integra, inoltre, una giusta causa di revoca il tentativo di un amministratore di convincere gli altri componenti del consiglio di amministrazione, al fine di far prevalere la propria

Per il prosieguo dell'indagine occorre porsi l'interrogativo se, quando nomina e revoca competono non già all'assemblea, bensì allo Stato o ad un altro ente pubblico, ai sensi dell'art. 2449 c.c., l'eventuale difetto di una giusta causa di revoca legittimi l'amministratore revocato a pretendere i danni, e da chi.

Per rispondere a tale interrogativo è opportuno richiamare le opzioni svolte dalla dottrina in tema di rapporto tra amministratore ed ente nominante. Così, chi ritiene che successivamente all'atto di nomina l'amministratore si muova sul terreno del diritto privato, che disciplina solo il rapporto tra amministratore e società per azioni amministrata, conclude riconoscendo all'amministratore revocato senza giusta causa il diritto al risarcimento del danno da parte della società²⁵¹; competente a decidere la controversia sul risarcimento del danno sarebbe l'autorità giudiziaria ordinaria, giudice del lavoro²⁵².

Si è anche sostenuto che lo stesso ente pubblico nominante sarebbe tenuto al risarcimento del danno in mancanza di giusta causa di revoca, la cui legittimità dovrebbe essere sindacata dall'autorità giudiziaria ordinaria²⁵³.

La risposta negativa fornita in una non recente occasione dalla

posizione in mancanza di comportamenti dilatori o prevaricatori da parte dell'amministratore.

²⁵¹ MINERVINI, *Gli amministratori di società*, op. cit., 46; BONELLI, *La revoca degli amministratori*, cit., 512 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore*, cit., 570; SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci*, cit., 774.

²⁵² BONELLI, *ibidem*.

²⁵³ SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, 571.

Suprema corte²⁵⁴ ed avallata da una parte della dottrina²⁵⁵ muove dal presupposto che sia inibito al giudice ordinario sindacare il contenuto di un provvedimento discrezionale della pubblica amministrazione, quale è quello di revoca dell'amministratore di nomina pubblica, contro il quale sarebbero perciò esperibili soli mezzi di tutela accordata in sede amministrativa agli interessi eventualmente lesi dall'atto di revoca.

È stata anche autorevolmente sostenuta in dottrina²⁵⁶, la tesi secondo cui il rapporto che con la nomina pubblica si instaura tra il designato e la società prescinde dall'atto in base al quale la designazione è avvenuta e da qualsivoglia sottostante rapporto tra il designato medesimo e l'ente designanti. La revoca, ancorché deliberata dallo Stato o da altro ente pubblico in forza dei particolari poteri ad esso attribuiti, incide sul rapporto tra il titolare della carica e la società, non potrebbe dunque prescindere dalle regole proprie di quel rapporto, ivi compresa quella che ne subordina l'esercizio all'esistenza di una giusta causa o che al difetto di giusta causa ricollega il diritto del revocato al risarcimento dei danni. Ed è chiaro che, in tale contesto, la giusta causa andrebbe apprezzata non già facendo riferimento all'eventuale rottura del rapporto fiduciario tra l'ente designante ed il designato, bensì unicamente con riguardo a fatti rilevanti nella sfera

²⁵⁴ Cass. Civ., 15 luglio 1982, n. 4139, cit., 509

²⁵⁵ ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, *op. cit.*, 276 ss.

²⁵⁶ *Ex multis* cfr. SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci*, cit., 175 ss.; MINERVINI, *Gli amministratori di società*, cit., 45 ss.

dell'ordinamento societario.

Tesi, quest'ultima, che va incontro ad alcune difficoltà, quando si tratti poi di stabilire nei confronti di chi, se della società o dell'ente pubblico revocante, l'eventuale pretesa risarcitoria dell'amministratore revocato senza giusta causa debba dirigersi; ma che, per il resto, ha innegabilmente il pregio di porre in evidenza come la funzione degli organi sociali, quale che sia la fonte di nomina dei loro componenti ed essendo questi ultimi sempre tra loro completamente equiparati nei diritti e negli obblighi, postula per tutti tali componenti uguali garanzie di autonomia e indipendenza. Garanzie particolarmente importanti soprattutto quando si tratti di persone investite di funzioni di controllo, che rischierebbero di essere fortemente indebolite da un ipotetico regime di revocabilità *ad nutum*.

Né sembra sufficiente in contrario osservare che la relativa valutazione sarebbe comunque rimessa ad un soggetto pubblico, come tale tenuto al rispetto dei principi di legalità, imparzialità e buona amministrazione, perché non può trascurarsi che si tratta pur sempre di un soggetto operante in un contesto negoziale privato, nel quale l'interesse di cui esso è portatore è destinato a confrontarsi dialetticamente con gli interessi degli altri soci e con l'interesse della società in quanto tale.

Diversamente, il riconoscimento di un rapporto pubblicistico tra ente nominante e amministratore, rapporto che informerebbe di sé anche la natura dell'atto di revoca e la disciplina degli effetti del medesimo, porta ad escludere l'applicabilità dell'art. 2383 c.c. e

quindi l'esistenza di una obbligazione risarcitoria in capo alla società partecipata²⁵⁷. In senso sostanzialmente conforme, è stato deciso che la nomina *ex art. 2449 c.c.* è sempre precaria e revocabile *ad nutum*, senza che pertanto l'amministratore abbia diritto ad alcuna forma di risarcimento del danno²⁵⁸. D'altra parte si è ritenuto che gli interessi pubblicistici che sorreggerebbero la revoca *ex art. 2449 c.c.* sarebbero insindacabili da parte del giudice ordinario e pertanto la valutazione della giusta causa da parte del medesimo costituirebbe un inammissibile sindacato sull'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione²⁵⁹. Infatti, chi nega la risarcibilità del danno da parte della società, afferma però la possibilità che lo Stato o l'ente pubblico, che abbia proceduto alla revoca dell'amministratore sulla base di un interesse pubblico sostanzialmente indipendente dal comportamento del soggetto revocato, sia tenuto nei confronti del medesimo ad una qualche forma di indennizzo²⁶⁰.

La tesi pubblicista sembrerebbe essere smentita anche da un recente intervento legislativo che sembra abbracciare un approccio sostanzialmente privatistico. Infatti, il d.l. 1 luglio 2009, n. 78, come modificato dalla legge di conversione n. 102 del 3 agosto 2009,

²⁵⁷ FIORENTINO, *op. ult. cit.*, 106; MARTINI, *Aspetti pubblicistici della nomina extra assembleare*, cit., 282; ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, *op. cit.*, 276 ss., tale autore esclude addirittura la possibilità di introdurre il concetto di giusta causa nel diritto amministrativo, dove giusta causa deve sempre esserci.

²⁵⁸ App. Catania 1 dicembre 1978, cit..

²⁵⁹ *contra* SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore*, cit., 571.

²⁶⁰ ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, *op. cit.*, 277; SANTONI, *Patti parasociali*, cit., 83 ss..

all'art. 17, commi 22-*bis* e 22-*ter*, ha previsto che ai fini della riduzione del costo di funzionamento degli organi sociali delle società controllate, direttamente o indirettamente, da un singolo ente locale, affidatarie di servizi pubblici o di attività strumentali, può essere disposta la revoca anticipata degli organi amministrativi e di controllo e degli organismi di vigilanza in carica, a seguito dell'adozione di delibere assembleari finalizzate alla riduzione del numero dei componenti o dei loro emolumenti. In tali circostanze, la revoca disposta integra gli estremi della giusta causa di cui all'art. 2383, comma 3, c.c. e non comporta, pertanto, il diritto dei componenti revocati al risarcimento di cui alla medesima disposizione.

Per quanto attiene al problema della quantificazione del danno in capo all'amministratore ingiustamente revocato si deve distinguere il caso di nomina dell'amministratore a tempo determinato, in cui il risarcimento sarà parametrato nella medesima misura del compenso, come determinato dall'assemblea, che l'amministratore avrebbe percepito, ove non fosse stato revocato. Infatti, l'assunzione della carica di amministratore determina per l'interessato una legittima aspettativa di percepire il relativo emolumento; ne consegue, una perdita economica, per l'amministratore, qualificabile come lucro cessante, corrispondente agli introiti che quegli avrebbe percepito ove avesse continuato a rivestire la carica stessa fino alla scadenza c.d. periodo differenziale.

Il riferimento al c.d. periodo differenziale non sussiste in caso di nomina a tempo indeterminato, in quanto il risarcimento sarà

parametrato in base al preavviso reputato più o meno congruo, valutato in relazione alle esigenze del caso concreto e ad altri parametri di valutazione, nonché in alcuni casi richiamando la disciplina dell'art. 1725, comma 2, in tema di contratto di mandato a tempo indeterminato²⁶¹.

Dunque, le finalità del risarcimento appaiono rivolte al ristoro delle aspettative di stabilità del rapporto di amministrazione sciolto prima della naturale scadenza²⁶². Si tratta dell'applicazione del più generale principio di cui al comma 1 dell' art. 1725 c.c.²⁶³, relativo alla revoca del mandato oneroso, conferito per un tempo determinato. In tale ipotesi è sulla società che intende essere assolta dal risarcire il danno fornire la prova che l'amministratore nel periodo di riferimento avrebbe comunque potuto percepire altri e diversi introiti ed altresì che tali introiti non sarebbero stati incassati, ove quegli avesse continuato a rivestire la sua carica²⁶⁴.

Atteso che *ex art.* 1227, comma 2, c.c., il risarcimento del danno non è dovuto per i danni che il creditore poteva evitare usando l'ordinaria diligenza, la società potrebbe dimostrare eventuali introiti che il medesimo *ex amministratore* avrebbe potuto

²⁶¹ Si veda FRANZONI, sub *artt.* 2380-2396, cit., 207. In tema di revoca di amministratore nominato a tempo indeterminato si veda Cassazione civ., 7 settembre 1999, n. 9482, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 1918.

²⁶² In questo senso Corte di Appello Milano, 15 febbraio 2002, in *Giur. mil.*, 2002, 393.

²⁶³ Secondo cui “*la revoca del mandato oneroso conferito per un tempo determinato o per un determinato affare, obbliga il mandante a risarcire i danni se è fatta prima della scadenza del termine o del compimento dell'affare, salvo che ricorra una giusta causa*”.

²⁶⁴ Tale regola costituisce una *probatio diabolica*, eccessivamente onerosa per la società.

comunque percepire usando proprio tale diligenza²⁶⁵. In difetto di tale prova l'amministratore ha titolo per ottenere l'integrale risarcimento nella misura sopra indicata.

Tale ricostruzione della valutazione del danno può essere condivisa, tuttavia se è vero che l'ingiusta revoca priva l'amministratore di un introito sul quale quegli ben poteva fare legittimo affidamento, è anche vero che, una volta rimosso dalla carica, lo stesso non è più assoggettato all'osservanza degli obblighi legali e statutari ed è, quindi, esonerato dalla responsabilità alla quale avrebbe continuato ad essere vincolato per i comportamenti che sarebbero stati successivamente posti in essere, *ex artt. 2392 e ss., cod. civ.* Occorre tenere conto di ciò, graduando l'entità del risarcimento, onde evitare che da una revoca, anche se ingiustificata, possa derivare un eccessivo vantaggio economico a favore dell'amministratore.

Di contro, può anche prospettarsi che la revoca determini un ulteriore pregiudizio per l'ex amministratore di carattere personale nel caso in cui, ad esempio la revoca stessa, per le modalità con cui sia stata effettuata e portata a conoscenza dei terzi, venga a ledere l'immagine, l'onore o l'identità dell'ex amministratore comportando la c.d. "perdita di prestigio". In tale fattispecie sia la dottrina²⁶⁶ che la giurisprudenza prevalente²⁶⁷ ha escluso la risarcibilità del danno

²⁶⁵ Tribunale Torino, 21 maggio 1996, in *Società*, 1996, 1315.

