

DOTTORATO DI RICERCA

“Diritto e Impresa”

XXIX Ciclo

GLI AMMINISTRATORI DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE

TUTOR

Chiar.mo Prof.
Raffaele Bifulco

DOTTORANDA

Dott.ssa
Valeria Villella

CO-TUTOR

Chiar.mo Prof.
Bernardo Giorgio Mattarella

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO PRIMO – IL CONTESTO DI RIFERIMENTO: LE SOCIETÀ PUBBLICHE

1. L'INQUADRAMENTO GIURIDICO DELLA FATTISPECIE NEL DELICATO EQUILIBRIO TRA PUBBLICO E PRIVATO.
2. LA LEGGE DI RIFORMA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (L. N. 124 DEL 2015): OBIETTIVI E CRITERI DI DELEGA PER IL RIORDINO DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA.
3. LA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE NEL NUOVO TESTO UNICO (D. LGS. N. 175 DEL 2016).
4. LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ED IL DECRETO CORRETTIVO N. 100 DEL 2017 (CENNI).
5. SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA E NECESSITÀ DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO

CAPITOLO SECONDO – NOMINA E REVOCA DEGLI AMMINISTRATORI

1. I REQUISITI DI ELEGGIBILITÀ
 - 1.1 *I principali caratteri della disciplina in materia di eleggibilità alla carica di amministratore nel Testo Unico (art. 11, c. 1): il d.p.c.m. ed i requisiti speciali per le società a controllo pubblico.*
 - 1.1.1 *Ipotesi di inconferibilità per i soggetti già lavoratori collocati in quiescenza ed il richiamo all'articolo 5, comma 9, del decreto legge n. 95 del 2012*
 - 1.2 *Segue: ulteriori cause speciali di ineleggibilità ed incompatibilità previste all'art. 11, cc. 8 e 11, TUSP*
 - 1.3 *I "frammenti" di disciplina esterna al TUSP rimasta in vigore*

1.4 La disciplina generale in tema di inconferibilità ed ineleggibilità del decreto legislativo n. 39 del 2013 richiamata dal Tusp

1.4.1 Accordo Anac – Mef: attuazione della normativa sulla corruzione nelle società controllate o partecipate dal Ministero alla luce della direttiva e delle Linee guida

1.5 La perdurante vigenza delle norme di diritto comune in materia di requisiti di eleggibilità alle cariche sociali

2. LA NOMINA DIRETTA DELL'AMMINISTRATORE DA PARTE DEL SOCIO PUBBLICO

2.1 Articolo 2449 c.c.: le caratteristiche della disciplina

2.1.1 I profili oggettivi e soggettivi della norma

2.2 Il dibattito sulla natura giuridica dell'atto di nomina (e di revoca) pubblica

2.3 Significato e portata delle previsioni introdotte dall'art. 9, commi 7 e 8, TUSP

3. IL REGIME DI PROROGATIO

3.1 La proroga degli organi amministrativi tra disciplina generale e normativa speciale

3.2 Significato ed ambito di applicazione alla luce del Testo Unico

4. LA REVOCA DELL'INCARICO

4.1 L'articolo 2449 c.c.: questioni rilevanti

4.2 Amministratore pubblico e giusta causa di revoca dell'incarico

4.3 La disciplina introdotta dal TUSP tra "positivizzazione" della natura giuridica degli atti di nomina e revoca pubblica (art. 9, co. 7 e 8) e la reiterazione del risultato economico negativo quale giusta causa di revoca (art. 21, co.3)

4.3.1 L'eccezione alla regola: risultato economico coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato.

4.4 La disciplina speciale dello spoil system

CAPITOLO TERZO – LO SVOLGIMENTO DELL’INCARICO DI AMMINISTRATORE: PROFILI RILEVANTI

1. STRUTTURA E COMPOSIZIONE INTERNA DEGLI ORGANI AMMINISTRATIVI DELLE SOCIETÀ A CONTROLLO PUBBLICO

1.1 Modelli di amministrazione e conformazione dell’organo amministrativo: il principio generale organizzativo dell’amministratore unico e le possibili opzioni alternative.

1.2 La disciplina sull’articolazione delle funzioni all’interno degli organi sociali (art. 11, c. 9 e 13 TUSP)

1.3 Il rispetto dell’equilibrio di genere nella nomina degli organi amministrativi

2. GLI AMMINISTRATORI DELLE SOCIETÀ *IN-HOUSE*

3. IL REGIME DI CORRESPONSIONE DEI COMPENSI AGLI AMMINISTRATORI

3.1 La disciplina sui compensi degli amministratori di società pubbliche statali e locali prima dell’intervento del Tusp: quadro di sintesi

3.2 Le disposizioni generali in tema di compensi previste nel Testo unico

3.3 La normativa “esterna” al Tusp rimasta in vigore

4. L’APPLICABILITÀ DELLA DISCIPLINA SULLA TRASPARENZA E PUBBLICITÀ AGLI AMMINISTRATORI

4.1 I richiami in team di trasparenza operati dal Testo Unico

4.2 L’assolvimento degli obblighi di comunicazione di incarichi e compensi degli amministratori di società pubbliche.

5. LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

5.1 IL REGIME DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI PRIMA DEL TESTO UNICO

5.1.1 Considerazioni circa la natura della responsabilità degli amministratori di società pubbliche: un inquadramento generale della questione

5.1.2 Società per azioni quotate a partecipazione pubblica e giurisdizione ordinaria (art. 16-bis, d.l. n. 248/2007).

5.1.3 Le posizioni assunte dalla giurisprudenza: il sistema della doppia responsabilità

5.2 IL REGIME DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI EX ARTICOLO 12, TUSP: UNA “NORMATIVIZZAZIONE” DEI RECENTI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

“Il confine tra diritto societario e diritto amministrativo con riferimento alle società c.d. “pubbliche” ossia società di capitali partecipate da enti pubblici, è uno dei più tormentati del nostro ordinamento”¹.

È questa la consapevolezza che la dottrina maggioritaria ha maturato rispetto ad una figura come quella della società a partecipazione pubblica che, sin dall’inizio, si è presentata come un soggetto “multiforme” e dai contorni incerti².

La disciplina delle società pubbliche risulta caratterizzata, infatti, da un complesso di norme, spesso rispondenti a logiche diverse e non sempre iscritte all’interno di un disegno coerente ed organico di sistematizzazione, spesso rispondenti a situazioni contingenti ed emergenziali, che mal si conciliano spesso con un sistema di gestione societaria improntata ai principi di diritto comune,

L’emanazione del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica si inserisce, dunque, all’interno di un quadro stratificato, frammentario, complesso ed articolato, con la precipua finalità di procedere ad una riorganizzazione ed efficientamento dell’intero sistema partecipatorio pubblico.

L’esigenza ritenuta sempre più ineludibile di una razionalizzazione della disciplina trova certamente il proprio

¹ F. SALINAS, *Società di capitali a partecipazione pubblica, revoca di amministratori ed interesse sociale*, in *Giur. comm.* 2014, p. 1014.

² R. RORDORF, *Le società «pubbliche» nel codice civile*, in *Società*, 4, 2005, p. 425, le aveva autorevolmente definite un «(...) Territorio dai contorni incerti e male illuminati, a cavallo tra diritto privato (commerciale) e diritto pubblico (amministrativo), nel quale nessuno si sente mai del tutto a casa propria e nel quale rischia di rimanere frustrata la naturale aspirazione del giurista a muoversi in un mondo di concetti ben delineati, cui corrispondano definizioni verbali il più possibile nette ed inequivoche e che si prestino a classificazioni ben ordinate».

fondamento, da un lato, alla luce dell'influenza del diritto europeo³, nella valorizzazione della tutela e promozione dei principi concorrenziali e, dall'altro lato, nell'esigenza di arginare ed eliminare gli sprechi e gli abusi derivanti dall'utilizzo del modello societario da parte del soggetto pubblico, al fine eludere l'applicazione della normativa pubblicistica⁴.

Il punto di partenza del decreto n. 175 del 2016, recante il Testo unico delle società pubbliche è rinvenibile nella generale sottoposizione della loro disciplina alle norme di diritto comune dettate per le società di capitali, limitando le disposizioni di carattere speciale alle sole ipotesi di soddisfacimento dell'interesse pubblico attraverso il modulo societario.

È evidente, dunque, il cambio di prospettiva che, seppur già presente nella normativa precedente, diventa ora parametro interpretativo e criterio guida dell'intera disciplina della partecipazione azionaria pubblica.

Per altro verso, tuttavia, la presenza del socio pubblico e degli interessi pubblici di cui è portatore, rendono necessario mantenere

³ Esso infatti consente, nel più ampio quadro dei processi di liberalizzazione economica e senza una diretta ingerenza all'interno dei processi di privatizzazione, sia alle società private che pubbliche di svolgere attività di impresa, nonché attività di servizio di interesse generale, economico o non, a patto che vengano rispettate le regole *antitrust* e le procedure di garanzia di scelta del contraente o del socio.

⁴ Lo stesso F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, in *Soc.*, 2014 p. 62 che, riprendendo le considerazioni svolte in ID., *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. not.*, 2009, p. 897 ss., ricorda come, rispetto a tale annosa questione, la dottrina abbia più volte segnalato che «le esigenze socio-economiche e politiche dovevano trovare risposta nella emanazione di "norme efficienti" ovvero nella interpretazione giurisprudenziale efficace, capace di sanzionare l'abuso del modello societario, utilizzato per soddisfare obiettivi "impropri" attraverso la segregazione patrimoniale. In particolare si era rappresentato che la società partecipata da un socio pubblico, rimane un contratto tipico con comunione di scopo lucrativo, soggetto al diritto comune, che non può essere "storpiato o manipolato" per finalità abusive dirette a creare in vitro una sorta di azienda speciale, organica all'ente che per alcuni fini e separata per altri, solo per ottenere una autonomia formale e la conseguente disapplicazione delle regole pubblicistiche».

alcuni regimi di tipo derogatorio, sulla base di una tendenziale equiparazione delle società pubbliche agli apparati amministrativi⁵.

Ciò determina la loro sottoposizione, tra gli altri, a vincoli organizzativi, a regole di trasparenza e pubblicità, a misure di contenimento dei costi.

È in questo quadro che s'inserisce l'oggetto della presente trattazione, ossia l'analisi delle disposizioni cui sono sottoposti gli amministratori di società pubbliche, alla luce dell'emanazione del citato Testo unico.

L'intenzione, tuttavia, non è solo quella di procedere ad una semplice esegesi delle norme che contribuiscono a delinearne il complesso della disciplina – che tuttavia si offrirà allo scopo di comprenderne le differenze con l'assetto precedente – ma di utilizzare un criterio ed una prospettiva che indirizzino l'analisi e la lettura complessiva dell'attuale quadro legislativo sugli amministratori di società pubbliche.

Quest'ultimo è rappresentato dal significato che assume il regime derogatorio e dall'ampiezza dello stesso rispetto alla generale disciplina di diritto comune applicabile agli amministratori di società di capitali, anche alla luce del principio di stretta proporzionalità nella previsione di normative speciali espressamente previsto nel decreto.

Nel primo capitolo si analizza, dunque, l'evoluzione e le caratteristiche del fenomeno delle società pubbliche; si tratta, come affermato in precedenza, di un quadro decisamente frammentario e disorganico che ha condotto il legislatore all'emanazione della legge delega di riforma della pubblica amministrazione che, tra i propri criteri direttivi conteneva proprio il riordino di tali società. Ne deriva,

⁵ Così L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, Relazione al Convegno su “*Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*”, Roma, Luiss, 14 maggio 2009, p. 6.

quindi, l'emanazione del Testo unico, senza tralasciare il portato della sentenza della Corte costituzionale che, nel sancire l'incostituzionalità del procedimento di adozione del decreto, atteso il necessario coinvolgimento delle autonomie territoriali attraverso moduli maggiormente rispettosi del riparto di competenze, ha condotto alla necessità di apportare alcuni correttivi, coagulati nel successivo decreto n. 100 del 2017.

Si passa, quindi, nel secondo capitolo, ad analizzare i vari segmenti normativi che compongono l'intera disciplina degli amministratori di società pubbliche, a partire dai requisiti di eleggibilità per la nomina alla carica, completati dalle ipotesi di ineleggibilità ed incompatibilità.

Seguono poi le norme riguardanti il potere di nomina e di revoca diretta degli amministratori da parte dell'ente pubblico socio, dando conto altresì del regime di *prorogatio* applicabile all'organo amministrativo.

Il terzo capitolo è invece demandato all'approfondimento della disciplina riguardante, da un lato, la struttura dell'organo amministrativo ed il regime dei compensi e, dall'altro lato, la sottoposizione degli amministratori al regime di pubblicità e trasparenza, nonché il regime di responsabilità, con un focus sulle norme applicabili agli amministratori di una particolare categoria di società pubbliche, ossia quelle *in house*.

CAPITOLO PRIMO

IL CONTESTO DI RIFERIMENTO: LE SOCIETÀ PUBBLICHE

SOMMARIO: 1. L'INQUADRAMENTO GIURIDICO DELLA FATTISPECIE NEL DELICATO EQUILIBRIO TRA PUBBLICO E PRIVATO. – 2. LA LEGGE DI RIFORMA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (L. N. 124 DEL 2015): OBIETTIVI E CRITERI DI DELEGA PER IL RIORDINO DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA. – 3. LA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE NEL NUOVO TESTO UNICO (D. LGS. N. 175 DEL 2016). – 4. LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ED IL DECRETO CORRETTIVO N. 100 DEL 2017 (CENNI) – 5. SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA E NECESSITÀ DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO.

1. L'INQUADRAMENTO GIURIDICO DELLA FATTISPECIE NEL DELICATO EQUILIBRIO TRA PUBBLICO E PRIVATO.

Prima di procedere all'analisi del complesso della disciplina riguardante gli amministratori delle società a partecipazione pubblica, è necessario dar conto, in via preliminare, del contesto normativo di riferimento, ossia della cornice societaria all'interno della quale si applica tale normativa: la società pubblica⁶.

Non è affatto semplice giungere ad una compiuta definizione della fattispecie in esame; tali difficoltà sono testimoniate dal fatto che, come è stato affermato da autorevole dottrina, la società pubblica

⁶ L'espressione pur essendo stata considerata, per alcuni aspetti, impropria, è oramai utilizzata per definire le società a partecipazione pubblica nelle sue diverse articolazioni. L'accostamento dei due termini apparentemente antitetici, infatti, secondo autorevole dottrina, è in grado di ricomprendere al suo interno le molteplici fattispecie ascrivibili a tale tipologie di società, in quanto attraverso l'utilizzo di tale l'espressione si indicano «enti societari (e dunque privati) a partecipazione pubblica, nei quali, cioè, pubblico non è l'ente considerato bensì i soggetti – o alcuni dei soggetti – che vi partecipano (...)», così in C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 2 ss.

è un «sintagma fino a poco tempo fa estraneo al lessico giuridico italiano», che ricomprende al proprio interno una molteplicità di realtà che non è possibile ricondurre ad unità⁷.

Ciò nonostante, pur volendo azzardare una definizione, si può ragionevolmente affermare che per società pubblica s'intende quella società nella quale il soggetto pubblico, che ne è socio, possiede una partecipazione – totalitaria, di maggioranza o di minoranza – in grado di influire sulle scelte gestionali della stessa.

Le società pubbliche sono caratterizzate, dunque, da una rilevante eterogeneità nominalistica ed organizzativa, che ha condotto diversi studiosi a cimentarsi nell'elaborazione di numerosi criteri classificatori, al fine di contribuire ad una sistematizzazione concettuale organica del fenomeno⁸.

⁷ Tale è la considerazione di G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 999 ss., che aggiunge come tale locuzione venga spesso utilizzata per indicare fenomeni eterogenei. Infatti, «Spesso l'espressione è usata in senso enfatico, per sottolineare come talune società siano sottoposte ad una disciplina speciale, tendenzialmente pervasiva, contenuta in leggi specificamente destinate a contemperare i connotati societari con le finalità pubbliche; oppure per indicare le ipotesi in cui, a prescindere dalla partecipazione azionaria pubblica, alcune società sono comunque sottoposte al controllo di enti pubblici, in base a previsioni legali o a vincoli contrattuali. Talora, tuttavia, l'attributo pubblico è predicato addirittura per identificare la natura giuridica delle società, che, secondo alcuni studiosi e una parte della giurisprudenza, sarebbero veri e propri enti pubblici in forma societaria, in via di principio sottoposti alle norme del diritto amministrativo».

⁸ Non è certamente possibile, in tale sede, procedere ad una trattazione completa ed esaustiva sul punto; si rimanda, dunque, ai principali contributi in materia: M. CAMMELLI-M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica*, in M. CAMMELLI-M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 1 ss.; C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica, oggi*, in *NDS*, 3, 2010, p. 20; G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 24 maggio 2012, p. 69 ss.; M. CASAVECCHIA, *Le società in mano pubblica*, in *NDS*, 10, 2014, p. 64 ss.; C. IBBA, *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in C. BRESCIA MORRA, G. MEO, A. NUZZO (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2015, p. 409 ss.

Si è così passati da distinzioni più “tradizionali”, incentrate sullo scopo e/o sull’assetto organizzativo⁹ della società in esame, a successive articolazioni basate principalmente sulla misura e natura della partecipazione pubblica¹⁰, sull’oggetto sociale¹¹, sulla disciplina

⁹ In questo caso si distinguono le società pubbliche di diritto comune dalle società pubbliche di diritto speciale, alla quale ne seguono ulteriori come, ad esempio, quelle riguardanti le società di diritto speciale vs le. società “anomale”; società di diritto speciale vs. società di diritto singolare e le società di diritto comune o di diritto speciale vs. società c.d. “legali”. Nell’ambito della densa letteratura sul tema si segnalano, *inter alia*, C. IBBA, *Le società “legali”*, Torino, Giappichelli, 1992; ID., *Gli statuti singolari*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, VIII, Torino, 1992, p. 591 ss.; M.T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), cit., p. 1 ss.; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2007; F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di Diritto Commerciale*, sez. VI, vol. X, Torino, Giappichelli, 2009, p. 1 ss.

¹⁰ In tale contesto emerge dunque la distinzione tra due categorie di società: le società a partecipazione pubblica totalitaria o mista (maggioritaria o minoritaria), e le società con partecipazione di amministrazioni statali, regionali, locali e di altri enti pubblici.

¹¹ Sotto tale profilo emerge la contrapposizione tra società che esercitano un’attività economica ordinaria e, dunque, d’impresa e quelle che hanno ad oggetto l’esercizio di servizi pubblici ed attività cd. “strumentali” o funzioni pubbliche. Le prime, a loro volta, sono suscettibili di essere distinte a seconda che vengano in rilievo i servizi pubblici, locali e non, di rilevanza economica, i servizi pubblici, locali e non, di rilevanza non economica, i servizi di pubblico interesse, le attività di pubblico interesse ed i servizi di interesse economico generale. Per approfondimenti sulle citate nozioni cfr., *ex plurimis*, L. AMMANNATI, *Servizi pubblici locali, società per azioni a partecipazione pubblica locale e concorrenza*, in L. AMMANNATI-M. A. CABIDDU-P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 59 ss.; L. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, p. 478 ss.; PERICU A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico. L’impresa di gestione di servizi pubblici locali*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 2001, p.; E. MELE (a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2003; A. TAMBURRANO, A. VALLETTA, *I servizi di interesse economico generale*, in G. CASSANO, R. MARRAFFA (coord.), P. CENDON (a cura di), *La concorrenza*, 2005, Torino, Utet, 2005, pp. 476-477; G. NAPOLITANO, voce *Servizi pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2006, p. 5517 ss.; A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 79 ss.; E. MOAVERO MILANESI, *I servizi di interesse generale e d’interesse economico generale*, in F. BESTAGNO-L.G. RADICATI DI BRONZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano Giuffrè, 2007, p. 98 ss.; R. VILLATA, *Pubblici Servizi*, V ed., Milano, Giuffrè, 2008, p. 99 ss.; M. CALCAGNILE, *Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Foro amm. TAR*, XI, 11, 2012, p. 3713 ss.; F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 634 ss.; A. BAUDINO, *L’amministrazione delle società*

del funzionamento della società¹², ovvero sul regime di attività¹³, con conseguenti ricadute anche sulla gestione della partecipazione.

Ne derivano, dunque, una pluralità di tipologie che, ricondotte all'interno della più generale locuzione di società pubbliche, spesso scontano costanti incertezze e difficoltà in ordine alla loro precisa collocazione in ambito pubblicistico ovvero privatistico¹⁴, con conseguenti risvolti sulla normativa settoriale applicabile¹⁵.

a capitale pubblico per a gestione dei servizi pubblici locali, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2, 2015, p. 1 ss.

Per una lettura, in ottica sistematica, dei testi normativi di riferimento si v. L. BERNABÒ, M. CASAVECCHIA, G. REDÌ, *Società pubbliche, società di interesse nazionale, servizi pubblici, privatizzazioni, servizi pubblici locali, società in house. Elenco di testi normativi. Parte I*, in *NDS*, 8, 2013, p. 70 ss.; ID, *Società pubbliche, società di interesse nazionale, servizi pubblici, privatizzazioni, servizi pubblici locali, società in house. Elenco di testi normativi. Parte II*, in *NDS*, 9, 2013, p. 48 ss.

¹² In questi casi è possibile menzionare l'esistenza di società che svolgono attività c.d. "strumentali", distinte sia da quelle che hanno ricevuto affidamenti *in house* che dalle società c.d. "miste". Per approfondimenti v. E. MASSONE, *L'attività della società per azioni mista*, in E. MELE (a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, op. cit., p. 211 ss.; G. URBANO, op. cit., p. 32 ss.; S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 21 ss.

Per una ricostruzione delle caratteristiche dell'*in house* cfr. S. COLOMBARI, «*Delegazione interorganica*» ovvero «*in house providing*» nei servizi pubblici locali, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 4, p. 1136 ss.

¹³ In questa direzione va la distinzione proposta all'interno del Rapporto ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, che, tra le linee direttrici da considerare ai fini di un riordino della disciplina, menziona innanzitutto la necessità di procedere con la distinzione tra «quei soggetti che, pur aventi forma societaria, sono di fatto parte della pubblica amministrazione e quelli che invece svolgono attività d'impresa sul mercato». I primi sarebbero qualificabili, dunque, come «semi-amministrazioni», mentre i secondi «società di mercato».

All'interno della categoria delle semi-amministrazioni, vengono ulteriormente individuate tre tipologie societarie, ossia le società *in house*; le società che svolgono funzioni di natura pubblicistica «per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale» e, infine, quelle che «svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica».

Tale Rapporto è stato elaborato in occasione del convegno organizzato a Roma il 13 maggio 2009 da Assonime e dall'Università Luiss "Guido Carli" di Roma su *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione*.

¹⁴ Per maggiori approfondimenti sul punto v. F. CAPALBO, *Le società partecipate dagli enti pubblici: un problema di teoria generale*, in *LexItalia.it*, 3, 2013, p. 5 ss. L'A. ritiene che, a livello di teoria generale, le società partecipate possano certamente rappresentare un esempio di «innesti di disciplina di matrice

Altra parte della dottrina, invece, nel tentativo di cercare un compromesso fra le due prospettive, ha ritenuto ragionevole accantonare l'utilizzo della metodologia tesa a qualificare *a priori* il fenomeno secondo una chiave privatistica ovvero pubblicistica procedendo, al contrario, in un'ottica tesa alla ricerca ed all'analisi concreta della norma di diritto amministrativo ovvero di diritto privato

pubblicistica in soggetti di diritto privato», ai quali il nostro ordinamento non è sicuramente estraneo (si considerino, a tal proposito, gli esempi del diritto di famiglia nonché della disciplina speciale del fallimento). Sotto tale aspetto, dunque, secondo l'A., l'aspetto principale non risiederebbe nell'elaborazione di «indici ermeneutici idonei a rivelare, nel concreto una eventuale natura sostanzialmente pubblica al di là della veste formale privatistica, occorrendo, invece, individuare le condizioni in presenza delle quali rilevino interessenze pubbliche tali da connotare in modo peculiare il regime giuridico, ferma restando la natura giuridica del soggetto, che rimane di diritto privato».

¹⁵ Molta parte della dottrina ha sottolineato le perduranti difficoltà di identificazione della natura e del conseguente regime giuridico da applicare alle società pubbliche. *Ex multis*, F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in *Riv. Corte conti*, 2014, p. 1 ss.; ID., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004; E. CODAZZI, *La società tra professionisti e il regime di responsabilità dei soci per l'esercizio dell'attività professionale. Qualche considerazione sul tema alla luce dei principi sulle liberalizzazioni dei servizi professionali*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 2, 2013, p. 313 ss.; F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Sez. IV, Tomo X, Torino, Giappichelli, 2009; A. MASSERA, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 889 ss.; G. SALA, *La società «pubblica» locale tra diritto privato e diritto amministrativo*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo*, *Atti del Convegno, Padova, 8 giugno 2007*, Cedam, 2008, p. 9 ss.; ID., *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell'ambito del diritto dell'amministrazione (della cosa) pubblica*, in V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *Servizi pubblici e società private. Quali regole?*, Padova, Cedam, 2007, p. 31 ss.; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2007; R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 4, 2004, p. 747 ss.; F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Il dir. econ.*, 2004, p. 614 ss.; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 1998; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, Giappichelli, 1997; V. CERULLI IRELLI, *«Ente pubblico»: problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, Giappichelli 1994, p. 89 ss.

applicabile¹⁶ se non addirittura, in alcuni casi, ravvisando la compresenza di entrambi i regimi giuridici¹⁷.

A dimostrazione di ciò si aggiunga l'ulteriore elemento rappresentato dal fenomeno della crescente moltiplicazione delle società in mano pubblica, al quale si è assistito negli ultimi decenni che ha reso sempre più arduo inquadrare l'istituto all'interno di precisi confini giuridici¹⁸.

La tendenza all'espansione, per certi versi incontrollata¹⁹, del modello societario a partecipazione pubblica ha accentuato, quindi,

¹⁶ Sul punto G. SALA, *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 31 e ss. L'A. ha avuto modo di sottolineare come «Sembra più opportuno ragionare non in termini di classificazione del soggetto, ma di regime giuridico applicabile alle società che abbiano come socio unico, o dominante, un ente pubblico. Regime giuridico che non può essere la risultante di una *contaminatio* tra disciplina codicistica e regole pubblicistiche e che va costruito in relazione ai caratteri del socio pubblico e del settore di attività in cui è destinato ad operare, ma soprattutto alle regole che possiamo ritenere collegate all'utilizzo di risorse pubbliche a prescindere dalla natura, o se si vuole dalla forma, del soggetto agente».

Anche P. NOVELLI, *Le società pubbliche*, in P. NOVELLI, L. VENTURINI (a cura di), *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 347 ss., si è espresso in termini simili: con riferimento alla questione della compresenza di interessi diversi all'interno delle società pubbliche, ossia di interessi pubblici e scopo lucrativo, non ha mancato di sottolineare come, nonostante la caratterizzazione maggiormente contrattualistica dell'attuale ordinamento societario abbia di fatto reso possibile una loro coesistenza «resterebbe però sempre la necessità, anche in questa prospettiva, di individuare in concreto quali siano le discipline o gli "spezzoni" di discipline applicabili rispetto ai diversi ambiti oggetto di indagine (organizzazione interna, modalità di gestione dell'attività, controlli esterni, giurisdizione, ricorso alle procedure di evidenza pubblica, responsabilità, ecc.)».

¹⁷ Così S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2004, p. 909 ss., che con riferimento al fenomeno delle società pubbliche parla di un «esempio di diritto misto in cui convergono regole e principi di diritto privato e di diritto amministrativo».

¹⁸ Lo stesso R. RORDORF, *Le società «pubbliche» nel codice civile*, cit., p. 425, ha parlato di un «(...) Territorio dai contorni incerti e male illuminati (...)».

¹⁹ L'origine di una crescita quantitativamente rilevante può essere rinvenuta nell'emanazione della legge 8 giugno 1990, n. 142 che ha previsto la possibilità di affidare a società a partecipazione pubblica prevalente la gestione di servizi pubblici. In tali termini si esprime F. CAPALBO, *Le società a partecipazione pubblica in Italia e all'estero: numeri e incidenza sull'economia*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di) *Le società pubbliche*, vol. I, Universitas Mercatorum Press, 2016, p. 117 ss., che sottolinea come tali entità partecipate dalle amministrazioni locali si siano

l'abbandono dell'utilizzo del criterio "tipologico" e, con esso, di classificazioni essenzialmente basate sulla dicotomia "soggetti di diritto pubblico/soggetti di diritto privato", progressivamente sostituito dall'utilizzo di un metodo "funzionale".

Tale approccio, tralasciando la ricerca dell'esatta qualificazione giuridica della società pubblica, ha infatti l'obiettivo di individuare nel concreto la disciplina ad essa applicabile attraverso una puntuale verifica della compatibilità della disciplina di diritto comune con gli interessi pubblici di volta in volta in gioco²⁰.

Le società a partecipazione pubblica, dunque, sono caratterizzate da una struttura sostanzialmente assimilabile alla tipologia societaria così come prevista dal diritto comune e la loro disciplina, quantunque trovi anch'essa un generale ancoraggio nella medesima normativa, ha tuttavia subito nel tempo alcune deroghe. Quest'ultime, seppur non abbiano modificato totalmente la struttura societaria, hanno tuttavia contribuito, anche alla luce dell'affermazione di un certo indirizzo

aggiunte a tutte quelle società che, storicamente, erano già presenti in settori fondamentali quali l'economia, le comunicazioni e l'energia elettrica.

Tuttavia, nonostante tali società, secondo l'A., si siano rivelate «mere estensioni dell'amministrazione partecipante, prive di qualsiasi capacità autonoma di sopravvivenza sul mercato, accumulatrici seriali di risultati negativi (...) queste entità sono cresciute in modo frenetico su tutto il territorio nazionale». A fronte dello sviluppo di una simile tendenza il Governo, a partire dal 2006, avrebbe deciso, così, di procedere all'implementazione di strumenti di misurazione e monitoraggio del fenomeno «il cui controllo è fortemente ostacolato dalla sua capacità di generarsi a tutti i livelli di Governo fino ai Comuni di piccola o piccolissima dimensione».

²⁰ In tal senso, F. CAPALBO, *Le società partecipate dagli enti pubblici: un problema di teoria generale*, cit., p. 6, e N. IRTI, in V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011, *Prefazione*, che chiaramente dà conto dell'ormai avvenuto «intreccio di confini» tra istituti pubblicistici e privatistici. Egli, infatti, afferma che «Non c'è insomma una essenza del diritto pubblico o privato; non ci sono istituti ontologicamente propri dell'uno o dell'altro (...) La neutralità delle tecniche sospinge verso il diritto comune cioè un diritto da cui la scelta politico-normativa è in grado di attingere per la tutela di qualsiasi interesse».

giurisprudenziale²¹, alla costruzione di un modello giuridico *sui generis*²².

La prima deroga ha specificamente riguardato l'aspetto legato all'organizzazione societaria: l'articolo 2449 del Codice civile, infatti, prevede l'esplicita riserva a favore dello Stato o di enti pubblici nella nomina di uno o più amministratori, sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza; nomina che, tuttavia, deve avvenire in misura proporzionale alla quota di partecipazione sociale²³.

²¹ Il riferimento è ad alcune «ricostruzioni “pubblicizzanti” operate da un orientamento del Consiglio di Stato formatosi nei primi anni del nuovo millennio». Quest'ultima espressione è di P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 393 ss., al quale si rimanda per ogni ulteriore approfondimento sul tema.

Basti in tale sede aggiungere che tale parte della giurisprudenza amministrativa, muovendo dal principio della neutralità della forma societaria rispetto alla natura dello scopo, è arrivata a delineare le società partecipate come soggetti a prevalente pubblicistica in quanto, ai fini dell'identificazione della natura pubblica di un soggetto, «il perseguimento di uno scopo pubblico non è di per sé in contraddizione con il fine societario lucrativo, descritto dall'art. 2247 c.c.». Sul punto, cfr., Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001, nn. 1206 e 1207, la prima con nota di R. GAROFOLI, *Servizio pubblico e società pubbliche: implicazioni in punto di giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2001, p. 636 ss., e M. GIGANTE, *Verso la ripubblicizzazione di Poste italiane s.p.a.*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 2323 ss.; ID., 17 settembre 2002, n. 4711, con riferimento alla quale si rinvia a P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 486 ss.; ID., 5 marzo 2002, n. 1303, con riferimento alla quale si consideri L. IEVA, *Il diritto di accesso agli «atti privatistici» dei gestori di pubblici servizi*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2002, p. 1027 ss.

²² È lo stesso F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle “società pubbliche”*, in *Le Società*, 8-9, 2013, p. 978, a ricordare, con riferimento all'indagine sulla natura delle società pubbliche, che per un periodo vi è stata, da parte della Corte dei Conti, la tendenza a *riqualificare* la persona giuridica di tali società, allo scopo di affermare la propria giurisdizione, e «ciò soprattutto perché in passato si affermava, in modo erroneo, che la partecipazione dello Stato o di una pubblica amministrazione ad una società di capitali potesse alterarne la struttura, dando vita a un “tipo” di diritto speciale».

L'A. ritiene, dunque, errata tale impostazione in quanto la caratteristica di “specialità” di una società può discendere solo da un'espressa previsione legislativa che stabilisca un insieme di deroghe alla disciplina civilistica, nella direzione di «attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c., con la conseguente emersione normativa di un nuovo “tipo” con causa pubblica non lucrativa».

²³ Una iniziale disciplina sulle società pubbliche era contenuta negli articoli 2458-2460 del codice civile; a seguito della riforma del diritto societario, intervenuta ai sensi del d.lgs. n. 6 del 2003, la normativa in parola è stata trasferita negli articoli

Tale ultimo principio, non previsto nella formulazione originaria dell'articolo, è stato introdotto a seguito dell'intervento del legislatore nazionale che, anche sulla scorta di una precedente pronuncia europea, ha stabilito un ridimensionamento dell'ampio perimetro dei poteri in precedenza conferiti allo Stato in materia di nomine²⁴.

La previsione di cui all'articolo 2449 c.c. non sottrae, tuttavia, le società pubbliche dall'applicazione della disciplina generale di diritto comune in materia societaria in quanto, come affermato da autorevole dottrina, vi sarebbe una «perfetta identità di condizione giuridica fra impresa pubblica e impresa privata»²⁵, che giustificerebbe deviazioni

2449 e 2450. Inoltre, attraverso l'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 15 febbraio 2007, n. 10 convertito nella legge 6 aprile 2007, n. 46, il legislatore ha provveduto all'abrogazione dell'articolo 2450 c.c.

Attualmente, ad eccezione dell'articolo 2451, che riguarda le società per azioni di interesse nazionale, e del successivo articolo 2452, che riserva allo Stato o ad enti pubblici la nomina di uno o più amministratori nelle società cooperative, la normativa civilistica in materia di società a partecipazione pubblica è contenuta, dunque, nel solo l'articolo 2449, rubricato «Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici», sulla cui disciplina si avrà modo di ritornare al capitolo II, §2.

²⁴ Nello specifico, il legislatore nazionale ha limitato la portata derogatoria della citata normativa procedendo, attraverso l'articolo 13, comma 1 della legge 25 febbraio 2008, n. 34, ad una sostanziale riscrittura dell'articolo 2449 c.c., sulla scorta di una precedente sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2007, sez. I, in cause riunite C-463/04 e C-464/04, con nota di I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, II, p. 576 ss. Per una trattazione sul tema, si rimanda altresì a C. 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, p. 570 ss.; F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di Diritto Commerciale*, sez. VI, vol. X, Torino, Giappichelli, 2009, p. 254 ss.

²⁵ Così in F. GALGANO, G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, in DE NOVA G. (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Libro V, Art. 2497-2497-septies, Bologna, Zanichelli, II ed., 2014, p. 85 ss. Del resto, la stessa relazione ministeriale al Codice Civile del 1942, al punto n. 998 specificava espressamente che la «disciplina comune delle società per azioni deve applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme specifiche non dispongano diversamente (...) è 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».

Il principio della generale applicazione della normativa civilistica alle società pubbliche, salvo specifiche eccezioni, è affermato anche da F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società pubbliche"*, cit., p. 978, secondo il quale, «a parte i casi di società *c.d. legali* (istituite, trasformate o comunque disciplinate con legge

dal regime generale societario solo nella misura in cui ciò fosse necessario per il perseguimento di un determinato interesse pubblico sotteso all'emanazione della normativa speciale.

L'assimilazione delle società in mano pubblica agli enti privatistici è stata affermata anche avendo riguardo all'aspetto lucrativo *ex art. 2247 c.c.*²⁶. Sebbene non siano mancate letture in dottrina volte all'affermazione della sua inapplicabilità²⁷, è tuttavia oramai chiaro come lo scopo di lucro caratterizzi anche tali tipologie societarie²⁸, rappresentando una norma inderogabile persino

speciale), ci troviamo sempre di fronte a società di diritto comune, in cui pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti, che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che regola il funzionamento della società convivono».

²⁶ Secondo il quale le società svolgono un'attività economica allo scopo di dividere gli utili che da questa derivano. Il tema è stato affrontato, *inter alia*, da F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004 e, da ultimo, in ID., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. econ.*, 2013, p. 41 ss., ai quali si rinvia per tutti gli eventuali approfondimenti.

Sul significato dell'art. 2497 c.c. che può essere ricondotto anche alla protezione del carattere lucrativo delle società pubbliche, cfr. F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società pubbliche"*, cit., p. 978, che riconosce una valenza del tutto eccezionale, riservata alle sole società legali, la possibilità che si possa prevedere una fattispecie societaria «con causa pubblica non lucrativa».

²⁷ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 162 ss., parla espressamente di «contrasto ontologico» che vi sarebbe tra il fine di lucro e la pubblicità ed il fine di lucro, in quanto il primo è sempre diretto alla ricerca della propria massimizzazione e, per ciò stesso, incompatibile con il fine pubblicistico, inteso nella sua accezione di ricerca del bene comune di una determinata collettività.

²⁸ Cfr. la posizione espressa dal Consiglio di Stato che, nel parere n. 968 del 21 aprile 2016, reso sullo schema di decreto recante "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", ha confermato l'esistenza di una sua giurisprudenza volta ad affermare la «compatibilità tra "scopo pubblico" e "scopo lucrativo"».

A tal proposito, si afferma nel parere che «Lo strumento delle società è, infatti, utilizzato anche nel settore del diritto civile per il conseguimento di scopi non lucrativi: il riferimento è non solo alla disciplina dell'impresa mutualistica (art. 2511 e ss.), ma anche e soprattutto alla disciplina dell'impresa sociale. In particolare, il decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155 (Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118) prevede che possono acquisire detta qualifica tutte le organizzazioni private, ivi compresi gli enti societari, «che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale» (art. 1)».

dall'autonomia statutaria e che permea tutte le scelte da questa effettuate²⁹.

A seguito dei primi interventi di privatizzazione formale degli enti pubblici degli anni '90 dello scorso secolo³⁰, le società a

Il Consiglio di Stato richiama, a questo punto, una sua precedente sentenza, nella quale ricorda come, a seguito della riforma del diritto societario del 2003, «l'interesse sociale non ha una connotazione omogenea ed unitaria, in quanto confluiscono nell'assetto societario non solo interessi eterogenei che fanno capo agli stessi soci (si pensi al socio investitore e a quello imprenditore) ma anche interessi diversi riferibili a soggetti terzi» Sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574; ID., 9 dicembre 2004, n. 7900, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

Tale ragionamento porta il Consiglio di Stato a concludere che «l'interesse pubblico non è, pertanto, idoneo ad alterare il tipo societario conducendo alla configurazione di una società diversa da quella contemplata dal codice civile». Il testo integrale del parere è reperibile su https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/Notiziasingola/index.html?p=NSIGA_4074993.

²⁹ L'inderogabilità dello scopo di lucro persino dall'autonomia statutaria è stata espressamente in giurisprudenza. Sul punto cfr. Cass., sez. I, 12 aprile 2005, n. 7536, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, p. 4 ss., secondo cui «il principio di autonomia negoziale è applicabile al contratto di società di capitali, con i limiti derivanti dalla circostanza che l'art. 2249, cod. civ., nel prevedere che le società aventi ad oggetto l'esercizio di attività commerciali devono costituirsi secondo i tipi di legge, non consente l'adozione di clausole statutarie incompatibili con il tipo di società prescelto; ne consegue che, costituendo lo scopo di lucro un elemento essenziale e caratterizzante il tipo della società per azioni, l'assemblea straordinaria della società non può deliberare la sostituzione dello scopo lucrativo con uno scopo non lucrativo, mediante l'introduzione del divieto di distribuzione degli utili, al di fuori delle tassative ipotesi nelle quali è espressamente consentita l'utilizzazione del tipo della s.p.a. per uno scopo non lucrativo e del procedimento di trasformazione della società in società cooperativa; peraltro, la delibera dell'assemblea straordinaria di una s.p.a. che sostituisca, a livello statutario, allo scopo di lucro soggettivo uno scopo mutualistico, non incide sulla causa del contratto di società e neppure dà vita ad una società di tipo mutualistico e, benché illegittima, se sia stata adottata con la maggioranza stabilita per la modifica dello statuto della società e non sia stata impugnata, comporta l'utilizzazione della società per uno scopo diverso da quello inerente alla sua forma giuridica, sicché la successiva delibera che modifica la precedente, ripristinando lo scopo di lucro, a sua volta, neppure incide sulla causa del contratto di società e, conseguentemente, avendo ad oggetto una modificazione dello statuto, può validamente essere adottata con le maggioranze stabilite a questo fine».

³⁰ Tale processo ha avuto inizio a seguito dell'affievolimento dell'intervento pubblico nell'economia a partire dal 1960 che, nel giro di alcuni anni, ha condotto ad un sostanziale crollo del sistema delle partecipazioni statali, culminato con la soppressione, nel 1993, del Ministero delle partecipazioni.

Tuttavia, le privatizzazioni, in molti casi, non hanno prodotto un ridimensionamento della presenza pubblica nel contesto economico, in quanto hanno interessato solo la forma giuridica del soggetto (attraverso il mero passaggio da una

partecipazione pubblica sono state protagoniste di una duplice tendenza: in primo luogo si è assistito ad una crescita quantitativa considerevole di tali soggetti all'interno dell'ordinamento italiano³¹,

forma di diritto pubblico ad una di diritto privato), senza alcun effetto sugli aspetti legati alla *governance* (cd. privatizzazione "formale"). Solo in altri casi, alla trasformazione della forma giuridica è seguito un vero e proprio trasferimento di controllo ai soggetti privati (cd. privatizzazione "sostanziale").

Sul punto, cfr. L. CAMERIERO, *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'Iri alle società pubbliche*, in R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO (a cura di), *Le società pubbliche in house e miste*, p. 1 ss., ha evidenziato come, senza una privatizzazione sostanziale, «il mero mutamento della forma giuridica dell'ente titolare di partecipazioni societarie assume il significato di una diversa forma organizzativa dell'intervento pubblico nell'economia».

Peraltro, secondo quanto affermato da G. URBANO, op. cit., p. 2, il fenomeno della privatizzazione formale degli enti pubblici avvenuta a partire dagli anni '90, rappresenterebbe una delle tre cause che, storicamente, hanno dato avvio al fenomeno partecipatorio pubblico, insieme all'affermazione di uno "Stato imprenditore" a partire dagli anni '30 ed alla esternalizzazione delle attività in precedenza svolte da apparati amministrativi.

Per uno studio dei rapporti tra Stato ed economia, nonché delle varie fasi che hanno scandito nel tempo tali relazioni, v. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, V ed., Bari, Editori Laterza, 2015.

Le cause che hanno condotto alla crisi del sistema partecipatorio pubblico sono analizzate in modo puntuale da G. URBANO, op. cit., p. 6, che ne individua sostanzialmente quattro: «(i) nell'eccessiva espansione dei settori d'intervento, che ha reso pressoché impossibile il controllo ed il coordinamento del sistema; (ii) nel graduale abbandono dell'ottica imprenditoriale in favore di quella di sostegno di settori in crisi strutturale, per il perseguimento di finalità politiche e sociali; (iii) nella dipendenza del sistema dal meccanismo di finanziamento gestito dal potere politico, con conseguente asservimento del primo all'influenza del secondo; (iv) nell'inesistenza per le società a partecipazione pubblica della "sanzione economica" a tutela dell'equilibrio finanziario della gestione: il socio pubblico può destinare d'autorità, a differenza di quanto avviene nelle società a partecipazione privata, le risorse finanziarie necessarie alla propria impresa, libero dai condizionamenti del mercato».

³¹ I dati quantitativi sulle società a partecipazione pubblica operanti in Italia sono rinvenibili in una pluralità di documenti: all'interno della *Relazione sui dati relativi alla partecipazione da parte delle amministrazioni pubbliche a consorzi e società* – anno 2012 – trasmessa al Parlamento dal Ministro per la pubblica amministrazione e semplificazione il 7 marzo 2013, si afferma come il tasso di crescita degli enti partecipati dallo Stato o dagli enti locali si sia attestato nel 2012 intorno all'8% e circa 7.771 soggetti, con un costo complessivo calcolato in 15 miliardi di euro. Più recentemente, a testimonianza della continua crescita del fenomeno, cfr., *inter alia*, il Rapporto del Commissario straordinario per la revisione della spesa, Carlo Cottarelli, *Il programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, pubblicato in data 7 agosto 2014, in http://revisionedellaspesa.gov.it/documenti/Programma_partecipate_locali_master_copy.pdf, p. 7 ss., che ha rappresentato un rilevante punto di partenza per la successiva emanazione della legge delega di riforma della pubblica amministrazione n. 124 del 2015, e sul quale *amplius*, in questo capitolo, §2;

alla quale si è affiancata, per altro verso, un aumento vertiginoso della produzione normativa, molto spesso di carattere derogatorio, diretta a salvaguardare specifici interessi pubblici³².

Sono state infatti introdotte, all'interno nel sistema giuridico nazionale, una serie sempre più composta di disposizioni spesso contraddittorie, poco comprensibili³³ e frutto di opposte concezioni di politica legislativa³⁴ che hanno contribuito, in ultima analisi, alla

Da ultimo, CORTE DEI CONTI, Sezione delle autonomie, *Gli organismi partecipati dagli Enti territoriali, Osservatorio sugli organismi partecipati/controllati dai Comuni, Province e Regioni e relative analisi - Relazione 2016*, Roma 20 settembre 2016, in <https://cortedeiconti.it>.

³² Per una lettura approfondita dei vari interventi normativi che hanno inciso sulla disciplina delle società pubbliche si rimanda, *ex plurimis*, a L.B. BREA, M. CASAVECCHIA, G. REDI, *Società pubbliche, società di interesse nazionale, servizi pubblici, privatizzazioni, servizi pubblici locali, società in house. Elenco dei testi normativi. Parte I*, in *NDS*, 8, 2013, p. 70 ss., e ID., *Società pubbliche, società di interesse nazionale, servizi pubblici, privatizzazioni, servizi pubblici locali, società in house. Elenco dei testi normativi. Parte II*, in *NDS*, 9, 2013, p. 48 ss.

³³ Sul problema generale della scarsa qualità della legislazione che attanaglia l'ordinamento italiano cfr., *inter alia*, C. IBBA, *Liberalizzazioni, efficienza del sistema economico e qualità della produzione legislativa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 242 ss.; ID., *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 1 ss.; N. LUPO, *La lunga crisi del procedimento legislativo e l'impossibile qualità delle regole*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2013, p. 421 ss.; U. MORERA, N. RANGONE, *Sistema regolatorio e crisi economica*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2013, p. 383 ss.

³⁴ Tale considerazione, inizialmente sviluppata in A. BAUDINO, *La nomina degli amministratori delle società a capitale pubblico e misto*, in D. DI RUSSO, L. FALDUTO (a cura di), *Governo, controllo e valutazione delle società partecipate dagli enti locali*, Torino, edizioni MAP, 2009, p. 305 ss., è stata ripresa ed approfondita in ID., *L'amministrazione delle società a capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali dopo le modifiche introdotte dal D.L. 95/2012 in tema di contenimento della spesa pubblica, dal D. Lgs. 39/2013 in tema di incompatibilità degli incarichi, dalla legge di stabilità per il 2014*, in *NDS*, 5, 2015, p. 18 ss.

L'A., proprio con riferimento ai diversi indirizzi di politica legislativa susseguitisi negli anni, afferma che «(...) con un occhio, infatti, il legislatore volge lo sguardo al sistema del diritto societario. Da questa prospettiva, il legislatore individua nella società di capitali un modello organizzativo dell'attività di impresa altamente perfezionato che, per le sue caratteristiche di efficienza ed affidabilità, da un lato si presta ad essere utilizzato per il perseguimento di finalità di interesse pubblico a prima vista incompatibili con la finalità di lucro che caratterizza il contratto sociale (nell'accezione di cui all'art. 2247 c.c.); d'altro lato consente di dare piena attuazione ai principi ispiratori della disciplina di emanazione comunitaria volta a garantire la concorrenza sui mercati nazionali e comunitari

creazione di un sistema di deroghe alla disciplina contenuta all'interno del Codice civile, peraltro soggetto anch'esso a continue modifiche ed aggiustamenti ad opera della legge ordinaria che, spesso, non ha mancato di mostrare finalità e logiche ispiratrici diverse e non facilmente conciliabili³⁵.

Emergono, dunque, una serie di limiti all'operatività delle norme civilistiche generali che, in molti casi, hanno subito una deroga di carattere esplicito da parte di norme speciali, ovvero implicito per il sopravvenire di profili di incompatibilità con la normativa speciale successivamente adottata con riferimento a casi specifici.

Tutto ciò ha fatto sì che la disciplina sulle società a partecipazione pubblica fosse caratterizzata, in ultima analisi, da un'accentuata eterogeneità di fonti che, se per un verso ha prodotto una normativa sempre più frastagliata e complessa³⁶, per altro ha progressivamente accentuato il carattere di specialità³⁷, creando non

(...).Con l'altro occhio, il legislatore punta invece lo sguardo sul mondo del diritto amministrativo, caratterizzato dall'esercizio, da parte dello Stato e degli enti pubblici, di ampi poteri di imperio, volti a garantire il perseguimento di interessi pubblici che spesso sfuggono ad una logica d'impresa. Da questa prospettiva, la partecipazione dell'ente pubblico al capitale della società diventa il presupposto per l'emanazione di norme che comportano brusche deviazioni dai principi generali del diritto societario (...).

³⁵ A tal proposito A. BAUDINO, *L'amministrazione delle società a capitale pubblico di gestione dei servizi pubblici locali, dopo le novità introdotte dal d.l. 95/2012, in tema di contenimento della spesa pubblica e dal d. lgs. 39/2013 in tema di incompatibilità degli incarichi*, in *NDS*, 7, 2014, p. 40 ss., individua tali finalità, principalmente, nel «garantire l'efficienza e la qualità dei servizi, evitare effetti distorsivi della concorrenza sui mercati, moralizzare la gestione sottraendola alle logiche della politica, evitare gli sprechi e contenere la spesa pubblica».

³⁶ Sul punto cfr. C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica, oggi*, cit., p. 19, che autorevolmente afferma: «abbiamo a che fare con una legislazione a dir poco disordinata e contraddittoria, alla quale è davvero difficile attribuire significati congrui; ma ancora più difficile, in relazione ad alcune fattispecie, è capire come conciliare diritto societario e diritto pubblico, e quale dei due debba prevalere in caso di conflitto».

³⁷ Così si esprime M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2, 2009, p. 253 ss. che, nel passare in rassegna gli interventi normativi che si sono succeduti negli ultimi anni, ha ravvisato una tendenza all'accentuazione dei profili di specialità. Ciò avrebbe anche fatto emergere alcune differenze di regime tra macro-categorie di imprese pubbliche. Secondo l'A., inoltre, «Queste

solo confusione ed incertezze applicative³⁸, ma favorendo pratiche elusive della norma, gestioni poco efficienti e scarsamente rispettose dell'impiego di risorse pubbliche³⁹.

Negli ultimi anni, tuttavia, il legislatore, anche sulla scorta di sollecitazioni internazionali⁴⁰, è intervenuto allo scopo di porre un freno all'incessante e, talvolta, ingiustificato susseguirsi di interventi normativi che, toccando i più svariati temi attinenti la gestione ed il

nuove specialità si aggiungono alle vecchie specialità derivanti soprattutto dalle leggi singolari che disciplinano una particolare società, anche in concomitanza con la privatizzazione formale di enti pubblici. In questo quadro la stessa linea di confine tra pubblico e privato diventa ancor più incerta».

³⁸ Rispetto a tale questione P. BENAZZO, *La governance nelle società a partecipazione pubblica tra diritto comune e diritto speciale*, in *RDS*, 1, 2011, p. 20, nell'analizzare le principali caratteristiche della legislazione in materia di società a partecipazione pubblica, conferma che «se, da un lato, l'incertezza e le contraddizioni regnano sovrane, è altrettanto indubbio, dall'altro lato, che tutto ciò genera inefficienze le quali, alla lunga, penalizzano e discriminano le stesse imprese pubbliche, conducendo così, paradossalmente, a un risultato, in verità antitetico a quello che (da sempre) giustifica il ricorso allo strumento societario (anche) ad opera della pubblica amministrazione».

³⁹ La questione sarebbe ancora più evidente a livello locale. A tal proposito, P. BENAZZO, *La governance nelle società a partecipazione pubblica tra diritto comune e diritto speciale*, cit., p. 21, ricorda come «(...) soprattutto sul piano delle partecipate da enti locali – il ricorso alla società si sia trasformato da strumento (positivo) di «efficienza operativa» a (mero) strumento di «conservazione di privilegi» (leggasi affidamenti diretti) o di (formale) «allocazione esterna» in elusione dei vincoli di trasparenza e di spesa altrimenti incombenti sull'azione pubblica».

In senso conforme, cfr. F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ, *Introduzione. Profili generali della riforma*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di) *Le società pubbliche*, vol. I, cit., p. 20 ss., secondo cui la finalità dell'utilizzo dello strumento societario abbia sostanzialmente di carattere «meramente segregativo», in quanto volto al mantenimento della «sacca» del privilegio derivante dall'*affidamento diretto* della gestione di attività e servizi pubblici a società partecipate, in deroga ai fondamentali principi della concorrenza tra imprese e della trasparenza». Tutto questo, secondo gli Autori, avrebbe avuto in ultima analisi «l'effetto di trasformare talora il modello di gestione da strumento di *efficienza* in strumento di *protezione* e in taluni casi in *escamotage* per eludere i c.d. patti di stabilità e le regole di contabilità pubblica».

⁴⁰ Cfr. OECD, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises – A survey of OECD Countries*, 2005, che assoggetta, in linea di principio, le società pubbliche integralmente alle regole comuni del diritto societario, salvo deroghe necessarie ai fini del perseguimento degli interessi pubblici. Tali deroghe, in particolare, dovranno essere valutate sulla base del principio di stretta proporzionalità.

funzionamento delle società pubbliche⁴¹, ne hanno accentuato il carattere di specialità (con i conseguenti risvolti problematici cui si è fatto cenno poc'anzi), in un'ottica di complessiva sistematizzazione e razionalizzazione della materia.

⁴¹ Sul punto cfr. M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 7 ss., che individua principalmente tre linee di intervento lungo le quali si è sviluppato il sistema delle deroghe al diritto comune. Una prima direttiva ha ad oggetto una serie di limiti all'operatività delle società a partecipazione pubblica, che persegue un intento di "moralizzazione" del fenomeno, a causa dei numerosi sprechi riscontrati, soprattutto a livello locale. Rientrano in quest'ambito le misure riguardanti i limiti alla composizione degli organi sociali delle società locali (art. 1, co. 729, legge 27 dicembre 2006, n. 296, Legge finanziaria 2007), nonché al livello dei compensi (art. 3, co. 44, legge n. 244 del 2007 – Legge finanziaria 2008). A queste si aggiunge l'imposizione del divieto di ricorrere ad arbitrati, previsto all'art. 3, co. 20, legge n. 244 del 2007.

Una seconda direttrice attiene agli ambiti di specialità specificamente introdotti con finalità "antielusive" dei vincoli posti a presidio dell'organizzazione e dell'attività degli enti pubblici. Il principale esempio è costituito dall'art. 18, decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133 che, al primo comma prevede che per le società che gestiscono servizi pubblici locali a partecipazione pubblica totalitaria, trovino integrale applicazione i principi concorsuali in materia di reclutamento del personale di cui all'art. 35 del d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165 («Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche», in *G.U.* n. 106 del 9 maggio 2001).

Infine, secondo l'A. vi sarebbe una terza linea direttrice di deroghe volte all'introduzione di limiti all'operatività, all'attività ovvero all'oggetto della società partecipata, allo scopo di evitare che si possa incorrere in distorsioni della concorrenza derivanti dalla presenza di tali società all'interno del mercato. In questa direzione si muove il decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con legge n. 248 del 2006 (c.d. Decreto Bersani) che, all'art. 13, prevede che tali società debbano operare esclusivamente a favore degli enti partecipanti, costituenti o affidanti.

Al contempo, anche la giurisprudenza ha introdotto profili di specialità, estendendo agli amministratori e ai dipendenti delle società a partecipazione pubblica il regime della responsabilità amministrativa, sottoponendoli alla giurisdizione della Corte dei conti. Cfr. Corte Cass., 26 febbraio 2004, n. 3899, che ha dichiarato che la responsabilità amministrativa e la conseguente giurisdizione della Corte dei conti sussistono anche nei confronti degli amministratori di una società per azioni a partecipazione quasi totalitaria di un ente locale, quando tra la società e l'ente locale si stabilisce un rapporto di servizio, «ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo».

Si è giunti, così, alla legge di riforma della pubblica amministrazione⁴² contenente, *inter alia*, la delega ad una riorganizzazione delle società partecipate. Delega che è stata esercitata attraverso la successiva emanazione del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica (d. lgs. n. 175 del 2016) rispetto al quale, anticipando quanto sarà ampiamente argomentato nel prosieguo, si riscontra, ferme restando le necessarie e giustificate eccezioni, una generale tendenza in senso “centripeta” nei confronti della disciplina di diritto comune⁴³.

⁴² Si tratta della legge 07 agosto 2015, n. 124 «Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche», in *G.U.* n. 137 del 13 agosto 2015.

⁴³ L’espressione è stata acutamente utilizzata da P. BENAZZO, *La governance nelle società a partecipazione pubblica tra diritto comune e diritto speciale*, cit., p. 21 ss., per indicare la recente affermazione di una legislazione caratterizzata da un progressivo riallineamento al diritto comune, intesa come un «progressivo contenimento dei profili di specialità».

In particolare l’A., individua tre fasi attraverso le quali si è sviluppata la disciplina legale della fattispecie in commento: la prima è quella che egli definisce della «omologazione» del pubblico al privato. Questa risale al Codice civile e si caratterizza per una scarsa attenzione al fenomeno delle partecipazioni pubbliche all’interno delle società di capitali, se non per il solo aspetto legato alla nomina dei componenti degli organi sociali da parte dell’ente pubblico socio; ciò «(...) a dimostrazione di come l’opzione di fondo, dell’epoca fosse nel senso di assoggettare, per quanto più possibile, anche il socio pubblico (e le dinamiche della presenza del pubblico) al diritto societario comune».

Segue, poi la seconda fase cd. «centrifuga» che, attivata dal processo di privatizzazione degli anni novanta, ha prodotto una vera e propria esplosione del fenomeno della partecipazione azionaria pubblica sullo scenario economico e sociale. Ad essa, secondo l’A., si sarebbe affiancata una deflagrazione del diritto speciale «con tutt’altro che trascurabili “iniezioni” di principi e regole pubbliche nel tessuto del diritto societario comune».

Si arriva, dunque, alla terza ed ultima fase «centripeta», rispetto alla quale vengono individuati due “sotto-processi” di «erosione» del pubblico: l’uno, di tipo «virtuoso», nell’ambito del quale si rintraccia una valorizzazione dei principi di diritto comune conseguente ad una riduzione del «tasso di specialità e di singolarità delle società pubbliche».

L’altro, «vizioso», si concretizza in una tendenza alla riduzione del pubblico attraverso, tuttavia, interventi di legislazione speciale che hanno finito per limitare considerevolmente il raggio di azione di tali società, in alcuni casi inutili se non, addirittura, dannosi perché discriminatori rispetto alle società private. Il riferimento è, principalmente, agli interventi che incidono sugli assetti organizzativi, sui requisiti di eleggibilità e di remunerazione dei membri degli organi sociali, nonché sui «tagli (in senso trasversale e acritico) del numero delle società a partecipazione pubblica (in particolare degli enti locali)».

2. LA LEGGE DI RIFORMA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (L. N. 124 DEL 2015): OBIETTIVI E CRITERI DI DELEGA PER IL RIORDINO DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA.

La generale crisi economica, la perdurante inefficienza della *governance* societaria pubblica, le esigenze di *spending review*⁴⁴ e di un complessivo aggiustamento del “disordine regolativo”⁴⁵, rappresentano i principali fattori che, nel tempo, hanno caratterizzato e segnato l'intero sistema partecipatorio pubblico, soprattutto a livello locale, tanto da spingere l'allora Commissario straordinario per la

⁴⁴ Decreto-legge 06 agosto 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, in Legge 07 agosto 2012, n. 135, recante «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario» (c.d. «Spending review»), in *G.U.* n. 156 del 6 luglio 2012 – S.O. n. 141 e, successivamente alla conversione, in *G.U.* n. 189 del 14 agosto 2012 – S.O. n. 173.

⁴⁵ La dottrina, infatti, non aveva mancato di sottolineare con forza le negatività di una simile situazione, auspicando un tempestivo intervento legislativo di riordino dell'intera disciplina. Così M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giornale dir. amm.*, 10, 2009, p. 1115 ss. Secondo l'A., vi sarebbero quattro principali questioni che caratterizzerebbero negativamente le norme sulle società pubbliche: «il disordine regolativo; il prevalente approccio unitario ad una categoria di soggetti giuridici che omogenea non è; l'inattuazione delle più innovative riforme tentate; una giurisprudenza erratica e talora contraddittoria».

Dal canto suo, M. CLARICH, op. cit., p. 253 ss., ha riscontrato, negli ultimi interventi normativi, un'accentuazione dei profili di specialità e, «considerata la varietà, l'estensione e anche le diverse giustificazioni poste alla base delle deroghe al diritto comune e ai vincoli cui sono sottoposte le imprese pubbliche, sarebbe auspicabile che il legislatore nazionale avvii un processo di riordino», che definisce una disposizione generale «Taglia-specialità».

Quest'ultimo, secondo l'A., dovrebbe prendere avvio dall'approvazione di una legge di delega con lo scopo di procedere a tale riordino sulla base del criterio di proporzionalità così come indicato dal Rapporto dell'Ocse sul quale, cfr. OECD, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises: A Survey of OECD Countries*, Oecd Publishing, 2005, p. 188 che sottolinea come «When streamlining the legal form of SOEs, governments should base themselves as much as possible on corporate law and avoid creating a specific legal form when this is not absolutely necessary for the objectives of the enterprise.(...)».

revisione della spesa, Carlo Cottarelli, a redigere un *Rapporto*⁴⁶, nel quale è contenuta una strategia riordino dell'intera galassia delle società a partecipazione pubblica locale⁴⁷, basata principalmente su quattro linee di azione: in primo luogo, la delimitazione del campo di azione di tali società all'interno i confini dei propri compiti istituzionali⁴⁸; in secondo luogo, la previsione di una serie di vincoli diretti sulle varie forme di partecipazioni⁴⁹.

⁴⁶ Il *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali* trae la propria origine da quanto stabilito dall'articolo 23, del decreto-legge del 24 aprile 2014, n. 66 («Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale», in *G.U.* n. 95 del 24 aprile 2014) convertito, con modificazioni, nella legge del 23 giugno 2014, n. 89, che affida al Commissario straordinario il compito di predisporre, entro il 31 luglio 2014, anche ai fini di una loro valorizzazione industriale, «un programma di razionalizzazione delle aziende speciali, delle istituzioni e delle società direttamente o indirettamente controllate dalle amministrazioni locali incluse nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196».

Per un commento, soprattutto in chiave critica, dei principali contenuti del Piano, cfr. S. MAROTTA, *Le privatizzazioni e i pregiudizi del piano Cottarelli*, 20 settembre 2014, in www.economiaepolitica.it.

⁴⁷ Il presupposto di partenza, infatti, è rappresentato dalla consapevolezza che, nonostante da più parti sia stata avanzata l'opinione che il settore delle partecipate locali dovesse essere riformato in modo radicale, tuttavia gli interventi posti in essere sono stati di carattere occasionale. Da qui, la volontà, espressa nel *Rapporto*, di perseguire una strategia di riordino con l'obiettivo «di ridurre il numero delle partecipate “da 8.000 a 1.000” nel giro di un triennio, di favorirne l'aggregazione e lo sfruttamento di economie di scala e, anche per questa via, di migliorarne l'efficienza, con benefici per la finanza pubblica (...) e per la qualità dei servizi offerti».

Peraltro, è lo stesso Programma a dichiarare apertamente nelle premesse che «il mondo delle partecipate delle amministrazioni locali (...) è molto complesso per numero di operatori, interconnessioni esistenti tra questi e varietà delle attività svolte. Le partecipate hanno un ruolo essenziale per lo svolgimento delle funzioni degli enti locali, ma questo ruolo potrebbe essere perseguito in modo più efficiente e trasparente. Il programma di razionalizzazione qui proposto mira a efficientare il sistema, semplificarlo attraverso una riduzione del numero delle partecipate, aumentarne la trasparenza e ridurre i costi di amministrazione».

⁴⁸ Essa rappresenta nient'altro che la concreta attuazione dell'approccio maggiormente sostanzialistico enucleato, in precedenza, dalla legge finanziaria del 2008 (legge n. 244 del 2007), che all'art. 3, co. 27, prevede: «Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le (amministrazioni pubbliche) non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società».

Sulla base di tali criteri, il Rapporto propone una lista di attività rispetto alle quali la presenza di una partecipata verrebbe consentita solamente a seguito dell'emanazione di una delibera da parte dell'ente partecipante. Qualora la società

Segue, poi, la terza direttrice, caratterizzata in sostanza dall'aumento del livello di trasparenza delle informazioni riguardanti le partecipate, al fine di migliorarne l'efficienza⁵⁰, la cui promozione, infine, rappresenta la quarta linea di azione da attuare attraverso specifici strumenti⁵¹.

All'interno del Programma, poi, si rinvengono ulteriori considerazioni circa la necessità di un contenimento dei costi di amministrazione⁵², nonché misure aggiuntive e strumentali alla sua attuazione concreta, che riguardano essenzialmente la creazione di incentivi alla razionalizzazione del settore e percorsi diretti alla

partecipata dovesse decidere di operare in ulteriori settori, la decisione dell'ente partecipante in questo dovrebbe essere vagliata da un ente esterno (ad esempio, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato).

⁴⁹ L'intenzione è quella di scongiurare il mantenimento di partecipazioni azionarie che non sono essenziali. A tale scopo, il Piano propone, da un lato, di limitare le seguenti tipologie: «partecipazioni indirette (partecipate di partecipate), “micropartecipazioni” (partecipazioni troppo piccole per essere considerate strategiche), le “scatole vuote” (partecipate con un numero bassissimo di dipendenti e fatturato, ma che comunque richiedono un apparato di amministrazione), partecipate in perdita prolungata, partecipate da piccoli comuni». Dall'altro lato, si immagina di procedere ad un'eliminazione o, in alternativa, ad un rilevante ridimensionamento degli affidamenti diretti, nonché la predisposizione di una disciplina maggiormente restrittiva per le fondazioni pubbliche.