²⁶⁶ CASELLI, *Amministratori e direttore generale*, cit., 83.

²⁶⁷ Cassazione civ., 21 novembre 1998, 11801, in *Giur. it.*, 1999, 562.

da tale perdita atteso che non è del tutto agevole configurare in concreto un obbligo di risarcimento del danno non patrimoniale²⁶⁸.

3.3 L'operatività del c.d. *spoil system* nel caso di revoca degli amministratori nominati in società partecipate dallo Stato e da enti pubblici.

Non depone in favore di una indiscriminata revocabilità *ad nutum* degli amministratori di nomina pubblica neppure il riconoscimento dell'operatività del c.d. *spoil system*²⁶⁹.

Tale fenomeno si basa sulla sussistenza di uno stretto vincolo fiduciario tra organo politico, vertice dirigenziale ed amministratori delle società partecipate dallo Stato, che possa giustificare, in caso di avvicendamenti politici, la revoca dei soggetti designati.

²⁶⁸ Infatti, l'art. 1223, cod. civ. individua i confini di tale risarcimento nella perdita subita e nel mancato guadagno e, di conseguenza, nel solo danno patrimoniale, mentre l'art. 2059, cod. civ., relativo all'illecito aquiliano, riconosce la risarcibilità del danno non patrimoniale "*nei soli casi previsti dalla legge*". È noto che, secondo l'interpretazione più tradizionale, l'art. 2059 opererebbe un rinvio all'art. 185, cod. pen., così legittimando un'estensione del danno risarcibile oltre i confini di quello più strettamente patrimoniale, ove il fatto generatore del danno "ingiusto" sia nello stesso tempo anche penalmente rilevante. È indubbio, infatti, che la revoca possa avvenire secondo modalità che comportano ulteriori illeciti lesivi della reputazione e l'onorabilità dell'amministratore revocato. Ecco allora che la quantificazione del danno diventa più complessa di quanto non potrebbe apparire; l'equiparazione al mancato introito per i compensi rappresenta un criterio certamente di base, sul quale peraltro ben potrebbero operare correttivi di natura equitativa, per meglio adattare la liquidazione alla specificità di ogni caso concreto.

²⁶⁹ Corte d'Appello Milano 05 maggio 2010 con nota di DE CAMPO, *Società partecipate da enti pubblici ex art. 2449 c.c.: mutamento della maggioranza politica quale giusta causa di revoca*, in *Società*, 3, 2011, 262 e ss..

Il dettato dell'articolo 6 l. 15 luglio 2002, n. 145²⁷⁰, prevede espressamente, tra l'altro, che le nomine degli organi di vertice dei consigli di amministrazione di società partecipate dallo Stato, eseguite dal governo o dai ministri nei sei mesi antecedenti alla scadenza della legislatura o nel mese antecedente l'eventuale scioglimento anticipato delle camere, siano soggette a revisione, e possono quindi essere senz'altro revocati, nei sei mesi successivi al voto parlamentare con cui sia stata accordata la fiducia al nuovo governo.

È certamente vero che, con siffatta previsione, il legislatore mostra di voler privilegiare il rapporto fiduciario tra ente pubblico designante e il soggetto designato a ricoprire una di dette cariche, e che l'esercizio del potere di revoca nei casi sopraindicati appare del tutto svincolato da qualsiasi condizione ulteriore rispetto a quelle che la norma stessa indica. Tale potere di revoca, infatti, non necessita di alcuna specifica motivazione diversa dalla ricognizione dei presupposti legali, oggettivi e soggettivi, per l'esercizio del potere, con esclusione di ogni azione risarcitoria da parte degli interessati.

Sull'interpretazione dell'art. 6, della l. n. 145/02 si è espresso anche il Consiglio di Stato il quale, dopo avere individuato la *ratio* della norma nella volontà di non vincolare il nuovo governo a nomine disposte da un governo uscente, ha ricondotto il caso di

²⁷⁰ L. 15 luglio 2002, n. 145 recante “*Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato*” ha riconosciuto espressamente la legittimità di tale fenomeno.

revoca di cui all'art. 6 ad un'ipotesi di giusta causa legale di revoca ulteriore rispetto alle previsioni di cui agli artt. 2383 e 2400 c.c.²⁷¹.

Anche a livello locale, sono sempre più diffuse le indicazioni favorevoli a riconoscere l'operatività del c.d. *spoil system*. In particolare, l'art. 50, T.U.E.L.²⁷² prevede, al comma 8, che 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 sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio.

Su tale ultima norma si è pronunciato nuovamente, in termini piuttosto netti, il Consiglio di Stato il quale ha sottolineato il carattere fiduciario delle nomine e delle designazioni di rappresentanti delle amministrazioni locali presso altri enti, fiducia fondata su un giudizio circa le “*capacità del nominato di rappresentare gli indirizzi di chi l'ha designato, orientando l'azione dell'organismo nel quale si trovano ad operare in senso quanto più possibile conforme agli interessi di chi gli ha conferito l'incarico*”²⁷³.

²⁷¹ Cons. Stato, parere 27 febbraio 2003, n. 514 *bis*/2003, in *Foro it.*, 2003, 445 ove “*l'ipotesi di revoca di cui all'art. 6 è assistita da giusta causa legale e si aggiunge alle previsioni di cui agli artt. 2383 e 2400 c.c., secondo cui amministratori e sindaci, se revocati senza giusta causa, hanno diritto al risarcimento del danno*”.

²⁷² Testo Unico Enti Locali, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

²⁷³ Così Cons. Stato, 28 gennaio 2005, n. 178, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2005, 122, *ivi*, e, conformemente anche T.A.R. Marche, 27 giugno 2007, n. 1171, in *Foro amm. - Tar*, 2007, 2014 e T.A.R. Lombardia, 13 giugno 2007, n. 5147, in *Foro amm. – Tar*, 2008, 7 ove si legge “*poiché le fondazioni derivanti dalla trasformazioni delle ex IPAB svolgono attività connesse al perseguimento dei fini propri degli enti pubblici, nella specie i comuni, integrandosi con l'azione da questi svolta per l'accrescimento del benessere della collettività, la loro azione non può essere indifferente per la*

Tuttavia, è possibile manifestare non poche perplessità in merito al riconoscimento dell'operatività del c.d. *spoil sistem* in quanto ciò equivarrebbe ad aver inserito nell'ordinamento una sorta di giusta causa legale di revoca, ancorché circoscritta entro i limiti in cui questo viene espressamente previsto.

Ne risulta così 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 di valutare la sussistenza in concreto di una giusta causa, secondo i principi generali dettati dall' art. 2383 c.c.²⁷⁴. Se così non fosse, a ben vedere, non vi sarebbe stato alcun bisogno di introdurre nella l. 145/02 tale specifica previsione.

pubblica autorità competente alla nomina dei loro consiglieri di amministrazione. Ne segue pertanto che, ove il loro statuto attribuisca al sindaco detto potere di nomina, lo stesso, in caso di cattivo esercizio del proprio compito da parte dei consiglieri nominati, possa disporre anche la revoca, pur in difetto di esplicita previsione statutaria in tale senso". V. anche T.A.R. Marche, 3 aprile 2006, n. 118, in *Foro it.*, 2006, III, 547 che afferma: "a seguito del rinnovo del Consiglio Comunale e dell'elezione del nuovo sindaco, quest'ultimo ha il potere, sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio, di rinnovare le designazioni e le nomine dei rappresentanti del comune in enti, aziende e istituzioni, al fine di garantire una gestione di tali organismi coerente con gli indirizzi di politica amministrativa del comune". T.A.R. Veneto, 29 settembre 2009, n. 2455, in *Red. amm. – TAR*, 2009, 9 ove si afferma "le designazioni e le nomine di cui all'art. 50, comma 8, D.Lgs. n. 267/2000, non conseguono all'esito di una procedura concorsuale, ma ineriscono alla scelta fiduciaria di un soggetto ritenuto dal designante non soltanto professionalmente competente, ma in sintonia con gli indirizzi politico-amministrativi perseguiti dalla stessa amministrazione; il venir meno della fedele rappresentanza giustifica e legittima, quindi, la revoca ad opera della stessa amministrazione designante".

²⁷⁴ RORDORF, *Le società "pubbliche"*, cit., 430.

3.4 L'applicabilità o meno della revoca giudiziale ex art. 2409 c.c..

La potestà di revoca che il legislatore ha inteso riservare allo Stato o all'ente pubblico costituisce il rovescio della potestà di nomina spettante ai medesimi soggetti; e come quella potestà di nomina si pone in termini di eccezione rispetto alla regola che altrimenti attribuisce all'assemblea, o ai soci costituenti in sede di prima nomina, la competenza a designare i componenti degli organi sociali, così la riserva di revoca in favore del soggetto pubblico, da cui la nomina promana, vale a sottrarre all'assemblea il corrispondente potere che altrimenti ad essa farebbe capo.

Del tutto diversa è, però, l'ipotesi ex art. 2409 c.c., che si occupa del controllo giudiziario nella società per azioni²⁷⁵. Il legislatore non ha preso posizione sulla controversa questione riguardante l'applicabilità del controllo giudiziario alle società partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici, che hanno il potere esclusivo di nomina e revoca di amministratori e dell'organo di controllo.

²⁷⁵ TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, in *Tr. delle soc. per az.*, diretto da COLOMBO - PORTALE, V, Torino, 1988, 298; PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971, 332; COTTINO, *Diritto Commerciale*, vol. I, tomo 2, Padova, 1996, 718; ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, *op. cit.*, 275; CIAVARELLA, *Revoca e responsabilità dell'amministratore*, *cit.*, 519 ss.; *contra* ROSSI, *op. cit.*, 235 ss.; BERTUZZI, *Sub artt. 2449-2450*, *cit.*, 223; RORDORE, *Le società "pubbliche"*, *op. cit.*, 444.

La dottrina sul punto è divisa. Alcuni²⁷⁶ ritengono che gli amministratori e i sindaci nominati dall'ente pubblico hanno gli stessi diritti e gli stessi obblighi dei membri nominati dall'assemblea e, per questa via, ammettono l'esperibilità del controllo giudiziario anche per queste società. Altri²⁷⁷, al contrario, facendo leva sul fatto che il potere di nomina e di revoca spetta all'ente pubblico, non ritengono applicabile l'art. 2409 c.c., perché il giudice ordinario non potrebbe sospendere, annullare o revocare l'atto amministrativo.

La revoca giudiziale *ex art. 2409 c.c.* prescinde da ogni attribuzione assembleare di competenza in ordine alla designazione degli organi sociali e si pone su un piano *lato sensu* cautelare, consentendo l'immediata rimozione, ad opera di un giudice terzo, di situazioni potenzialmente dannose mediante provvedimenti provvisori il più grave dei quali può consistere, appunto, nella revoca degli amministratori e nella nomina per il tempo necessario di un amministratore giudiziario.

Per la natura amministrativa dell'atto di nomina dell'amministratore, risulta *pima facie* inapplicabile l'art. 2409 c.c. nel punto in cui attribuisce al tribunale il potere di sostituire amministratori con un amministratore giudiziario.

In particolare, l'interrogativo che qui si pone è in che modo combinare il disposto dell'art. 2449 c.c. nella parte in cui prevede che “*gli amministratori [...] possono essere revocati soltanto dagli enti che li*

²⁷⁶ In tal senso, fra gli altri, FERRI, *Le società*, cit., 670 ss.; ROSSI, *Profili giuridici delle società a partecipazione statale*, cit., 1977, 179 ss..