⁵⁰ Una maggiore trasparenza delle informazioni sarebbe funzionale, infatti, ad un aumento di pressione dell'opinione pubblica che, a sua volta, genererebbe una maggiore efficienza, principalmente attraverso la predisposizione di un Testo unico sulle partecipate e, soprattutto, la creazione di una banca dati unica su tali società.

⁵¹ Anche in questo caso, viene proposta una strategia di promozione dell'efficienza imperniata principalmente su quattro aree: «Primo, l'uso diffuso dei costi standard come strumento di gestione, incluso per la determinazione dei trasferimenti necessari alle partecipate. Secondo, l'aggregazione di partecipate che offrono servizi simili. Questo aspetto è particolarmente rilevante per il settore dei servizi pubblici locali a rete (acqua, gas, rifiuti e elettricità). La soluzione è quella di utilizzare la disciplina sugli ambiti territoriali ottimali per promuovere gare e affidamenti su territori sufficientemente ampi. Terzo, una strategia ad hoc per il difficile caso del trasporto pubblico locale, che manifesta perdite particolarmente elevate ed indici di efficienza molto deboli anche sulla base di confronti internazionali. Quarto, la definizione, per le venti partecipate con perdite più elevate, di piani di rientro che dovrebbero essere approvati centralmente, con possibilità di commissariamento in assenza di progressi».

⁵² Questo dovrebbe necessariamente passare attraverso misure incidenti sulla *governance* societaria, ossia la riduzione del numero e della remunerazione degli amministratori.

salvaguardia del personale in esubero, cui si aggiungono misure di carattere sanzionatorio⁵³.

Molte delle indicazioni fornite dal Rapporto del Commissario Cottarelli – alle quali, purtroppo, si è potuto riservare solo brevi cenni – sono confluite nella successiva emanazione della legge di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche⁵⁴.

Quest'ultima, nell'ambito delle deleghe in materia di semplificazione normativa e nell'ottica di un generale ripensamento dell'assetto e dell'organizzazione del modello societario pubblico, ha fissato *in primis*, all'articolo 16, una serie di principi e criteri direttivi "generalisti", comuni ai tre settori oggetto della delega che, oltre alle menzionate partecipazioni azionarie pubbliche, comprendono anche la disciplina del «lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e connessi profili di organizzazione amministrativa» (art. 16, co. 1, lett. a), e dei «servizi pubblici locali di interesse economico generale» (art. 16, co. 1, lett. c).

Tali principi e criteri direttivi spaziano, dunque, dalla necessità di predisposizione di un testo unico, anche ai fini di un coordinamento di tipo formale e sostanziale della disciplina vigente, alla risoluzione di eventuali antinomie ed indicazioni chiare delle norme abrogate,

⁵³ Si tratta della possibilità di individuare una responsabilità personale per gli amministratori dell'ente controllante e dei medesimi organi della società partecipata, nel caso in cui questi si rendano inadempienti rispetto agli obblighi fissati dalla normativa.

⁵⁴ Legge 7 agosto 2015, n. 124 («Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche»). Un commento alle principali novità della legge delega è contenuto in R. BIANCHINI, *La riforma del sistema delle società a partecipazione pubblica*, e-book, in *Diritto*, Altalex editore, 2015; S. VUOTO, *La riforma dell'amministrazione pubblica alla luce della legge n. 124/2015*, in E. CATELANI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI (a cura di), *Profili attuali di diritto costituzionale*, Pisa University Press, Pisa, 2016, p. 307 ss.

nonché all'aggiornamento delle procedure, promuovendo un maggiore utilizzo della tecnologia⁵⁵.

È tuttavia, l'articolo 18 a rappresentare il “centro nevralgico” della riforma delle partecipazioni pubbliche, il cui primo comma stabilisce che il Governo adotti un decreto legislativo di riordino che, oltre ai criteri direttivi ed ai principi di cui al precedente art. 16, rispetti anche quelli specificamente previsti per tale settore.

Questi ultimi, a loro volta, si articolano in due “tipologie”: innanzitutto, sono previsti una serie di principi e criteri direttivi comuni a tutte le società a partecipazione pubblica, a prescindere dalla natura del soggetto pubblico partecipante (centrale ovvero locale)⁵⁶, e

⁵⁵ Secondo quanto stabilito dall'articolo 16, co. 2, l. n. 124 del 2015, i principi ed i criteri direttivi “generali” sono così definiti: «a) elaborazione di un testo unico delle disposizioni in ciascuna materia, con le modifiche strettamente necessarie per il coordinamento delle disposizioni stesse, salvo quanto previsto nelle lettere successive; b) coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni legislative vigenti, apportando le modifiche strettamente necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo; c) risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia; d) indicazione esplicita delle norme abrogate, fatta salva l'applicazione dell'articolo 15 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile; e) aggiornamento delle procedure, prevedendo, in coerenza con quanto previsto dai decreti legislativi di cui all'articolo 1, la più estesa e ottimale utilizzazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, anche nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa».

⁵⁶ I principi e criteri direttivi comuni a tutte le società partecipate sono: «a) distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa; b) ai fini della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale; applicazione dei principi della presente lettera anche alle partecipazioni pubbliche già in essere; c) precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli

basati principalmente su una chiara distinzione delle diverse categorie di società; sulla definizione di condizioni e limiti per il mantenimento delle partecipazioni nonché del regime di responsabilità dell'organo gestorio, e sulla razionalizzazione dell'assetto normativo attraverso l'eliminazione delle sovrapposizioni tra regole ed istituti che disciplinano medesimi aspetti.

Il legislatore, inoltre, si occupa nello specifico delle partecipazioni azionarie pubbliche locali prescrivendo, ai fini dell'emanazione del decreto attuativo, il rispetto di ulteriori sette principi⁵⁷, giustificati sulla base della considerazione per cui il settore

organi di gestione e di controllo delle società partecipate; d) definizione, al fine di assicurare la tutela degli interessi pubblici, la corretta gestione delle risorse e la salvaguardia dell'immagine del socio pubblico, dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, anche al fine di garantirne l'autonomia rispetto agli enti proprietari; e) razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, finalizzati al contenimento dei costi, tenendo conto delle distinzioni di cui alla lettera a) e introducendo criteri di valutazione oggettivi, rapportati al valore anche economico dei risultati; previsione che i risultati economici positivi o negativi ottenuti assumano rilievo ai fini del compenso economico variabile degli amministratori in considerazione dell'obiettivo di migliorare la qualità del servizio offerto ai cittadini e tenuto conto della congruità della tariffa e del costo del servizio; f) promozione della trasparenza e dell'efficienza attraverso l'unificazione, la completezza e la massima intelligibilità dei dati economico-patrimoniali e dei principali indicatori di efficienza, nonché la loro pubblicità e accessibilità; g) attuazione dell'articolo 151, comma 8, del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, in materia di consolidamento delle partecipazioni nei bilanci degli enti proprietari; h) eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo; i) possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento; l) regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate secondo i criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato».

⁵⁷ Art. 18, co, 1, lett. m), così definiti: «1) per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative, definizione di criteri e procedure per la scelta del modello societario e per l'internalizzazione nonché di procedure, limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione e la razionalizzazione di partecipazioni, anche in relazione al numero dei dipendenti, al fatturato e ai risultati di gestione; 2) per le società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale, individuazione di un numero massimo di esercizi con perdite di bilancio che comportino obblighi di liquidazione delle società, nonché definizione, in conformità con la disciplina dell'Unione europea, di criteri e strumenti di gestione volti ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico e ad evitare effetti

delle società partecipate dagli enti territoriali rappresenta l'ambito caratterizzato dalle maggiori criticità e, per ciò stesso, suscettibile di previsioni ancora più specifiche⁵⁸.

distorsivi sulla concorrenza, anche attraverso la disciplina dei contratti di servizio e delle carte dei diritti degli utenti e attraverso forme di controllo sulla gestione e sulla qualità dei servizi; 3) rafforzamento delle misure volte a garantire il raggiungimento di obiettivi di qualità, efficienza, efficacia ed economicità, anche attraverso la riduzione dell'entità e del numero delle partecipazioni e l'incentivazione dei processi di aggregazione, intervenendo sulla disciplina dei rapporti finanziari tra ente locale e società partecipate nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e al fine di una maggior trasparenza; 4) promozione della trasparenza mediante pubblicazione, nel sito internet degli enti locali e delle società partecipate interessati, dei dati economico-patrimoniali e di indicatori di efficienza, sulla base di modelli generali che consentano il confronto, anche ai fini del rafforzamento e della semplificazione dei processi di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche partecipanti e delle società partecipate; 5) introduzione di un sistema sanzionatorio per la mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzione di cui al presente articolo, basato anche sulla riduzione dei trasferimenti dello Stato alle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni in materia; 6) introduzione di strumenti, anche contrattuali, volti a favorire la tutela dei livelli occupazionali nei processi di ristrutturazione e privatizzazione relativi alle società partecipate; 7) ai fini del rafforzamento del sistema dei controlli interni previsti dal testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli enti locali soci, attraverso specifici flussi informativi che rendano analizzabili e confrontabili i dati economici e industriali del servizio, gli obblighi di servizio pubblico imposti e gli standard di qualità, per ciascun servizio o attività svolta dalle società medesime nell'esecuzione dei compiti affidati, anche attraverso l'adozione e la predisposizione di appositi schemi di contabilità separata».

⁵⁸ Sulla questione degli organismi partecipati dalle amministrazioni locali, si è più volte espressa la Corte dei Conti con una specifica indagine condotta nel 2010. Sul punto, cfr. CORTE DEI CONTI, *Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di comuni e province* - approvata nell'adunanza del 22 giugno 2010, e riferita all'arco temporale dal 2005 al 2008, con analisi finanziarie fino al 2009 (Del. n. 14/SEZAUT/2010/FRG). Per la consultazione del testo integrale della delibera si rimanda a:

http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/sez_autonomie/2010/delibera_14_2010_aut.pdf.

Successivamente, lo stesso *Dossier* della Camera dei deputati, sulla legge 7 agosto 2015, n. 124, Schede di lettura, n. 303/3, 15 ottobre 2015, ricorda come la Corte dei Conti sia tornata nuovamente sul tema, nell'ambito della redazione del *Rapporto 2013 sul coordinamento della finanza pubblica*, approvato dall'adunanza delle Sezioni riunite in sede di controllo del 23 maggio 2012 (Del. n. 6SSRRCO/RCFP/13), nel quale «La magistratura contabile rileva che nell'ambito dei controlli dei rapporti finanziari tra ente locale/società partecipata sono emerse varie anomalie, quali forme di irregolarità contabile (es.: utilizzo diverso da quello consentito dalla legge di plusvalenze da alienazioni create fittiziamente attraverso cessioni a società), forme di elusione dei vincoli all'indebitamento (es: alienazioni infragruppo in cui è la società che finanzia l'ente locale indebitandosi), situazioni che pongono a rischio l'equilibrio finanziario dell'ente (es.: inesigibilità dei crediti

I principi ed i criteri direttivi enunciati all'articolo 18, ai fini dell'emanazione del decreto di riordino sulle società a partecipazione pubblica sono funzionali, in sostanza, al perseguimento degli obiettivi individuati dallo stesso articolo: «assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza», nell'ambito di una prospettiva di efficienza complessiva del sistema⁵⁹.

Rispetto a quanto sinora illustrato è necessario aggiungere altri due aspetti: in primo luogo, la *ratio* della legge n. 124 del 2015 è quella di procedere ad un'opera di sistematizzazione coerente ed organica dell'intera materia delle partecipazioni pubbliche.

In secondo luogo, il principale merito della riforma in commento può essere sicuramente ravvisato nella ricerca di strumenti di equilibrio tra l'imprescindibile esigenza di una efficiente gestione

nei confronti di una società in costante situazione di perdita). Tra le più gravi patologie, la presenza di una massa creditizia vantata dalla società in misura superiore ai debiti (residui passivi) dell'ente locale, ad esempio, in presenza di sottostima da parte dell'ente locale dei corrispettivi dei contratti di servizio, con il formarsi di una rischiosa situazione di squilibrio finanziario dell'ente».

Da ultimo, si segnalano le recenti analisi condotte dal giudice contabile nel mese di giugno del 2014, attraverso la presentazione al Parlamento di una *Relazione sugli Organismi partecipati dagli Enti territoriali* (Del. n. 15/SEZAUT/2014/FRG, 6 giugno 2014), e nel 2015, con la presentazione di una ulteriore *Relazione* (Del. n. 24/SEZAUT/2015/FRG), per la cui consultazione si rinvia a http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/sez_autonomi_e/2015/20150720_20150722_Deln024_FRG_Organismi_Partecipati_Linkrelto.pdf.

⁵⁹ Cfr. G.M. FLICK, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato* (artt. 7 e 18 della Legge 124/2015), Intervento per il seminario su "Legalità e prevenzione della corruzione – Il ruolo e la responsabilità dei liberi professionisti", Auditorium Camera di Commercio, Prato, 6 novembre 2015, p. 6, che, riflettendo sulle alternative possibili al fine di implementare un efficace modello di prevenzione della corruzione, ravvisa nelle caratteristiche della legge delega n. 124 del 2015 la «prospettiva più logica», in quanto essa punta ad una «disciplina semplificata e efficiente; unitaria ed uguale per tutti (privati *tout court* e privati in mano pubblica); calibrata sulle peculiarità privatistiche del loro modo di agire e della loro autonomia organizzativa e operativa; con un controllo rigoroso dello Stato sull'applicazione di quella disciplina».

societaria, secondo i canoni civilistici⁶⁰, e di garanzia dei principi concorrenziali, ed il perseguimento degli obiettivi d'interesse generale cui sono chiamati gli enti pubblici che partecipano alla società – ove non in contrasto con l'oggetto sociale⁶¹ – che rende necessario il mantenimento e/o l'introduzione di alcune deroghe⁶².

⁶⁰ È stato da più parti osservato, infatti, che attraverso una iper regolamentazione del fenomeno delle società pubbliche, portata avanti per molti anni, il legislatore abbia sostanzialmente finito per alterarne la struttura societaria, riconducendole a soggetti meritevoli di uno *ius singolare*, attraverso la creazione di un coacervo di disposizioni nel quale si è spesso faticato a muoversi. Sul punto cfr., F. FIMMANÒ, *La crisi delle società di calcio professionistico a 10 anni dal caso Napoli*, in *Gazz. forense*, 4, 2014, p. 8 ss., che afferma come in questi casi il potere legislativo diventi sostanzialmente una «*machine a faire lois*, invece di dettare norme efficienti e cercare nell'armonia del sistema le soluzioni più giuste».

Al contrario, i principi ed i criteri direttivi previsti dalla legge delega n. 124 tentano di guidare il Governo nel ridefinire una disciplina che sia maggiormente “permeabile” a quella societaria di diritto comune. In questo senso vanno, dunque quelli volti, ad esempio, alla definizione di un regime di responsabilità degli amministratori, alla razionalizzazione e riduzione delle società sulla base di criteri di efficacia, efficienza ed economicità, nonché alla possibilità che vengano predisposti piani di rientro per quelle società che presentano bilanci in disavanzo.

⁶¹ Anticipando quanto sarà approfondito nel prosieguo con riferimento alla natura giuridica degli atti di nomina e revoca pubblica diretta, ed alla conseguente posizione degli amministratori così nominati o revocati, rispetto a quella degli amministratori di nomina assembleare, basti in tale sede sinteticamente affermare che dottrina e giurisprudenza, nell'affrontare il tema della compatibilità dell'interesse generale pubblico e della causa sociale, hanno ritenuto che debba prevalere quest'ultima.

Il ragionamento parte da presupposto che, l'asserita parità nei diritti e negli obblighi stabilita dall'art. 2449, co. 2, c.c., permette di affermare che l'amministratore di nomina pubblica diretta è tenuto in via prioritaria al rispetto ed al perseguimento dell'interesse sociale, eventualmente disattendendo le direttive pubbliche, qualora queste si rivelino in contrasto con la causa sociale.

È oramai pacificamente accettato in dottrina, dunque, l'esistenza di un generale dovere per tutti gli amministratori, compresi quelli di nomina pubblica diretta, di perseguire l'interesse della società, cercando di comporre «l'interesse dei soci con gli interessi coinvolti nell'esercizio dell'attività d'impresa». Cfr., per tutti, V. CALANDRA BUONAURA, *Funzione amministrativa e interesse sociale*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger – Atti del Convegno, Milano, 9 ottobre 2009*, Giuffrè, Milano, 2010. Sul punto, diffusamente, in questo capitolo, §4.2.

⁶² In senso conforme CORTE DEI CONTI, *Gli organismi partecipati dagli Enti territoriali, Relazione 2016* (Del. n. 27/SEZAUT/2016/FRG), p. 15, secondo cui «Se la *ratio* della riforma è il riassetto della normativa preesistente, i suoi punti qualificanti possono riassumersi nella ricerca di un punto di equilibrio tra la salvaguardia dei principi di concorrenza e le deroghe alla disciplina codicistica, necessarie per evitare che l'esternalizzazione diventi un mezzo per eludere i vincoli

Tuttavia, tale intervento normativo non è andato esente da alcuni rilievi problematici, inerenti soprattutto questioni procedurali più che di tipo contenutistico, le quali hanno successivamente condotto ad un intervento della Corte Costituzionale⁶³ e, conseguentemente, all'emanazione di un decreto correttivo⁶⁴ al Testo unico sulle società a partecipazione pubblica che, nel frattempo, era già entrato in vigore.

Tutto ciò dimostra come il livello di complessità della materia sia tale da lasciare aperti, ancora oggi, diversi spiragli rispetto ai quali essa fatica a trovare i propri punti di equilibrio.

di finanza pubblica o, più in generale, per aggirare i principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa».

Il giudice contabile, peraltro, aveva già espresso tali considerazioni nell'ambito di alcune audizioni parlamentari, nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul disegno di legge in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle quali la Corte ha affermato la necessità che le deroghe alla disciplina di diritto comune siano specifiche e circoscritte, in modo tale da non alterare il regime concorrenziale.

Per ogni approfondimento, cfr. CORTE DEI CONTI, Sez. riun., del. n. 9/SSRRCO/AUD/16 del 14 giugno 2016 (Audizione sull'Atto di Governo 297 riguardante gli organismi partecipati); ID., del. n. 10/SSRRCO/AUD/15 del 3 giugno 2015 (Audizione nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul disegno di legge in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche - AC 3098); ID., del. n. 10/SSRRCO/AUD/14 del 9 ottobre 2014 (Audizione della Corte dei Conti nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul disegno di legge in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche).

⁶³ La Corte Costituzionale, con sentenza n. 251 del 2016, ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge n. 124 del 2015, nella parte in cui si stabilisce che i decreti legislativi attuativi siano adottati previa acquisizione del parere reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni. Sui principali contenuti della sentenza, v., in questo capitolo, §4.

⁶⁴ I rilievi mossi dalla sentenza del 2016, unita ad altri aspetti emersi in sede di prima applicazione del Testo Unico, hanno condotto il legislatore alla successiva emanazione del decreto correttivo n. 100 del 2017. Per l'analisi delle principali modifiche introdotte dal decreto correttivo, v. in questo capitolo, §4.

3. LA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE NEL NUOVO TESTO UNICO (D. LGS. N. 175 DEL 2016).

L'approvazione del «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica» (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, d'ora innanzi «Tusp» o «Testo unico»)⁶⁵ rappresenta, dunque, il primo tentativo di rielaborazione organica dell'intero «mosaico» normativo in tema di partecipazioni pubbliche, imperniato su una duplice prospettiva: da un lato, vengono in rilievo, quali parametri per l'applicazione dell'intera disciplina, la gestione efficiente delle partecipazioni pubbliche e la tutela e la promozione della concorrenza e del mercato e, dall'altro, la razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica⁶⁶.

⁶⁵ Il Testo Unico è stato approvato in via preliminare dal Consiglio dei ministri del 20 gennaio 2016. Successivamente, nella seduta del 14 luglio 2016, il Consiglio ha approvato, in secondo esame preliminare, il testo del decreto sulle società partecipate nel quale sono stati recepiti la maggior parte dei suggerimenti avanzati dalla Conferenza unificata, dal Consiglio di Stato e dalle competenti commissioni parlamentari. Il decreto è stato nuovamente trasmesso alle Camere unitamente alle osservazioni ed alle modificazioni apportate al precedente testo, secondo quanto previsto espressamente dalla Legge delega n. 124 del 2015.

Il testo è stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei ministri del 10 agosto 2016 e pubblicato in G.U. n. 210 dell'8 settembre 2016 ed entrato in vigore il 23 settembre 2016.

Come già anticipato, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2016, si è reso necessario raggiungere l'intesa in sede di Conferenza Unificata, nonché acquisire nuovamente i pareri del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari. Il 9 giugno 2017, il Consiglio dei Ministri ha approvato in via definitiva il decreto legislativo correttivo n. 100 del 16 giugno 2017, pubblicato in G.U. n. 147 del 26 giugno 2017.

Da segnalare, tuttavia, in chiave storica che sul disegno di legge in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche (A.S.1577) la Corte dei Conti, nell'ambito dell'audizione del 9 ottobre 2014 svolta presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato, si era espressa in modo critico, sottolineando come i principi ed i criteri si caratterizzassero, in parte, per una relativa ampiezza e genericità, in parte, per una poca chiarezza. Per la consultazione integrale del testo dell'audizione si rinvia a http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/documenti/controllo/sezioni_riunite/sezioni_riunite_in_sede_di_controllo/2014/audizione_riforma_pa_riq_def_pubblicazioni.pdf.

⁶⁶ Articolo 1, comma 2, d. lgs. n. 175 del 2016.

Sotto tale profilo emerge chiaramente non solo la volontà del legislatore di finalizzare il fenomeno verso forme gestionali e di presenza sul mercato rispettose di precise regole e principi⁶⁷, ma anche di individuare specifici criteri alla stregua dei quali valutare la costituzione e/o la permanenza di partecipazioni pubbliche all'interno della società⁶⁸.

Nel procedere in quest'opera di razionalizzazione e sistematizzazione, l'impostazione di fondo seguita del Testo unico è rappresentata dall'esplicita volontà di «attrarre» la citata materia nell'alveo della disciplina civilistica, restringendo l'area delle deroghe

⁶⁷ Come chiarito nella *Relazione illustrativa* al Testo unico, infatti, «Esso risponde all'esigenza di valorizzare - attraverso l'intervento normativo demandato al Governo i principi, alcuni dei quali di derivazione comunitaria, posti a tutela della concorrenza e della generale trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa».

⁶⁸ Sin dalla predisposizione dello schema di decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica, era chiara l'intenzione del legislatore di procedere ad un riordino attraverso la predisposizione di una serie di criteri e limiti; quest'ultima è chiaramente esplicitata all'interno della *Relazione illustrativa*, nella sezione relativa all'Analisi d'impatto della regolamentazione nella quale si dà conto, tra le altre, delle esigenze economiche e sociali, nonché delle criticità constatate che stanno alla base dell'intervento legislativo in commento.

Rispetto alle citate esigenze si afferma, infatti, che «(...) il provvedimento prende atto della generalizzata difficoltà, riscontrata presso gli operatori del settore, di disporre di un quadro normativo chiaro per la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché per l'acquisto e la gestione di partecipazioni, da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica diretta o indiretta. Il presente decreto intende semplificare la disordinata disciplina vigente, prevedendo regole generali applicabili a tutte le ipotesi suddette, garantendone, così, la legittimità e l'economicità. Proprio in quest'ottica, il provvedimento mira ad assicurare che la scelta di costituire società a partecipazione pubblica, ovvero di acquisire partecipazioni societarie, siano sottoposte ad una serie di condizioni e limiti. Le amministrazioni pubbliche, infatti, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere partecipazioni, anche minoritarie, in tali società.

Inoltre, in aggiunta al suddetto principio generale, vengono indicate specifiche ipotesi, mutuata dalla prassi applicativa e dalle regole desumibili dalla giurisprudenza nazionale ed europea, nelle quali la costituzione, l'acquisizione o il mantenimento delle partecipazioni pubbliche sono legittime: tra le altre, la produzione di un servizio di interesse generale; la progettazione e la realizzazione di un'opera pubblica; l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti».

alle sole necessità di soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito, di volta in volta, attraverso lo strumento societario⁶⁹.

Ciò è testimoniato da quanto stabilito all'articolo 1, comma 3, ai sensi del quale, al di fuori delle eccezioni espressamente contemplate all'interno del Testo Unico, devono essere applicate alle società a partecipazione pubblica «le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato»⁷⁰, ad esclusione dei casi in

⁶⁹ Dello stesso avviso M. COPPOLA, *Sulla natura privatistica degli atti di nomina e revoca di amministratori e sindaci di società a partecipazione pubblica*. Commento a Cass. civ., Sez. Unite, 1° dicembre 2016, n. 24591, in *Società*, 4, 2017, p. 486 che afferma come uno degli obiettivi principali perseguiti dalla riforma sia proprio quello di «eliminare sovrapposizioni normative e garantire una reale armonizzazione della disciplina. In questa prospettiva, il Testo unico, pur prevedendo una serie di norme particolari, dettate per armonizzare la disciplina di matrice pubblicistica relativa al socio pubblico (e all'interesse pubblico perseguito) e le regole privatistiche sul funzionamento della società partecipata, non intende dar vita ad un tipo di società a sé stante da sottoporre ad uno *ius singulare*, anche quando si tratta di società *in house*».

In senso conforme H. BONURA, G. FONDERICO, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2016, p. 722 ss., che conferma come «il principio-guida che ha concretamente ispirato l'esercizio della delega è stato quello di “restituire” lo statuto delle società a partecipazione pubblica alla disciplina civilistica, contenendo le relative deroghe nella misura strettamente necessaria al concreto soddisfacimento dell'interesse pubblico di volta in volta perseguito attraverso la costituzione di una società o la detenzione di partecipazioni societarie. In altri termini, il decreto 175 non si è preoccupato di stabilire in quali casi le società “pubbliche” debbano applicare specifici regimi pubblicistici (...) quanto, piuttosto, di fissare quali siano le deroghe al diritto delle società giustificate dall'assetto di interessi concretamente sotteso alla singola operazione societaria posta in essere dalla P.A.».

Di diverso avviso, F. CAMPOFILONI, *Interesse pubblico e causa societaria*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di) *Le società pubbliche*, vol. I, cit., p. 373, il quale afferma che «la disciplina introdotta dal T.U. (...) reca uno statuto specifico e peculiare della società a partecipazione pubblica, elevandola a fattispecie associativa tipicamente autonoma, assoggettata ad un regime autonomo e particolare, finalizzato a conciliare il modello privatistico societario con la natura pubblicistica degli interessi perseguiti dal socio pubblico, ed alla quale le norme civilistiche possono trovare applicazione generalizzata, ma pur sempre in via residuale, ossia laddove non derogata dalla disciplina speciale in questione».

⁷⁰ Secondo C. COPPOLA, op. cit., p. 486, il Testo unico «tenta di disegnare una vera e propria *actio finium regundorum* tra diritto privato e diritto pubblico».

Peraltro, il principio ivi introdotto riprende quanto era stato stabilito dall'art. 4, co. 13, quarto periodo, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, secondo cui «le norme 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».

Si tratta, dunque, di una disposizione che, da ultimo, secondo Cass. civ., Sez. Unite, 1° dicembre 2016, n. 24591, cit., «(...) elimina qualsiasi dubbio circa l'inquadramento privatistico delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, la cui specifica disciplina sia contenuta esclusivamente o prevalentemente nello statuto sociale. Tale norma, infatti, ancorché introdotta in un provvedimento legislativo volto specificamente al contenimento della spesa pubblica (cosiddetta *spending review*), ha natura esplicitamente interpretativa e come tale efficacia retroattiva, si caratterizza quale clausola normativa ermeneutica generale (norma di chiusura) salvo deroghe espresse, ed impone all'interprete (il quale dubiti dell'interpretazione di 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».

La clausola introdotta dal decreto-legge n. 95 del 2012, e ripresa nella sostanza dal Testo unico, secondo C. IBBA, *L'impresa pubblica in forma societaria*, cit., p. 412, rappresenta, in altri termini, la «bussola che il legislatore impone all'interprete di usare».

Sul punto si è espresso F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in www.rivistacortedeiconti.it/Fascicolo/F.Goisis.-Relazione-10.05.13.pdf, secondo il quale, attraverso l'emanazione di una simile disposizione, il legislatore assume la chiara decisione di procedere con «il rafforzamento dell'appartenenza al diritto privato delle società a partecipazione pubblica».

In tal modo, secondo quanto ritenuto anche da A. CRISMANI, *Crisi e insolvenza delle società partecipate tra bisogni essenziali e finanza locale*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 273, «Trova conferma la teoria che la società di diritto privato partecipata da un ente pubblico non perde la sua natura di soggetto privato, perché svolge un servizio pubblico ed è partecipata da capitale pubblico, sebbene questi due fattori giustificano una serie di regimi speciali che possono coabitare (...)».

Sul punto anche la giurisprudenza si è espressa in modo conforme: cfr. Cass. civ., sez. lav., 18 ottobre 2013, n. 23702, in *Guida al diritto*, 46, 2013, p. 45 ss., la quale ha affermato che «l'organizzazione di un servizio pubblico secondo un modello privatistico da un lato non solleva l'ente organizzatore dai vincoli di finanza pubblica e dall'altro non lo sottrae neppure, salva espressa eccezione, alla normativa civilistica propria del modello, come avviene appunto per le società per azioni».

F. SALINAS, *Società pubbliche. Sussiste la giurisdizione ordinaria sulla revoca di amministratori di società pubbliche*, in *Giur. it.*, 8-9, 2015, p. 1914 ss., invece, pone l'accento sugli aspetti problematici collegati all'utilizzo della citata disposizione come norma di interpretazione autentica. In particolare, l'A. evidenzia principalmente due profili problematici: «In primo luogo, il riferimento alle "altre disposizioni, anche di carattere speciale" cui fa riferimento la norma in parola non sembra rivolto con sufficiente chiarezza ad una norma specifica (cosa che parrebbe naturale, se non necessaria, per una norma avente funzione ermeneutica di interpretazione autentica). Inoltre, è lo stesso contesto della norma sulla *Spending review* ad apparire troppo settoriale e generico per poter assumere il rilievo che la Cassazione vorrebbe attribuirle, in particolar modo considerando che, in quanto norma ermeneutica generale, essa dovrebbe operare nei confronti di una legislazione speciale disorganica e farragিনosa quale quella in tema di società pubbliche, che è

cui siano previste specifiche disposizioni per le società costituite per lo svolgimento di singole attività di interesse pubblico (art. 1, co.4).

È evidente, dunque, l'intenzione di invertire la tendenza all'espansione della legislazione speciale avviata negli ultimi anni che ha prodotto un livello di disorganicità spesso difficilmente governabile da parte degli operatori del diritto⁷¹.

Il principio della generale applicazione della disciplina di diritto comune dettata per le società di capitali tiene conto, tuttavia, dell'entità della partecipazione pubblica.

Sotto questo aspetto, dunque, le definizioni⁷² introdotte all'articolo 2 sono funzionali ad una sua "applicazione graduata", a seconda che si tratti di "società a controllo pubblico", cui si riferiscono il complesso delle disposizioni e delle deroghe al Codice civile previste nel Tusp⁷³, ovvero di "società a partecipazione

stata definita con efficace sintesi come una "pletoricità disordinata" di norme dotate di un alto tasso di "erraticità e contraddittorietà"».

⁷¹ Sul punto G. ASTEGIANO, *Le linee guida della riforma*, in *Azienditalia*, 10, 2016, p. 841 ss., afferma come il Testo unico risponda sostanzialmente all'esigenza di intervenire in un quadro regolatorio fortemente disorganico e frammentario per «fornire regole e modalità di comportamento agli Enti pubblici, ed in particolare a quelli territoriali, nella costituzione, mantenimento e gestione delle società di capitali». Inoltre, l'A. ricorda come proprio l'assenza di un disegno unitario abbia favorito, nel corso del tempo, lo sviluppo di un fenomeno definito «capitalismo municipale», che «ha visto crescere in modo progressivo il numero degli organismi e, conseguentemente, il numero degli amministratori e dei dipendenti, anche se vi sono incertezze in ordine all'effettiva estensione del fenomeno ed ai numeri dei soggetti». Peraltro, la definizione è stata utilizzata in diverse altre ricerche; cfr., per tutti, G. NAPOLITANO (a cura di), *Il capitalismo municipale*, Rapporto Irpa n. 1 del 2012, Editoriale Scientifica, 2013.

⁷² L'obiettivo che s'intende perseguire *pro futuro* è, infatti, quello di permettere al legislatore di potersi riferire «a uno spettro di definizioni di diversa ampiezza e portata che consentiranno di evitare la proliferazione del quadro definitorio in materia di partecipazioni societarie e il ricorso a definizioni dettate per scopi specifici».

⁷³ Secondo quanto stabilito dall'art. 2, co. 1, lett. m), le "società a controllo pubblico" sono definite come «le società in cui una o più amministrazioni esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)». Quest'ultima, in coerenza con la disciplina nazionale e comunitaria, introduce una nozione di «controllo» che fa riferimento a quella contenuta all'interno del Codice civile., aggiungendo che «Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative

pubblica”, in relazione alle quali è prevista l’applicazione solo di alcune di esse, peraltro relative alla condotta del socio pubblico, piuttosto che alla stessa società⁷⁴.