²⁷⁷ ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore revocato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 258.

hanno nominati?” con la locuzione “[...] *Nei casi più gravi (l’A.G.) può revocare gli amministratori [...] e nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata?*” di cui all’art. 2409, 4° co., c.c..

La norma *de qua* prevede un intervento dell’Autorità giudiziaria nella vita della società, “*il decreto, previsto dall’art. 2409 del codice, che nomina l’amministratore giudiziario, priva l’imprenditore, dalla sua data, dell’amministrazione della società nei limiti dei poteri conferiti all’amministratore giudiziario*²⁷⁸”.

Il sistema del controllo giudiziario delineato dall’art. 2409 c.c., appare caratterizzato dall’interesse alla conservazione dell’integrità del patrimonio della società. Tuttavia, siffatto interesse, si atteggia in maniera diversa a seconda della particolare natura dell’attività esercitata dalla società e questa diversità si riflette nell’attribuzione di legittimazioni aggiuntive (ed esterne) rispetto a quelle previste per il modello comune di società per azioni, cioè quello non aperto al mercato del capitale di rischio.

Infatti, mentre in questo modello tale interesse è appannaggio esclusivo dei soci, i quali, nell’ottica del controllo giudiziario, sono liberi di decidere se attivare o meno tale procedura; al contrario, nelle società aperte, così come in altre società per azioni, aperte e non, che esercitano una particolare attività, siffatta autonomia viene meno, perché accanto alla legittimazione dei soci vi è quella di soggetti terzi che, di norma, tutelano anche interessi estranei a quelli della società. Il tratto comune a tutte queste fattispecie è dato proprio dalla particolare natura dell’attività esercitata dalla società,

²⁷⁸ Art. 92 att. trans. c.c..

attività che si riverbera sul procedimento di controllo giudiziario, attraverso la previsione di diverse ed aggiuntive legittimazioni; rendendo così quell'interesse dei soci all'attivazione dello stesso, non più disponibile, così come, invece, avviene nelle società non aperte ad attività comune. Siffatta non disponibilità è da collegarsi probabilmente al fatto che la particolare natura dell'attività esercitata da alcune società per azioni fa sì che l'interesse alla corretta gestione della società, in funzione dell'integrità del patrimonio, non sia dei soli soci o, eventualmente, dei creditori sociali, ma di un fascio più o meno ampio di soggetti, appartenenti tutti ad una collettività determinata, quale ad esempio, per le società quotate o aperte, quella del pubblico dei risparmiatori. Dunque, la disciplina delle legittimazioni nel controllo giudiziario, per un verso serve ad identificare la titolarità, diretta o indiretta, dell'interesse ad essa sottostante, per altro verso e più in generale, conferma la tendenza che la particolare attività esercitata, nella fattispecie, dalla società per azioni, si pone come centro di riferimento di una disciplina²⁷⁹, come valore autonomo che non incide più soltanto sull'atto, ma anche sulle regole di *corporate* di quella società²⁸⁰.

Il controllo dell'A. G. è di legalità o di regolarità della gestione e non si estende al merito, opportunità e convenienza, delle decisioni degli amministratori²⁸¹.

²⁷⁹ ANGELICI, *Diritto commerciale*, Bari, 2002, 12.

²⁸⁰ ANGELICI, *Diritto commerciale*, *op. ult. cit.*, 12.

²⁸¹ DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni*, in *Trat. di dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, XVI, Torino, 1985, 599; in giurisprudenza, App. Milano 15 luglio 1997, in *Società*, 1997, 1415; Trib. Livorno, 1 dicembre

La disposizione non guarda alla gravità del fatto in sé, ma richiede che si valuti se le irregolarità accertate siano tali da incidere in maniera obiettivamente rilevante sul rapporto di fiducia tra amministratore e ricorrenti²⁸².

In particolare, sembra che le violazioni siano qualificabili come “gravi” qualora la situazione di irregolarità accertata, pur investendo profili essenziali dell’amministrazione possa essere superata con qualche provvedimento limitato e settoriale²⁸³, mentre sono “più gravi” quando la situazione di irregolarità sia tale da escludere ogni fiducia nella utile prosecuzione del rapporto fra gli organi gestori

1992, *ivi*, 1993, 1354; isolatamente in senso contrario, CERAMI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali (art. 2409 c.c.)*, Milano, 1954, 57.

²⁸² Nel senso, come rilevato da TERRANOVA, *Commento all’art. 2467*, in *Società di capitali, Commentario*, a cura di NICCOLINI e STAGNO D’ALCONTRES, Napoli, 2004, vol. III, 141-142 “di far apparire infondata la preoccupazione che l’organo amministrativo non gestisca più la società nell’interesse di tutti i soci, ma lo faccia nell’interesse proprio, o in quello esclusivo del socio di maggioranza”.

²⁸³ Cfr. Cassazione, 9 aprile 1994, n. 3341, in *Società*, 1994, 785; e fra i tanti decreti di merito, Corte d’Appello Napoli, 13 maggio 2002, in *Società*, 2002, 1123; Tribunale Cagliari, 17 febbraio 1996, in *Società*, 1996, 934. In dottrina, NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, Milano, 2005, 308; DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle s.p.a.*, cit., 606. Isolata la posizione di PANUCCIO, *Il procedimento disciplinato dall’articolo 2409 nel sistema dei controlli sulle società per azioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 693, che distingue le “gravi irregolarità” dalle “più gravi irregolarità” a seconda degli interessi violati. In particolare afferma che “per le gravi irregolarità gli interessi in gioco possono considerarsi circoscritti nell’ambito delle società. [...] Per le irregolarità più gravi gli interessi in gioco, invece, trascendono la sfera dell’ente ed assumono nel medesimo tempo una portata più generale che conferisce loro carattere pubblico”. La tesi di PANUCCIO è stata fortemente criticata, si veda PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario*, cit., 297; BONGIORNO, *Il procedimento previsto dall’articolo 2409 cod. civ.*, 519.

della società ed i soci di minoranza²⁸⁴.

In tali casi il Tribunale può revocare gli amministratori della società ed eventualmente anche gli organi di controllo della stessa²⁸⁵, affidando la gestione della società ad un amministratore giudiziario²⁸⁶.

²⁸⁴ Cfr. PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario*, op. cit., 332; CERAMI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali*, cit., 52, il quale ha affermato i “casi più gravi richiamati dal terzo comma dall’articolo 2409 (vecchio testo) sono configurabili in tutte quelle ipotesi nelle quali le irregolarità accertate o le loro conseguenze non possono essere risolte che attraverso la revoca dell’organo amministrativo. Ma questo non perché l’assemblea non abbia i poteri necessari alla regolarizzazione della gestione, potendo deliberare la nomina di nuovi amministratori, bensì perché il contegno degli organi sociali, compreso quello assembleare, è tale da non lasciare adito a correttivi diversi da quello dell’amministratore giudiziario”.

²⁸⁵ Per quanto attiene alle irregolarità commesse nelle società che adottano il sistema monistico di amministrazione, è stato osservato che “sembra difficile che la revoca degli amministratori non si estenda ai componenti del comitato di controllo sulla gestione, nonostante l’autonomizzazione di questo *sub* organo individuata in sede di legittimazione al ricorso”, così BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 cod. civ.*, *Riv. delle soc.*, 2003, n. 6, Milano, 1225.

²⁸⁶ La disciplina dell’amministratore giudiziario non ha subito particolari mutamenti a seguito della riforma del diritto societario. E’ nominato dal tribunale contestualmente alla revoca degli amministratori della società e a lui è affidata la gestione della stessa nei limiti temporali e con i poteri indicati nel decreto di nomina. L’amministratore giudiziario nell’esercizio delle sue funzioni assume la qualifica di pubblico ufficiale (art. 93 disp. att.); è inquadrato nella categoria degli ausiliari del giudice; deve adempiere ai propri doveri con la diligenza richiesta dalla natura del proprio ufficio; ed è, infine soggetto, nei limiti della compatibilità del procedimento, ai doveri spettanti agli amministratori, alle disposizioni penali in materia di società contenute negli artt. 2621 e ss, cod. civ., nonché nel caso di successivo fallimento della società alla disciplina penale prevista dalla legge fallimentare.

Normalmente nel decreto di nomina sono indicati analiticamente, a seconda delle irregolarità riscontrate dal tribunale, le linee che l’amministratore deve seguire per il riassetto della società. Inoltre, ove le circostanze lo richiedano, si pensi al caso di elevata conflittualità interna della compagine sociale, all’amministratore giudiziario possono essere attribuiti, per determinati atti, i

Chiaramente, qualora sia possibile rimediare alla situazione di cattiva gestione con provvedimenti di minore impatto sull'organizzazione societaria, che permettano di lasciare l'amministrazione agli organi elettivi, il giudice dovrà scegliere tali misure più leggere, considerato che il controllo giudiziario mira a ripristinare la corretta gestione societaria e non a sanzionare gli amministratori.

Negare che il tribunale possa revocare gli amministratori di nomina pubblica equivarrebbe a rendere di fatto impraticabile la nomina dell'amministratore giudiziario, la cui competenza ed i cui poteri non si saprebbe come fare coesistere con quelli dell'amministratore non revocato, si finirebbe perciò col sancire l'irrevocabilità anche degli altri amministratori di nomina assembleare. Ma in questo modo, per i soci di minoranza delle società a partecipazione pubblica legittimati ad esperire il ricorso *ex art. 2409 c.c.*, si verrebbe a determinare una situazione di minorata tutela, rispetto ai soci di altre società private che versino in analoga situazione non facilmente giustificabile sul piano della

poteri dell'assemblea, sia ordinaria che straordinaria, anche se in tale caso sarà sempre necessaria l'approvazione di tali atti da parte del tribunale (art. 92 disp. att.).

L'amministratore, in base al disposto del sesto comma dell'articolo 2409, deve poi, prima della scadenza del suo incarico, rendere conto al tribunale che lo ha nominato; convocare e presiedere l'assemblea per la nomina dei nuovi amministratori e sindaci o, se del caso, proporre la messa in liquidazione della società o la sua ammissione ad una procedura concorsuale. Infine, per quanto concerne l'amministratore giudiziario è opportuno ricordare che potrà essere revocato dal tribunale in qualunque momento ove emergano violazione dei suoi doveri.

ragionevolezza²⁸⁷.

Tuttavia, oggetto della tutela cui sono finalizzati i provvedimenti *ex art.* 2409 c.c. non è esclusivamente la protezione della minoranza, basti pensare al caso delle società con unico socio, anche nella forma del controllo, e la società di grandi dimensioni, nelle quali il 10% rappresenta la maggioranza di controllo. La tutela della minoranza sarebbe quindi soltanto indiretta o di riflesso. L'interesse al regolare funzionamento dell'organo amministrativo nelle società commerciali come interesse generale, rivelato dalla legittimazione del P.M. (cfr. Relazione ministeriale n. 985), per il possibile pregiudizio dell'economia pubblica e dell'ordine economico, pur se le lesioni di interessi generali sono di rado denunciate dai privati, ma semmai dal P.M..

Una lettura in chiave costituzionale sulla scorta di autorevole dottrina²⁸⁸, nell'ambito di un articolato studio del procedimento *ex art.* 2409 c.c., che si rivela strettamente intrecciato con i problemi sostanziali, diretta in primo luogo a giustificare il mantenimento in vita della norma e a rafforzare l'opinione prevalentemente pubblicistica, condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza, pone la norma di correlazione con l'art. 41, comma 2 Cost., ad onta del quale l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, di cui si rivela una delle più importanti applicazioni, con conseguente riconduzione della fattispecie nella sfera

²⁸⁷ RORDORF, *Il procedimento per irregolarità della gestione sociale*, Padova, 1994, 548 ss..

²⁸⁸ GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità della gestione sociale*, Padova, 1994, 548 ss..

dell'ordine pubblico economico.

Ne deriva la conferma dell'attualità della norma, assicurata dall'interpretazione evolutiva che la inserisce nel nuovo contesto normativo e le consente di rispondere alle nuove istanze, tutela del socio anche per la sua qualità di azionista e quindi di risparmiatore nello spettro della tutela del mercato mobiliare.

Secondo quanto emerge come dato ormai acquisito, la finalità del procedimento è quella di accertare e rimuovere anche in via preventiva, in vista dell'interesse generale alla corretta gestione, come si è detto le irregolarità accertate e non invece una funzione sanzionatoria o risarcitoria; da ciò deriva il carattere non “residuale” del controllo, ma autonomo e complementare rispetto ad altri strumenti di tutela²⁸⁹. In tutte le specie di provvedimenti adottandi, anche per la stessa revoca di amministratori e sindaci, l'attività del Tribunale non è tanto diretta ad integrare quella svolta dagli organi sociali, come è proprio della volontaria giurisdizione, quanto piuttosto a ripristinare una situazione di obiettiva irregolarità, infranta dalle inadempienze di amministratori e sindaci.

Tradizionalmente, i provvedimenti sono inquadrati nella sfera della volontaria giurisdizione. Più propriamente, essi si rivelano riconducibili alla categoria detta della giurisdizione puramente oggettiva²⁹⁰, nell'ambito della quale sono collocate funzioni giurisdizionali attuative di norme di ordine pubblico e quindi aventi

²⁸⁹ DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, cit., 587 ss.; LA CHINA, voce “Società” (*Ispezione giudiziaria*), in *Enc. del dir.*, XLII, Milano, 1990, 1152 ss..

²⁹⁰ TEDESCHI, *op. ult. cit.*, 189.

a materia interessi generali.

3.5 Revoca *ex lege* disposta dall'art 2393, 5° comma, c.c.

E' opportuno porre, altresì, l'attenzione sulla possibilità di applicare, all'amministratore di nomina pubblica, l'art. 2393, 5° comma, c.c., laddove essa prevede che l'azione sociale di responsabilità promossa nei confronti di un amministratore con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale comporta la revoca automatica dell'amministratore contro cui è stata proposta.

La dottrina prevalente propende per l'applicabilità della norma²⁹¹, rilevando come la specialità della nomina pubblica non possa importare, in mancanza di un'esplicita volontà legislativa in tal senso, l'inoperatività di una disposizione nei confronti di amministratori solo in ragione della diversa fonte della loro nomina, avendo, invece, l'art. 2449 c.c., specificato la piena equiparazione tra amministratori sotto il profilo dei diritti e degli obblighi. Ne deriva, quindi, che, la violazione dei doveri connessi al loro ufficio, allorquando abbia dato luogo alla delibera assembleare avente ad oggetto la promozione dell'azione di responsabilità nei confronti di

²⁹¹ FERRI, *La costituzione di società per azioni*, cit., 704; FIORENTINO, *Gli organi*, cit., 106; GALGANO, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 490; ROVERSI-MONACO, *Revoca e responsabilità*, cit., 274; MIGNOLI-NOBILI, *Amministratori*, cit., 151; VERRUCCI, *La revoca dell'amministratore*, cit., 46; SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore*, cit., 570; SANTONI, *Patti*, cit., 82; *contra*, COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., 718; CIAVARELLA, *Revoca e responsabilità*, cit., 514; RORDORF, *Le società "pubbliche"*, cit., 443; *contra* si v. ABBADESSA, *La nomina diretta*, cit., 378.

costoro, assunta con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale, determini la revoca dall'ufficio *ope legis*. Il piano su cui opera la revoca ex art. 2393, 5° comma, c.c. è, quindi, strettamente correlato all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità e se è vero che può dar luogo a possibili distorsioni, laddove si realizzi una revoca da parte di una minoranza qualificata che abbia deliberato l'azione di responsabilità, non esistono, tuttavia, ragioni ostative alla rielezione dell'amministratore revocato, atteso che se alla base della revoca di diritto si pone una presunzione del venir meno del rapporto fiduciario tra amministratore e soci o gruppo di soci (anche allorquando l'azione di responsabilità eventualmente fosse infondata), la società potrebbe, in ogni caso, sovvertire tale assunto confermando nuovamente la fiducia all'amministratore revocato. Orbene, il meccanismo testé delineato, può, chiaramente, applicarsi nell'ambito di una società di diritto comune nella quale si suppone che l'organo amministrativo sia espressione della compagine sociale mediante un ordinario procedimento di nomina assembleare.

Chi sostiene la tesi della piena compatibilità, evidentemente, fa leva sulla constatazione che, in ogni, caso, non ne verrebbe alterata la riserva di nomina all'ente pubblico nella fase successiva di accertamento dell'eventuale infondatezza dell'atto di revoca²⁹² o nel caso di diversa maggioranza (comprensiva anche del socio pubblico) che manifesti la volontà di rielezione dell'amministratore di nomina pubblica revocato.

²⁹² CONFORTI, *Nomina e revoca degli amministratori di società*, Milano, 596.

Ragioni di carattere sistematico ed una interpretazione più coerente e rispettosa della *ratio* che sottende la deroga contemplata dall'art. 2449 c.c. farebbe propendere, tuttavia, per un'inapplicabilità dell'art. 2393, 5° comma, c.c., con la precisazione che sarebbe in ogni caso la sola eccezione al regime generale della responsabilità degli organi sociali e delle relative azioni (azione sociale di responsabilità). Il chiaro tenore dell'articolo 2449, comma 2, c.c. che riserva la potestà di revoca soltanto allo Stato o all'ente pubblico da cui l'amministratore sia stato in precedenza nominato va interpretato nel senso di riconoscere un'esclusività dell'opzione legislativa che, costituendo, palesemente, il rovescio della potestà di nomina spettante ai medesimi soggetti diviene un'endiadi inscindibile, non consentendo, cioè una scissione tra riserva di nomina e riserva di revoca. Se la riserva di nomina si pone in termini di eccezione rispetto alla regola che altrimenti attribuisce all'assemblea (o ai soci costituenti in sede di prima nomina) la competenza a designare i componenti degli organi sociali, così la riserva di revoca in favore del soggetto pubblico, da cui la nomina promana, vale a sottrarre all'assemblea il corrispondente potere che altrimenti ad essa farebbe capo. Ipotizzare, sia pure nell'ambito della deliberazione di un'azione di responsabilità nei confronti di un amministratore di nomina pubblica, che una minoranza qualificata di soci eserciti il potere di revoca perché normativamente previsto, svilirebbe la portata della deroga e, soprattutto, rischierebbe, di determinare un uso strumentale della revoca *ope legis*, al solo fine di paralizzare, in qualsiasi momento, proprio la riserva di nomina

pubblica.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Le società partecipate da enti pubblici rappresentano una vicenda giuridica dalla rilevanza interdisciplinare, nella quale si intersecano elementi e problematiche di diritto privato (commerciale) e di diritto pubblico (amministrativo). In tale contesto, rischia di rimanere frustrata la naturale aspirazione del giurista a muoversi in un mondo di concetti ben delineati.

Il quadro che viene proposto dalle numerose riforme che si sono susseguite nel corso degli anni, che hanno inciso a vario titolo sul sistema delle società partecipate, si presenta, come si è visto, piuttosto articolato.

Non sono poche le enigmaticità che si sono registrate e molte sono le domande che meriterebbero più attenta riflessione, alla luce del panorama legislativo sempre in evoluzione e spesso privo di omogeneità.

Ad ogni modo, è opportuno svolgere qualche rapida considerazione al termine dell'indagine svolta.

È noto come la facoltà di nomina diretta di uno o più amministratori o sindaci, da parte dell'ente pubblico partecipante, fosse già prevista, in epoca antecedente alla riforma del diritto societario, nell'art. 2458 c.c..

Sin dall'origine, si erano prospettate due letture contrapposte, rispettivamente legate alle Scuole di diritto amministrativo ed a quelle di diritto commerciale; tesi funzionalista, detta anche pubblicistica, da un lato, e tesi organizzativa, detta anche privatistica,

dall'altro.

Secondo la prima, nomina e revoca degli amministratori in questione sono espressione dell'esercizio di un potere autoritativo della P.A., a mezzo di un provvedimento amministrativo, insensibile all'approvazione assembleare, salvo diversa disposizione dello statuto. Tale potere costituisce presenza costante nell'esercizio delle funzioni gestionali e dunque, a differenza di quanto si potrebbe argomentare dalla lettera dello scarno dettato codicistico, non è destinato a manifestarsi unicamente in occasione della nomina e dell'eventuale revoca. Al contrario, alla luce di tale potere si deve orientare l'operato degli amministratori così nominati, i quali divengono veicolo per l'ingresso dell'interesse pubblico nella fattispecie societaria; tale interesse è destinato ad un probabile conflitto con quello lucrativo, componente comunque essenziale dell'interesse sociale, in una visione sia istituzionalista, sia contrattualista.

Sulla base della tesi organizzativa, invece, si esclude la natura pubblicistica degli stessi atti di nomina e revoca e, *a fortiori*, non si ammette che, dalla mera previsione statutaria del potere in questione, possa desumersi la facoltà dell'ente di fare legittimamente prevalere l'interesse pubblico, a mezzo degli amministratori di nomina diretta, sull'interesse sociale. In sintesi, il potere di cui all'art. 2449 c.c., è "neutro" e non fa degli amministratori così nominati una categoria "speciale", esente dal rispetto dei doveri comuni a tutti gli altri amministratori. Su tali premesse, il rilievo dell'interesse dell'ente che ha proceduto alla

nomina, anche appurata la sussistenza di tale specifico pubblico interesse, condizionerà sì, sulla base del rapporto fiduciario ente-amministratore, l'operato dell'amministratore direttamente nominato, ma quest'ultimo potrà perseguire l'interesse pubblico nei limiti della gamma di opzioni che garantiscono l'interesse degli altri soci, non potrà, quindi, legittimamente assumere una posizione in conflitto di interessi.

D'altra parte, la riforma del diritto societario sembra sia stata ispirata dalla stessa linea di pensiero, laddove ha introdotto nell'art. 2449 c.c. la norma di cui al secondo comma, la quale specifica che gli amministratori di nomina pubblica "hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea".

Non si tratta dunque in alcun modo di organi sui generis ed il loro funzionamento, fatte salve le peculiarità della nomina e della revoca, non si discosta in nulla da quello ordinario.

Sotto tale profilo, quindi, l'operatività del momento organizzativo della società di diritto comune si applica alle società partecipate in ogni suo aspetto, con conseguente applicazione, almeno in via generale, delle relative disposizioni normative, che, però, dovranno essere conformate, alla diversità dell'assetto che si origina con l'esercizio di nomina da parte dello Stato o degli altri enti pubblici.

Dall'identità dei diritti e degli obblighi facenti capo ai componenti degli organi sociali, siano essi di nomina pubblica o di designazione assembleare, sembra discenda necessariamente anche la loro pari responsabilità nei confronti della società, dei soci, dei

creditori e dei terzi in genere, sicché, l'esercizio delle corrispondenti azioni, contemplate negli articoli 2392 ss. c.c. (richiamate dall'articolo 2407, comma 2, c.c. - responsabilità dei sindaci) non è alterato allorquando la responsabilità sia fatta valere nei confronti di un componente di nomina pubblica dell'organo amministrativo o di controllo.