Rispetto alle definizioni di società quotate⁷⁵ e di società *in house*⁷⁶, il Tusp prevede invece disposizioni specifiche: nel primo caso, ribadendo la generale sottoposizione, eccetto alcune eccezioni⁷⁷,

all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo». Nella *Relazione illustrativa* al Testo unico, cit., p. 21, è poi specificato che si è ritenuto opportuno affiancare tale nozione di controllo ad altri due concetti: quello di «controllo analogo» (lett. c) e di «controllo analogo congiunto» (lett. d).

Come si avrà modo di specificare nel prosieguo, le principali deroghe riguardano, a titolo esemplificativo, l’organizzazione delle società (art. 6); la nomina degli amministratori ed un sistema di limiti ai compensi (art. 11); la previsione di obblighi tipicamente pubblicistici quali quelli che attinenti l’assunzione di personale sulla base dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità e di quelli ex art. 35, co. 3, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (art. 19).

⁷⁴ Art. 2, co. 1, lett. n), che al suo interno ricomprende «le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico». Cfr. *Relazione illustrativa* al Testo unico, che testualmente afferma «Alle società quotate (come definite nell'articolo 2) e alle loro partecipate si applicano solo alcune disposizioni, inerenti alla condotta dell'azionista pubblico piuttosto che all'organizzazione o all'attività della società partecipata».

Sul punto, G. ASTEGIANO, sottolinea come tale distinzione potrebbe produrre alcune perplessità legate alla circostanza per cui «laddove, in base alla definizione normativa, sarebbero da considerare società partecipate e non controllate (...) società partecipate anche in misura totalitaria o maggioritaria da Amministrazioni pubbliche in relazione alle quali non fosse configurabile la situazione di controllo definita dall'art. 2359 del Cod. civ.».

⁷⁵ Ai sensi dell’art. 2, co. 1, lett. p), le società quotate sono quelle «società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati» ovvero anche «le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati». Esse, infatti, sono soggette alle disposizioni del decreto n. 175 del 2016, solamente nei casi espressamente previsti (art. 1, co. 5).

⁷⁶ Si tratta di quelle società «sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3».

⁷⁷ Si tratta di due casi specifici: in primo luogo, l’articolo 8 che, in materia di acquisto di partecipazioni in società già costituite, prevede al comma 1 l’applicazione una specifica procedura stabilita all’articolo 7, co. 1 e 2, per quelle «operazioni, anche mediante sottoscrizione di un aumento di capitale o partecipazione a operazioni straordinarie, che comportino l'acquisto da parte di un'amministrazione pubblica di partecipazioni in società già esistenti».

alla disciplina civilistica⁷⁸. Nel secondo caso, insieme a quanto stabilito per le società miste⁷⁹, introducendo deroghe nella misura strettamente necessaria alla realizzazione di precisi obiettivi⁸⁰.

In secondo luogo, l'art. 9 sulla gestione delle partecipazioni pubbliche sancisce la disciplina in esso contenuta si applica anche alle partecipazioni di pubbliche amministrazioni nelle società quotate.

La giustificazione di simili deroghe al diritto comune, secondo H. BONURA, G. FONDERICO, op. cit., p. 731, sarebbe da ricondurre ai «controlli aggiuntivi ai quali sono sottoposte la società quotate – quelli derivanti dal mercato e dalle norme proprie dei mercati finanziari – e verosimilmente per garantire ai risparmiatori/investitori l'applicazione di un regime omogeneo a ogni altro investimento finanziario».

⁷⁸ È lo stesso articolo 1, co. 5, a stabilire che «Le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), nonché alle società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche».

Peraltro emerge come il Testo unico abbia adottato un approccio decisamente favorevole per i processi di quotazione: l'art. 18, infatti, prevede la possibilità di quotazione in mercati regolamentati delle società a controllo pubblico, disciplinandone puntualmente la procedura decisiva. In particolare, l'atto deliberativo deve avere uno specifico contenuto, ossia il mantenimento o la progressiva dismissione del controllo pubblico sulla società quotata. È comunque fatta salva la possibilità di quotazione in mercati regolamentati di società a partecipazione pubblica singolarmente individuate, soggette a regimi speciali in base ad apposite norme di legge.

⁷⁹ Ai sensi dell'art. 17, co. 1, sono quelle società nelle quali «la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016». Al contempo, esse hanno ad oggetto «la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista».

⁸⁰ Nel caso delle società *in house*, infatti, è la situazione di controllo analogo a giustificare le deroghe alla disciplina sulla *governance*, prevedendo all'art. 16, co. 2, che: «a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-*bis* e dell'articolo 2409-*novies* del codice civile; b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile; c) in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-*bis*, primo comma, del codice civile».

Nell'ipotesi di costituzione di società mista pubblico-privata, la disciplina di carattere speciale trova la propria giustificazione nella realizzazione del partenariato pubblico-privato. Sotto questo aspetto, il comma 6 dell'articolo 17, riprendendo quanto già contenuto nell'art. 32, d. lgs n. 163 del 2006, stabilisce che: «Alle società di cui al presente articolo che non siano organismi di diritto pubblico, costituite per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, limitatamente alla

Venendo all'aspetto legato al riordino delle partecipazioni societarie, la scelta compiuta dal decreto n. 175 è stata quella di porre in capo alle amministrazioni pubbliche una serie di vincoli in ordine alle attività da svolgere utilizzando lo strumento societario (art. 4, commi 1 e 2): si tratta di un processo di razionalizzazione⁸¹ *ex ante*, mediante la previsione di criteri attraverso i quali è consentito alle pubbliche amministrazioni di procedere all'acquisizione e gestione di partecipazioni. Questi ultimi si sostanziano, da un lato, in vincoli di scopo pubblico⁸² e, dall'altro, in vincoli di attività⁸³.

realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite non si applicano le disposizioni del decreto legislativo n. 50 del 2016, se ricorrono le seguenti condizioni: a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo».

⁸¹ Per un approfondimento sugli obblighi di ricognizione dell'assetto complessivo delle partecipazioni azionarie pubbliche detenute, nonché sulla procedura di revisione straordinaria e la predisposizione di piani di razionalizzazione periodica, cfr. M. CALCAGNILE, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2017, p. 441 ss.

⁸² Questi consistono nell'esercizio di attività di produzione di beni e servizi strettamente necessari all'esercizio delle finalità istituzionali dell'ente partecipante (art. 4, co.1). La disposizione si presenta come una riformulazione di quanto in precedenza stabilito dall'art. 3, co. 27, legge n. 244 del 2007 la quale, peraltro, era stata considerata come l'espressione di un principio di carattere generale immanente nell'ordinamento. In questo senso Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10, con nota di F. TROMBETTA, in www.ildirittoamministrativo.it. Nell'ambito della citata sentenza, infatti, il Consiglio di Stato, nel richiamare la disposizione di cui sopra, ne ha affermato la valenza anche «prima della sua esplicitazione positiva», in quanto, a suo giudizio è stato sin da sempre evidente il «disfavore del legislatore nei confronti della costituzione e del mantenimento da parte delle amministrazioni pubbliche (ivi comprese le Università) di società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali, né risulti comunque coperto da disposizioni normative di specie (secondo il modello delle c.d. società *di diritto singolare*)».

⁸³ La Corte dei Conti li ha definiti come quei «servizi di interesse generale, economico e non, con particolare riferimento alle società con affidamenti *in house* e a quelle che svolgono servizi strumentali». Essi sono raggruppati in cinque categorie: «a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 193, d.lgs. n. 50/2016; c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di

Peraltro, la scelta di procedere con la costituzione di una società a partecipazione pubblica ovvero con l'acquisto, anche indiretto, di partecipazioni, è ora soggetta ad uno specifico onere motivazionale⁸⁴, nonché ad uno speciale procedimento, allo scopo di rendere l'azione amministrativa maggiormente improntata a criteri di efficienza, efficacia ed economicità (art. 5)⁸⁵.

un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'art. 180, d.lgs. n. 50/2016; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016».

Sono ammesse, inoltre, altre categorie di società: quelle patrimoniali (art. 4, co. 3), quelle deputate alla gestione di fondi comunitari (art. 4, co. 6), per la gestione di spazi fieristici e la realizzazione di impianti a fune in zone montane (art. 4, co. 7) e con caratteristiche di *spin off* o *start up* universitarie (art. 4, co. 8).

Sulla base di tale distinzione, H. BONURA, G. FONDERICO, op. cit., p. 726, concludono nel senso di ritenere che «A regime, quindi, non sarà possibile, per le pubbliche amministrazioni, costituire società o detenere partecipazioni in società di capitali che svolgano attività in regime di mercato e, cioè, producano beni e servizi destinati alla vendita a soggetti diversi dalle amministrazioni socie e al di fuori del perimetro delle attività istituzionali delle medesime; allo stesso modo, non sarà compatibile la presenza di capitale pubblico in società che, pur producendo servizi d'interesse generale, lo facciano al di fuori di un vincolo funzionale con le amministrazioni socie».

⁸⁴ Unica eccezione prevista è quella riguardante i casi in cui «la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso l'aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative» (art. 5, co. 1).

⁸⁵ In base a quanto previsto all'articolo 5, co. 1, dunque, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica o di acquisto di partecipazioni deve essere motivato, da un lato, tenendo conto della necessità di perseguire una delle finalità istituzionali indicate all'articolo 4 e, dall'altro lato, dimostrando che tale scelta è praticabile anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché compatibile con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

Sul punto, cfr. C. D'ARIES, *Commento all'articolo 5*, in C. D'ARIES, S. GLINIANSKI, T. TESSARO, *Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica. Commento articolo per articolo del D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Rimini, Maggioli editore, 2016, p. 45 ss., che afferma come, con una simile disciplina, «il legislatore pone un forte accento al “sacrificio pubblico” di investimento di risorse – che sono appunto pubbliche – nella costituzione o nell'acquisto di partecipazioni, richiedendo la dimostrazione dell'utilità traibile da tale sacrificio, sempre in un'ottica di finalità istituzionali».

Con riferimento all'*iter* procedimentale, i successivi commi 2 e 3 stabiliscono che, per quanto riguarda specificamente gli enti locali, questi sottopongono lo

Il riordino delle società a partecipazione pubblica passa anche attraverso una razionalizzazione, per così dire, *ex post*, ossia rispetto alle partecipazioni azionarie già detenute, che è imperniata sulla predisposizione di specifici piani a carattere “ordinario” (art. 20) e “straordinario” (art. 24), ai quali si collegano, in caso di mancato rispetto delle previsioni, specifiche sanzioni⁸⁶.

Al di là di specifici casi in cui tale meccanismo opera in modo differente⁸⁷, viene prescritto alle pubbliche amministrazioni di procedere non solo ad una ricognizione “straordinaria” ma, altresì, a verifiche annuali sullo stato delle partecipazioni possedute, affinché

schema di atto deliberativo «a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate» mentre, in via generale, prevede che tale schema sia inviato alla Corte dei Conti, a fini conoscitivi, nonché all’Autorità garante della concorrenza e del mercato, alla quale è affidato il potere di agire sugli atti amministrativi che determinino distorsioni della concorrenza.

⁸⁶ Le sanzioni variano a seconda dei casi in cui sia stata violata la procedura ordinaria *ex art. 20*, ovvero quella straordinaria *ex art. 24*. Nel primo caso, il comma 7 prevede che possa essere comminata una sanzione pecuniaria che va da un minimo di 5.000 a un massimo di 500.000 euro, nell’ipotesi in cui vi sia stata la mancata adozione del piano, la comunicazione ovvero la predisposizione della relazione sull’attuazione delle misure. Unica eccezione è prevista per il danno eventualmente rilevato in sede di giudizio amministrativo contabile.

Il decreto prevede poi, al comma 9 dell’articolo 20, un’ulteriore sanzione consistente nella cancellazione d’ufficio, ad opera del Conservatore del Registro delle imprese, entro un anno dall’entrata in vigore del decreto, delle società a controllo pubblico che, per oltre tre anni consecutivi, non abbiano depositato il bilancio di esercizio ovvero non abbiano compiuto atti di gestione.

Nel secondo caso di procedura straordinaria, nei casi di mancata adozione dell’atto ricognitivo delle partecipazioni ovvero di alienazione nei termini previsti (si tratta di un anno a partire dalla conclusione della ricognizione), il comma 5 dell’articolo 24 non prevede alcuna sanzione pecuniaria, tuttavia stabilisce l’impossibilità, per il socio pubblico, di esercitare i diritti sociali sulle partecipate. Il soggetto inadempiente, a questo punto, al fine di rimediare al ritardo, può scegliere tra l’alienazione ovvero la liquidazione della società sulla base dei criteri di cui agli artt. 2437-*ter* e 2437-*quater* del Codice civile (art. 24, co. 5).

⁸⁷ L’art. 4, co. 9, ad esempio, prevede un “meccanismo dinamico” per l’esclusione di singole società, mediante apposito d.p.c.m., il quale dev’essere motivato «con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1, anche al fine di agevolare la quotazione ai sensi dell’articolo 18». L’articolo 26, co. 2, nel prevedere una disciplina transitoria, esclude l’operatività dei criteri enucleati all’articolo 4 alle società contenute nell’allegato A al citato decreto, «nonché alle società aventi come oggetto sociale esclusivo la gestione di fondi europei per conto dello Stato o delle regioni, ovvero la realizzazione di progetti di ricerca finanziati dalle istituzioni dell’Unione europea».

non ricadano in uno dei casi espressamente previsti⁸⁸, e mantengano partecipazioni azionarie conformi alle norme del Testo unico.

In realtà, l'obbligo posto a carico delle amministrazioni di analizzare le partecipazioni detenute e di redigere i piani di razionalizzazione era già presente nella normativa preesistente⁸⁹ che, tuttavia, è stato reso più cogente dal Testo unico, non solo mediante

⁸⁸ All'interno dei piani di razionalizzazione *ex art. 20*, le amministrazioni pubbliche devono verificare di non detenere: «a) partecipazioni societarie che non rientrino in alcuna delle categorie di cui all'articolo 4; b) società che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali; d) partecipazioni in società che, nel triennio precedente, abbiano conseguito un fatturato medio non superiore a un milione di euro; e) partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti; f) necessità di contenimento dei costi di funzionamento; g) necessità di aggregazione di società aventi ad oggetto le attività consentite all'articolo 4».

In via straordinaria, secondo quanto previsto dall'art. 24, entro la data del 30 settembre 2017 (così come modificata dal decreto correttivo n. 100 del 2017), le amministrazioni pubbliche dovranno effettuare un quadro ricognitivo sulle «partecipazioni detenute, direttamente o indirettamente, dalle amministrazioni pubbliche alla data di entrata in vigore del presente decreto in società non riconducibili ad alcuna delle categorie di cui all'articolo 4, ovvero che non soddisfano i requisiti di cui all'articolo 5, commi 1 e 2, o che ricadono in una delle ipotesi di cui all'articolo 20, comma 2», stabilendo che, in tali casi, esse siano alienate ovvero «oggetto delle misure di cui all'articolo 20, commi 1 e 2».

⁸⁹ Disposizioni simili erano state previste dall'art. 1, co. 611 ss., legge 23 dicembre 2014, n. 190 «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2015)», in G.U. n.300 del 29 dicembre 2014, secondo cui «al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti locali, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali, a decorrere dal 1° gennaio 2015, avviano un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre 2015 (...)».

Inoltre, la procedura straordinaria introdotta dall'art. 24 non si sostituisce ma, al contrario, si aggiunge a quella stabilita dai commi 611 e seguenti, della legge n. 190. Stabilisce, infatti, l'art. 24, co. 2, del decreto n. 175 che «Per le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 611, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, il provvedimento di cui al comma 1 costituisce aggiornamento del piano operativo di razionalizzazione adottato ai sensi del comma 612 dello stesso articolo, fermi restando i termini ivi previsti».

sanzioni, ma anche attraverso la previsione di un sistema di verifiche stringente⁹⁰.

Emerge, in sostanza, come l'obiettivo di una riduzione del numero delle società a partecipazione pubblica rappresenti una priorità di carattere sistematico e permanente: ciò è dimostrato, infatti, dalla previsione di piani di razionalizzazione da predisporre annualmente e non come misura *una tantum*, di carattere straordinario⁹¹.

Una disciplina di carattere ordinario ed una di tipo "transitorio", è prevista anche in materia di personale: innanzitutto bisogna affermare che, sebbene l'intero ambito della gestione dei rapporti di lavoro sia ricondotto a quanto stabilito dal Codice civile⁹², tuttavia per le società a controllo pubblico, la fase costitutiva è retta dal rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità, contenuti nel decreto n. 165 del 2001⁹³.

⁹⁰ Accanto alle sanzioni pecuniarie previste al comma 7 dell'articolo 20, il decreto prevede anche uno specifico sistema di verifiche sull'attuazione dell'obbligo in commento. Esso si articola sostanzialmente nella comunicazione alla Corte dei conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato dell'atto deliberativo di costituzione della società (art.5, co.3), nonché nell'istituzione di una specifica struttura alle dipendenze del Ministero dell'economia e delle finanze competente, ai sensi dell'art. 15, co. 1, «per l'indirizzo, il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del presente decreto» e, dunque, chiamata a vigilare anche sullo stato di attuazione delle misure di riassetto delle partecipazioni.

⁹¹ In questi termini, CORTE DEI CONTI, *Gli organismi partecipati dagli Enti territoriali, Relazione 2016*, cit., p. 16 ss.

⁹² V. art. 19, co. 1, secondo cui alla materia «si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi».

⁹³ L'obiettivo è quello di ribadire che i rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico, salvo quanto disposto dal testo unico, sono disciplinati dalle disposizioni di diritto comune (ossia, codice civile e altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa), e che le modalità per il reclutamento del personale devono rispettare i principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità, nonché i principi riguardanti le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni dettati dall'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001.

È chiara, dunque, la scelta di lasciare al giudice ordinario la competenza in materia di controversie riguardanti i provvedimenti e le procedure di reclutamento del personale, al contrario di quanto avviene per i dipendenti pubblici; in

Accanto a tali disposizioni viene predisposta una disciplina transitoria, in virtù della quale il legislatore ha disegnato una specifica procedura di ricollocamento del personale in eccedenza, così come risultante dalle operazioni di razionalizzazione⁹⁴.

A regime, invece, vengono previste norme che cercano di bilanciare l'obiettivo di contenimento della spesa con la necessità di introdurre disposizioni sulle modalità di reclutamento del personale delle società a controllo pubblico⁹⁵.

quest'ultimo caso vengono rimesse al giudice amministrativo le controversie sulle procedure concorsuali (art. 63, co. 3, d. lgs. n. 165 del 2001)

⁹⁴ A tal fine, l'art. 25 prevede che entro il 30 settembre 2017, le società a controllo pubblico individuino le unità di personale in esubero, così da predisporre appositi elenchi che saranno pubblicati e gestiti dalle Regioni, allo scopo di rendere più agevole i processi di mobilità nei rispettivi ambiti territoriali.

Decorsi ulteriori sei mesi, alle Regioni è attribuito il compito di trasmettere gli elenchi dei lavoratori dichiarati eccedenti e non ricollocati all'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro, per la loro presa in carico. La norma, inoltre, al comma 4 vieta di procedere a nuove assunzioni, fino alla data del 30 giugno 2018, se non attingendo al citato elenco. L'unica eccezione è rappresentata dall'assunzione di personale dotato di specifiche competenze non disponibile negli elenchi.

L'applicazione di tali procedure è esclusa per le società miste che producono servizi di interesse generale e che nei tre esercizi precedenti abbiano prodotto un risultato positivo (art. 25, co. 7).

⁹⁵ Secondo il comma 2, dell'articolo 19, sono le stesse società a controllo pubblico a stabilire, mediante provvedimento, modalità e criteri per procedere al reclutamento del personale, sulla base del rispetto dei principi di cui all'art. 35, co. 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001. È inoltre prescritta la pubblicazione sul sito istituzionale della società dei citati provvedimenti (co. 3), pena non solo l'applicazione della disciplina di cui agli articoli 22, co.4, 46 e 47, co. 2, del d. lgs. n. 33 del 2013 (in materia di obblighi dei dati e di violazione degli obblighi di pubblicazione, accesso civico e trasparenza) ma la nullità dei contratti eventualmente stipulati in assenza dei provvedimenti di cui sopra (co. 4).

Bisogna aggiungere, poi, che in passato, l'art. 18, co.1, del decreto-legge n. 112 del 2008, aveva ad oggetto il rispetto dell'evidenza pubblica nel reclutamento del personale da parte delle società pubbliche, in particolare di quelle a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali, secondo le disposizioni dell'art. 35, co. 3, d.lgs. n. 165/2001. Tale norma è stata abrogata ad opera dell'art. 28, del Tusp.

Un aspetto interessante risiede nel fatto che il comma 5 dell'articolo 19 specifica, da un lato, alcune misure di contenimento dei costi, stabilendo che le amministrazioni pubbliche titolari delle partecipazioni determinino, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento delle società controllate, ivi comprese le spese per il personale, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale. Dall'altro lato, introduce elementi di flessibilità, considerato che la programmazione

Stabilito “a monte” un generale riallineamento delle società a partecipazione pubblica alla disciplina civilistica, il Testo Unico si preoccupa, quindi, di introdurre una serie di deroghe che, rispetto a quelle che erano sinora previste nel panorama legislativo, risultano essere state ridotte in misura rilevante e sostanzialmente guidate da esigenze, ancora una volta, di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica.

Esse riguardano, innanzitutto, gli organi amministrativi di controllo: vengono così previste speciali previsioni relative all’organo di controllo delle società a responsabilità limitata e delle società per azioni a controllo pubblico⁹⁶ ed una serie di requisiti ulteriori di onorabilità, professionalità ed autonomia prodromici allo svolgimento dell’incarico amministrativo e di controllo⁹⁷.

Altri vincoli sono previsti, inoltre, in materia di composizione numerica⁹⁸ e di genere⁹⁹ dell’organo amministrativo, di compensi

del contenimento delle spese può essere effettuata sul complesso delle spese di funzionamento e non solo su quelle destinate al personale.

⁹⁶ L’articolo 3, al secondo comma, prescrive per le S.r.l. a controllo pubblico, che l’atto costitutivo o lo statuto debba in ogni caso prevedere la nomina dell’organo di controllo o di un revisore. Si tratta, dunque di una deroga alla disciplina civilistica che, in base a quanto disposto dall’art. 2463, co. 2, n. 8, c.c., lascia alla società la possibilità di decidere in merito all’eventuale inserimento nello statuto della nomina dell’organo di controllo o di un revisore dei conti.

Nel medesimo comma 2 è stabilito che, per le società per azioni a controllo pubblico, la revisione legale dei conti non possa essere affidata al collegio sindacale. Anche in questo caso, la disciplina codicistica prevede, ai sensi dell’art. 2409-*bis*, che sia l’autonomia statutaria a stabilire se attribuire o meno la competenza della revisione legale dei conti allo collegio sindacale, nel caso di società non tenute alla redazione del bilancio consolidato.

⁹⁷ Ai sensi del comma 1 è previsto che sia decreto del Presidente del Consiglio dei ministri ad individuare gli specifici requisiti necessari per l’accesso agli incarichi amministrativi e di controllo nelle società a controllo pubblico. Il comma, così come modificato dal decreto correttivo n. 100, ha previsto la necessaria acquisizione dell’intesa in sede di Conferenza unificata, nell’ambito dell’*iter* di approvazione del citato decreto. Più diffusamente, capitolo II, §1.

⁹⁸ Come si avrà modo di analizzare nel prosieguo, è introdotto il criterio generale in virtù del quale, di norma, l’organo amministrativo delle società a controllo pubblico è costituito da un amministratore unico, salvi i casi in cui, secondo il successivo comma 3, la stessa assemblea della società – e non più un decreto del Presidente del consiglio dei ministri, così come stabilito nel testo

percepiti¹⁰⁰, di cause ulteriori di incompatibilità nella nomina all'incarico¹⁰¹, nonché in ordine all'introduzione all'interno degli statuti, tra le altre, di specifiche norme in materia di deleghe e cumulo di cariche¹⁰².

Segue, infine, la disciplina in tema di responsabilità dei componenti degli organi amministrativi e di controllo, e di crisi d'impresa. Rispetto a tali tematiche, il Testo unico, nel primo caso,

previgente – con delibera motivata, si esprima a favore dell'adozione di collegi di amministratori, con sino a cinque componenti, ovvero opti per sistemi alternativi di amministrazione e controllo.

⁹⁹ L'articolo 11, infatti, stabilisce al quarto comma che, nella scelta degli amministratori delle società a controllo pubblico, debba essere assicurato il rispetto del principio di equilibrio di genere, almeno nella misura di un terzo. Tale misura dev'essere calcolata tenendo conto del numero complessivo delle designazioni ovvero delle nomine che sono state effettuate nel corso dell'anno.

¹⁰⁰ In sintesi, il comma 6 contiene una dettagliata disciplina che, anche in questo caso rinvia, per la fissazione degli indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi, ad un successivo decreto del Ministro dell'economia il quale, per le società partecipate dalle Regioni o dagli enti locali, deve tener conto anche dell'intesa previamente adottata in Conferenza unificata.

Tali indicatori sono funzionali all'individuazione di cinque fasce di classificazione delle suddette società, rispetto alle quali sarà determinato il limite dei compensi al quale si dovrà fare riferimento non solo per gli amministratori, ma anche degli organi di controllo, dei dirigenti e dei dipendenti, fermo restando il limite massimo di euro 240.000 annui. Per un'analisi specifica del complesso della normativa sui compensi, v. capitolo III, §3.

¹⁰¹ Rileva, a tal proposito, quanto previsto al comma 8 in ordine al divieto di nomina, ad amministratore delle società in controllo pubblico, dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti, nonché l'ulteriore divieto, contenuto al comma 11, di nominare, all'interno degli organi amministrativi e di controllo delle società di secondo livello, amministratori della società controllante, salvo i casi previsti dallo stesso comma 11.

¹⁰² Il comma 9 prescrive, infatti, che gli statuti delle società a controllo pubblico debbano prevedere, in primo luogo, il divieto di attribuzione di deleghe a più di un amministratore, salva l'attribuzione di deleghe al presidente, ove preventivamente autorizzata dall'assemblea. Secondariamente, l'esclusione della carica di vicepresidente ovvero la sua individuazione al solo scopo di svolgimento di poteri vicari, senza riconoscimento di compensi aggiuntivi. In terzo luogo, è necessario prevedere un divieto di corresponsione di gettoni di presenza o premi di risultato che siano stati deliberati dopo lo svolgimento dell'attività, nonché il divieto di corrispondere trattamenti di fine mandato, ai componenti degli organi sociali. Infine, il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in materia di società.

Il successivo comma 26, peraltro, prevede che l'adeguamento degli statuti delle società esistenti debba avvenire entro la nuova data, fissata per il prossimo 31 luglio 2017.

“positivizza” l’orientamento giurisprudenziale nel frattempo consolidatosi in ordine alla generale soggezione dell’amministratore alla disciplina civilistica sulla responsabilità, salvo il caso delle società *in house*¹⁰³.

Nel secondo caso, invece, il decreto n. 175 assume una funzione “chiarificatrice”, rispetto all’orientamento oscillante della giurisprudenza stabilendo, all’art. 14, l’assoggettamento della società in controllo pubblico alla generale normativa sul fallimento, concordato preventivo ed amministrazione straordinaria¹⁰⁴.

Ad ogni modo, si può sicuramente affermare che il Testo unico rappresenta un importante tappa all’interno del lungo e tortuoso processo di sistematizzazione e razionalizzazione del panorama partecipatorio pubblico.

A tale intervento legislativo può sicuramente essere attribuito il merito non solo di aver tracciato in maniera univoca il “criterio guida” della riconduzione al diritto privato delle società a partecipazione

¹⁰³ Senza alcuna pretesa di esaustività, e rinviando a quanto sarà più diffusamente prospettato nel paragrafo dedicato al tema della responsabilità degli amministratori (*infra* capitolo III, §5), ci si limita a segnalare che l’articolo 12 prevede che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società a partecipazione pubblica siano soggetti alla disciplina ordinaria delle società di capitali sulle azioni civili di responsabilità, fatta salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*.

¹⁰⁴ Sul punto cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, SENATO DELLA REPUBBLICA, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. Dossier*, maggio 2016, p. 70, che ha sottolineato come «l’intervento normativo, che ha il pregio di intervenire in un ambito complesso in cui si è registrata una significativa oscillazione giurisprudenziale e un ampio dibattito dottrinale, risulta in linea con la vigente legislazione».

Sono tuttavia previste alcune eccezioni: in particolare, i commi 2, 3 e 4, in tema di *governance*, prescrivono specifiche procedure da adottare per prevenire l’aggravamento della crisi, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause. Infine, il comma 5 stabilisce il divieto di interventi sul capitale o a sostegno per le società che, per tre esercizi consecutivi, abbiano registrato perdite di esercizio ovvero abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite, anche infrannuali.

pubblica¹⁰⁵, ribadendo, ancora una volta, la sostanziale natura privata delle società a partecipazione pubblica¹⁰⁶ – seppur “temperata” da alcuni profili di disciplina derogatoria – ma, soprattutto, di aver limitato l’ambito di operatività di quest’ultima agli aspetti legati ai particolari interessi generali tutelati dal socio pubblico¹⁰⁷.

Inoltre, il Testo unico ha predisposto alcuni strumenti di “responsabilizzazione” delle pubbliche amministrazioni, per quel che riguarda non solo l’*an*, ma anche il *quid* rispetto all’utilizzo dello strumento societario¹⁰⁸.

Resta da valutarne l’aspetto applicativo che, come osservato, rappresenta “la fase cruciale di una riforma”¹⁰⁹, con la consapevolezza

¹⁰⁵ Secondo M. COPPOLA, cit., p. 486, è chiaro l’obiettivo perseguito dal Testo unico: «Il legislatore nazionale ha voluto (...) dare organicità ad una materia oggetto di interventi normativi plurimi e a geometrie variabili (...)».

¹⁰⁶ Sul punto G. ASTEGIANO, op. cit., p. 845, sottolinea infatti che prima dell’emanazione del Testo unico, non era stata raggiunta una posizione stabilmente condivisa sulla questione relativa alla natura di tali società, e ciò era stata alla base «delle incertezze operative, degli ondeggiamenti normativi, della pluralità e contraddittorietà delle interpretazioni e applicazioni concrete della disciplina normativa e dei principi giuridici».

¹⁰⁷ Secondo H. BONURA, G. FONDERICO, op. cit., p. 732, «Le poche deroghe, che riguardano le sole società a controllo pubblico appaiono obiettivamente ragionevoli in considerazione dei particolari interessi pubblici tutelati e dello specifico assetto di relazioni con l’ente o con gli enti soci configurato dal T.U.».

¹⁰⁸ In tal senso, H. BONURA, G. FONDERICO, op. cit., p. 732, «Da un lato, le pubbliche amministrazioni sono fortemente responsabilizzate allorché decidono di ricorrere allo strumento societario (con un aggravio sul piano procedimentale e, su quello sostanziale, con una decisa limitazione della relativa capacità giuridica). Dall’altro, le società pubbliche vedono la loro operatività ristretta alle sole attività serventi le finalità istituzionali delle amministrazioni socie, ma con un regime che è il più possibile rimesso alle regole comuni».

In altri termini, qualora le pubbliche amministrazioni dovessero infatti optare per lo strumento societario, si andrebbe comunque incontro ad un aggravio sul piano procedimentale, che comprende anche un onere di motivazione a sostegno e giustificazione della scelta. Inoltre, il contenuto della scelta del soggetto pubblico è, infatti vincolato: la possibilità di costituire società partecipate, ovvero assumere partecipazioni in società già esistenti, è collegata a specifiche categorie di attività previste dall’articolo 4 e riconducibili allo svolgimento delle proprie attività istituzionali, entro precisi confini.

¹⁰⁹ Cfr. Consiglio di Stato, comm. spec., 14 marzo 2017, n. 638, parere sullo schema di decreto legislativo concernente “Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”. La Commissione, chiamata a pronunciarsi sullo schema di

di aver comunque raggiunto un buon punto di equilibrio rispetto ad un'esigenza di sistematizzazione che non poteva più essere rimandata.

4. LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ED IL DECRETO CORRETTIVO (CENNI).

A pochi mesi dall'entrata in vigore del Testo unico, su ricorso della regione Veneto, la Corte Costituzionale viene chiamata a pronunciarsi sulla legge n. 124 del 2015, dichiarando l'incostituzionalità dell'articolo 18 nella parte in cui, nel combinato disposto con l'articolo 16, commi 1 e 4, aveva stabilito l'adozione dei decreti legislativi attuativi della riforma delle società a partecipazione pubblica previa acquisizione del parere reso in Conferenza unificata, anziché dell'intesa¹¹⁰.

decreto correttivo al Testo unico, resosi necessario alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale (sentenza n. 251 del 2016), individua nello strumento del decreto correttivo ed integrativo alcune potenzialità legate proprio all'attuazione della riforma, che considera una "fase cruciale", in quanto permette di individuare le prime lacune e disfunzioni, correggerle e migliorare il complesso dell'intervento normativo.

Nello specifico, la Commissione ritiene che «una riforma è tale solo quando raggiunge un'effettiva attuazione, che sia percepita da cittadini e imprese e rilevata dai dati statistici. (...) l'esperienza internazionale insegna che sempre più spesso le riforme "si perdono" nelle prassi amministrative conservative, nel difetto di un'adeguata informatizzazione, nel mancato apprendimento dei meccanismi da parte degli operatori pubblici, nel difetto di comunicazione con i cittadini e le imprese, che non riescono a conoscere, e quindi a rivendicare, i loro nuovi diritti. Orbene, questa "fase cruciale" dell'attuazione passa, innanzitutto, attraverso la verifica delle disfunzioni – giuridiche, amministrative o anche semplicemente pratiche – del testo originario. Ogni riforma può presentare all'inizio criticità o lacune; queste possono essere eliminate e l'impianto normativo può essere migliorato con una fase di progressivo adattamento: questo è il ruolo essenziale demandato ai decreti "integrativi e correttivi"».

Il testo del parere è integralmente consultabile su <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/ndi2/~edisp/7jb2tza2oryztlafwi6iet7u6y.html>.

¹¹⁰ La vicenda trae origine dal ricorso promosso dalla Regione Veneto, tramite il quale viene sollevata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 81, 97, 117, secondo, terzo e quarto comma, 118 e 119 della

Nello specifico, la Corte afferma che lo strumento del parere, previsto all'interno della legge delega quale momento concertativo con le autonomie regionali e locali, in sede di Conferenza unificata, non è sufficiente a garantire pienamente il rispetto del principio di leale collaborazione¹¹¹.

Costituzione, nonché al principio di leale collaborazione di cui agli artt. 5 e 120 Cost., di alcune disposizioni della legge 7 agosto 2015, n. 124, in particolare: dell'art. 1, comma 1, lettere b), c) e g), e comma 2; dell'art. 11, comma 1, lettere a), b), numero 2), c), numeri 1) e 2), e), f), g), h), i), l), m), n), o), p) e q), e comma 2; dell'art. 16, commi 1 e 4; dell'art. 17, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), l), m), o), q), r), s) e t); dell'art. 18, lettere a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7); dell'art. 19, lettere b), c), d), g), h), l), m), n), o), p), s), t) e u); dell'art. 23, comma 1. Si tratta delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica, pubblico impiego, società partecipate e servizi pubblici locali, rispetto alle quali era stata prevista una delega al Governo, affinché adottasse i relativi decreti legislativi attuativi, previo parere in sede di Conferenza permanente Stato-Regioni-Province autonome o di Conferenza unificata (Stato-Regioni-Città -Autonomie locali).

A tal proposito P. MILAZZO, *Illegittimità della legge delega (per mancata previsione del corretto modulo di leale collaborazione) e destino dei decreti delegati già approvati. Appunti sulla sentenza n. 251/2016 della Corte Costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2017, disponibile su www.osservatoriosullefonti.it, p. 3 specifica che « Le censure regionali avevano ad oggetto: (i) l'asserita invasione di ambiti di competenza legislativa regionale residuale o concorrente: recando una disciplina sostanzialmente di dettaglio, le norme impugnate avrebbero compresso sino ad eliminare ogni significativo spazio di intervento del legislatore regionale; (ii) la previsione di un semplice parere in Conferenza unificata, nonostante la presenza di molteplici interferenze con competenze legislative regionali: cioè una forma di raccordo Stato-Regioni ritenuta insufficiente e dunque lesiva del principio di leale collaborazione».

¹¹¹ Si tratta di un principio riconosciuto dalla Corte anche prima della riforma del titolo V della parte II della Costituzione. A tal proposito, nella sentenza n. 242 del 1997, la Corte aveva affermato che i rapporti fra Stato ed autonomie territoriali «nelle materie e in relazione alle attività in cui le rispettive competenze concorrono o si intersechino» avrebbero dovuto essere «governati» dal principio di leale collaborazione, sulla base di quanto stabilito dall'articolo 5 Cost. che, affermando l'unità e l'indivisibilità della Repubblica, imporrebbe di perseguire una composizione di interessi degli enti che, ai sensi dell'art. 114 Cost., la costituiscono.

Successivamente alla riforma costituzionale del 2001, la Corte si è trovata ad esprimersi in molteplici casi sulla legittimità o meno di interventi legislativi che, a vario titolo, potevano essere ricondotti ad un intreccio inestricabile tra diverse materie e competenze, in cui non è possibile utilizzare il criterio di prevalenza per addivenire ad una soluzione. Ebbene, in questi casi, la Corte ha stabilito che, in linea di principio, non si può considerare costituzionalmente illegittimo l'intervento del legislatore statale che incide su materie riservate alla competenza regionale, a patto che «agisca nel rispetto del principio di leale collaborazione che deve in ogni caso permeare di sé i rapporti tra lo Stato e il sistema delle autonomie e che può ritenersi congruamente attuato mediante la previsione dell'intesa». Sul punto, cfr., *inter alia*, le sentenze n. 1 del 2016, n. 21 del 2016, n. 44 del 2014, n. 237 del 2009.

Secondo la Corte, infatti, è necessario che il Governo nei casi di materie rientranti nel novero delle competenze concorrenti tra lo Stato e le Regioni e ritenute “inestricabilmente connesse”¹¹², utilizzi

A tutto ciò si aggiunga, inoltre, che il principio di leale collaborazione è stato oggetto di applicazione anche nei casi di cd. “attrazione in sussidiarietà”, in virtù dei quali lo Stato, qualora si affermi l’esigenza di esercizio unitario a livello statale di determinate funzioni amministrative, legifera anche su materie che sono riconducibili alla legislazione concorrente ovvero residuale. Per ogni riferimento, *ex multis*, sentt. n. 261 del 2015; n. 179 e n. 163 del 2012, n. 232 del 2011, n. 303 del 2003, in www.cortecostituzionale.it.

¹¹² La Corte, infatti, afferma che in questi casi di “delicati intrecci di competenze”, non sia possibile utilizzare il criterio della “prevalenza. Nel punto 3 del *Considerato in diritto* si legge, nello specifico, che «un simile intervento del legislatore statale rientra, infatti, nel novero di quelli, già sottoposti all’attenzione di questa Corte, volti a disciplinare, in maniera unitaria, fenomeni sociali complessi, rispetto ai quali si delinea una «fitta trama di relazioni, nella quale ben difficilmente sarà possibile isolare un singolo interesse», quanto piuttosto interessi distinti «che ben possono ripartirsi diversamente lungo l’asse delle competenze normative di Stato e Regioni».

Ed è partendo da questi presupposti, che la Corte ha affermato la propria volontà di superare l’orientamento, che fino ad allora si era rivelato costante, secondo cui «*il principio di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo*» nella perdurante assenza della trasformazione delle istituzioni parlamentari e, più in generale, dei procedimenti legislativi «*anche solo nei limiti di quanto previsto dall’art. 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione)*».

In diverse pronunce, dunque, la giurisprudenza costituzionale aveva affermato la generale esclusione dell’applicabilità del principio di leale collaborazione all’esercizio del potere legislativo. A tal proposito, nella sentenza n. 401 del 2007, in materia di appalti, la Corte ha avuto modo di sottolineare che «le procedure di cooperazione e di concertazione» in sede di Conferenza unificata possono «rilevare ai fini dello scrutinio di legittimità degli atti legislativi, solo in quanto l’osservanza delle stesse sia imposta, direttamente o indirettamente, dalla Costituzione (...). Pertanto, affinché il mancato coinvolgimento di tale Conferenza (...) possa comportare un *vulnus* al principio costituzionale di leale cooperazione, è necessario che ricorrano i presupposti per la operatività del principio stesso e cioè, in relazione ai profili che vengono in rilievo in questa sede, la incidenza su ambiti materiali di pertinenza regionale». V. più diffusamente, Corte Cost., sentenza 23 novembre 2007, n. 401, tra gli altri, con commenti di A. CELOTTO, La “legge di Kirschmann” non si applica al codice degli appalti, in www.neldiritto.it; R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, in *Le Regioni*, 2008, p. 398 ss.; V. PETRI, *Gli appalti, la concorrenza e la necessità di un’interpretazione maggiormente collaborativa*, in www.giustamm.it, 11, 2007. Per altri riferimenti, cfr., *ex multis*, sentt. n. 250 del 2015, n. 225 del 2009; n. 44 del 2014, n. 112 del 2010, n. 249 del 2009, n. 159 del 2008.

Nello specifico, la Corte sottolinea che in questo caso tale orientamento non può più sostenersi in quanto «*là dove (...) il legislatore delegato si accinge a riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse, sorge la necessità del ricorso all’intesa*» (punto 2 del *Considerato in diritto*). In altre parole, nell’ipotesi in cui vi sia una situazione di «*stretto intreccio*»

anche nell'ambito del procedimento legislativo lo strumento dell'intesa, in quanto "sede più idonea a consentire l'integrazione dei diversi punti di vista e delle diverse esigenze degli enti territoriali coinvolti, tutte le volte in cui siano in discussione temi comuni a tutto il sistema delle autonomie, inclusi gli Enti locali"¹¹³.

fra competenze statali e regionali che caratterizza le materie interessate dalla delega, il principio di leale collaborazione, sotto forma di intesa, si trasforma in un «*limite ulteriore*», discendente direttamente dalla Costituzione, che deve conformare e indirizzare l'esercizio del potere governativo. Nella sentenza in commento, quindi, si afferma che la legge delega è tenuta a inserire, nell'ambito del procedimento di formazione del decreto delegato, tutti gli accorgimenti procedurali necessari a permettere adeguati confronti regionali.

¹¹³ Corte Cost., sentenza n. 251 del 2016, cit., punto 3 del *Considerato in diritto*. Lo strumento dell'intesa, infatti, a giudizio della Corte, rappresenta dunque lo strumento fondamentale con cui si concretizza il principio di leale collaborazione, nei casi di intreccio delle competenze, come quelli sottoposti al suo scrutinio nella sentenza in parola.

A ciò si aggiunge che la Corte se, da un lato, ha ribadito che le procedure di consultazione devono «prevedere meccanismi per il superamento delle divergenze, basati sulla reiterazione delle trattative o su specifici strumenti di mediazione», per altro verso ha precisato, tuttavia, che tali trattative non possono spingersi sino al punto di prefigurare una «drastica previsione, in caso di mancata intesa, della decisività della volontà di una sola delle parti, la quale riduce all'espressione di un parere il ruolo dell'altra (...). La reiterazione delle trattative, al fine di raggiungere un esito consensuale (...), non comporta in alcun modo che lo Stato abdichi al suo ruolo di decisore, nell'ipotesi in cui le strategie concertative abbiano esito negativo e non conducano a un accordo (...)».

Da ciò emerge come la giurisprudenza costituzionale, che in una prima fase aveva valorizzato il ricorso all'intesa «in senso forte» (cfr., sent. n. 383 del 2005), rispetto alla quale il mancato raggiungimento di una posizione condivisa non è superabile, in questa sede si sia attestata su una posizione più "temperata", ritenendo sufficiente la predisposizione di "idonee procedure per consentire reiterate trattative volte a superare le divergenze", senza tuttavia che il mancato raggiungimento dell'intesa possa condurre ad una paralisi decisionale.

La Corte ha successivamente individuato nel sistema della Conferenze intergovernative, «[u]na delle sedi più qualificate per l'elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazione», nel momento in cui «non siano coinvolti interessi esclusivamente e individualmente imputabili al singolo ente autonomo».

Sulla base di tali considerazioni, la Corte censura, dunque, le disposizioni di delega in materia di dirigenza pubblica (art. 11), di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (art. 17), di società a partecipazione pubblica (art. 18), nonché di servizi pubblici locali di interesse economico generale (art. 19), perché ritenute lesive del principio di leale collaborazione. Per quanto attiene, invece, le norme di delega relative all'adozione del codice dell'amministrazione digitale, la questione di legittimità viene ritenuta infondata, in considerazione della prevalenza della competenza statale che, secondo la Corte, sarebbe da ricondursi nella materia

Tuttavia, la stessa Corte conferma la piena vigenza dei decreti legislativi già emanati, precisando che l'illegittimità delle norme di delega non si estendono alle relative disposizioni attuative¹¹⁴.

La citata pronuncia è stata oggetto di un vivace dibattito dottrinario¹¹⁵ che ha sottolineato, a vario titolo, gli aspetti innovativi della posizione espressa dalla Corte Costituzionale sull'applicazione del principio di leale collaborazione nel procedimento legislativo¹¹⁶,

«coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale», ai sensi dell'art. 117, co. 2, lettera r), della Costituzione.

¹¹⁴ La Corte ha affermato, infatti, che «Le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative», aggiungendo come «Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione» (*Considerato in diritto*, punto 9).

¹¹⁵ Cfr., *ex multis*, G. RIVISECCHI, *Sulla riorganizzazione della P.A. la leale collaborazione viene "imposta" nella delegazione legislativa (con indicazione dei possibili rimedi)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2, 2017, p. 1 ss.; E. BALBONI, *La Corte richiede e tutela la leale collaborazione tra Stato e Regioni...e l'intendenza seguirà*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1, 2017, p. 1 ss.; G. D'AMICO, *La sentenza sulla legge Madia, una decisione (forse) troppo innovatrice*, in *www.questionegiustizia.it*, 23 gennaio 2017; S. AGOSTA, *Nel segno della continuità (più che della vera e propria svolta) l'apertura alla leale collaborazione tra Stato e Regioni della sent. n. 251/2016 sulla delega in materia di riorganizzazione della P.A.*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1, 2017, p. 1 ss.; C. CALVIERI, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero, il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope...allo specchio*, in *www.osservatorioaic.it*, 1, 2017, p.1 ss.; C. PADULA, *Riflessioni sparse sulle autonomie territoriali, dopo la (mancata) riforma, in corso di pubblicazione*, in *Le Regioni*, 5-6, 2016, p. 857 ss.; A. STERPA, *Sentenza n. 251/2016: può la Corte costituzionale ampliare il contenuto necessario della legge di delega ex art. 76 Cost.?*, in *www.federalismi.it*, 10, 2017, p. 1 ss.; R. LUGARÀ, *Sentenze additive di procedura...legislativa? Il problematico seguito della sent. n. 251 del 2016*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 5 marzo 2017.

¹¹⁶ A. POGGI, G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto. Nota alla sentenza n. 251/2016*, in *www.federalismi.it*, 25, 2016, p. 1 ss., in cui si afferma come la sentenza rivesta un particolare interesse per la comunità di studiosi del diritto costituzionale, principalmente per tre ragioni: in primo luogo «perché aggiunge un nuovo importante tassello alla giurisprudenza della Corte in tema di leale collaborazione, principio la cui violazione può d'ora in poi essere fatta valere non soltanto come vizio *in procedendo* nell'*iter* formativo del decreto legislativo, ma anche per censurare direttamente la legge di delegazione,

sebbene alcune “anticipazioni” potessero essere rintracciate nella giurisprudenza precedente¹¹⁷, per giungere a visioni, per così dire, più “estreme”, che hanno prospettato il pericolo di un cambiamento degli equilibri della forma di Stato¹¹⁸.

dall'altro, perché riaccende il dibattito sulla questione dei “mobili confini” che separano l'intesa (in senso forte e in senso debole) dal parere obbligatorio. In secondo luogo, la sentenza assume una rilevanza non secondaria con riguardo alla questione degli effetti giuridici da essa prodotti sui decreti delegati già approvati. Infine, il clamore destato dalla sua pubblicazione (...) offre l'occasione per svolgere qualche considerazione più generale sul suo significato per il futuro delle sedi di raccordo tra Stato, Regioni ed enti locali».

Dal canto suo, anche G. D'AMICO, op. cit., p. 1 ss., sottolinea il carattere innovativo della sentenza in commento che, a suo giudizio, pur rientrando all'interno di un solco tracciato da alcuni precedenti, nei fatti ne afferma con forza il superamento, soprattutto in ordine all'influenza ed all'operatività dei meccanismi di leale collaborazione all'interno del procedimento legislativo.

In senso conforme anche CAMERA DEI DEPUTATI, SENATO DELLA REPUBBLICA, *Dossier sullo Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive sul decreto legislativo n. 175 del 2016 (TU società partecipate)*, Schede di lettura, aprile 2017, p. 19, in cui si legge che «La Corte – pur operando, per taluni aspetti, in continuità con la costante giurisprudenza che impone, in presenza di un intreccio di materie, il ricorso a procedure di leale collaborazione – nell'imporre il rispetto di tale principio (attraverso lo strumento dell'intesa) anche nell'ambito del procedimento di adozione del decreto legislativo opera al contempo una profonda cesura rispetto alla pregressa giurisprudenza, in cui aveva costantemente affermato che “il principio di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo” (tra le altre, sentenza n. 6 del 2004)».

¹¹⁷ In tal senso, R. BIFULCO, *L'onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 3, 2017, p. 1 ss., sottolinea come già all'interno della nota sentenza n. 303 del 2003, si potesse ravvisare il seme dell'apertura della Corte verso forme di collaborazioni tra Stato e Regioni incasellate nella fase del procedimento legislativo.

Nell'ambito di quello che è stato da molti considerato come un *leading case* in materia di rapporto Stato-Regioni e leale collaborazione, secondo l'A. la Corte Costituzionale si sarebbe allontanata dalla «posizione di *self-restraint* nei confronti di un'estensione del principio di collaborazione alla sfera del procedimento legislativo», sulla quale si era assestata sino al 2001, richiamando, a sostegno delle proprie argomentazioni, il precedente della sentenza n. 303 del 2003.

Quest'ultima, infatti, in tema di chiamata in sussidiarietà statuisce che «l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà». Ed è proprio in tale passaggio che l'A. individua il “varco” che la Corte apre (per poi chiudere successivamente) rispetto all'ipotesi di una collaborazione Stato-Regioni nel procedimento legislativo.

¹¹⁸ Sul punto, cfr. il contributo di J. MARSHALL, *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2016, p.

Da qui, due ordini di considerazioni: la prima, di carattere più generale, per cui si può sicuramente affermare, sulla scorta di quanto sostenuto dalla dottrina, che la sentenza in commento porta con sé importanti riflessi¹¹⁹, tra gli altri, anche sul sistema delle fonti del diritto¹²⁰ che, con ogni probabilità, richiederanno successive operazioni di “riequilibrio” da parte della Corte¹²¹.

705 ss., che esprime forti perplessità sulla sentenza con particolare riferimento a diversi aspetti: in primo luogo, quello legato all'ammissibilità del ricorso (la sentenza colpisce la legge delega ma non i decreti delegati, la cui illegittimità costituzionale è di fatto solo eventuale). Secondariamente, emergono una serie di effetti sul procedimento legislativo (la necessità di raggiungere l'intesa sembra essere stata estesa a tutte le volte in cui il legislatore interviene su materie che coinvolgono anche competenze regionali: da qui, il rischio di disincentivare il ricorso alla delega legislativa e di imporre il coinvolgimento di terzi nel procedimento tra Parlamento e Governo).

Infine, l'A. sottolinea che rilevanti sono le conseguenze, tra le altre, anche sul regime dei decreti legislativi (non travolti dalle censure di illegittimità costituzionale, contrariamente a quanto solitamente previsto nelle ipotesi in cui il venir meno dell'atto presupposto, qualora costituisca l'unico presupposto dell'atto consequenziale, determina l'inefficacia del secondo), nonché le diverse problematiche sollevate dalla circostanza temporale del deposito (a ridosso della scadenza del termine di delega, quando due decreti legislativi, erano stati appena deliberati definitivamente dal Governo, determinando una situazione di evidente incertezza).

¹¹⁹ Sul punto cfr. G. D'AMICO, *Il seguito della sent. n. 251/2016 della Corte costituzionale fra “suggerimenti”, “correzioni” e nuove impugnative*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2017, p. 287 ss. che, nel ripercorrere la fase successiva alla pubblicazione della sentenza n. 251, si sofferma in particolare modo sul parere reso dal Consiglio di Stato, che contiene alcune soluzioni che riguarderebbero principalmente l'utilizzabilità dei decreti integrativi e correttivi, allo scopo di “sanare” il vizio procedurale che è stato rilevato, nonché le caratteristiche dell'intesa richiesta dalla Corte.

¹²⁰ Secondo la Corte, infatti, l'esigenza di attuazione del principio di leale collaborazione attraverso il raggiungimento dell'intesa si impone «anche quando l'attuazione delle disposizioni dettate dal legislatore statale è rimessa a decreti legislativi delegati, adottati dal Governo sulla base dell'art. 76 Cost.».

Rispetto alla posizione espressa dalla Corte, G. D'AMICO, op. cit., p. 13, si domanda se la circostanza dettata dall'adozione di un decreto legislativo previa intesa, alla luce dell'inestricabile intreccio di competenze statali e regionali, possa essere suscettibile di «rappresentare una nuova *species* del *genus* decreto delegato», in quanto «(...) Il solo fatto di essere stato adottato previa intesa sembra condurre al riconoscimento di una maggiore forza passiva, al punto da non poter essere modificato da un decreto legislativo o da una legge che non siano adottati previa intesa.». A questo punto, l'A. esprime tutta la sua perplessità, rispetto ad un simile scenario, in quanto, a suo giudizio, «Se così fosse, avremmo una nuova fonte atipica, in palese contraddizione con il necessario fondamento costituzionale di questa tipologia di fonti».

Dal canto suo, R. BIFULCO, op. cit., p. 5, individua nel passo testé citato della Corte (citando in corsivo il termine “anche”) la base per sostenere un’interpretazione che, partendo dalla distinzione tra l’attività del legislatore delegante e quella del legislatore delegato, definisce la seconda come un’attività di attuazione della legge sostanzialmente diversa, «paragonabile, nella prospettiva dei rapporti Stato-Regioni, ad altre attività attuative della legge già sottoposte al principio di collaborazione».

Un’ulteriore posizione sulla questione è espressa da B.G. MATTARELLA, *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2017, p. 179 ss., secondo il quale, nonostante la semplicità e la chiarezza della disciplina di cui all’art. 76 Cost., spesso la procedura per l’esercizio delle deleghe legislative ha rappresentato “un percorso ad ostacoli”. Uno di questi può essere individuato nel livello di complessità del sistema di riparto della potestà legislativa tra Stato e regioni, che ha condotto inevitabilmente a sviluppare una serie di strumenti di coordinamento. Il principio di leale collaborazione rientra proprio tra questi ultimi, anche se sta rischiando di perdere il suo carattere di flessibilità, assumendo una rigidità che può essere solo fonte di problemi. In questo scenario si colloca la sentenza n. 251 del 2016 che, secondo l’A., avrebbe prodotto alcuni effetti negativi, tra gli altri, sulla qualità della legislazione.

Infine, anche G. MONACO, *La pronuncia della Corte Costituzionale sulla “riforma Madia” incide sul sistema delle fonti del diritto. Il commento*, in *Urb. app.*, 3, 2017, p. 366 ss. Che, analizzando il rapporto tra la legge di delega ed i decreti legislativi delegati, sottolinea come ad oggi permangono dubbi sulla scelta della Consulta di non procedere ad una caducazione consequenziale dei decreti delegati che erano stati, nel frattempo, già approvati, e ciò in considerazione del fatto che «Se la delega è illegittima per la mancata previsione dell’intesa, i decreti delegati emanati in assenza di tale forma di concertazione con le Regioni non possono che essere a loro volta illegittimi, a prescindere dalla mera ipotesi di interventi correttivi del Governo, che potrebbero anche non realizzarsi (...) O il vizio è già presente e idoneo a ledere le competenze delle Regioni e allora anche il decreto legislativo in vigore dovrebbe essere travolto, oppure, se si deve attendere l’emanazione, meramente eventuale, di un decreto correttivo, per valutare in concreto come la delega sia stata esercitata, allora potrebbe anche sostenersi che una lesione attuale delle competenze regionali da parte della legge delega ancora non ci sia stata.».

¹²¹ Così ancora R. BIFULCO, op. cit., p. 6, che distingue tra effetti di breve periodo, concretizzabili in un rafforzamento ulteriore del sistema delle conferenze, ed effetti di medio periodo che, invece, implicheranno necessariamente riflessioni di sistema che, «connettendo sia il tema degli effetti sull’uso delle fonti che il profilo della collaborazione organica», toccheranno la dimensione istituzionale, considerata nel suo complesso.

Rispetto ad un simile scenario, secondo l’A. resterà da vedere se ed in che modo la Corte confermerà le posizioni espresse nella sentenza in commento, in quanto i casi immaginabili potrebbero essere sostanzialmente due: «Nelle ipotesi in cui la materia dovesse (...) presentare connessioni tra potestà esclusive e concorrenti, la prevalenza della potestà statale potrebbe portare ad esiti differenti da quello esaminato (...) Ove ciò dovesse effettivamente accadere, la prospettiva sarà quella di un ulteriore accentramento delle competenze, poiché la Corte farà valere la prevalenza (statale) piuttosto che l’intreccio e la collaborazione. Se invece la Corte dovesse ribadire, con coerenza, la propria posizione, si aprirà un problema serio di equilibrio tra Parlamento, Governo e uso delle fonti.».

In quest’ultimo caso, l’A. non esclude che «l’onda lunga della sentenza» potrebbe portare all’attenzione di studiosi ed operatori del diritto la disposizione di

La seconda attiene, invece, allo specifico caso delle società a partecipazione pubblica rispetto al quale, per molti, era chiaro sin da subito che si sarebbe posto un problema di “adeguamento” del Testo unico di cui al decreto n. 175, nel frattempo entrato in vigore, ai rilievi mossi dalla Corte Costituzionale¹²².

cui all’art. 11 della legge cost. n. 3 del 2001, giudicata una misura «più coerente ed omogenea rispetto all’intervento giurisprudenziale».

¹²² C. CALVIERI, op. cit., p. 9 che, nel domandarsi sulla sorte del decreto delegato, nonché sulla possibilità che si possa salvarne l’efficacia e prevenire possibili contestazioni di legittimità, ponendo in essere nuove intese sulla base del disposto di cui all’art. 8, della legge n. 131 del 2003, è giunto alla conclusione di considerare il Tusp come un atto «relegato in una sorta di limbo, connotato da disposizioni formalmente vigenti ma sostanzialmente connotate da cedevolezza, potenzialmente inefficaci ed a rischio di definitiva illegittimità, salvo che il Governo non riesca (...) ad adottare la soluzione correttiva, che non potrà che passare attraverso l’intesa rafforzata di cui all’art. 8 della legge 5 giugno 2003 n. 131».

Sul punto anche P. MILAZZO, op. cit. p. 11 ss., che definisce così i termini generali della questione sollevata dalla pronuncia: «Nella sentenza in commento, infatti, la Corte censura una legge delega per avere previsto (per i decreti delegati emanandi in esercizio della delega) il modulo di leale collaborazione “sbagliato” (parere anziché intesa), ma stabilisce anche che la dichiarazione di incostituzionalità non incide sui decreti legislativi già approvati e per i quali è stata seguita la strada procedimentale prevista nell’originario testo della legge, sul quale la Corte ha giudicato con pronuncia di accoglimento. In linea di principio, sembra trattarsi di una scelta che pone problemi di compatibilità rispetto (i) ad una stessa linea giurisprudenziale della Corte, che sembra legare strettamente la efficacia del decreto legislativo alla perdurante efficacia della legge delega, (ii) al principio giuridico generale per cui, quando venga meno l’atto presupposto, viene meno anche l’atto derivato che da esso che ha tratto la sua legittimazione».

Con riferimento al primo profilo l’A., pur ricordando come in passato la giurisprudenza e la dottrina avessero ragionato sempre in termini di illegittimità “automatica” del decreto legislativo, nel caso di dichiarazione di illegittimità della legge delega («trattandosi di fonti caratterizzate da un rapporto di “pregiudizialità/dipendenza”»), afferma come nel caso della sentenza n. 251 la Corte abbia invece postulato una sorta di «emancipazione» dei decreti legislativi, senza tuttavia chiarire le motivazioni che stanno alla base della decisione di una «modulazione» degli effetti della propria sentenza, in sostanziale controtendenza con l’indirizzo seguito in precedenza. Addirittura, secondo l’A., «sembra quasi che la Corte postuli una possibile caducazione del decreto delegato solo per vizi “propri” – cioè se effettivamente tale decreto ha comportato in concreto una lesione (anche procedimentale) per le competenze regionali, e non (direttamente) per vizio della legge delega che ne costituisce la base legale e lo stesso motivo d’essere ex art. 76 Cost.».

Rispetto invece, il secondo profilo l’A. parte dalla tradizionale distinzione, affermata in dottrina e giurisprudenza, fra invalidità ad effetto caducante ed invalidità ad effetto viziante, con riferimento all’intensità del rapporto di consequenzialità tra l’atto annullato e l’atto successivo ad esso collegato, per affermare come, stando al tenore della sentenza in commento, «il vizio dell’atto

Tale, infatti, è la posizione espressa dal Consiglio di Stato che, chiamato ad esprimersi in merito agli adempimenti da compiere a seguito della citata sentenza n. 251¹²³, ha affermato la necessità di procedere ad alcune «misure correttive», ai fini di una corretta attuazione della delega, nel rispetto del principio di leale collaborazione, così come prospettato dalla Corte¹²⁴.

La Commissione speciale afferma preliminarmente di non ritenere necessario un intervento sulla legge delega n. 124 del 2015¹²⁵ e, escludendo che i decreti legislativi attuativi nel frattempo emanati siano stati incisi dalla pronuncia costituzionale¹²⁶, suggerisce di

presupposto (la legge delega) non si propaghi automaticamente al decreto delegato – verosimilmente perché legge delega e decreto delegato hanno entrambi una propria capacità innovativa dell’ordinamento». Di qui la configurazione del vizio della legge delega come «meramente viziante» che, qualora si decidesse di constatare l’esistenza del vizio di costituzionalità con specifico riferimento ai decreti legislativi, comporterebbe un nuovo intervento della Corte.

¹²³ Consiglio di Stato, parere n. 83 del 17 gennaio 2017, ha ricordato in via preliminare come tale richiesta, inoltrata dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione si inserisca nel solco di «una costante interlocuzione istituzionale (...) proprio attraverso un ricorso sistematico al flessibile strumento dei quesiti» sul funzionamento pratico delle riforme (Comm. spec. n. 1640 del 2016), aggiungendo che le funzioni consultive del Consiglio di Stato sono, in tal modo, «concepite come sostegno in progress riferito a una policy, a un progetto istituzionale, piuttosto che esclusivamente a singoli provvedimenti individuati». Questa scelta «inquadra le funzioni consultive in una visione sistemica e al passo coi tempi, confermando il ruolo del Consiglio di Stato come un advisory board delle Istituzioni del Paese anche in un ordinamento profondamente innovato e pluralizzato, a quasi settant’anni dalla Costituzione» (Comm. spec. n. 1767 del 2016). Il testo integrale del parere è consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

In dottrina, cfr. M.L. TORSELLO, *Le funzioni consultive del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.

¹²⁴ Nel parere, infatti, si sottolinea come «Il “portare a termine” le previsioni della legge n. 124 a seguito della sentenza della Corte assume un’importanza determinante per non far perdere slancio riformatore all’intero disegno: i decreti legislativi interessati dalla sentenza costituiscono, infatti, non soltanto misure di grande rilievo di per sé, ma anche elementi di una riforma complessiva, che risulterebbe meno incisiva se limitata ad alcuni settori».

¹²⁵ La Commissione, al riguardo, precisa che «Si tratta (...) di una sentenza manipolativa, del tipo sostitutivo di procedura. Essa fornisce già una lettura adeguatrice della legge che, dopo l’intervento della Corte, prevede l’intesa e non il parere ed è, così, riscritta in conformità al dettato costituzionale».

¹²⁶ La sentenza n. 251, infatti, secondo la Commissione, si «è pronunciata esclusivamente sulla legittimità costituzionale della legge delega e non anche dei decreti legislativi, che non sono stati oggetto di impugnazione in via principale», con

intraprendere il percorso dei decreti correttivi, in sostanziale conformità con quanto già postulato dalla Corte¹²⁷.

Inoltre, la Commissione aggiunge due ulteriori strumenti specifici da considerare nell'ambito della predisposizione dei citati decreti: in primo luogo, l'intesa *ex art. 3*, del decreto legislativo n. 281 del 1997, comprensivo della previsione di cui al terzo comma, in virtù della quale «quando un'intesa espressamente prevista dalla legge non è raggiunta entro trenta giorni dalla prima seduta della Conferenza, il Consiglio dei Ministri provvede con deliberazione motivata», così da scongiurare il pericolo di una paralisi decisionale¹²⁸.

In secondo luogo, l'utilizzo di decreti correttivi ed integrativi previsti dalla stessa legge delega n. 124 del 2015, per ciascuna disposizione di delega entro dodici mesi dall'adozione dei singoli decreti legislativi previsti¹²⁹.

Seguono, poi indicazioni relative all'oggetto¹³⁰ ed all'efficacia temporale dell'intesa¹³¹, nonché rispetto alla struttura che dovrebbe

la conseguenza che «tali decreti (...) restano validi ed efficaci fino a una eventuale pronuncia della Corte che li riguardi direttamente, e salvi i possibili interventi correttivi che nelle more dovessero essere effettuati».

¹²⁷ È la stessa Commissione a sostenere che la Consulta, demandando al Governo la scelta sulle soluzioni correttive da apprestare al fine di recepire le indicazioni fornite dalla stessa, abbia previsto in sostanza la possibilità di utilizzare i decreti correttivi «che intervengano direttamente sui decreti legislativi e che si risolvano nell'applicazione della disciplina della delega – come modificata dalla Corte costituzionale – al processo di riforma in corso».

¹²⁸ «Da raggiungere, a seconda dei casi indicati dal dispositivo della sentenza, in sede di Conferenza Stato-regioni, ovvero di Conferenza unificata *ex art. 9*, comma 1, del decreto medesimo».

¹²⁹ In passato la Commissione aveva chiarito il significato di tali strumenti, affermando che l'obiettivo perseguito è quello di «integrare, mediante il completamento di precetti normativi, ovvero correggere, mediante aggiustamenti o rimozione di imperfezioni, il decreto legislativo già adottato». Sul punto, cfr. Consiglio di Stato, Ad. gen. 6 luglio 2007, parere n. 1750 del 2007, *sullo schema di d.lvo contenente modifiche al d.lvo 12 aprile 2006 n. 163, recante il Codice di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³⁰ Nel parere si afferma l'opportunità che l'intesa abbia ad oggetto l'intero decreto legislativo, così come risultante dalle modifiche ovvero dalle integrazioni apportate in sede di Conferenza. Ciò, secondo la Commissione, sarebbe dovuto al

assumere il decreto correttivo¹³², segnalando, infine, l'importanza e la necessità di intervenire anche per i settori per i quali la delega è scaduta (dirigenza e servizi pubblici) indicando, altresì, come percorso alternativo, anche quello di una nuova delega.