E', dunque, configurabile una consistente eventuale responsabilità anche civile degli amministratori e dei componenti degli organi di controllo di nomina pubblica, ove ricorrano le condizioni postulate dagli artt. 2392 ss. c.c., non fosse altro per il rapporto di solidarietà passiva che li lega agli altri componenti dei medesimi organi, cui indiscutibilmente quella responsabilità si attaglia.

L'attenta disamina del regime organizzativo della società nell'ipotesi di nomina pubblica di amministratori, ha condotto, tuttavia, a non poter ritenere applicabile, ma questa sembra essere la sola eccezione al regime generale della responsabilità degli organi sociali e delle relative azioni, la disposizione dell'articolo 2393, comma 5, c.c. (azione sociale di responsabilità) secondo la quale la deliberazione con cui l'assemblea decida di promuovere l'azione sociale di responsabilità nei confronti dell'amministratore, se assunta col voto favorevole al meno di un quinto del capitale sociale, comporta la revoca dall'ufficio del medesimo amministratore. Ed invero, vi osta il chiaro tenore dell'articolo 2449, comma 2, c.c. che riserva la potestà di revoca soltanto allo Stato o all'ente pubblico da cui l'amministratore sia stato in precedenza

nominato e che costituisce, chiaramente, il rovescio della potestà di nomina spettante ai medesimi soggetti e che pone una deroga alla legittimazione assembleare, in entrambi i momenti.

Del tutto diversa è, però, l'ipotesi di revoca giudiziale *ex* articolo 2409 c.c., che prescinde da ogni attribuzione assembleare di competenza in ordine alla designazione degli organi sociali e si pone su un piano lato *sensu cautelare*, consentendo l'immediata rimozione, ad opera di un giudice terzo, di situazioni potenzialmente dannose mediante provvedimenti provvisori il più grave dei quali può consistere, appunto, nella revoca degli amministratori e nella nomina per il tempo necessario di un amministratore giudiziario.

La norma di cui all'art. 2409 c.c. si occupa, infatti, del controllo giudiziario nella società per azioni e seppur il legislatore non abbia preso posizione sulla controversa questione riguardante l'applicabilità del controllo giudiziario alle società partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici, ragioni di carattere sistematico deporrebbero per una non esclusione di tale controllo, finalizzato al riequilibrio della dialettica tra soci ed al ripristino della funzionalità della gestione societaria. La dottrina sul punto è divisa. Alcuni ritengono che gli amministratori e i sindaci nominati dall'ente pubblico hanno gli stessi diritti e gli stessi obblighi dei membri nominati dall'assemblea e, per questa via, ammettono l'esperibilità del controllo giudiziario anche per queste società. Altri, al contrario, facendo leva sul fatto che il potere di nomina e di revoca spetta all'ente pubblico, non ritengono applicabile l'art. 2409 c.c., perché il

giudice ordinario non potrebbe sospendere, annullare o revocare l'atto amministrativo.

Il sistema del controllo giudiziario delineato dall'art. 2409 c.c., appare caratterizzato dall'interesse alla conservazione dell'integrità del patrimonio della società. Tuttavia, siffatto interesse, si atteggia in maniera diversa a seconda della particolare natura dell'attività esercitata dalla società e questa diversità si riflette nell'attribuzione di legittimazioni aggiuntive (ed esterne) rispetto a quelle previste per il modello comune di società per azioni, cioè quello non aperto al mercato del capitale di rischio.

Negare che, in situazioni di tal fatta, il tribunale possa revocare anche gli amministratori di nomina pubblica equivarrebbe a rendere di fatto impraticabile la nomina dell'amministratore giudiziario, la cui competenza e i cui poteri non si saprebbe come far coesistere con quelli dell'amministratore non revocato: si finirebbe perciò col sancire l'irrevocabilità anche degli altri amministratori di nomina assembleare. Ma in questo modo, per i soci di minoranza delle società a partecipazione pubblica, legittimati ad esperire il ricorso ex articolo 2409 c.c., si verrebbe a determinare la situazione di minorata tutela, rispetto ai soci di altre società private che versino in analoga situazione, e non facilmente giustificabile sul piano della ragionevolezza.

La tendenza a privilegiare il connotato privatistico delle società a partecipazione pubblica può apparire, per certi aspetti, un esercizio di formalismo, un dare cioè maggior valore ai profili formali con cui la pubblica amministrazione sceglie in determinate

situazioni di agire, piuttosto che agli scopi ultimi della sua azione.

Forse è oggi ancor più attuale di allora la frase che si legge nella relazione al codice del 1942 a proposito delle società a partecipazione pubblica: “*E’ lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici*”. Nel che merita di esser sottolineato come, quando assuma tali forme, l’agire dello Stato e degli altri enti pubblici, lungi dall’imporre la propria connotazione autoritaria ai rapporti societari ed al modo di operare degli organi della società, si sottopone alle regole dalle quali quei rapporti e quell’operare sono retti, ossia alle regole generali dettate dal codice civile per ogni società azionaria, con le sole limitate peculiarità desumibili dall’art. 2449 c.c..

Se ne deduce, allora, che il poter designare (nonché revocare) taluni componenti degli organi di amministrazione e controllo della società è null’altro che un privilegio di cui godono lo Stato e gli enti pubblici in ossequio agli interessi generali dei quali essi sono portatori. Ma a siffatto privilegio è estranea ogni connotazione autoritativa, e l’ente che partecipa alla società agisce pur sempre *iure privatorum*.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

AA.VV., *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di MARCHETTI, Milano, 1995, 62 ss.

AA.VV., *L'azienda "comune"*, a cura di ANSELMI, Rimini, 1995

ABBADESSA, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi ed ipotesi)*, in *Impr. amb. e P.A.*, 1975, 369 ss.

ABBADESSA, *Le disposizioni generali sulle società*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, vol. 16, Torino, 1985, 25 ss.

ABRIANI, *Sub art. 2351, 1°- 4° comma*, in AA. VV., *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, vol. I, 2005, 324 ss.

ALPA, *Pubblici servizi gestiti a mezzo s.p.a.*, in *Azienditalia*, 1990, n. 12, 18

AMBROSINI, *Nomina del collegio sindacale nelle società quotate: il c.d. sindaco di minoranza*, in *Riv. società*, 1999, spec. 1133 ss.

AMBROSINI, *Nomina pubblica delle cariche sociali e nullità della delibera assembleare per carenza di potere*, in *Giur. it.*, 2002, 124

ANDREANI, *Questioni nuove nella recente legislazione in tema di società di capitali con partecipazione degli enti locali*, in *Dir. amm.*, 1995, 245

ANGELICI, *Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 138

ANGELICI, *Diritto commerciale*, Bari, 2002, 12

- ARMAO, *Le società di capitali partecipate da comuni e provincie nella normativa statale e regionale siciliana*, in *Nuove autonomie*, 1994, fasc. 1, 35
- ASCARELLI, *Controllori e amministratori nell'anonima di Stato*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, 284 ss.
- ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, II, 1145 ss.
- ASCARELLI, *Il dialogo dell'impresa e della società nella dottrina italiana dopo la nuova codificazione*, in *Riv. soc.*, 1959, 1012 ss., spec. nt. 20
- ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, 617 ss.
- ATELLI, *Dallo Stato-padrone allo spoil-system: un nuovo caso di conflitto tra regole neutrali di corporate governance e modello di politica industriale*, in *Le società*, 2002, 1071 e ss.
- BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957, 165 e 169
- BALLARINO - BALLODI, *La golden share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Riv. Soc.*, 2004, 1, 2 e 37
- BARBIERI, *L'art. 2449, comma 1 davanti alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 521 ss. BIGI, *La corte si pronuncia sulla compatibilità con il diritto comunitario dell'art. 2449 del codice civile italiano che consente ad un ente pubblico di nominare direttamente dei membri del C.d.a. di una società per azioni*, in *Soc.*, 2008, 247
- BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, V ed., 1987, 143
- BERTUZZI, *Sub artt. 2449-2450*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2003, 218 ss.

- BEZZI, *S.p.a. a partecipazione mista: problemi e prospettive*, in *Dir. regione*, 1995, 1066
- BIANCA, *Brevi riflessioni sulle clausole statutarie in tema di nomina dei sindaci di minoranza nelle società quotate*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 645 ss..
- BIANCHI - BIANCO - GIACOMELLI - PACCES - TRENTO, *Proprietà e controllo delle imprese in Italia*, Bologna, 2005, 139
- BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitale*, 2006, Milano, 57
- BIGIAMI, *I commercialisti e la "fantasia"*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 1023 ss.
- BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, 53 ss.
- BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 70 ss.
- BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 56 e 221 ss.
- BONELLI, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Giur. comm.*, 1983, II, 510 ss.
- BONGIORNO, *Il procedimento previsto dall'articolo 2409 cod. civ.*, 519
- BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 5 ss.
- BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, 263
- BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 cod. civ.*, *Riv. delle soc.*, 2003, n. 6, Milano, 1225
- CABRAS, *La forma di impresa. Organizzazioni della gestione nelle società di capitali*, Torino, 1995, 121 ss.
- CABRAS, *Prorogatio e spoil system per gli amministratori nelle società in mano pubblica*, in <http://www.federalismi.it>, 5

- CAGNASSO - IRRERA, *Società con partecipazione pubblica. Società in accomandita per azioni. Società a responsabilità limitata. Trasformazione e fusione di società. Società estere*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da BIGIAMI, 2° ed., Torino, 1990, 16 ss.
- CAIA, *Aziende speciali e società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.*, 1995, 172
- CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rass.*, 1995, 1082
- CALDIROLA, *Dialettica tra pubblico e privato nel sistema delle società di capitale a partecipazione locale*, in *Dir. regione*, 1995, 925
- CAMMELLI - ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999, 193 e 297
- CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica*, Rimini, 1989
- CAMPIDELLI, *Problematiche inerenti le "società per azioni a prevalente capitale pubblico locale"*, in *Comuni d'Italia*, 1992, 1131
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, Torino, 1988, 21 ss.
- CASELLA, *Legittimità del voto scalare nelle società per azioni*, in *Riv. società*, 1973, 417 ss.
- CASELLI, *Amministratori e direttore generale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, 4, Torino, 1991, 74 e 80 ss.
- CASELLI, *Problemi in tema di nomina degli amministratori di società per azioni*, in *Contratto e impresa*, 1989, 81 ss.
- CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO-PORTALE, 4, Torino, 1991, 20 ss.
- CASSESE, *Azionariato dello Stato*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 778

- CASSOTTANA-NUZZO, *Lezioni di Diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006, 17 ss.
- CATTANEO, *Nomina di amministratori e di sindaci in deroga al principio maggioritario nella società per azioni ed a responsabilità limitata*, in *Temi*, 1970, 171 ss.
- CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, 5, Torino, 1988, 9 ss. e 715
- CAVAZZA, *Commento agli articoli 2449 e 2450 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, Vol. II, 1706 ss.
- CAVAZZA, *Golden share, giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell'art. 2450 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 1193 ss., spec. 1200 ss.
- CAVAZZA, *Prerogative speciali e società partecipate dai pubblici poteri: il nuovo art. 2449*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 387 ss.
- CAVAZZUTI, *Forme societarie, intervento pubblico e "privatizzazione" dei servizi: prime considerazioni sulla nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 248 ss.
- CAVAZZUTI, *Privatizzazioni imprenditoriali e mercati*, 1996, Bologna, 82 e ss.
- CAVAZZUTI, *Società a partecipazione locale: saggio di diritto provvisorio*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 685 ss.
- CECCHI, *Gli amministratori di società di capitali (art. 2409 c.c.)*, Milano, 1999, 83
- CERAMI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali*, Milano, 1954, 52
- CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, 1994, 93

- CIAN, *Investitori non azionisti e diritti amministrativi nella "nuova" s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Vol. I, Torino, Utet, 2006, 737
- CIAN, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voice*, Milano, 2006, 119 ss.
- CIAVARELLA, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Nuovo dir.*, 1975, 501 ss. SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, 1985, 83
- CINCOTTI, *L'esperienza delle parts bénéficiaires belghe e gli strumenti finanziari partecipativi di cui all'art. 2346 c.c.*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Vol. III, Tomo I, Milano, 2005, 2167 ss.
- CIRENEI, *Società con partecipazione dello stato e di enti pubblici e società di interesse nazionale*, in *Codice comm. nuove società*, a cura di BONFANTE, CORAPI, MARZIALE, RORDORF e SALAFIA, Milano, 2004, 943
- CIRENEI, *La società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, 8, Torino, 1992, 3 ss. e 133 ss.
- CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983, 492 ss.
- CIRENEI, *Le società di diritto "speciale" tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e "poteri speciali"*, in *Dir. comm. internaz.*, 1996, 771 ss.;
- CIRENEI, *La società per azioni a partecipazione regionale tra legislatore comunitario e "legislatori" nazionali: verso la formazione di un diritto societario regionale?*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1993, 17 ss.
- CIRENEI, *Osservazioni in tema di revoca di amministratore nominato dall'ente pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 50 ss.

- CIRENEI, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir. comm. int.*, 2005, 49-50 ss.
- CIRENEI, *Introduzione artt. 2449-2451*, in *Cod. commentato delle società*, a cura di BONFANTE, CORAPI, MARZIALE, RORDORF e SALAFIA, II ed., Milano, 2005, 938 ss.
- CIRIELLO, *L'attuazione normativa delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Enti pubblici*, 1995, 149
- COCITO, *Il collegio sindacale*, Milano, 1970, 75 ss.
- COLOMBO, *Riserve facoltative e riserve occulte nel bilancio delle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 181
- CONFORTI, *Nomina e revoca degli amministratori di società*, Milano, 2007, 477 e ss.
- CORRADI, *La proporzionalità tra partecipazione e "potere di controllo" nell'art. 2449 c.c., nota a Corte Giust. CE, 6.12.2007, n. C-463/04*, in *Giur. Comm.*, 2008, II, 932 ss.
- COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l.*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, 632 ss.
- COSSU, *La prorogatio dell'amministratore di nomina pubblica nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, fasc. 2, 2013, 260 e ss..
- COSTI, *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, in *Giu. comm.*, 1995, I, 77 ss.
- COSTI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 799
- COSTI, *Strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da ABBADESSA e PORTALE, Vol. I, Torino, 2006, 729

- COTTINO, *Diritto Commerciale*, vol. I, tomo 2, Padova, 1996, 718
- COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, 1958, Milano, 166 ss.
- COTTINO, *Partecipazione pubblica all'impresa privata e interesse sociale*, in *Arch. giur.*, 1965, 45 ss.
- CUCINOTTA, *La sentenza della Corte di giustizia 26 marzo 2009 (causa C-326/07): problematiche rilevanti e implicazioni de jure condendo*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, 229 ss.
- D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007, 132 ss.
- D'ATTORRE, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione*, in *Soc.*, 2005, 881
- DALLARI, voce *Nomina (dir. pubbl.)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXI, 1990, 1
- DE CICCO, *Società a partecipazione pubblica*, in *Codice commentato delle società*, a cura di ABRIANI e RITCHER, 2010, 1737
- DEFELICE, *Verso la privatizzazione della p.a.?*, in *Nuova rass.*, 1995, 94
- DEGREGORIO, *I bilanci delle società nella loro disciplina giuridica*, Milano, 1938, 104
- DEMINICO, *La società per azioni a prevalente partecipazione pubblica locale secondo l'art. 22, lett. e), legge 8 giugno 1990, n. 142*, in *Foro amm.*, 1994, 1666
- DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, II, 2008, 581 ss.
- DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali*, *Giur. comm.*, 2006, II, 780

- DEMURO, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri speciali previsti dalla golden share*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 640 ss.
- DEMURO, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, diretto da COTTINO e BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, 2009, 875 ss.
- DEVESCOVI, *Controllo degli amministratori sull'attività degli organi delegati*, in *Riv. soc.*, 1981, 87 ss.
- DI CHIO, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. comm.*, XIV, Torino, 1996, 167 ss.
- DICATALDO, *Gli statuti speciali delle società azionarie*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 468
- DISABATO, *L'esperienza italiana dell'unificazione dei codici*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1989, 1127 ss.
- DISABATO, *Manuale delle società*, 1995, Torino, 30 ss.
- DIVIZIA, *Il principio di continuità di funzionamento degli organi nelle società di capitali*", Milano, 2011, 31 ss.
- DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle società per azioni*, in *Trat. di dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, XVI, Torino, 1985, 587 ss.
- DONATIVI, *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica "diretta" alle cariche sociali (art. 2458 – 2459 c.c.)*, in *Riv. soc.*, 1998, 1258 ss.
- DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società miste*, Torino, 2010, 366 ss.
- DONATIVI, *Rassegna legislativa e statutaria in tema di nomina pubblica alle cariche sociali ex artt. 2458-2459 c.c. nelle società a partecipazione regionale e*

- nel nuovo assetto dell'azionariato provinciale e comunale, in *Riv. dir. impr.*, 1999, 309 ss..
- ENDRICI, *La prorogatio nell'organizzazione amministrativa: la fine di un principio*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1994, 394 e ss.
- FALCON, *Sulla rappresentanza dell'ente locale azionista della società*, in *Foro amm.*, 1989, 1293 ss.
- FARALDI, *L'azienda speciale e le società a partecipazione comunale: la scelta del modello di gestione-problemi civilistici e fiscali*, in *Nuova rass.*, 1995, 1285
- FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987, 369 ss.
- FAUCEGLIA, *Appunti in tema di s.p.a. con partecipazione degli enti locali*, in *Fin. loc.*, 1991, 487 ss.
- FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011, 223 ss.
- FERRI, *La costituzione di società per azioni per la gestione di servizi pubblici locali*, in *Comuni d'Italia*, 1994, 1461
- FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, III ed. , vol. X, tomo III, Torino, 1987 (rist., 1989), 670 ss.
- FIorentino, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, 98 ss.
- FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società. Trattato*, diretto da GALGANO, Torino, 2002, 28 ss.
- FRANZONI, sub *artt. 2380-2396, Delle Società per azioni*, vol. III, *Dell'amministrazione e del controllo*, in SCIALOJA-BRANCA, *Commentario del codice civile*, 2008, 178 e ss.
- FRE', *Società per azioni*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1997, 728 ss.

- FREGOLI-TOMMASI, *Gestione dei servizi pubblici da parte di società per azioni*, in *Nuova rass.*, 1992, 2524
- FRUMENTO, *La partecipazione degli enti pubblici territoriali ad organismi di diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, II, 119 ss.
- GALANTI, *La proroga degli organi amministrativi: dalla corte costituzionale al legislatore e ritorno*, in *Riv. amm.*, 1995, II, 681 ss.
- GALGANO, *Circolazione delle partecipazioni azionarie nei gruppi di società*, in *Contr. imp.*, 1986, 364
- GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 398
- GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di GALGANO, Padova, 2003, 439
- GALGANO, *La società per azioni in mano pubblica*, in *Pol. Dir.*, 1972, 490 ss.
- GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, XXVIII, Milano, 1982, 48 ss.
- GAMALERO, *Società miste per la gestione dei servizi pubblici. Le innovazioni normative dopo la recente riforma*, in *Nuova rass.*, 1993, 518
- GAMBINO, *La disciplina del conflitto di interessi del socio*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, 371 ss.
- GASPERONI, *Le azioni a favore dei prestatori di lavoro*, in *Riv. soc.*, 1962, 964
- GHEZZI - VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. Societaria*, 2008, 671 ss.
- GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità della gestione sociale*, Padova, 1994, 548 ss.

- GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, 998 ss.
- GOISIS, *Il regime delle società in mano pubblica verso una più sicura riconduzione al diritto privato-commerciale e alle sue logiche: l'art. 4, co. 13., d.l. n. 95 del 2012*, in *Riv. reg. merc.*, n.1/201
- GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 396 ss.
- GRASSETTI, *Il distacco delle "aziende a prevalente partecipazione statale" dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro*, in *Riv. soc.*, 1958, 10
- GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, 251
- GRAZIANI, *Il diritto del socio agli utili*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, 265 ss.
- GUACCERO [PAN – CHESTER], *Investimenti stranieri e fondi sovrani: forme di controllo nella prospettiva comparata USA-Europa*, in *Riv. società*, 2008, 1359 ss., par. 12
- GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 842 ss.
- GUARINO, *Deliberazione, nomina ed elezione*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1954, 86
- GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2005, 682
- GUERRERA, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico – privata*, in *riv. dir. civ.*, 2011, I, 548 ss.
- IBBA, *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 370

- IBBA, *Gli statuti singolari*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da COLOMBO-PORTALE, VIII, Torino, 1992, 525 ss.
- IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di IBBA, MALAGUTI e MAZZONI, Torino, 4
- IBBA, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 502 ss.
- IBBA, *Società "legali"*, Torino, 1992, 8-9 ss.
- INTERMAGGIO, *Gli amministratori di spa in mano pubblica: innovazione al regime generale apportato da leggi speciali e da disposizioni comunitarie*, in *Riv. dir. econ. trasp. e amb.*, 2010, 21
- IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, 177 ss. e rist. III ed., 1989, 22 ss.
- IRTI, *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 141 ss. e in *Dizionario del diritto privato*, I, Milano, 1980, 535
- JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1963, 136 ss.
- JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.* 1992, I, 989 ss.
- LA CHINA, voce "*Società*" (*Ispezione giudiziaria*), in *Enc. del dir.*, XLII, Milano, 1990, 1152 ss.
- LEMME, *Il voto di lista*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I 357 ss.
- LEOZAPPA, *Nomina alle cariche sociali e categorie azionarie*, in *Giur. Comm.*, 1996, I, 800 ss.
- LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993, 90
- LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1967-1969, 406 ss.
- LIBONATI, *Le faticose accelerazioni delle privatizzazioni*, in *Giu. comm.*, 1995, I, 20 ss.

- LONGOBARDI, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, azionariato degli enti territoriali locali e gestioni di pubblici servizi*, in *Comuni d'Italia*, 1992, 1613
- LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 275
- MAGGIORA, *La società finanziaria regionale*, in *Nuova Rassegna*, 1975, 1417
- MAGGIORE, *L'azionariato comunale*, in *Comuni d'Italia*, 1991, 1405
- MANNINI, *Gestione dei servizi pubblici: partecipazione degli enti locali a società di capitali*, in *Nuova rass.*, 1995, 2353
- MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984
- MARASÀ, *Le società*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, 184 ss.
- MARASÀ, *Società sportive e società di diritto speciale*, in *Riv. soc.*, 1982, 493 e ss.
- MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia: leggi e documenti (dicembre 1992 - marzo 1994)*, in *Rivista delle società*, 1994, I, 45-49
- MARTINI, *Aspetti pubblicistici della nomina extra assembleare di amministratori e sindaci nelle imprese cooperative*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 278-282
- MAZZARELLI, *Come comporre il mix pubblico privato nella società per azioni*, in *L'impresa pubblica*, 1992, n. 1, 15
- MAZZARELLI, *Le società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987, 117 ss.
- MAZZARELLI, *Note sull'utilizzazione delle società per azioni controllate da parte degli enti locali territoriali per la gestione di pubblici servizi: l'art. 22 lett.*

- e) della legge n. 142 del 1990 e la normativa comunitaria, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 765
- MENCIA, *La partecipazione della minoranza nella nomina degli amministratori di società per azioni: sulla possibilità di introdurre un sistema proporzionale all'elezione*, in *Giur. Comm.*, 1993, I, 970
- MENGONI, *Sul concetto di società a partecipazione statale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 177
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol. III, Milano, 1954, 497 ss.
- MIGNOLI-NOBILI, *Amministratori (di società)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 151
- MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, 117-118
- MIGNONE, *Tipologia degli atti amministrativi*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI MONACO, SCOCA, Bologna, 2005, I, 1230
- MIGUIDI, *Requisiti per la nomina e cause di incompatibilità, ineleggibilità, inconferibilità*, in *La nomina nelle società partecipate*, Verona, 2014, 4 ss.
- MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 1954, 712 ss.
- MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1955-1956, 14 ss.
- MINERVINI, *La revoca dei sindaci "designati" dallo Stato (in tema di sindaci RAI)*, in *Le società*, 2004, 273 e ss.
- MINERVINI, *Sulla tutela dell'"interesse sociale" nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 314 ss.