Nell'ambito della seduta del Consiglio dei Ministri del 17 febbraio 2017, il Governo adotta, in via preliminare, uno schema di decreto recante disposizioni correttive ed integrative al d. lgs. n. 175 del 2016, su cui il Consiglio di Stato rende successivamente parere favorevole con osservazioni¹³³.

fatto che «la Corte ha ritenuto che non fosse individuabile un nucleo precettivo da ricondurre, in via prevalente, a materie di spettanza statale o regionale e, pertanto, ha concluso nel senso che la «*inestricabile*» connessione di funzioni, definita anche come «*uno stretto intreccio tra materie e competenze*», o come una «*ipotesi (...) di concorrenza di competenze, che apre la strada al principio di leale collaborazione*», facesse sorgere «*la necessità del ricorso all'intesa*», forma più pregnante rispetto al parere con il sistema delle Conferenze».

¹³¹ Si prospetta la possibilità che l'intesa faccia riferimento anche agli effetti che si riferiscono al periodo intercorso «tra l'entrata in vigore del decreto legislativo originario e quella delle misure di correzione».

¹³² Gli elementi principali che dovrebbero caratterizzare il decreto in parola sono sintetizzati all'interno del *Dossier* nei seguenti termini: «il decreto correttivo: i) «dovrebbe dare atto espressamente, nelle “premesse”, della sentenza della Corte e dello svolgimento del procedimento di leale collaborazione, descrivendo in modo adeguato l'oggetto, gli effetti e le modalità di svolgimento dell'intesa»; ii) nel proprio articolato dovrebbe testualmente emendare le “premesse” del testo unico «con un nuovo “visto” che inserisca la menzione dell'intesa raggiunta, in modo da esplicitare anche nel testo del decreto gli effetti procedurali sananti il vizio della medesima natura». Tale modifica espressa consentirebbe, ad avviso del Consiglio di Stato, di definire altresì l'intesa sul decreto nel suo complesso; iii) dovrebbe contenere le norme correttive e integrative definite nell'ambito dell'intesa di modifica del testo unico; iv) dovrebbe fare espressamente salve le norme contenute nel testo unico che non sono state modificate all'esito della procedura di cooperazione; v) dovrebbe eventualmente fare salvi gli effetti intercorsi tra l'entrata in vigore del decreto originario e quella del suo correttivo (se così previsto in sede di intesa)».

¹³³ Consiglio di Stato, comm. spec., 14 marzo 2017, n. 638. Sul punto il Consiglio di Stato, in una nota sintetica sul contenuto del parere, riporta che, nel merito del provvedimento, si afferma che il decreto correttivo non dovrebbe limitarsi ad attuare la sentenza della Corte costituzionale, ma anche introdurre tutte le modifiche necessarie per risolvere incertezze e per far funzionare, nella pratica, le norme originarie. Invece, il monitoraggio delle problematiche emerse dopo l'entrata in vigore della riforma risulta carente. Pertanto, il parere fornisce indicazioni non soltanto sulle norme del correttivo, ma anche sulle norme del testo unico che non vengono modificate dallo schema e che, invece, richiederebbero un intervento alla luce delle incertezze emerse nella prassi, o delle disfunzioni già segnalate dal parere

Si arriva, dunque, alla sottoposizione dello schema di decreto legislativo correttivo alla Conferenza unificata, che sancisce l'intesa nella seduta del 16 marzo 2017, apportando al testo alcune integrazioni e modifiche¹³⁴, che il Governo ha successivamente recepito nel testo definitivo del decreto legislativo.

sullo schema originario (n. 968 del 2016) e ancora attuali. I principali rilievi sottolineati dal Consiglio sono così sintetizzabili:

- «la perdurante criticità, di attribuire al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di escludere singole società dall'applicazione della riforma, con semplice provvedimento amministrativo, con possibile violazione del principio di legalità e dubbio fondamento nella legge di delega;
- la criticità di estendere, con il correttivo, tale potere derogatorio anche ai Presidenti delle Regioni, perché ciò consentirebbe a un'autorità regionale di derogare, con suo provvedimento, ad una disciplina statale generale propria dell'ordinamento civile.
- l'incertezza sul riparto tra giudice civile e giudice contabile sulla responsabilità dei amministratori delle società partecipate, su cui il Consiglio di Stato propone di distinguere con maggiore chiarezza per evitare possibili sovrapposizioni;
- l'esigenza di rendere effettivo il principio di "fallibilità" delle società pubbliche, raccordandone la disciplina con la norma del t.u. che impone alle amministrazioni locali partecipanti di accantonare nel bilancio un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato delle società *in house*, misura che "negherebbe in radice la possibilità per le società *in house* di fallire" e che potrebbe risolversi anche in un indebito aiuto di Stato;
- la necessità di pervenire ad una riunificazione della disciplina in tema di enti *in house* (oggi collocata, con qualche difformità, sia nel t.u. sulle società partecipate sia nel codice dei contratti pubblici) e di chiarirne alcuni aspetti, tra cui la modalità di scelta del socio privato;
- l'opportunità di specificare l'applicabilità del codice dei contratti pubblici anche agli acquisti di beni e servizi da parte delle società pubbliche;
- l'importanza "cruciale" del ruolo del Ministero (e, in prospettiva, delle Regioni) contro le elusioni dalla riforma, su cui andrebbero irrobustiti i poteri di intervento, e della fase transitoria di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche attuali entro il 30 giugno 2017: il Consiglio di Stato sottolinea "la grande rilevanza di queste disposizioni per l'effettivo successo dell'intera riforma", per le quali "andrebbe ulteriormente rafforzata, con particolare riferimento all'operazione in questione, la funzione di controllo e monitoraggio" ».

¹³⁴ Queste sono contenute nell'allegato B al documento con cui è stata sancita la predetta intesa e sono state così sintetizzate:

a) consentire alle amministrazioni pubbliche le partecipazioni in società che producano servizi di interesse economico generale anche oltre l'ambito territoriale della collettività di riferimento, in deroga ai limiti alle partecipazioni societarie da parte delle PA disposti dal decreto n. 175/2016 in questione, purché si tratti di

servizi economici di interesse generale a rete, fatta salva comunque, per tali partecipazioni, la piena applicazione del criterio (di cui all'articolo 20, comma 2, lettera e del decreto suddetto) sulla necessaria razionalizzazione in caso di risultato negativo per quattro esercizi su cinque;

b) disporre che ai fini della prima applicazione della soglia di fatturato medio non superiore al milione di euro nel triennio (di cui all'articolo 20, comma 2, lettera d) si consideri la media del triennio 2017-2019, con applicazione, nel frattempo, di una soglia di fatturato medio di 500.000 euro;

c) disporre che, per le società di cui all'articolo 4, comma 7 (spazi fieristici e gestione di impianti a fune, nonché ora anche produzione di energia da fonti rinnovabili secondo lo schema in esame), ai fini della prima applicazione del sopra citato criterio della necessaria razionalizzazione in caso di risultato negativo per quattro esercizi su cinque, si considerino gli esercizi successivi all'entrata in vigore del decreto legislativo;

d) disporre che per le società di cui all'articolo 4, comma 8 (spin off o start up universitari, nonché ora, secondo lo schema in esame, anche società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche), le disposizioni dell'articolo 20 sulle fattispecie che rendono necessaria la razionalizzazione si applichino decorsi 5 anni dalla loro costituzione;

e) prorogare al 30 settembre 2017 i termini per la ricognizione straordinaria di cui all'articolo 24 e per la ricognizione di personale di cui all'articolo 25, comma 1;

f) prevedere che alcune delle disposizioni di cui all'articolo 24 sulla revisione straordinaria (esame da parte della Corte dei conti della ricognizione delle partecipazioni effettuata dalle PA, ed esercizio da parte del socio pubblico dei diritti sociali nei confronti della società) si applichino a partire dal 30 settembre 2017 e siano fatti salvi gli atti di esercizio dei diritti sociali di cui all'articolo 24, comma 5, compiuti dal socio pubblico sino alla data di entrata in vigore del decreto; a tal fine, prevedere l'immediata entrata in vigore dello schema di decreto in esame, in deroga al periodo ordinario di *vacatio legis*;

g) inserire la FISES (Finanziaria senese di sviluppo spa) nell'allegato A del decreto legislativo;

h) esentare le società a partecipazione pubblica derivanti da una sperimentazione gestionale costituite ai sensi dell'articolo 9-bis del D. Lgs. n. 502 del 1992 di riordino della disciplina sanitaria anche dagli articoli 17 (società a partecipazione mista pubblico-privata) e 25 (disposizioni in materia di personale) del decreto legislativo in questione;

i) confermare, tra le norme di coordinamento, la vigenza delle disposizioni recate dal comma 2-bis dell'articolo 3-bis del D.L. 138/2011 in tema di successione di nuovi operatori al concessionario iniziale di servizi pubblici locali e di continuazione del servizio fino alle scadenze previste;

j) prevedere, in ordine alle disposizioni transitorie sul personale previste dall'articolo 25, comma 1, del decreto legislativo, l'intesa "forte" ai sensi del comma 6 dell'articolo 8 della legge n. 131 del 2003, per l'adozione del decreto del ministro del lavoro ivi previsto;

k) escludere l'applicazione del già citato criterio della necessaria razionalizzazione in caso di risultato negativo per quattro esercizi su cinque (art. 20, comma 2, lettera e) per le attività di gestione delle case da gioco attualmente autorizzate e, inoltre, prevedere per tali attività che le disposizioni limitative circa aumenti di capitale o conferimenti finanziari (previste dall'articolo 14, comma 5, del

A seguito del consueto esame parlamentare, è stato dunque pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 26 giugno 2016, il decreto legislativo 16 giugno 2016, n. 100 recante “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”, che apporta diverse correzioni al decreto n. 175¹³⁵.

Non essendo possibile, in tale sede, svolgere una puntuale analisi del complesso delle modifiche intervenute, ci si limiterà a segnalare, in sintesi, quelle più rilevanti.

Innanzitutto, con riferimento all’ambito di applicazione ed alle definizioni, l’articolo 3 modifica l’articolo 1, co. 5, del decreto n. 175, stabilendo che le disposizioni del Testo unico si applicano solo se espressamente previsto alle società quotate «nonché alle società partecipate da esse, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche»¹³⁶.

decreto) si applichino decorsi dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto correttivo;

l) chiarire in relazione illustrativa che la nozione di servizio di interesse generale, (articolo 4, comma 2, lettera a del decreto), comprende anche i servizi regolati dalle Autorità indipendenti.

Nell’intesa si prevede da ultimo da parte del Governo l’impegno ad accogliere gli emendamenti proposti dalle Regioni nel documento dell’8 marzo 2017 con riguardo all’articolo 19, commi 8 e 9 del decreto, relativi al riassorbimento del personale delle società pubbliche già proveniente dalle amministrazioni interessate e già reclutate all’esito di pubblico concorso, con riserva di procedere ad una formulazione che garantisca il rispetto del criterio di copertura e neutralità finanziaria e nei limiti quindi della verificabile sostenibilità finanziaria della previsione.

La versione integrale dell’intesa è consultabile al seguente sito internet http://www.statoregioni.it/Documenti/DOC_057952_Rep%20n%20%2029%20CU%20%20Punto%201%20odg.pdf.

¹³⁵ Sul punto si rimanda a F. MORETTI, *Il TU Partecipate alla luce delle novità recate dal decreto correttivo*, in *Azienditalia*, 8-9, 2017, p. 723 ss.; R. BIANCHINI, *Testo unico partecipate: in Gazzetta il decreto correttivo*, su www.altalex.it, 28 giugno 2017; ANCI, *La nuova disciplina delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni. Istruzioni tecniche, linee guida, note e modulistica*, 8 giugno 2017.

¹³⁶ In questo modo si definisce in modo più preciso il perimetro applicativo del Testo unico. Peraltro, la reale novità risiede proprio nel riferimento alle situazioni di controllo o partecipazione diretta, in quanto l’estensione del regime

Sono state introdotte, poi, alcune specificazioni sulle definizioni contenute all'articolo 2 del Tusp; a tal proposito, l'art. 4 del decreto n. 100, per un verso, riformula la definizione di «società», ricomprendendo anche gli organismi che hanno come oggetto sociale lo svolgimento di attività consortili¹³⁷ e, per altro verso, modifica la nozione di «società *in house*», così da operare un coordinamento con quanto stabilito all'interno del nuovo codice dei contratti pubblici¹³⁸.

Per quanto riguarda le finalità perseguibili attraverso l'acquisizione e la gestione delle partecipazioni pubbliche, l'articolo 5 del decreto correttivo modifica in più punti l'articolo 4 del Tusp.

In particolare, riguardo al comma 2, si specifica che fra le attività ammissibili rientra l'autoproduzione di beni o servizi strumentali non solo all'ente ovvero agli enti pubblici, ma anche «allo svolgimento delle loro funzioni»¹³⁹.

previsto per le imprese quotate anche alle società loro partecipate era già ricavabile dalla definizione di società quotata, ex art. 2, co. 1, la lett. p).

¹³⁷ Più che una novità sul piano sostanziale, la precisazione della citata nozione di “società” risponde principalmente all'esigenza di un coordinamento con quanto stabilito all'art. 3 del Tusp, in cui si circoscriveva la partecipazione societaria a determinati organismi societari (costituiti in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa), aventi anche carattere consortile.

¹³⁸ A seguito della modifica s'intende, ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. o), Tusp, per società *in house* «le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, *nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3*».

¹³⁹ A tal proposito, F. MORETTI, op. cit., p. 726, ricorda come tale integrazione fosse rientrata tra le osservazioni rese dalla I Commissione Affari Costituzionali del Senato nell'ambito dell'approvazione del parere sull'A.G. 404 (schema di decreto correttivo), nella quale si affermava: «(...) - all'articolo 4, comma 2, lettera d), si valuti attentamente l'opportunità di attribuire alle pubbliche amministrazioni la facoltà di istituire o partecipare a società pubbliche, a partecipazione pubblico-privata e a partecipazione pubblica anche minoritaria, non solo per la produzione di beni e servizi ma anche per lo svolgimento delle loro funzioni, e ciò anche in considerazione della norma di cui all'articolo 16 che attenua le modalità in cui deve essere assicurato il controllo analogo nelle società *in house* rispetto alla disciplina comunitaria in materia».

Inoltre, l'ambito delle disposizioni derogatorie riservate a determinate fattispecie viene ampliato disponendo, al comma 7, che sono ammissibili le partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale prevalente la produzione di energia da fonti rinnovabili ed aggiungendo, al successivo comma 8, un nuovo periodo che consente alle università di costituire società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche.

Rispetto a quanto previsto dal comma 9¹⁴⁰ dell'art. 4 del Tusp, l'art. 5 del decreto correttivo estende la facoltà di deliberare l'esclusione dai vincoli di cui allo stesso articolo 4 per singole società a partecipazione pubblica regionale, anche ai Presidenti di Regione e province autonome di Trento e Bolzano, attraverso un provvedimento

¹⁴⁰ Il Consiglio di Stato, nell'ambito del parere reso sul decreto correttivo in esame, aveva sollevato una serie di dubbi: in primo luogo, ribadisce le perplessità, già manifestate in precedenza circa "una possibile violazione del principio di legalità", in quanto vi sarebbe il rischio che un'autorità regionale possa derogare, con proprio provvedimento, «a una disciplina statale generale propria dell'ordinamento civile». Tutto ciò, potrebbe provocare «un *vulnus* nell'omogeneità e nell'uniformità dell'applicazione del diritto privato che non trova alcun fondamento, non soltanto nella legge delega, ma neppure nei principi generali dell'ordinamento».

In secondo luogo, viene espresso un parere contrario sulla modifica introdotta al comma 1, lettera d), che estende il potere di deroga ad un apposito provvedimento del Presidente della Regione, ritenendo che questo muova dall'errato presupposto che la garanzia delle autonomie regionali riguardi tutte le società a partecipazione regionale. A parere della Commissione speciale, tale sistema di garanzia, al contrario, dovrebbe riguardare solamente le società strumentali all'esercizio di funzioni di competenza delle Regioni, in quanto «le competenze regionali possono venire in rilievo, in via prevalente, quando si tratta di società pubbliche che si inseriscono nell'ambito dell'organizzazione regionale. E ciò accade nel caso in cui le società regionali non svolgono attività in un libero mercato (sia pure in modo conformato dai nuovi vincoli legali che escludono lo svolgimento della ordinaria attività di impresa) ma pongono in essere «attività amministrativa in forma privatistica» in favore dell'ente regionale stesso».

Di conseguenza, la disciplina derogatoria potrebbe trovare la propria giustificazione solo con riferimento alle sopracitate società strumentali, seppur con l'avvertimento che esso non può comunque giungere «fino alla previsione di un potere amministrativo regionale tout court di esclusione delle stesse dal perimetro della riforma, ma dovrebbe comunque avvenire di intesa con l'autorità statale».

adottato ai sensi della legislazione regionale e nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità¹⁴¹.

Infine, si segnala l'aggiunta di un comma 9-*bis*, che prevede per le pubbliche amministrazioni la possibilità, nel rispetto della disciplina europea, di acquisire ovvero mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete, anche fuori dall'ambito territoriale della collettività di riferimento, a patto che l'affidamento dei servizi sia avvenuto ovvero avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica. Per tali partecipazioni rimane fermo, in ogni caso, quanto previsto dall'articolo 20, co. 2, lett. e), Tusp, nonché in materia di società *in house*¹⁴².

Il decreto n. 100, all'articolo 6, introduce alcune modifiche anche su quanto stabilito all'art. 5 del Testo unico in materia di oneri

¹⁴¹ Il *Dossier* sullo schema di decreto correttivo n. 100, cit., osserva, sul punto che in analogia con quanto già previsto per il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, anche il citato provvedimento regionale deve essere motivato «con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1». Rispetto, poi, alla motivazione richiesta per il decreto del Presidente del Consiglio, si nota come sia assente il riferimento alla finalità di agevolare la quotazione della società.

Infine, si registra che, mentre nel caso di adozione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri la disposizione vigente prescrive la trasmissione alle Camere ai fini della comunicazione alle Commissioni parlamentari competenti, la medesima procedura non è prevista per i provvedimenti del Presidente di Regione.

¹⁴² Attraverso tale disposizione, secondo quanto osservato da F. MORETTI, op. cit., p. 727, si dà seguito a quanto stabilito in sede di intesa, introducendo «l'ammissibilità di partecipazioni in società con attività *extra moenia*, limitatamente, tuttavia, a quelle che producono servizi economici di interesse generale a rete ed a condizione che l'affidamento dei servizi in corso e di quelli a venire, sia derivante da procedure ad evidenza pubblica. Il richiamo alla piena applicazione dell'art. 20, comma 2, lett. e) e dell'art. 16, vale ad affermare, rispettivamente: - che le predette società debbano essere razionalizzate qualora producano un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti (diversamente da quelle operanti nel territorio di riferimento, escluse dalla medesima lett. e)); - che restano validi per le società *in house* i limiti posti riguardo alla necessità che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato, che può essere rivolta anche a finalità diverse (come nel caso dell'attività *extra moenia*), è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società».

di motivazione nell'ambito del procedimento di adozione e sul contenuto dell'atto deliberativo. In particolare, al primo comma, viene eliminato il riferimento alla "considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche"¹⁴³, mentre al secondo comma prevede che le forme di consultazione pubblica che gli enti locali sono tenuti ad espletare nel caso di costituzione ovvero assunzione di partecipazioni, debbano essere dagli stessi disciplinate.

Si rilevano modifiche anche in tema di organi amministrativi e di controllo in quanto, stante la nuova formulazione dell'articolo 11, viene previsto che al comma 1 il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri riguardante i requisiti di onorabilità, professionalità ed autonomia, sia sottoposto ad una previa intesa, così come indicato dalla Corte.

Al successivo comma 3, invece, viene superata la necessità dell'adozione di un d.p.c.m. volto a definire i criteri in base ai quali l'assemblea della società a controllo pubblico avrebbe potuto optare per una diversa conformazione dell'organo amministrativo, lasciando a quest'ultima la decisione (da assumersi con delibera motivata) di derogare alla composizione monocratica dell'organo¹⁴⁴.

¹⁴³ Sul punto il Consiglio di Stato aveva espresso il proprio parere negativo, sulla base della considerazione per cui una simile soppressione avrebbe potuto comportare «un'attenuazione dell'obbligo di analitica motivazione giustamente richiesto dall'articolo 5 del decreto legislativo n. 175», anche alla luce del fatto che tale inciso, di fatto, «finisce per garantire l'unico onere motivazionale effettivamente stringente per l'attività di acquisto presso terzi delle partecipazioni sociali. (...) Eliminando l'onere di indicare la possibile «destinazione alternativa delle risorse» si potrebbero legittimare operazioni che, pur essendo astrattamente conformi a criteri economici, risultino comunque discriminatorie, perché l'amministrazione potrebbe favorire un potenziale venditore al posto di un altro».

¹⁴⁴ Seppure nella nuova riformulazione permanga l'onere, per l'assemblea della società, di esplicitare le specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa nonché di considerare attentamente l'esigenza di un contenimento dei costi nella decisione di adottare forme di amministrazioni alternative, tuttavia la disposizione è stata oggetto di riflessione da parte dell'Anac che, in sede di audizione alla Camera dei deputati, sullo schema di decreto correttivo, ha evidenziato preoccupazioni in ordine al rischio che si possano verificare eterogeneità significative nelle valutazioni effettuate delle assemblee. L'Autorità, infatti, afferma che «la precedente

Infine, il decreto correttivo n. 100 interviene anche con alcune precisazioni in materia di gestione del personale¹⁴⁵ e di ripiano delle perdite¹⁴⁶ adeguando, inoltre, in un'ottica di coerenza generale, le diverse scadenze¹⁴⁷ previste nel Testo unico.

formulazione – che prevedeva la definizione tramite dPCM dei criteri in base ai quali, per ragioni di adeguatezza organizzativa l'assemblea della società a controllo pubblico potesse disporre che la società fosse amministrata da un consiglio di amministrazione composto a tre o cinque membri ovvero che fosse adottato un modello di governance diverso – appariva adeguata a garantire una omogeneità nell'azione delle assemblee delle società a controllo pubblico. La modifica rimette, invece, a ciascuna assemblea societaria la decisione in merito all'amministrazione della società, prevedendo esclusivamente un obbligo motivazionale».

¹⁴⁵ L'articolo 12 del decreto correttivo, intervenendo sul meccanismo di gestione dei processi di mobilità del personale di cui al comma 8 dell'art. 19 del d.lgs. n. 175, precisa che la spesa per il riassorbimento del personale già dipendente dalle amministrazioni stesse con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, non assume rilievo nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili, a condizione che venga fornita dimostrazione, certificata dal parere dell'organo di revisione economico-finanziaria, che tali esternalizzazioni siano state effettuate nel rispetto delle norme vigenti.

¹⁴⁶ Il decreto correttivo, modificando l'art. 21 del Tusp integra, all'art. 14 la disciplina sugli interventi straordinari delle amministrazioni che sono dirette al salvataggio delle società che presentano bilanci negativi, definendo limiti più stringenti per l'utilizzo delle somme a tal fine vincolate nei bilanci delle P.A. Nello specifico, viene attribuita la facoltà per gli enti locali di ripianare le perdite delle partecipate solo attraverso le risorse accantonate nello specifico fondo (previsto dal comma 1 dell'art 21 del Testo Unico), e solamente nei limiti della rispettiva quota di partecipazione alla società, e comunque nel rispetto della normativa europea in materia di aiuti di Stato.

¹⁴⁷ Il correttivo ha prorogato al 30 settembre 2017 sia il termine entro il quale ciascuna società a controllo pubblico è tenuta ad effettuare la ricognizione del personale in servizio, per individuare eventuali eccedenze e dare attuazione a quanto previsto dall'art. 25 del Testo Unico che il termine entro il quale le amministrazioni pubbliche devono effettuare, con provvedimento motivato, la revisione straordinaria delle partecipazioni societarie detenute alla data di entrata in vigore del Tusp.

Inoltre, è stato stabilito al 31 luglio 2017 il termine entro il quale le società a controllo pubblico hanno l'onere di adeguare i propri statuti alle disposizioni introdotte dal Testo Unico.

5. SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA E NECESSITÀ DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO

Dalle considerazioni, seppur sintetiche, svolte in precedenza sui principali contenuti del Testo unico, è possibile sicuramente dedurre la rilevanza che hanno assunto gli obiettivi di contenimento dei costi e di perseguimento di una sana ed efficiente gestione societaria, nella predisposizione del processo di razionalizzazione e sistematizzazione dell'intera disciplina della partecipazione azionaria pubblica¹⁴⁸.

Ciò è risultato in modo del tutto evidente considerando la struttura dell'organo amministrativo con riferimento alla quale, anche alla luce delle peculiarità che caratterizzano le società a partecipazione pubblica, il legislatore ha ritenuto di mantenere – e, sotto alcuni aspetti, accentuare rispetto alla normativa precedente – un regime derogatorio alla disciplina contenuta nel Codice civile.

Sono state infatti introdotte significative modifiche in tema di *governance* che, come si avrà modo di evidenziare, sembrano rispondere a diverse logiche e finalità, essenzialmente legate alla presenza pubblica all'interno dello schema societario.

Innanzitutto, per le società a controllo pubblico costituite in forma di società per azioni, il Testo unico prevede, in tema di struttura

¹⁴⁸ Per ogni riferimento, cfr. *supra*, §§2 e 3. Del resto l'intento era stato esplicitato dal legislatore già all'interno della *Relazione illustrativa* al Testo unico: «(...) la scelta di orientare l'intervento normativo verso l'obiettivo della semplificazione delle regole vigenti in materia, attraverso il riordino delle disposizioni nazionali e la creazione di una disciplina generale organica, è sintomatica della centralità che il Parlamento ha inteso riconoscere all'intero settore delle società partecipate, quale ambito ottimale per la promozione del processo di efficiente riorganizzazione dell'amministrazione dello Stato. Il quadro normativo attuale è il risultato di una serie di interventi disorganici e la necessità di operare una generale semplificazione e stabilizzazione normativa è prodromica alla effettiva attuazione delle regole in materia di partecipazioni e, conseguentemente, al migliore utilizzo delle risorse pubbliche, anche mediante la rimozione delle fonti di spreco».

e conformazione dell'organo amministrativo, il principio che questo sia di norma costituito da un amministratore unico.

Tale scelta organizzativa ha un evidente ancoraggio ad esigenze di riduzione della spesa pubblica dovute ai numerosi casi di spreco e gestioni clientelari¹⁴⁹. Tuttavia, per altro verso, è stato da più parti sottolineato il rischio che una simile disposizione possa condurre ad un accentramento del potere gestorio in capo ad un unico soggetto¹⁵⁰, restringendo in misura notevole i margini di scelta del socio pubblico¹⁵¹.

¹⁴⁹Sul punto, cfr. CORTE DEI CONTI, *Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di Comuni e Province* (Del. n. 14/SEZAUT/2010/FRG), adunanza del 22 giugno 2010, nella quale si ribadiscono, in continuità con la precedente relazione del 2008, tutte le considerazioni che riferite «agli aspetti maggiormente critici del fenomeno della partecipazione in organismi da parte degli enti locali, alle ragioni effettive che spesso sottostanno alla sua espansione ed agli effetti sui bilanci degli enti delle inefficienze gestorie frequentemente collegate al fenomeno stesso».

A giudizio della Corte dei Conti, la giustificazione dei recenti interventi legislativi volti ad imporre un drastico ridimensionamento al fenomeno delle partecipazioni pubbliche locali (nel caso di specie, le norme contenute nel decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 convertito, con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, «Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica», in *G.U.*, n. 125 del 31 maggio 2010) dovrebbe proprio rintracciarsi negli aspetti sopra evidenziati, «che inducono a ritenere la costituzione e la partecipazione in società quale strumento spesso utilizzato per forzare le regole poste a tutela della concorrenza e sovente finalizzato ad eludere i vincoli di finanza pubblica imposti agli enti locali».

¹⁵⁰ Sono di questo avviso R. CAMPORESI, A. GALANTI, *L'organo amministrativo delle società a partecipazione pubblica nel nuovo Testo unico*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 16 febbraio 2016, secondo cui una simile statuizione «se da un lato appare essere uno strumento in linea con l'ottica di contenimento dei costi della pubblica amministrazione, dall'altro si ritiene, che tale previsione potrebbe porsi in contrasto con l'esigenza di tutela degli interessi dei soci pubblici in quanto l'amministratore unico è un organo monocratico caratterizzato dall'accentramento dell'intero potere gestorio».

¹⁵¹ Così A. BAUDINO, *L'amministrazione delle società a capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali, dopo le novità introdotte dal d.l. 95/2012*, cit., p. 56 ss., che ricorda come a partire dalla Legge finanziaria per il 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296), il legislatore abbia inteso introdurre nell'ordinamento una serie di disposizioni che hanno imposto delle limitazioni di carattere numerico alla composizione dell'organo amministrativo. In quest'ottica, l'A. sottolinea che «dopo un primo periodo caratterizzato da un netto favore del legislatore verso l'impiego del modello organizzativo delle società di diritto privato (con la finalità di introdurre anche nel settore dei servizi pubblici i principi dell'efficienza e della competizione per consentire al pubblico dei consumatori la possibilità di usufruire dei servizi

A tale preoccupazione sembra rispondere l'eccezione prevista al comma 3 dell'articolo 11, attraverso l'introduzione di un "meccanismo di flessibilità" che, tenendo conto delle specificità della società possa, conseguentemente, giustificare un assetto organizzativo diverso, seppur entro limiti preventivamente stabiliti¹⁵².

Una deroga significativa al diritto societario è stata prevista, invece, per il caso della società a responsabilità limitata.

Se da un lato, infatti, anche per tali tipologie societarie valgono le disposizioni dell'articolo 11, in tema di struttura e composizione dell'organo amministrativo, tuttavia, al comma 5 si stabilisce che, qualora la società a controllo pubblico sia costituita in forma di società a responsabilità limitata, non è consentito, in deroga a quanto disposto dall'articolo 2475, co. 3, del codice civile, prevedere che l'amministrazione sia affidata, disgiuntamente o congiuntamente, a due o più soci¹⁵³.

migliori a prezzi il più possibile contenuti), si è dovuto assistere ad un'inversione di tendenza: come dimostrato dalle numerose disposizioni (...) che si sono succedute negli anni più recenti, finalizzate a limitare in misura sempre più rilevante sia l'ambito di operatività delle società a controllo pubblico, sia l'ambito di discrezionalità del socio pubblico nella costruzione del modello organizzativo».

Per gli approfondimenti sui vari interventi normativi succedutisi prima dell'emanazione del Testo unico e che ne hanno, per certi versi, rappresentato la base di partenza per lo sviluppo della normativa sulla struttura degli organi di amministrazione e controllo, si rimanda a quanto analizzato nel successivo capitolo 3, §1.

¹⁵² L'articolo 11, co. 3, così come modificato dal decreto correttivo n. 100 del 2017, stabilisce che sia la stessa assemblea dei soci, con delibera motivata e sulla base di specifiche ragioni organizzative, a poter optare per un diverso sistema di amministrazione. Per approfondimenti, *infra* capitolo III, §1.

¹⁵³ Secondo l'articolo 2475, co. 3, c.c., qualora l'amministrazione della società a responsabilità limitata sia affidata a più persone, è consentito allo statuto di prevedere «che l'amministrazione sia ad esse affidata disgiuntamente oppure congiuntamente; in tali casi si applicano, rispettivamente, gli articoli 2257 e 2258».

Per approfondimenti cfr., inter alia, P. MORANDI, *sub art. 2475 c.c.*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, vol. II, Padova, Cedam, 2015, p. 1366 ss.; G.D. MOSCO, D. REGOLI, M. RESCIGNO, G. SCOGNAMIGLIO, *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*. Vol. V, in C. IBBA, G. MARASÀ (diretto da), *Trattato delle società a responsabilità limitata*, Padova, Cedam, 2012; A. ZANARDO, *L'amministrazione disgiuntiva e congiuntiva nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2009, p. 717 ss.

In questo caso emerge, dunque, l'intenzione del legislatore di procedere ad un chiaro restringimento delle opzioni di scelta sui modelli di amministrazione – e, quindi, della relativa autonomia statutaria¹⁵⁴ – che, invece, il codice civile ammette come soluzioni possibili per la citata tipologia societaria¹⁵⁵, circoscrivendo il campo, oltre che all'ipotesi dell'amministratore unico, anche sistemi dualistico o monistico, qualora reputati compatibili¹⁵⁶.

¹⁵⁴ È di questo avviso V. OCCORSIO, *Gli adempimenti societari necessari per l'adeguamento alla disciplina delle società pubbliche contenuta nel d.lgs. 175/2016*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di) *Le società pubbliche*, vol. I, cit., p. 327, secondo il quale sarebbero state dettate alcune disposizioni specifiche per questa tipologia societaria «che tendono a ridurre gli spazi di autonomia nella conformazione di un tipo che fa della sua duttilità il punto di maggiore forza».

L'A. ne identifica due: in primo luogo, l'art. 3, co. 2, del decreto n. 175 che prevede la necessaria nomina di un organo di controllo ovvero di un revisore a cui corrisponde, nel caso delle società per azioni, la necessità di un revisore esterno. A suo giudizio, è evidente la deroga rispetto alle norme codicistiche che, al contrario, stabiliscono che la nomina dell'organo di controllo o di un revisore rappresenti un contenuto eventuale dello statuto.