MINUSSI, *Requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza (S.p.A.: l'organo amministrativo)*, in *Wikjus*, 2010

MONTAGNANI, Sub art. 2383, *Amministratori*, in *Comm. alla riforma delle società*, a cura di GHEZZI, diretto da MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI, NOTARI, Milano, 2005, 145 ss.

MUCCIARELLI, *La sentenza "Volkswagen" e il pericolo di una "convergenza" forzata tra gli ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 273 ss. (in nota alla sentenza della Corte giust., Grande Sezione, 23 ottobre 2007, causa C-112/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Federale di Germania*, *ivi*, 262 ss.)

NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione*, Milano, 2005, 308

NAZZICONE-PROVIDENTI, *Società per azioni, amministrazione e controlli*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2003, 55

NICOLETTI, *Forme di gestione prima e dopo la 142*, in *L'impresa pubblica*, 1994, 21 ss.

NOBILI, *L'esclusione del diritto di opzione*, in *Riv. soc.*, 1958, I, 185 ss.

NOTARI, *Le categorie speciali di azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da ABBADESSA e PORTALE, Vol. I, Torino, 2006, 593 ss.

OPPO, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 385

OPPO, *Quesiti in tema di azioni e strumenti finanziari*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da ABBADESSA e PORTALE, Vol. I, Torino, 2006, 715

- OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 591
- OROFINO, *La costituzione di società mista intercomunale a supporto della attività di riscossione dei tributi comunali*, in *Comuni d'Italia*, 1995, 1825
- OTTAVIANO, *Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Rivista delle società*, 1999, I, 252
- OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, 1028 ss.
- PACCHI-PESUCCI, *Gli amministratori di società per azioni nella prassi statutaria*, in *Riv. società*, 1974, 606 ss.
- PANINI, *Commento all'art. 2449 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di SANDULLI e SANTORO, Torino, 2000, Tomo II, 1039 ss.
- PANUCCIO, *Il procedimento disciplinato dall'articolo 2409 nel sistema dei controlli sulle società per azioni*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1954, 693
- PARISIO, *La gestione dei servizi pubblici locali: tradizione e innovazione nel quadro della collaborazione pubblico-privato*, in *Giust. civ.*, 1993, II, 495 ss.
- PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Milano, 1971, 297 ss.
- PATRONI GRIFFI, *La presidenza del collegio sindacale in caso di nomina pubblicistica di uno o più sindaci*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 905
- PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, 961 ss.
- PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 172

- PERICU, *Commento agli artt. 2449 e 2450 c.c.*, in *Società di capitali, Commentario* a cura di NICCOLINI e STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, vol. III, 1292 ss.
- PERICU, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in *Privatizzazioni e Regioni*, a cura di BUONOCORE e RACUGNO, Milano, 2003, 149 ss.
- PERICU, *Imprese e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, 272 ss.
- PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul caso Centros*, in *Riv. soc.*, 2001, 1296 ss.
- PESCATORE, *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milano, 1974, 362 ss.
- PETRAZZINI, *Commento agli artt. 2449 e 2450 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, Bologna, 2004, 1695 ss.
- PIEROBON, *Quadro problematico delle s.p.a. a prevalente capitale pubblico locale*, in *Nuova rass.*, 1994, 742
- PIRAS, *Le società per azioni a partecipazione comunale*, in *Riv. amm.*, 1995, 529 ss.
- PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione statale*, Milano, 1994, 94 ss.
- PISANI-MASSAMORMILE, *Azioni ed altri strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. soc.*, 2003, 1299
- PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società*, a cura di COLOMBO e PORTALE, Vol. III, Tomo II, Torino, 1993, 25

- PUGLIELLI-RUOTOLO, *Nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica (il nuovo testo dell'art. 2449 c.c.)*, in *Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2009, 227 ss.
- RAGUSA MAGGIORE, *Comune azionista e reintegrazione del capitale*, in *Dir. fall.*, 1970, II, 474 ss.
- RAVÀ, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 333 ss.
- RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997
- RESCIGNO, *Introduzione*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1982-1986; ed ora in *Introduzione al codice civile*, Bari, 1991
- RESTA, *Alcune osservazioni sulla ponderazione degli interessi nell'esercizio dei controlli sull'attività delle società per azioni a partecipazione comunale*, in *TAR*, 1989, II, 295 ss.
- RESTA, *Il ricorso alla s.p.a. per la gestione dei pubblici servizi da parte degli enti locali*, in *Cons. Stato*, 1995, II, 1677
- RESTA, *Profili giuridici delle società per azioni a partecipazione comunale*, in *TAR*, 1983, II, 205 ss.
- ROCCO DI TORREPADULA *Aspetti di diritto societario delle società per azioni con partecipazione comunale*, in *Riv. soc.*, 1997, 2001, 128 ss.
- ROMAGNOLI, *Brevi comunicazioni sulle società di capitali a partecipazione comunale dopo l'entrata in vigore della legge 8 giugno 1990, n. 142*, in *Foro pad.*, 1991, II, 111 ss.
- ROMEIO, *La società per azioni a prevalente capitale pubblico locale nella legge 142/1990*, in *Nuova rass.*, 1992, 202 ss.
- RORDORF, *Il procedimento per irregolarità della gestione sociale*, Padova, 1994, 548 ss.

- RORDORF, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Soc.*, 2005, 427 ss.
- RORDORF, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Le società*, 12/2013, 1326 ss.
- ROSSI, *Diritto agli utili ed alla quota di liquidazione*, in *Riv. soc.*, 1957, 272 ss.
- ROSSI, *La partecipazione dei comuni a società commerciali ed i suoi limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, I, 87 ss.
- ROSSI, *Le società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici e le società di interesse nazionale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, vol. 17, tomo III, 1985, 222 ss.
- ROSSI, *Profili giuridici delle società a partecipazione statale*, Milano, 1977, 179 ss.
- ROSSI, *Questioni in tema di partecipazione di un comune ad una società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1978, II, 220 ss.
- ROSSI, *Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, 1 ss.
- ROSSI, *Utile di bilancio, riserve e dividendo*, Milano, 1957, 416
- ROSSI, *Voce "Società con partecipazione pubblica"*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993, 10
- ROVERSI-MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato (Osservazioni sugli artt. 2458 segg. del codice civile)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 258 ss.
- SACCO GINEVRI, *La nuova golden share: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, *Giur. comm.*, 2005, II, 707
- SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, in *Le società*, 2001, 175 ss.

- SALANITRO, *Cenni tipologici sugli strumenti finanziari diversi dalle azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da ABBADESSA e PORTALE, Vol. I, Torino, 2006, 721
- SALERNO, *Golden shares, interessi pubblici e modelli societari tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Dir. comm. int.*, 2002, 671
- SALERNO, *La nomina degli amministratori e sindaci da parte dello Stato e degli enti pubblici: l'art. 2449 cod. civ. ai tempi della riforma*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 458 ss.
- SALERNO, Sub *art. 2449*, in *Codice commentato delle s.p.a.*, diretto da FAUCEGLIA e SCHIANO DI PEPE, Torino, 2007, 1420 ss.
- SALVI, *Gestione di servizi pubblici e società per azioni con partecipazione comunale*, in *Amm. it.*, 1989, 934 ss.
- SAN MAURO, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di giustizia C-326/07*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, 198 ss.
- SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., 1989, vol. I, 633
- SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da ABBADESSA e PORTALE, vol. III, Torino, 2007, 824 ss.
- SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 151 ss.
- SANTONASTASO, *Dalla golden share alla poison pill: evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura l. 23 dicembre 2005, n. 266*, *Giur. comm.*, 2006, I, 383
- SANTONASTASO, *La "saga" della "golden share" tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 302 ss.

SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da BUONOCORE, sez. IV, tomo X, 2009, 255 ss.

SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, 1985, 82 ss.

SCALFI, *Clausole particolari per la nomina degli amministratori di società per azioni (art. 2368, 1° comma, c.c.)*, in *Riv. società*, 1971, 16 ss.

SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458 c.c.*, in *Foro Amm.*, 1984, 565 e ss.

SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato si Stato: interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. società*, 1958, 43 ss.

SILVETTI, *Nomina di amministratori da parte di gruppi di soci nelle società di capitali*, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, 545 ss., in *Riv. notar.*, 1970, 129 ss. e in *Casi e materiali di diritto commerciale*, 1, *Società per azioni*, I, 617 ss.

SILVETTI, *Gli Amministratori*, in *Le Società per azioni*, a cura di CAVALLI, MARULLI, SILVETTI, Torino, 1996, 377 ss.

SOTGIA, *Osservazioni in tema di nomina alle cariche sociali nelle società azionarie e per quote*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947-48, II, 120

SPADA, *Cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 801

TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sulla gestione*, in *Tr. delle soc. per az.*, diretto da COLOMBO - PORTALE, V, Torino, 1988, 189 ss.

TERRANOVA, *Commento all'art. 2467*, in *Società di capitali, Commentario* a cura di NICCOLINI e STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, vol. III, 141-142

TODARO, *I limiti dell'azionariato municipale*, in *Cons. Stato*, 1970, II, 982

TOMBARI, *Le categorie speciali di azioni nella società quotata*, in AA. VV., *La società quotata dalla riforma del diritto societario la legge sul risparmio*, a

cura di TOMBARI, 2008, 68 ss. (ma anche in *Riv. Società*, 2007, 992 ss.)

TUCCI, *L'esercizio del voto*, in LENER -TUCCI, *Le società di capitali. L'assemblea delle società di capitali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, vol. XVII, Torino, 2000, 174 ss.

VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica*, in *Dit. proc. amm.*, 3, 2014, 862 ss.

VANNICELLI, *La disciplina delle s.p.a. miste. Considerazioni sull'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 1992, 1621-1627

VERRUCCI, *La revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1965, II, 38 ss.

VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Milano, 1958, 412

VIPIANA, *In tema di società a partecipazione pubblica locale*, in *Dir. econ.*, 1992, 367

VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, 9 ss.

VITOLO, *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, 2006, 147 ss.

VOLPE, *Società miste con partecipazione pubblica locale di minoranza: prende corpo il regolamento governativo (commento al d.l. 30 novembre 1994, n. 658)*, in *Giornale di dir. amm.*, 1995, 180

Giurisprudenza

Corte di Giustizia

Corte di giustizia, 26 marzo 2009, n. 326, sez. III, C-326/07, in *Giur. comm.*, 2009, 4, 640

Corte di giustizia, 17 luglio 2008, C-207/07, *Commissione/Spagna*, in www.curia.europa.eu

Corte di Giustizia CE, 6 dicembre 2007, n. 464, sez. I, in *Giur. comm.*, 2008, 3, 576

Corte di Giustizia CE, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463\04 e 464\04, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 373 ss., con nota di BARBIERI

Corte di giustizia, 25 ottobre 2007, C-112/05, *Commissione/Repubblica federale di Germania*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 262, (*c.d. sentenza Volkswagen*)

Corte di giustizia, Grande Sezione, 23 ottobre 2007, causa C-112/05, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Federale di Germania*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 273 ss. 262 ss.