La seconda previsione sarebbe, appunto, quella contenuta proprio al quinto comma, rispetto alla quale «si nega così la possibilità di cumulare i vantaggi connessi ad una gestione personale e diretta dell'impresa, tipica delle società di persone, con il beneficio delle responsabilità limitata, o comunque di offrire regole gestionali più semplici e snelle di quelle proprie di un sistema corporativo».

¹⁵⁵ Così si esprime V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 667, secondo il quale «scartati i modelli dell'amministrazione congiuntiva o disgiuntiva, pertanto, come alternativa all'amministratore unico rimangono il modello del consiglio di amministrazione ed eventualmente, ove li si ritenessero applicabili anche alle società a responsabilità limitata, i sistemi di amministrazione e controllo di tipo dualistico o monistico (...)».

Sullo specifico tema della possibilità o meno di estendere questi ultimi due modelli si è espresso il Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima n. I.C.2, *Ammissibilità dei sistemi monistico e dualistico*, 1° pubbl. 9/04 si è così espressa: «È inammissibile nella s.r.l. l'adozione dei sistemi di amministrazione alternativi a quello tradizionale (sistema dualistico e sistema monistico) previsti in materia di s.p.a., anche se subordinati risolutivamente all'insorgere dell'obbligo legale di adozione del collegio sindacale ai sensi dell'art. 2477 c.c.», in A. BUSANI, *Massimario delle operazioni societarie*, II ed., Milano, Wolters Kluwer Italia, 2016.

¹⁵⁶ Secondo M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, I, 2008, p. 633, la situazione relativa alle riflessioni sull'applicazione in via analogica della disciplina sui modelli di amministrazione alternativa previsti per le società per azioni, è varia e composita. Sul punto, infatti, si registrano in dottrina valutazioni di opportunità, tecniche e di merito. Sotto il primo profilo, l'A. ricorda come la dottrina che si è soffermata nel periodo successivo alla riforma, abbia sin da subito avvertito una sostanziale mancanza di aderenza di

È noto, infatti, che nell'ambito della riforma del diritto societario, nonostante la società a responsabilità limitata sia stata dotata di una struttura simile a quella specificamente prevista per le società per azioni, essa risulta tuttavia caratterizzata dalla presenza di più ampi margini riservati all'autonomia statutaria¹⁵⁷.

entrambi i modelli di amministrazione alla tipologia della s.r.l., sulla base della considerazione per cui «l'*IdealTypus* di società a responsabilità limitata è “piccolo” e “chiuso”».

A ciò si aggiungono una serie di valutazioni di carattere tecnico, secondo cui sarebbe difficile ipotizzare, da un lato, la configurazione di una netta separazione tra la “proprietà” ed il controllo, così come prevista nel sistema dualistico; dall'altro lato, difficile sarebbe immaginare che vi possa essere un numero di consiglieri così elevato da integrare il numero minimo di amministratori indipendenti richiesto per il modello monistico (artt. 2409-septiesdecies, co. 2, e 2409-octiesdecies, co. 2, c.c.)

Con riferimento, invece, alle valutazioni di merito, l'A. afferma che esse possono essere riferite ad entrambi i sistemi alternativi. Infatti, «(...) la prima si pone in relazione all'art. 24771, che sembra imporre, là dove ricorrano determinati requisiti dimensionali, la presenza in s.r.l. del collegio sindacale, senza alcun riferimento ai sistemi alternativi di amministrazione e controllo. La seconda sta nel fatto che la scelta opzionale per un sistema alternativo pecca in sé di un incremento di formalismo, e conferisce maggiore complessità ai procedimenti decisionali, segnatamente per il fatto che entrambi i sistemi, a differenza del tradizionale, non tollerano l'amputazione dell'organo di controllo, che invece nella s.r.l. è obbligatorio solo in taluni casi». Tali ragioni sarebbero dunque alla base delle conclusioni, formulate da parte della dottrina, sulla non applicabilità di tali modelli alla società a responsabilità limitata di modeste dimensioni e tendenzialmente chiuse.

Per un'analisi della dottrina in merito ai profili sopra segnalati si rimanda a, M. RESCIGNO, *Le regole organizzative della gestione delle s.r.l.*, in G. CIAN (a cura di), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova, Cedam, 2004, p. 327 ss.; N. ABRIANI, *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in AAVV, *Diritto delle società*, 3 ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 330 ss.; F. SALINAS, *Sub art. 2409-sexiesdecies*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario – d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6; d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61 – Commentario*, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 1209 ss.; A. LORENZONI, *Il comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 66 ss.

¹⁵⁷ Per un'analisi più ampia cfr., *ex multis*, L. SALVATORE, *L'organizzazione corporativa nella nuova s.r.l.: amministrazione, decisioni dei soci e ruolo dell'autonomia statutaria*, in *Contr. Impr.*, 2003 p. 1342 ss.; G.A. RESCIO, *La nuova disciplina della s.r.l.: l'autonomia statutaria e le decisioni dei soci*, in N. DI CAGNO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Bari, Cacucci Editore, 2004, p. 169 ss., il quale considera il rilievo dell'autonomia statutaria come conseguenza del rilievo dei rapporti contrattuali tra i soci.; G. MARASÀ, *La s.r.l. come società di capitali e suoi caratteri distintivi dalla s.p.a.*, in *Studium iuris*, 2005, p. 301 ss.; M. SCIUTO, *L'atto costitutivo della società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 659 ss., secondo il quale in un contesto caratterizzato da un'accentuata autonomia statutaria risulta difficoltoso individuare elementi essenziali volti all'identificazione del tipo s.r.l.

Questi ultimi attengono, tra gli altri, alla struttura dell'organo amministrativo¹⁵⁸, alla partecipazione all'amministrazione anche di soggetti diversi dai soci¹⁵⁹, nonché alle procedure decisionali dell'organo pluripersonale¹⁶⁰.

Tale tipologia societaria presenta certamente alcuni aspetti positivi, legati sostanzialmente ad un'accentuazione dell'autonomia e della centralità del socio¹⁶¹, nonché ad una maggiore adattabilità nella gestione di rapporti che coinvolgano anche la pubblica amministrazione, soprattutto nelle ipotesi di costituzione di società miste¹⁶².

¹⁵⁸ Questo può essere, infatti, monocratico o pluripersonale.

¹⁵⁹ Secondo quanto stabilito dall'articolo 2475, c. 1, c.c., l'atto costitutivo potrebbe anche consentire che si affidi l'amministrazione della società anche a soggetti che non rivestano il ruolo di soci. Sul punto cfr., inter alia, N. SALANITRO, *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 73 ss.

¹⁶⁰ È stata prevista una deroga al principio del metodo collegiale di decisione all'interno dell'organo, fatte salve alcune materie di cui all'art. 2479, co. 2, c.c., oppure quando lo richiedano uno o più amministratori o un numero di soci che rappresenti almeno un terzo del capitale sociale. Per approfondimenti, *ex multis*, v. A. MIRONE, *Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedurali*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, *Liber Amicorum G.F. Campobasso*, Vol.3, Torino, Utet, 2007, p. 475 ss.; R. VIGO, *Decisioni dei soci: competenze*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, *Liber Amicorum G.F. Campobasso*, cit., p. 451 ss.

¹⁶¹ Con riferimento a questo aspetto, G.C. GIANNELLI, A. MONTICELLI, *Capitale umano e finanziamento dell'impresa. Considerazioni tra economia e diritto sulla riforma delle s.r.l.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 241 ss., che ravvisano nella centralità del socio riconosciuta nella s.r.l. anche un «(...) riconoscimento del valore del capitale umano come parte del valore complessivo del capitale dell'impresa (...)».

A ciò si aggiunga che la stessa legge delega n. 366 del 2001, all'articolo 3 menziona, tra i principi ispiratori quello «della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci».

¹⁶² Sul punto M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, cit., p. 631, che nel richiamare quanto sostenuto da G. FIDONE, B. RAGANELLI, *Il partenariato pubblico privato per la realizzazione delle opere pubbliche tra incentivi ai privati e tutela della concorrenza*, in *Società italiana di diritto ed economia*, SIDE-ISLE, Working papers, 2006, p. 12 ss., sottolinea che «la teoria dell'agenzia, o dei costi di agenzia, si rivela particolarmente adatta alla valutazione di efficienza delle forme di partenariato pubblico-privato. Con l'ausilio, poi, della teoria dei giochi, è possibile esaminare da vicino le scelte strategiche comportamentali delle due parti - privato e pubblico - interagenti tra loro».

A ciò si aggiunga inoltre la possibilità, per la società a responsabilità limitata, di optare per l'adozione di un sistema di amministrazione pluripersonale non collegiale, che può agire congiuntamente¹⁶³ ovvero disgiuntamente¹⁶⁴, prefigurando, in tal modo, l'ipotesi che l'organo amministrativo possa assumere decisioni secondo metodi non collegiali.

Tuttavia, ragionando sull'applicabilità di un simile modello alle società pubbliche, in realtà, non era sfuggita ad una parte della dottrina, già da tempo, l'esigenza di escludere la possibilità di procedere all'attribuzione di un potere gestorio in capo ai soci in quanto tali¹⁶⁵.

¹⁶³ Art. 2258 - Amministrazione congiuntiva. «1. Se l'amministrazione spetta congiuntamente a più soci, è necessario il consenso di tutti i soci amministratori per il compimento delle operazioni sociali. 2. Se è convenuto che per l'amministrazione o per determinati atti sia necessario il consenso della maggioranza, questa si determina a norma dell'ultimo comma dell'articolo precedente. 3. Nei casi preveduti da questo articolo, i singoli amministratori non possono compiere da soli alcun atto, salvo che vi sia urgenza di evitare un danno alla società». Dunque, dalla formulazione testé riportata (peraltro adottata in tema di società di persone) si evince come, nell'amministrazione pluripersonale congiuntiva, ad ogni singolo amministratore sia vietato compiere da solo qualsiasi atto, salvo che ricorrano ragioni di urgenza e si tratta di evitare un danno alla società.

¹⁶⁴ Art. 2257 - Amministrazione disgiuntiva. «1. Salvo di versa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri. 2. Se l'amministrazione spetta disgiuntamente a più soci, ciascun socio amministratore ha diritto di opporsi all'operazione che un altro voglia compiere, prima che sia compiuta. 3. La maggioranza dei soci, determinata secondo la parte attribuita a ciascun socio negli utili, decide sull'opposizione». Nell'amministrazione pluripersonale disgiuntiva, invece, ciascun amministratore ha la possibilità di compiere autonomamente qualsiasi operazione riguardi la società, salvo il diritto degli altri amministratori di opporsi prima che l'operazione sia compiuta.

¹⁶⁵ Questa opportunità è segnalata particolarmente da C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., p. 12 ss., il quale, pur affermando che l'ampio grado di autonomia statutaria riconosciuta alla s.r.l. le conferisce non solo maggiore flessibilità ma, soprattutto, adattabilità alle esigenze proprie delle società pubbliche, tuttavia evidenzia che qualora si dovesse ritenere inderogabile l'art. 2479 c.c., allora ciò costituirebbe una ragione più che valida a scoraggiare l'utilizzo della tipologia societaria della s.r.l.

Infatti, l'art. 2479, co. 1, c.c. che è stato interpretato, da un lato, come strumento atto ad investire statutariamente i soci praticamente di qualunque decisione, salvo poche eccezioni e, dall'altro, come norma attributiva al singolo amministratore e al socio titolare di un terzo del capitale il diritto di rimettere alla collettività dei soci qualunque argomento, anche riguardante la gestione, secondo

Le ragioni sono essenzialmente legate, tra le altre, a possibili coinvolgimenti del soggetto pubblico in azioni di responsabilità diretta, ovvero ad ipotetiche interferenze con l'operato degli amministratori, con una conseguente confusione e commistioni di ruoli che si possono rivelare non in linea (se non addirittura controproducenti) con le logiche societarie¹⁶⁶.

Ebbene, sotto questo aspetto, sembra potersi ragionevolmente ritenere che la *ratio* della norma contenuta al quinto comma

l'A. comporterebbe diverse conseguenze sulla *governance* societaria: «In base ad essa, infatti, i soci pubblici potrebbero in qualunque momento esautorare il privato dalla gestione demandando le relative decisioni alla collettività dei soci; oppure, al contrario, il socio di minoranza in possesso di un terzo del capitale, o magari l'amministratore delegato di sua emanazione, potrebbero a loro piacimento investire di decisioni gestorie la collettività dei soci, con ciò scaricando sulla maggioranza pubblica oneri che possono trovarla del tutto impreparata e responsabilità che i soci pubblici (...) certamente non intendevano assumere».

¹⁶⁶ Sul punto cfr. M. COSSU, *L'amministratore nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, cit., p. 632, secondo cui l'opportunità di una simile circostanza risiederebbe principalmente in quattro ordini di ragioni: «a) in primo luogo perché il soggetto pubblico, se socio, correrebbe il rischio, certamente indesiderato, di trovarsi esposto a responsabilità diretta per i fatti di gestione: l'art. 2476, (co.) 7, prevede, infatti, una responsabilità in solido con gli amministratori dei soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti gestori dannosi per la società, i soci o i terzi. Va aggiunto, in proposito, che l'art. 24767 non allude (soltanto) a comportamenti tipizzati, potendo il coinvolgimento nella responsabilità gestoria solidale discendere anche dall'esercizio di una qualche influenza o condizionamento, ovvero dall'avallo all'operato degli amministratori. È facile, dunque, che il pubblico - se socio, evidentemente - anche solo tentando di influenzare talune operazioni gestorie possa essere coinvolto in responsabilità solidale; b) in secondo luogo per il rischio concreto, che potrebbe dirsi opposto al precedente, che nella medesima ipotesi, nella quale il pubblico sia socio, egli, se ed in quanto investito anche di mansioni gestorie, emargini gli amministratori, ovvero, comunque, arrivi ad esercitare sugli stessi e sulla società un'influenza dettata da fattori estranei al linguaggio dei rapporti societari. Un rischio più elevato di scarsa trasparenza e conflittualità tra interessi e, soprattutto, la confusione dei ruoli possono rappresentare, in effetti, un deterrente decisivo all'impiego della s.r.l.; c) una terza ragione, contigua alla precedente, è che l'organizzazione corporativa pura è in grado di circoscrivere meglio il grado di influenza che il soggetto pubblico, sia o meno socio, può esercitare sugli amministratori, ferma quella influenza che prevedibilmente questi subiranno comunque dal "pubblico", siano o meno di nomina pubblica; d) una quarta ragione attiene alla circostanza che nella disciplina della s.p.a. esiste una relazione immediata e diretta tra l'art. 2380-*bis* e l'art. 2392, sulla responsabilità per l'attività amministrativa, giusta la naturale correlazione tra competenza e responsabilità che la riforma della s.r.l. conferma: di fatto, l'organo costituito dai soci in tanto può avere competenze gestorie in quanto cessa di essere un organo irresponsabile».

dell'articolo 11, risponda a tali preoccupazioni, perseguendo l'obiettivo di evitare che siano gli stessi soci a gestire direttamente la società avvalendosi, invece, di uno specifico organo amministrativo in grado di fungere da filtro, rispetto alle varie istanze degli stessi, nella gestione societaria.

Una ulteriore disciplina di carattere speciale è poi prevista sia per le società *in house*, che per quelle c.d. "miste". Nel primo caso, infatti, l'articolo 16, co. 2, lett. a), del decreto n. 175, prevede, innanzitutto, la possibilità per gli statuti delle società per azioni *in house* di contenere clausole che derogano a quanto disposto dagli articoli 2380-*bis*¹⁶⁷ e 2409-*novies*¹⁶⁸, c.c., in tema di gestione dell'impresa riservata esclusivamente agli amministratori (ovvero al consiglio di gestione, nel caso in cui si opti per il sistema dualistico).

¹⁶⁷ «Art. 2380-*bis* – Amministrazione della società. 1. La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. 2. L'amministrazione della società può essere affidata anche a non soci. 3. Quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione. 4. Se lo statuto non stabilisce il numero degli amministratori, ma ne indica solamente un numero massimo e minimo, la determinazione spetta all'assemblea. 5. Il consiglio di amministrazione sceglie tra i suoi componenti il presidente, se questi non è nominato dall'assemblea».

¹⁶⁸ «Art. 2409-*novies* – Consiglio di gestione. 1. La gestione dell'impresa spetta esclusivamente al consiglio di gestione, il quale compie le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Può delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti; si applicano in tal caso il terzo, quarto e quinto comma dell'articolo 2381. 2. E' costituito da un numero di componenti, anche non soci, non inferiore a due. 3. Fatta eccezione per i primi componenti, che sono nominati nell'atto costitutivo, e salvo quanto disposto dagli articoli 2351, 2449 e 2450, la nomina dei componenti il consiglio di gestione spetta al consiglio di sorveglianza, previa determinazione del loro numero nei limiti stabiliti dallo statuto. 4. I componenti del consiglio di gestione non possono essere nominati consiglieri di sorveglianza, e restano in carica per un periodo non superiore a tre esercizi, con scadenza alla data della riunione del consiglio di sorveglianza convocato per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica. 5. I componenti del consiglio di gestione sono rieleggibili, salvo diversa disposizione dello statuto, e sono revocabili dal consiglio di sorveglianza in qualunque tempo, anche se nominati nell'atto costitutivo, salvo il diritto al risarcimento dei danni se la revoca avviene senza giusta causa. 6. Se nel corso dell'esercizio vengono a mancare uno o più componenti del consiglio di gestione, il consiglio di sorveglianza provvede senza indugio alla loro sostituzione».

Nel caso di utilizzo del modello s.r.l., il medesimo articolo prefigura, invece, la possibilità di attribuire all'ente, ovvero agli enti pubblici soci, particolari diritti, sulla base di quanto disciplinato all'articolo 2468, co. 3, c.c.¹⁶⁹.

Le medesime eccezioni sono previste anche nel caso di costituzione di società a partecipazione mista pubblico-privata¹⁷⁰, secondo quanto stabilito dal quarto comma dell'articolo 17 del Testo unico.

Le disposizioni poc'anzi richiamate, in effetti, rappresentano uno degli aspetti più innovativi introdotti dal Testo unico, nonché alcune delle deroghe più significative al modello societario ordinario¹⁷¹ in virtù delle quali, nelle società per azioni *in house*, e in

¹⁶⁹ L'articolo infatti, stabilisce il principio generale secondo cui diritti sociali sono attribuiti in misura proporzionale alla partecipazione posseduta da ciascuno di essi (co. 2), aggiungendo tuttavia che «Resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili».

¹⁷⁰ Per un'analisi delle principali caratteristiche riguardanti tale tipologia societaria si rimanda a T. TESSARO, *Commento art. 17. Società a partecipazione mista pubblico-privata*, in C. D'ARIES, S. GLINIANSKI, T. TESSARO, *Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica*, cit., p. 150 ss.; S. SABLONE, *Commento all'art. 17*, in G. MEO, A. NUZZO (a cura di), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, p. 249 ss.; A. RESTUCCIA, *I patti parasociali nelle società miste*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di) *Le società pubbliche*, vol. I, cit., p. 393 ss.

¹⁷¹ Secondo L. GENINATTI SATÈ, *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica: temi e problemi*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 3, 2016, p. 8 ss., le diverse norme di carattere speciale e derogatorio introdotte nel Testo unico (es. in materia di *governance*, di personale, di composizione e struttura dell'organo amministrativo) contribuirebbero, infatti, a delineare «il nuovo e speciale statuto giuridico delle società a partecipazione pubblica».

Di contro, vi è stato chi ha sostenuto l'assenza di un vero e proprio statuto speciale applicabile alle società a partecipazione pubblica, soprattutto con riferimento a quelle locali, tuttavia specificando la necessità di rimodulare la suddetta posizione qualora si consideri, invece, l'aspetto legato alla struttura ed alle funzioni delle stesse. Sul punto, infatti, CORTE DEI CONTI, *Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di Comuni e Province* (Del. n. 14/SEZAUT/2010/FRG), cit., ha evidenziato che «(...) Si è già detto che non può ritenersi l'esistenza di uno statuto speciale applicabile alle società a partecipazione pubblica che abbia una specifica connotazione pubblicistica la quale in qualche modo recepisca la posizione particolare che tali società occupano nel tessuto ordinamentale giuridico, economico e sociale. Tale affermazione non è

quelle a partecipazione mista pubblico-privata, si ha la facoltà di strutturare un modello di *governance* nel quale la gestione della società non sia necessariamente devoluta agli amministratori, o comunque non esclusivamente a questi, ben potendo essere invece attribuita anche ai soci.

Tale norma risponde, sostanzialmente ad una duplice finalità: con riferimento alle società *in house*, questa previsione può essere ricondotta all'intento del legislatore di permettere alla società di potersi dotare di uno strumento in grado di garantire la situazione di controllo analogo¹⁷², in un'ottica alternativa rispetto alla possibilità

controvertibile per quanto concerne il profilo genetico, ma va sicuramente integrata e rettificata ove si guardi all'aspetto strutturale e funzionale delle società pubbliche ed, in particolare, delle società pubbliche partecipate da enti locali. Il legislatore, infatti, tenuto conto delle complesse problematiche insorte in ordine alla posizione di dette società nel mercato, ai loro rapporti con i soci pubblici, all'ambito e alla natura dell'attività esercitata, all'eludibilità delle norme di carattere generale dettate ai fini del contenimento dei costi, ha operato numerose incursioni normative in materia, le quali, disciplinando in maniera peculiare determinati aspetti attinenti alla materia delle partecipazioni societarie pubbliche (soprattutto locali), hanno attribuito al settore indubbi elementi di specialità. E tale specialità è tanto più evidente quanto più forte è la difficoltà di rendere compatibili i modelli societari adottati soprattutto dagli enti locali, non solo con le società di diritto comune ma anche con le regole dettate a livello europeo».

¹⁷² Cfr. F. GUERRA, *Il "controllo analogo"*, in *Giur. comm.*, 2011, p. 774 ss., che lo definisce come un "corollario" del principio comunitario di libertà concorrenza. Secondo l'A., l'istituto in parola, successivamente "importato" dal legislatore nazionale all'interno del sistema di autoproduzione di servizi da parte delle pubbliche amministrazioni, avrebbe introdotto una serie di deroghe alla disciplina comune di diritto societario, tali da sollevare una serie di questioni riguardanti, tra le altre, la disciplina applicabile alle società affidatarie di servizi pubblici che, a suo giudizio, dovrebbero essere sottratte alla disciplina di diritto comune, in quanto qualificabili come «società di diritto speciale».

Inoltre, secondo lo stesso Autore, «associando il "controllo analogo" ad uno statuto di diritto speciale e considerando il fatto che tale istituto è un requisito di un ente sostanzialmente pubblicistico – perché è tale (...) la società di autoproduzione di servizi pubblici (...)», si può arrivare a sostenere che questo istituto «in quanto istituto di "diritto speciale" e di natura pubblicistica, non sarebbe riconducibile alla figura civilistica del controllo societario ma, al contrario, rappresenterebbe una vera e propria "relazione interorganica" tra ente controllante e controllato. Non è un caso l'appellativo di "controllo analogo": ai fini della sua sussistenza, infatti, si richiede che l'ente controllante goda, sulla società controllata, dello stesso potere "gerarchico" esercitabile sui propri uffici, potere riscontrabile soltanto in una "relazione interorganica" tra enti pubblici».

della presenza di amministratori dipendenti delle amministrazioni
socie ovvero dall'esistenza di un apposito comitato¹⁷³.

Più esplicita è la finalità per le società miste, in quanto è lo
stesso articolo 17, co. 4, lett. a), del Testo unico ad esplicitare che tale
deroga possa essere prevista «al fine di consentire il controllo interno
del socio pubblico sulla gestione dell'impresa».

Da ciò si evince, in ultima analisi, come nella logica del Testo
unico, struttura e significato della presenza dell'organo amministrativo
varino non solo a seconda del modello societario prescelto ma,
soprattutto, sulla base del “grado” e dell'entità della partecipazione
pubblica all'interno del modulo societario, nonché della natura
dell'oggetto sociale che ne giustifica la costituzione.

Dal canto suo, M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *Federalismi*, 8, 2010, p. 1 ss., pone l'accento sull'aspetto legato alla direzione strategica della società che, secondo l'A., potrebbe rappresentare quel *quid pluris* richiesto dalla giurisprudenza comunitaria ai fini della configurazione della situazione di controllo individuale. Sotto tale aspetto, dunque, il “controllo analogo” può sicuramente essere inteso come il «controllo diretto della gestione strategica da parte dell'ente pubblico azionista».

¹⁷³ In questo modo, secondo V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 1072, «(...) la previsione del Tuspp conduce alla definitiva affermazione dei principi e della disciplina (speciale) in tema di controllo analogo nelle società *in house* sui principi e sulla disciplina (generale) del codice civile in tema di società di capitali».

Per altro verso, V. OCCORSIO, *Gli adempimenti societari necessari per l'adeguamento alla disciplina delle società pubbliche contenuta nel d.lgs. 175/2016*, cit., p. 334, che sottolinea come l'aver previsto una mera facoltà di deroga al principio sancito all'art. 2380-bis, c.c., per le società per azioni *in house* possa rappresentare una fonte di perplessità relative alla circostanza per cui «(...) il mancato esercizio di tale potere manterrebbe ferma la riserva di gestione in capo agli amministratori, determinando un “contrasto con la caratterizzazione propria delle modalità di funzionamento del controllo analogo”». Per tali ragioni, l'A. propone di «configurare statutariamente un modello di gestione in cui le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante», attraverso strumenti diretti ad attribuire maggiori poteri all'assemblea rispetto a quelli che il diritto comune le riconosce (es. la necessità dell'autorizzazione ex art. 2364, n. 5, c.c.), ovvero la possibilità di emettere particolari categorie di azioni, da assegnare al socio pubblico, che prevedano l'intrasferibilità a soggetti privati.

CAPITOLO SECONDO

NOMINA E REVOCA DEGLI AMMINISTRATORI

SOMMARIO: 1. I REQUISITI DI ELEGGIBILITÀ – 1.1 *I principali caratteri della disciplina in materia di eleggibilità alla carica di amministratore nel Testo Unico (art. 11, c.1): il d.p.c.m. ed i requisiti speciali per le società a controllo pubblico.* – 1.1.1 *Ipotesi di inconferibilità per i soggetti già lavoratori collocati in quiescenza ed il richiamo all’articolo 5, comma 9, del decreto-legge n. 95 del 2012.* – 1.2 *Segue: ulteriori cause speciali di ineleggibilità ed incompatibilità previste all’art. 11, cc. 8 e 11, Tusp.* – 1.3 *I “frammenti” di disciplina esterna al TUSP rimasta in vigore.* – 1.4 *La disciplina generale in tema di inconferibilità ed ineleggibilità del decreto legislativo n. 39 del 2013 richiamata dal Tusp.* – 1.4.1 *Accordo Anac – Mef: attuazione della normativa sulla corruzione nelle società controllate o partecipate dal Ministero alla luce della direttiva e delle Linee guida* – 1.5 *La perdurante vigenza delle norme di diritto comune in materia di requisiti di eleggibilità alle cariche sociali.* – 2. LA NOMINA DIRETTA DELL’AMMINISTRATORE DA PARTE DEL SOCIO PUBBLICO – 2.1. *Articolo 2449 c.c.: le caratteristiche della disciplina.* – 2.1.1 *I profili oggettivi e soggettivi della norma.* – 2.2 *Il dibattito sulla natura giuridica dell’atto di nomina (e di revoca) pubblica.* – 2.3 *Significato e portata delle previsioni introdotte dall’art. 9, commi 7 e 8, TUSP.* – 3. IL REGIME DI PROROGATIO – 3.1 *Il decreto-legge n. 293 del 1994: principali caratteri della norma.* – 3.2 *Significato ed ambito di applicazione alla luce del Testo Unico.* – 4. LA REVOCA DELL’INCARICO – 4.1 *L’articolo 2449 c.c.: significato e questioni rilevanti.* – 4.2 *Il TUSP e la giusta causa di revoca degli amministratori: la reiterazione del risultato economico negativo.* – 4.2.1 *Il rapporto tra la nuova disposizione e l’art.1, c. 554, legge n. 147 del 2003.* – 4.2.2 *L’eccezione alla regola: il risultato economico coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato.* – 4.3 *La disciplina dello spoil system.*

1. I REQUISITI DI ELEGGIBILITÀ

1.1 I principali caratteri della disciplina in materia di eleggibilità alla carica di amministratore nel Testo Unico (art. 11, c. 1): il d.p.c.m. ed i requisiti speciali per le società a controllo pubblico.

L'articolo 11, comma 1, TUSP stabilisce testualmente che «Salvi gli ulteriori requisiti previsti dallo statuto, i componenti degli organi amministrativi e di controllo di società a controllo pubblico devono possedere i requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 12 del decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39, e dall'articolo 5, comma 9, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135».

La lettura e l'analisi della citata disposizione suggeriscono una serie di considerazioni: in primo luogo, considerando l'ambito soggettivo, la norma non ha come destinatari tutte le società a partecipazioni pubblica, ma è indirizzata solamente alle «società a controllo pubblico» le quali, ai sensi dell'art. 2, lett. m) dello stesso Testo Unico, sono definite come «società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)»¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Tale norma dunque si aggancia, per un verso, a quanto previsto dal medesimo art. 2, lett. a) che, nel definire le amministrazioni pubbliche, fa riferimento alle «amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità portuali». Per altro verso, essa dev'essere letta alla luce di quanto stabilito alla successiva lett. b), che definisce il controllo, in primo luogo, come «la situazione descritta all'articolo 2359 del codice civile», intendendosi con tale locuzione entrambi i casi di controllo di diritto e controllo interno di fatto (art. 2359, c.1, nn.1 e 2, c.c.).

Per di più, la norma specifica che tali requisiti riguardano i «componenti degli organi amministrativi e di controllo», a prescindere dalla tipologia di società e dal sistema di controllo adottato; sotto tale profilo, dunque, l'intenzione del legislatore è quella di non prendere in considerazione, ai fini dell'applicazione della normativa in parola, la conformazione giuridica assunta dall'organo amministrativo e di

Sotto tale profilo, dunque, sembra chiaro che il riferimento alle società «a controllo pubblico» operato dal Tusp rimandi non solo alla situazione in cui il socio pubblico debba necessariamente disporre di una quota di capitale pari a più del cinquanta per cento ma, altresì, a casi in cui si sia in presenza di una società nella quale lo stesso socio pubblico abbia la possibilità di disporre di «voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria». Rimane sullo sfondo l'ipotesi di controllo «esterno» contenuta al n. 3 del medesimo articolo 2359, rispetto al quale la risposta circa la possibilità di contemplare tale ipotesi con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione delle norme potrà essere valutata caso per caso.

In secondo luogo, la nozione di «controllo» di cui all'art. 2 lett. b), Tusp è corredata da una specificazione; si aggiunge, infatti, che «Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto in consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo». Per maggiori approfondimenti sulle varie declinazioni del concetto di «controllo» in rapporto alla partecipazione pubblica, cfr. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, IPSOA, 2016, p. 1275 ss.

Sulla nozione di controllo, *ex multis*, M. LAMANDINI, *Sub art. 2359-2359quinquies*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, Commentario, Napoli, Jovene Editore, 2004; ID., *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica. Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 1995; G. SBISÀ, *Società controllate e società controllate*, in *Contr. e impresa*, 1997, p. 344 ss.; S. CERRATO, *Sub art. 2359*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario – d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6; d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61 – Commentario*, Bologna, 2004, p. 440 ss.; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, Giuffrè, II ed., 2005; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, in M. CAMPOBASSO (a cura di) *Diritto commerciale, II*, VI ed., Torino, Giappichelli, 2006; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in F. GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, XXIX, III ed., Padova, CEDAM, 2006, p. 33 ss.; M. RISCOSSA, *Sub art. 2359*, in G. FAUCEGLIA, G. SCHIANO DI PEPE (diretto da), *Codice commentato delle s.p.a.*, I, Torino, 2006, p. 297; G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, 4a ed., Milano, Giuffrè, 2008, p. 331 ss.; M. NOTARI, J. BERTONE, *Sub art. 2359*, in M. NOTARI (a cura di) *Azioni*, in P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 668 ss.

controllo sui quali, peraltro, è intervenuto lo stesso Testo Unico, dettando specifiche disposizioni¹⁷⁵.

In secondo luogo, gli speciali requisiti prescritti dalla norma in commento, si aggiungono non solo a requisiti ulteriori eventualmente stabiliti all'interno dello statuto della società¹⁷⁶, ma anche a quelli previsti dalla disciplina di diritto comune.

¹⁷⁵ Il Testo Unico detta, all'articolo 11, commi 2, 3, 5, 9 e 13 una disciplina nuova e dettagliata in materia di composizione ed articolazione interna degli organi amministrativi di società pubbliche che sarà oggetto del successivo capitolo. Peraltro, tale articolo è stato oggetto di alcune modifiche introdotte dalla successiva emanazione del decreto correttivo n. 100 del 2017, resosi necessario a seguito della sentenza n. 251 del 2016 della Corte Costituzionale, con riferimento alla quale valgano le considerazioni svolte nel capitolo I, §4. Rimandando, dunque, la trattazione dell'argomento a quanto sarà più diffusamente analizzato nel prosieguo, vale la pena qui segnalare, in estrema sintesi, che il citato comma 2 introduce la regola generale secondo cui nelle società a controllo pubblico l'organo amministrativo è costituito da un amministratore unico; si tratta, dunque, di un deciso *favor* per l'utilizzo del modello monocratico, relegando le eccezioni – espressamente contemplate al comma 3 – a «specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa» che l'assemblea della società dovrebbe necessariamente riscontrare e porre alla base della scelta di adozione dell'organo collegiale (ad ogni modo composto da tre o cinque membri), ovvero per i sistemi dualistico o monistico, con il limite numerico agli organi sociali non superiore a cinque. Inoltre, il comma 5 vieta alle s.r.l. a controllo pubblico di adottare un sistema di amministrazione a carattere disgiuntivo o congiuntivo, mentre i commi 9 e 13 contengono misure sulla distribuzione delle funzioni all'interno degli organi collegiali.