Corte di giustizia, Sez. I, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04, *Federconsumatori e altri c. Comune di Milano* (pubblicata, tra le altre, in *Foro it.*, 2008, IV, 67 ss. e in *Giur. comm.*, 2008, II, 925 ss.

Corte di giustizia, 28 settembre 2006, C-282 e 283/04, *Commissione/Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 2006, I-9141 Corte di giustizia, 28 giugno 2005, C-174/04, *Commissione/Italia*, in *Raccolta*, 2005, I-4933

Corte di Giustizia C-98/01, Commissione/RU, 13 maggio 2003, in G.U.C.E., *Raccolta*, 2003, I-04641

Corte di giustizia, 13 maggio 2003, C-463/00, *Commissione/Spagna*, in *Raccolta*, 2003, I-4581

Corte di Corte di giustizia, 13 maggio 2003, C-98/01, *Commissione/Regno Unito*, in *Raccolta*, 2003, I-4581

Giustizia C-483/99, 4 giugno 2002, Commissione/Francia, in G.U.C.E., *Raccolta*, 2002, I-04781

Corte di giustizia, 4 giugno 2002, C-367/98, *Commissione/Portogallo*, in *Raccolta*, 2002, I-4731

Corte di giustizia, 4 giugno 2002, C-483/99, *Commissione/Francia*, in *Raccolta*, 2002, I-4781

Corte di giustizia, 4 giugno 2002, C/503/99, *Commissione/Belgio*, in *Raccolta*, 2002, I-4809

Corte di Giustizia C-503/99, Commissione/Belgio, 4 giugno 2002, in G.U.C.E., *Raccolta*, 2002, p. I-04809

Corte di giustizia, 23 maggio 2000, C-58/99, *Commissione/Italia*, in *Raccolta*, 2001, I-2345

Corte Costituzionale

Corte cost., sentenza 30 dicembre 1994, n. 464, in *Foro it.*, 1995

Corte cost., sentenza 4 maggio 1992, n. 208, in *Giur. amm. sic.*, 1992, 302

Corte di Cassazione

- Cass., SS. UU., ord. 23 gennaio 2015, n. 1237, in *CED Cassazione*, 2015
- Cass., SS. UU., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Le Società*, 2014, 1, 55
- Cass. Civ. Sez. I 15-10-2013 (20-06-2013) n. 23381, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 3-4/2015, 20398
- Cass. Civ., 19 novembre 2008, n. 27512, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 11, 1648
- Cass. Civ., 12 settembre 2008, n. 23557, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 9, 1350
- Cass., SS. UU., ord. 27 maggio 2008, n. 13638, in *Mass.*, 2008
- Cass. Civ., sez. I, 5 agosto 2005, n. 16526, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 7-8
- Cass., SS. UU., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Foro it.*, 2005, I, 2726
- Cass. Civ., sez. Lavoro, 7 agosto 2004, n. 15322, in *Mass. Giur. It.*, 2004
- Cass. Civ., 4 giugno 2003, n. 8912, in *Le società*, 2003, 1494 ss.
- Cass. civ., 7 settembre 1999, n. 9482, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 1918
- Cass. civ., 21 novembre 1998, 11801, in *Giur. it.*, 1999, 562
- Cass., SS. UU., 6 maggio 1995, n. 4989, *Soc. Siena Parcheggi c. Soc. Impresa Federici*, in *Foro it.*, 1996, I, 1363 e in *Giust. civ.*, 1995, I, 2985, con nota di MAMELI e con nota di CARINGELLA
- Cass. Civ., 9 aprile 1994, n. 3341, in *Società*, 1994, 785
- Cass. Civ., Sez. Lavoro, 29 aprile 1988, n. 3248, in *Rep. Foro It.*, 1988

Cass. Civ., 15 luglio 1982, n. 4139, in *Giur. comm.*, 1983, II, 509, con nota di BONELLI

Cass. Civ., 13 marzo 1979, n. 1558, Soc. Rom. Ferr. Nord c. Tomassini, in *Dir. fall.*, 1979, II, 379

Cass. Civ., 10 gennaio 1979, n. 158, in *Giust. civ.*, 1979, I, 612 ss.

Cass. Civ., 3 giugno 1976, n. 2008, Soc. Torin Tr. Intercom. c. Tealdi, in *Giur. comm.*, 1978, II, 220

Cass. Pen., Sez. VI, 30 novembre 1993, n. 03620, in *Giur. pen.*, 1994, II, 708

Corte dei conti

Corte dei Conti sez. reg. di controllo per la Liguria Deliberazione 16 settembre 2013 n. 70/2013

Consiglio di Stato

Cons. St., 30 settembre 2010, n. 7214, in *Foro amm.*, CDS 2010, 9, 1884

Cons. St., 28 gennaio 2005, n. 178, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2005, 122

Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6867, in *Cons. Stato*, 2004

Cons. St., sez. V, 13 giugno 2003, n. 3346, in *Riv. Corte Conti*, 2003, 3312

Cons. St., parere 27 febbraio 2003, n. 514 *bis*/2003, in *Foro it.*, 2003, 445

Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2003, n. 708, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2003, 582

Cons. St., 17 gennaio 1975, in *Foro it.*, 1975, III, 283

Corti di Appello – Tribunali – Preture

App. Bologna, 4 marzo 1995, in *Società*, 1995, 806

App. Catania, 1 febbraio 1978, in *Giur. comm.*, 1980, II, 253

App. Milano, 5 maggio 2010, con nota di DE CAMPO, *Società partecipate da enti pubblici ex art. 2449 c.c.: mutamento della maggioranza politica quale giusta causa di revoca*, in *Le società*, 3, 2011, 262 e ss..

Corte di Appello Milano, 15 febbraio 2002, in *Giur. mil.*, 2002, 393

App. Milano, 18 maggio 2001, in *Giur. it.*, 2002, 123

App. Milano, 15 luglio 1997, in *Società*, 97, 1415

App. Milano, 20 aprile 1993, *Mediobanca c. Fabris*, in *Società*, 1993, 1225

App. Milano, 27 agosto 1969, *Soc. Fonderia Bustese (ric.)*, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, c. 546 ss., con nota di SILVETTI, *Nomina di amministratori da parte di gruppi di soci nelle società di capitali*

App. Napoli, 13 maggio 2002, in *Società*, 2002, 1123

Trib. Bologna, 5 giugno 2001, in *Società*, 2001, 948

Trib. Cassino 12 aprile 1991, *RECLAS Recupero ecologico Lazio sud S.p.A.*, in *Riv. notar.*, 1991, 1432 ss.

Trib. Cassino, (decr.) 13 ottobre 1989, *Torgif s.r.l. ric.*, in *Società*, 1990, 362

Trib. Catania, 26 novembre 2001, *Soc. Cofidi Catania coop. C. Leonardi e altro*, in *Giur. Comm.*, 2002, II, 464 ss., con nota di SANFILIPPO, *Clausola di "designazione" di amministratori di società cooperativa da parte di "diverse categorie di soci" e poteri del giudice del registro*

Trib. Genova, 17 dicembre 1958, *Montello c. S.U.I.T.E.*, in *Temi gen.*, 1959, 60

Trib. Livorno, 1 dicembre 1992, in *Società*, 1993, 1354

Trib. Milano 10 febbraio 2014, in *Le società*, 2014, 6, 749

Trib. Milano, 23 novembre 2000, in *Società*, 2001, 444 con nota di COLAVOLPE

Trib. Milano, 10 gennaio 1990, in *Società*, 1990, 791

Trib. Milano, 4 maggio 1990, in *Giur. comm.*, 1990, II, 458

Trib. Milano 26 maggio 1990, *Soc. Ame*, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 590, con nota di GROSSO, *Osservazioni in tema di categorie di azioni e assemblee speciali, ibi*, 591

Trib. Milano, 29 giugno 1989, in *Società*, 1990, 23

Trib. Monza 29 gennaio 1982, *Seccomandi c. SO.GE.FI. - Società generale finanziaria a r. l. e Seccomandi*, in *Giur. comm.*, 1983, II, 125

Trib. Napoli, 21 maggio 2001, in *Le società*, 2001, 251

Tribunale Napoli, 10 maggio 2001, *Giur. comm.*, 2002, II, 495,

Trib. Palermo, 12 settembre 1961, in *Dir. fall.*, 1962, II, 247

Trib. Ragusa, 21 dicembre 2010, in *ilcaso.it*

Trib. Roma, 7 marzo 2001, in *Dir. fall.* 01, II, 795

Trib. Roma, 12 marzo 2001, in *Società*, 2001, 1093

- Trib. Torino, 21 maggio 1996, in *Società*, 1996, 1315
- Trib. Udine, 22 novembre 1993, *Soc. Cimpello*, in *Gius.*, 1994, fasc. 4, 108
- Trib. Venezia, (decr.) 4 marzo 1989, *F.lli Salviato s.p.a. ric.*, in *Società*, 1989, 960
- Trib. Verona, (decr.) 11 dicembre 1992, *Ric. Aeroporto Valerio Catullo s.p.a. Verona Villafranca*, in *Società*, 1993, 350 ss., con nota di RICCARDELLI
- Trib. Verona, (decr.) 18 dicembre 1987, *Sifi s.p.a ric.*, in *Società*, 1988, 403
- Trib. Cagliari, 17 febbraio 1996, in *Società*, 1996, 934
- Pret. Torino, 12 dicembre 1978, *De Maria c. Gatti S.p.a.*, in *Giur. comm.*, 1980, II, 248
- Pret. Torino, 27 luglio 1983, in *Giur. piem.*, 1983, 846
- Consiglio Giustizia amministrativa Regione Sicilia*
- Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia 18 gennaio 1964, in *Riv. dir. comm.* 65, II, 35
- Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia 27 agosto 1964, in *Foro amm.*, 1964, II, 948

Tar

- T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 18 dicembre 2006, n. 1984, in *Urbanistica e app.*, 2007, 6, 763
- T.A.R. Calabria 21 febbraio 2005, n. 132, in *Foro it.*, Rep. 2005
- T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784
- T.A.R. Campania, sez. II, 11 febbraio 2005, n. 963, in *Società*, 2005, 876
- T.A.R. Lazio, sez. I, 5 marzo 2012, n. 2223
- T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 30 maggio 2012, n. 1483
- T.A.R. Lombardia, 13 giugno 2007, n. 5147, in *Foro amm. – Tar*, 2008, 7
- T.A.R. Marche, 27 giugno 2007, n. 1171, in *Foro amm. - Tar*, 2007, 2014
- T.A.R. Marche, 3 aprile 2006, n. 118, in *Foro it.*, 2006, III, 547
- T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 30 aprile 2014, n. 552
- T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 24 febbraio 2010, n. 622, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*
- T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 15 maggio 2006, n. 1759
- T.A.R. Puglia, 15 giugno 2006, n. 1759, in *Foro it.*, 2006, 565
- T.A.R. Sardegna, sez. II, 21 settembre 2005, n. 1920, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2005, 3010
- T.A.R. Veneto, 29 settembre 2009, n. 2455, in *Red. amm. – TAR*, 2009, 9
- T.A.R. Veneto, sez. I, 4 aprile 2002, 1234, in *Foro amm.*, 2002, 1203