¹⁷⁶ La volontà di prevedere requisiti ulteriori, in un'ottica di «complementarietà» rispetto a quelli definiti dallo statuto rappresenta, del resto, una considerazione sulla quale ha concordato parte della dottrina. Sul punto, infatti, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 437, nel riferirsi all'*incipit* della norma in commento, ha sottolineato l'intenzione del legislatore «di evitare, a scanso di ogni equivoco, letture nel senso che i requisiti stabiliti con il D.P.C.M. possano reputarsi per qualsiasi ragione sostitutivi rispetto a quelli statuari, quasi che questi ultimi dovessero conseguentemente rimanerne disapplicati».

La prospettiva appena menzionata è confermata anche dal Ministero dell'economia e delle finanze che, con direttiva del 24 aprile 2013, prot. n. 5646, ha affermato che «tenuto conto del preminente interesse pubblico all'onorabilità degli amministratori delle società controllate dal Ministero dell'economia e delle finanze, anche con riferimento ai profili di salvaguardia dell'immagine del socio pubblico», si è manifestata l'intenzione di «rafforzare i presidi statuari atti a garantire un elevato standard di requisiti soggettivi per ricoprire e mantenere la carica di amministratore».

Con una successiva direttiva del 24 giugno 2013, n. 15656, il Ministero dell'economia è intervenuto in tema di criteri e modalità di nomina dei componenti degli organi di amministrazione, nonché di politiche di remunerazione dei vertici aziendali delle società controllate dallo stesso dicastero, disegnando un procedimento istruttorio «volto a fornire all'Autorità di indirizzo politico gli

Sotto tale aspetto, dunque, emerge come gli amministratori di società pubbliche siano soggetti non solo agli speciali requisiti sopramenzionati ed alle speciali cause di ineleggibilità e di decadenza contenute in altre disposizioni dello stesso Testo Unico¹⁷⁷, ma anche alla disciplina generale in materia di ineleggibilità e decadenza e di eventuali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza previsti dalla legislazione speciale in relazione alle caratteristiche dell'oggetto sociale ovvero alla quotazione in un mercato regolamentato¹⁷⁸.

In terzo luogo, viene conservata la vigenza di due disposizioni, ossia l'art. 12 del d. lgs. n. 39 del 2013¹⁷⁹, che reca la disciplina generale sulle cause di inconferibilità ed incompatibilità, e l'art. 5,

elementi per la definizione delle necessarie designazioni di nomina», attraverso la selezione delle candidature di tutti quei soggetti che, oltre a non essere dipendenti dell'amministrazione azionista, siano in possesso di specifici requisiti di eleggibilità, professionalità ed esperienza necessari per l'espletamento dell'incarico all'interno degli organi societari delle società controllate.

¹⁷⁷ L'analisi della disciplina sulle cause speciali di ineleggibilità ed incompatibilità è contenuta nei successivi paragrafi, sui quali *infra* § 1.2.

¹⁷⁸ La disciplina dei requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società di gestione del risparmio, di gestione accentrata di strumenti finanziari, di gestione dei mercati regolamentati ovvero per alcuni componenti degli organi amministrativi delle società quotate, è contenuta in appositi decreti ministeriali. Si citano, a titolo esemplificativo, il decreto ministeriale Mef del 18 marzo 1998, n. 161 «Regolamento recante norme per l'individuazione dei requisiti di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali delle banche e delle cause di sospensione», nonché i due decreti del Mef, sentita la Consob, del 1998, n. 471 («Regolamento recante norme per l'individuazione dei requisiti di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali delle società di gestione di mercati regolamentati e di gestione accentrata di strumenti finanziari nonché i requisiti di onorabilità dei soci e individuazione della soglia rilevante») e 468 («Regolamento recante norme per l'individuazione dei requisiti di professionalità e di onorabilità dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso SIM, società di gestione del risparmio e SICAV»).

¹⁷⁹ Decreto legislativo 08 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», in *G.U.* n. 92 del 19 aprile 2013. Per l'analisi delle fattispecie di inconferibilità ed incompatibilità previste nel decreto, in questo capitolo, §1.4.

comma 9, d.l. n. 95 del 2012¹⁸⁰ che, come si avrà modo di specificare nel prossimo paragrafo¹⁸¹, contiene ulteriori cause di inconferibilità.

Alle considerazioni testé effettuate è necessario aggiungere la circostanza per cui l'articolo 11, co. 1, del decreto n. 175, nel prevedere ulteriori requisiti di onorabilità, professionalità ed autonomia¹⁸² per gli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico, rinvia esplicitamente la loro definizione ad una ulteriore fonte legislativa – un successivo decreto del Presidente del Consiglio¹⁸³ – che, in questo caso, dunque, non farebbe altro che introdurre un segmento di disciplina speciale per tali tipologie societarie.

La disciplina contenuta nel citato decreto si aggancerebbe, da un lato, ad altre norme in materia contenute nello stesso Testo Unico,

¹⁸⁰ Decreto-legge 06 agosto 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, in Legge 07 agosto 2012, n. 135, recante «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario» (c.d. «Spending review»), cit.

¹⁸¹ *Infra* §1.2

¹⁸² Proprio con riferimento al requisito dell'“autonomia”, aggiunto in luogo dell'“indipendenza”, è necessario precisare che, probabilmente, quest'ultimo si sarebbe potuto rilevare maggiormente pertinente atteso, da un lato, il suo utilizzo in diversi altri contesti come, ad esempio, per i soggetti esercenti funzioni di amministrazione, direzione e controllo di banche, intermediari finanziari, società finanziarie, di imprese di assicurazione, nonché società di gestione del risparmio. Dall'altro lato, al requisito dell'indipendenza fa riferimento anche la disciplina di diritto comune: è lo stesso articolo 2387, co. 1, del Codice civile a specificare che «Lo statuto può subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati».

Lo stesso V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 439, a tal proposito, aggiunge che «Di “autonomia” si parla, semmai, nella prassi interpretativa, con riferimento ai componenti dell'organismo di vigilanza di cui al D. Lgs. 08/06/2001, n. 231 (...), sul rilievo che l'art. 6, comma 1, lett. b), dice che una delle condizioni per l'esonero da responsabilità è che “il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo».

¹⁸³ Rispetto alla precedente formulazione della norma, il decreto correttivo n. 100 ha previsto che questo venga adottato previa intesa da acquisirsi in sede di Conferenza unificata.

nonché a singole disposizioni speciali rintracciabili in altri provvedimenti legislativi da questo mantenute in vigore e, dall'altro lato, alla normativa di diritto comune prevista in materia, anch'essa espressamente richiamata dal decreto n. 175.

In sostanza, quello che sembra potersi affermare in via generale, a seguito di una prima analisi del citato articolo 11, comma 1, Tusp, parrebbe, quindi, condurre verso la constatazione della permanenza di un certo grado di eterogeneità di fonti giuridiche che rientrano nella complessiva disciplina dei requisiti di eleggibilità e delle connesse ipotesi di inconferibilità ed incompatibilità degli amministratori delle società pubbliche.

1.1.1 Ipotesi di inconferibilità per i soggetti già lavoratori collocati in quiescenza ed il richiamo all'articolo 5, comma 9, del decreto-legge n. 95 del 2012.

Come anticipato in precedenza, l'articolo 11, comma 1, TUSP, prevede che, la disciplina in materia di requisiti speciali di onorabilità, professionalità e autonomia, da definire con successivo d.p.c.m., sia integrata, tra le altre, da quanto stabilito dall'art. 5, comma 9 del d.l. n. 95 del 2012¹⁸⁴.

L'articolo 5, infatti, contiene una specifica ipotesi di inconferibilità «di incarichi di studio e di consulenza (...) dirigenziali o direttivi o cariche in organi di governo delle amministrazioni (...) e degli enti e società da esse controllati (...)», a soggetti già lavoratori

¹⁸⁴ Decreto-legge 06 agosto 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, in legge 7 agosto 2012, n. 135, «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario», cd. «Spending Review», cit.

privati o pubblici collocati in quiescenza¹⁸⁵, «ad eccezione dei componenti delle giunte degli enti territoriali e dei componenti o titolari degli organi elettivi degli enti di cui all'articolo 2, comma 2-bis, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125»¹⁸⁶.

La norma prosegue specificando che tale divieto viene meno, tuttavia, se l'assegnazione di tali incarichi avviene a titolo gratuito ma, per i soli incarichi dirigenziali e direttivi, è stabilito che, ferma restando la gratuità, la durata degli stessi non potrà essere superiore ad un anno, essendo inoltre preclusa alcuna possibilità di proroga o rinnovo in ciascuna amministrazione.

Inoltre, sempre con riferimento ai citati incarichi dirigenziali e direttivi, è altresì prescritto l'onere di rendicontazione di eventuali rimborsi spese «corrisposti nei limiti fissati dall'organo competente dell'amministrazione interessata».

¹⁸⁵ In passato, il legislatore aveva già previsto la possibilità di limitare i conferimenti di incarichi esterni ad ex dipendenti pubblici collocati in quiescenza, attraverso la previsione di cui all'articolo 25, legge 23 dicembre 1994, n. 724, «Misure di razionalizzazione della finanza pubblica», in *G.U.* n. 304 del 30 dicembre 1994, secondo cui «Al fine di garantire la piena e effettiva trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, al personale delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, che cessa volontariamente dal servizio pur non avendo il requisito previsto per il pensionamento di vecchiaia dai rispettivi ordinamenti previdenziali ma che ha tuttavia il requisito contributivo per l'ottenimento della pensione anticipata di anzianità previsto dai rispettivi ordinamenti, non possono essere conferiti incarichi di consulenza, collaborazione, studio e ricerca da parte dell'amministrazione di provenienza o di amministrazioni con le quali ha avuto rapporti di lavoro o impiego nei cinque anni precedenti a quello della cessazione dal servizio».

Sul punto si rimanda a P. COSMAI, *P.A.: divieti di incarico ai pensionati*, in *Dir. prat. lav.*, 3, 2015, p. 157 ss.; S. DI FALCO, *Conferimento di incarichi esterni ad ex dipendenti pubblici in quiescenza*, in *AziendaItalia, Il Personale*, 12, 2015, p. 635 ss.

¹⁸⁶ Gli enti cui fa riferimento l'articolo 2-bis della legge di conversione 30 ottobre 2013, n. 125, recante «Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni», in *G.U.* n. 255 del 30 ottobre 2013, sono «Gli ordini, i collegi professionali, i relativi organismi nazionali e gli enti aventi natura associativa (...)».

Una prima considerazione sulla norma in commento deriva dall'analisi delle modifiche, in chiave storica, di cui è stata protagonista: l'articolo 5, comma 9, infatti, è stato modificato da due successivi provvedimenti legislativi che ne hanno progressivamente ampliato l'ambito oggettivo e soggettivo¹⁸⁷, allo scopo principale di favorire l'ingresso all'interno della pubblica amministrazione di giovani dipendenti, evitando che l'attribuzione di incarichi a lavoratori in quiescenza finisca per svuotare, di fatto, l'istituto¹⁸⁸.

Con riferimento, invece, alla portata soggettiva di applicazione della norma in commento, contrariamente a quanto accade nella prassi, essa richiama entrambe le nozioni di pubblica amministrazione

¹⁸⁷ Si tratta delle modifiche intervenute ad opera dell'articolo 6, comma 1, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 («Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari»), in *G.U.* n. 190 del 18 agosto 2014, e, successivamente, dall'articolo 17, comma 3, della legge delega 7 agosto 2015, n. 124.

Come argomentato, in modo approfondito, da V. DONATIVI in *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 470 ss., con le modifiche del 2014, il legislatore ha voluto estendere il divieto, prima limitato ai soli incarichi di studio e consulenza, anche alle cariche di governo nelle società controllate; inoltre, sotto il profilo soggettivo, ha incluso, tra i destinatari, tutti i soggetti (lavoratori privati e pubblici) collocati in quiescenza e, in terzo luogo, ha introdotto il limite temporale di un anno per l'assunzione, comunque gratuita, di incarichi e collaborazioni, con riferimento ai quali devono essere rendicontati gli eventuali rimborsi per le spese sostenute.

L'A. prosegue l'analisi aggiungendo che le modifiche intervenute nel 2015 hanno ulteriormente ampliato l'ambito oggettivo prevedendo, accanto agli incarichi ed alle collaborazioni, anche le «cariche» e circoscrivendo ai soli incarichi dirigenziali e direttivi la previsione circa il limite temporale massimo di assunzione, seppur a titolo gratuito, degli stessi.

¹⁸⁸ In tal senso si esprime la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 4 dicembre 2014, n. 6, *Interpretazione e applicazione dell'articolo 5, comma 9, del decreto-legge n. 95 del 2012*, come modificato dall'articolo 6 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, in *G.U.* n. 37 del 14 febbraio 2015, par. 3, emanata per chiarire il significato e la portata della norma. Essa, nell'affermare la necessità di mettere in campo decise politiche di turn over generazionale all'interno della pubblica amministrazione, specifica al paragrafo 1 che «(...) come le altre disposizioni vigenti, che già limitavano la possibilità di conferire incarichi ai soggetti in quiescenza, esse non sono volte a introdurre discriminazioni nei confronti dei pensionati, ma ad assicurare il fisiologico ricambio di personale nelle amministrazioni, da bilanciare con l'esigenza di trasferimento delle conoscenze e delle competenze acquisite nel corso della vita lavorativa».

contenute, rispettivamente, all'interno del d. lgs. n. 165 del 2001 e del d. lgs. n. 196 del 2009¹⁸⁹.

Sotto tale profilo emerge, dunque, la volontà del legislatore di utilizzare una concezione “ampia” di pubblica amministrazione, nelle sue diverse tipologie ed articolazioni, in una prospettiva di applicazione della norma decisamente “inclusiva”.

Inoltre, viene inserito un esplicito riferimento agli enti ed alle società «da esse controllati», per cui si ricava, ancora una volta, che i destinatari della normativa in parola non sono rappresentati da tutte le società a partecipazione pubblica, ma solo dalle società in controllo pubblico, con la conseguenza che «In assenza del requisito del controllo, peraltro, il divieto non opera nei confronti delle nomine a incarichi e cariche in enti o società»¹⁹⁰.

Per di più, analizzando l'ambito più strettamente contenutistico, la norma, nell'introdurre il divieto di conferimento di cariche, utilizza la locuzione «organi di governo» delle società controllate, piuttosto che fare riferimento ai tradizionali organi amministrativi.

Sotto il profilo poc'anzi accennato è bene chiarire che, anche alla luce dell'interpretazione «restrittiva» della menzionata disciplina di cui si è fatta portatrice la Presidenza del Consiglio dei Ministri, attraverso la citata Circolare interpretativa del n. 6 del 2014¹⁹¹, sono

¹⁸⁹ L'articolo 5, comma 9, fa riferimento, infatti, «alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, nonché alle pubbliche amministrazioni inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 nonché alle autorità indipendenti ivi inclusa la Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob)».

¹⁹⁰ Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 10 novembre 2015, n. 4, *Interpretazione e applicazione dell'articolo 5, comma 9, del decreto-legge n. 95 del 2012*, come modificato dall'articolo 17, comma 3, della legge 7 agosto 2015, n. 124. Integrazione della Circolare del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione n. 6 del 2014, par. 3, p. 2.

¹⁹¹ Il paragrafo 4 della Circolare del 2014 afferma espressamente che «La disciplina in esame pone puntuali norme di divieto, per le quali vale il criterio di

sicuramente escluse dall'alveo applicativo della norma le cariche all'interno degli organi che hanno mere funzioni di controllo e, dunque, non di governo in senso stretto.

Di contro, all'interpretazione restrittiva fornita dal Dipartimento della Funzione Pubblica sono seguite alcune preoccupazioni da parte della Corte dei conti, che non ha mancato di sottolineare i potenziali rischi che ne potrebbero derivare in relazione al rispetto dei principi costituzionali di uguaglianza e di accesso ai pubblici uffici in condizione di uguaglianza¹⁹².

Tuttavia, si potrebbe ipotizzare che l'ampiezza della formula sia suscettibile di includere, in specifiche ipotesi, anche i consigli di sorveglianza delle società caratterizzate dall'adozione di un sistema

stretta interpretazione ed è esclusa l'interpretazione estensiva o analogica (...). Un'interpretazione estensiva dei divieti in esame, non coerente con il fine di evitare che soggetti in quiescenza assumano rilevanti responsabilità nelle amministrazioni, potrebbe determinare un'irragionevole compressione dei diritti dei soggetti in quiescenza, in violazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale, che ammette limitazioni a carico dei soggetti in questione purché imposte in relazione a un apprezzabile interesse pubblico (...)».

¹⁹² La Corte dei conti – Sezione centrale di controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato, chiamata ad esprimersi sulla legittimità di un incarico esterno conferito dall'Università degli studi di Verona ad un soggetto collocato in quiescenza, con deliberazione n.35/2014, ha chiaramente fatto proprie alcune preoccupazioni in merito al carattere della disciplina in commento, nonché alle conseguenze applicative che potrebbero verificarsi.

In particolare, la Corte ha sottolineato che «(...) non può peraltro sfuggire a questo Collegio la natura palesemente selettiva del divieto introdotto dalla norma, la quale introduce nel sistema – in modo diretto e senza deroghe o eccezioni, se non per il caso della gratuità e per la durata massima di un anno – un impedimento generalizzato al conferimento di incarichi a soggetti in quiescenza. Tale impedimento appare fondato su un elemento oggettivo che non lascia spazio a diverse opzioni interpretative, e pertanto suscita perplessità, in primo luogo, perché non riconosce all'interprete un grado minimo di valutazione. Inoltre, la norma in questione potrebbe porre in evidenza alcuni aspetti problematici sul pieno rispetto degli articoli 3 e 51 della Costituzione, in relazione rispettivamente al principio di uguaglianza e alla possibilità di accedere ai pubblici uffici in condizioni di uguaglianza, soprattutto per la diversità di situazioni in cui possono trovarsi gli aspiranti agli incarichi, quali titolari di pensione di vecchiaia, di anzianità, di invalidità, o con trattamenti pensionistici esigui».

La stessa Corte dei conti ha confermato le medesime considerazioni, peraltro, in una recente deliberazione n. 1/2015, sempre in tema di incarico esterno conferito dall'Università degli studi di Padova ad un soggetto collocato in quiescenza.

dualistico di amministrazione e controllo, quando ad essi siano affidate le competenze previste dall'art. 2409-terdecies c.c.¹⁹³.

Per quanto attiene, invece, l'organo amministrativo, è la medesima Circolare del 2014¹⁹⁴ a chiarire che l'ipotesi della nomina

¹⁹³ In tal senso V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit. p. 474 ss., il quale afferma che l'inclusione del consiglio di sorveglianza avviene sicuramente qualora ad esso sia attribuita proprio la competenza ex articolo 2409-terdecies, c.c., in virtù della quale il consiglio, sulla base di quanto stabilito al comma 1, lett. f-bis) «se previsto dallo statuto, delibera in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di questo per gli atti compiuti». Sul consiglio di sorveglianza cfr., *ex multis*, S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in ID. (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 59 ss.; G. OLIVIERI, G. PRESTI, F. VELLA (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Società di capitali e cooperative*, Associazione Disiano Preite, Bologna, Il Mulino, 2003; M.C. BREIDA, *Del sistema dualistico*, Sub art. 2409-terdecies, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario, Commentario*, vol. II, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 1182 ss.; C. MARCHETTI, *Composizione e nomina degli organi sociali: ovvero, la missione dei consigli di gestione e di sorveglianza*, in M. CERA, G. PRESTI (a cura di), *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*, in AGE, II, 2007, p. 301 ss.; V. BUONOCORE (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai d. lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, Giappichelli, 2003; V. CARIELLO, *Organizzazione "strutturale" e organizzazione "procedimentale" del consiglio di sorveglianza*, in RDS, 2, 2008, p. 262 ss.; L. SCHIUMA, Sub artt. 2409-octies-2409-quinquiesdecies c.c., in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, I, Torino, Utet, 2003, p. 665 ss.

Per considerazioni specifiche sulle competenze di cui al comma 1, lett. f-bis), v. A. GUACCERO, Sub art. 2409-octies-2409-quinquiesdecies c.c., in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di Capitali. Commentario*, II, (artt. 2380-2448), Napoli, 2004, p. 874 ss.; L. SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, II, Torino, Utet, 2006, p. 683 ss.; P. MONTALENTI, *Il sistema dualistico: il Consiglio di sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in M. CERA, G. PRESTI (a cura di), *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*, cit., p. 269 ss.; V. CARIELLO, *Sulle responsabilità del consiglio di sorveglianza*, in Riv. dir. soc., 1, pt. 1, 2011, p. 55 ss.; Id., *Consiglio di sorveglianza della capogruppo e "unificazione e supervisione strategica del gruppo*, in M. CERA, G. PRESTI (a cura di), cit., p. 285 ss.; ID., *L'organizzazione interna del Consiglio di sorveglianza*, in P. ABBADESSA, F. CESARINI (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 90 ss., il quale ritiene che le funzioni di supervisione strategica (o di alta amministrazione), siano funzionali ad un "orientamento" nell'opera esegetica di principi e norme che rappresentano la "cornice" giuridica entro la quale si muove il sistema dualistico.

¹⁹⁴ È lo stesso Dipartimento della Funzione Pubblica a chiarire espressamente che «tra le cariche in organi di governo di amministrazioni e di enti e società controllate, a parte le esclusioni espressamente previste dalla legge (relative alle giunte degli enti territoriali e agli organi elettivi degli enti pubblici associativi),

all'interno dei consigli di amministrazione è certamente sottoposta al divieto di cui all'articolo 5, comma 9 a prescindere dalla qualifica eventualmente assegnata al soggetto in quiescenza, in quanto l'amministrazione nominante è certamente titolare delle funzioni di governo dell'ente.

Alla luce di quanto analizzato sinora, dunque, emerge come questa norma, che finisce per collocarsi principalmente all'interno del tema dei compensi¹⁹⁵, rappresenti tuttavia una statuizione, contenuta in una fonte legislativa di rango primario, ulteriore ed «esterna» al Tusp, che si «aggiunge» al complesso delle disposizioni che compongono la più generale disciplina in tema di eleggibilità, inconfiribilità ed incompatibilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica.

1.2 Segue: ulteriori cause speciali di ineleggibilità ed incompatibilità previste all'art. 11, cc. 8 e 11, Tusp.

L'enucleazione delle altre cause speciali di ineleggibilità ed incompatibilità prosegue, in primo luogo, con quanto previsto al comma 8 dell'articolo 11 del Testo Unico, che sancisce l'incompatibilità tra la carica di amministratore di una società in controllo pubblico e lo *status* di lavoratore dipendente «delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti».

rientrano quelle che comportano effettivamente poteri di governo, quali quelle di presidente, amministratore o componente del consiglio di amministrazione. La nomina in consigli di amministrazione, in particolare, rientra nell'ambito del divieto indipendentemente dalla qualifica in virtù della quale il soggetto in quiescenza sia stato nominato (per esempio, in qualità di esperto o rappresentante di una determinata categoria), dato che il consiglio di amministrazione ha comunque funzioni di governo dell'ente (...).

¹⁹⁵ Per l'analisi della quale v. capitolo III, §3.

La norma contenuta nel citato comma 8 richiama, per alcuni versi, una precedente disciplina: si tratta dell'articolo 62 del d.p.r. n. 3 del 1957¹⁹⁶, che prevede la possibilità per il dipendente pubblico, in determinati casi, di partecipare in qualità di componente dell'organo amministrativo o di controllo, di alcune tipologie societarie a partecipazione pubblica¹⁹⁷.

Considerato che la norma sopracitata non rientra nell'elenco delle abrogazioni disposte dal Tusp all'articolo 28, si ritiene che questa risulti, dunque, ancora vigente, anche in ragione delle differenze riscontrabili tra le due discipline in termini di presupposti oggettivi e soggettivi¹⁹⁸ costituendo, di conseguenza, un altro tassello

¹⁹⁶ Si tratta del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, «Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato».

¹⁹⁷ Stabilisce testualmente la norma che «Nei casi stabiliti dalla legge o quando ne sia autorizzato con deliberazione del Consiglio dei Ministri, l'impiegato può partecipare all'amministrazione o far parte di collegi sindacali in società o enti ai quali lo Stato partecipi o comunque contribuisca, in quelli che siano concessionari dell'amministrazione di cui l'impiegato fa parte o che siano sottoposti alla vigilanza di questa».

Successivamente, tale norma è stata integrata nel suo contenuto dall'articolo 6, comma 4, del decreto-legge n. 78 del 2010 («Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica», cd. «Decreto anticrisi») – convertito, con modificazioni, dalla legge n. 122 del 2010 – tramite l'aggiunta di un secondo periodo, a norma del quale «Nei casi di rilascio dell'autorizzazione del Consiglio dei Ministri prevista dal presente comma l'incarico si intende svolto nell'interesse dell'amministrazione di appartenenza del dipendente ed i compensi dovuti dalla società o dall'ente sono corrisposti direttamente dalla predetta amministrazione per confluire nelle risorse destinate al trattamento economico accessorio della dirigenza o del personale non dirigenziale».

Trattandosi di una norma avente ad oggetto la devoluzione dei compensi che sono attribuiti ad amministratori e sindaci, nell'ambito del principio della «onnicomprensività» della retribuzione, peraltro rientrante nel novero delle disposizioni «esterne» al Tusp e tutt'ora in vigore, verrà meglio analizzata nel paragrafo specificamente dedicato al tema dei compensi degli amministratori di società pubbliche (capitolo III, §3).

¹⁹⁸ Per ulteriori specificazioni v. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit. p. 442 ss., che ravvisa tra la norma contenuta all'art. 11, co. 8, Tusp e l'art. 62 del d.p.r. del 1957 alcune differenze: innanzitutto, sotto il profilo dei presupposti oggettivi, si riscontra che nel comma 8, Tusp, la norma si applica nel caso in cui si ci trovi di fronte ad un rapporto di controllo ovvero di vigilanza; nel d.p.r. del 1957, al contrario, affinché ricorra l'ipotesi di ineleggibilità, è sufficiente che vi sia anche una semplice partecipazione pubblica ovvero che lo Stato contribuisca alla società oppure, in ultima analisi, che questa risulti sottoposta alla

del composito “mosaico” normativo in tema di ineleggibilità ed incompatibilità.

A ciò si aggiunga, in secondo luogo, il comma 11, del medesimo articolo 11, del decreto n. 175, che individua un’ipotesi speciale di ineleggibilità degli amministratori della società controllante all’interno dei consigli di amministrazione o di gestione, delle società che sono sottoposte a controllo indiretto, ad eccezione di specifici casi con riferimento ai quali «gli emolumenti rivenienti dalla partecipazione agli organi della società controllata sono comunque riversati alla società controllante».

Rispetto a quanto era stato già previsto in precedenza sul punto¹⁹⁹, la norma in questione, da un lato, amplia l’ambito soggettivo di applicazione, in quanto ora il riferimento esplicito è alle «società in cui le amministrazioni pubbliche detengono il controllo indiretto»²⁰⁰ e,

vigilanza dell’amministrazione di cui l’impiegato risulta dipendente. In secondo luogo, stando all’ambito di applicazione soggettiva, il decreto del 1957 menziona in via esclusiva lo Stato, mentre la norma contenuta nel Tusp si riferisce a tutte le amministrazioni pubbliche.

Inoltre, sono rintracciabili altre due differenze avendo riguardo alla tipologia di incompatibilità che, nel caso della disciplina di cui al decreto n. 175, può essere definita “assoluta”, mentre nel caso della normativa del 1957, è certamente “relativa”, in quanto superabile in casi specifici previsti dalla legge ovvero in presenza di un’esplicita autorizzazione del Consiglio dei Ministri. Infine, l’A. aggiunge che il decreto n. 175 menziona la sola carica di amministratore, al contrario di quanto riscontrabile nel d.p.r. n. 3, che include anche la carica di componente del collegio sindacale.

¹⁹⁹ Si tratta dell’articolo 3, co. 14, della legge 24 dicembre 2017, n. 244 – «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato», «Legge Finanziaria 2008» – ad oggi abrogato dall’art. 28, lett. f), Tusp, secondo cui «Nelle società di cui al comma 12 in cui le amministrazioni statali detengono il controllo indiretto, non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che non siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere permanente e continuativo ovvero che la nomina risponda all’esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante. Nei casi di cui al presente comma gli emolumenti rivenienti dalla partecipazione agli organi della società controllata sono comunque riversati alla società controllante».

²⁰⁰ In questo senso V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit. p. 443, secondo cui «Oggi non v’è più alcun dubbio (...), che il soggetto pubblico titolare finale della posizione di controllo (ancorché indiretto), ai fini

dall'altro lato, introduce un'eccezione, contemplando la possibilità che, in specifiche circostanze, si possa procedere alla nomina, all'interno della società controllata, di amministratori che fanno parte della società controllante.

Nello specifico si tratta, alternativamente, della condizione per cui all'amministratore vengano attribuite «deleghe gestionali a carattere continuativo», ovvero dell'eventualità in cui «la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante» alla quale si aggiunge, inoltre, l'ulteriore circostanza che «la nomina risponda all'esigenza (...) di favorire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento».

Con riferimento alla prima condizione, può constatarsi la pressoché assenza di evidenti e rilevanti differenze con la precedente formulazione di cui all'art. 3, comma 14, della legge n. 244 del 2007, rispetto alla quale non si perviene ad alcuna estensione applicativa.

Infine, volgendo l'attenzione alla seconda ipotesi, merita di essere segnalata l'eventualità per cui la norma in commento richiede il necessario possesso, da parte degli amministratori della società controllante, di competenze tecniche, non solo di carattere particolare, ma anche «comprovate».

dell'applicazione della norma in commento, possa essere una qualunque amministrazione pubblica, a sua volta da intendere nel senso più ampio di cui alla "definizione" dettata nell'art. 2, lett a), TUSPP, (...): il tutto, quindi, e a tacer d'altro, senza distinzione tra amministrazioni centrali e locali e tra tipologie di enti o, in generale, "organismi" di natura pubblica». Inoltre, con riferimento al requisito del controllo indiretto, «Stando alla nuova formulazione, invece, la speciale causa di ineleggibilità in esame si applica a tutte le forme di controllo indiretto, nessuna esclusa tra le sue possibili manifestazioni, in correlazione con la definizione di controllo assunta, ai fini del medesimo TUSPP, dall'art. 2, lett. b) (...) con evidente estensione anche a forme di "condivisione" del controllo (quali il controllo plurimo disgiunto e, *a fortiori*, il controllo congiunto) che non sempre si ritengono riconducibili alla nozione di controllo di cui alla norma codicistica e che semmai sono proprie di nozioni di controllo speciali dettate nel contesto di discipline esse stesse speciali».

Ciò potrebbe suscitare alcuni interrogativi circa la possibile sussistenza, e/o configurabilità, di un qualche onere motivazionale²⁰¹ da soddisfare ai fini dell'assunzione della carica di amministratore senza incorrere in una causa di ineleggibilità, la quale peraltro non risulta prevedere specifiche conseguenze in caso di violazione del precetto²⁰².

1.3 I "frammenti" di disciplina esterna al Tusp rimasta in vigore.

Le disposizioni in materia di requisiti speciali di eleggibilità e delle relative ipotesi di incompatibilità di cui all'articolo 11, cc. 1, 8 e 11 del decreto n. 175 del 2016, non hanno esaurito il novero dei possibili casi rispetto ai quali la disciplina in materia può trovare applicazione.

²⁰¹ Così V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit. pp. 446-447, il quale parla proprio della plausibilità «dell'onere motivazionale da assolvere in via preventiva, con modalità che consentano di soddisfare la *ratio legis* in modo non solo formalistico, ma sostanziale e, dunque, ad esempio, mediante l'allegazione di un profilo professionale del candidato amministratore e l'illustrazione delle ragioni per cui è nell'interesse della società che siano "*rese disponibili*" le sue "*particolari competenze tecniche*"». Secondo l'A., inoltre, diversi dubbi permangono in ordine al margine di discrezionalità della società circa la scelta di avvalersi o meno di tali competenze, anche perché la norma parla esplicitamente di «esigenza» ma, ancora una volta, non è chiaro se debba intendersi quale «necessità», oppure mera «utilità» «e correlativamente se debba o meno ricorrere una condizione per la quale analoghe competenze non sarebbero reperibili sul mercato o non lo sarebbero agevolmente o a parità di condizioni».

²⁰² A tal proposito V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 448, prospetta l'ipotesi di una possibile responsabilità del soggetto che, dopo essere stato nominato in deroga, sia stato remunerato senza riversare tali compensi alla società controllante. Per di più, a parere dell'Autore sarebbe altresì possibile immaginare anche «un vizio che affetta la validità stessa della deliberazione assembleare di nomina o, rispettivamente, l'atto amministrativo recante la nomina "diretta" ex art. 2449 c.c. Il tutto, ovviamente, con applicazione dell'art. 2383, co. 5, c.c., secondo cui "Le cause di nullità o di annullabilità della nomina degli amministratori che hanno la rappresentanza della società non sono opponibili ai terzi dopo l'adempimento della pubblicità di cui al quarto comma, salvo che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza».

Nonostante le diverse abrogazioni intervenute all'articolo 28, Tusp, infatti, è possibile individuare alcuni segmenti di disciplina che ad oggi, seppur in presenza di alcuni dubbi, risultano essere in vigore e, di conseguenza, applicabili nell'ambito del processo di designazione degli amministratori di società pubbliche.

Una prima ipotesi riguarda l'ineleggibilità alla carica di amministratore dovuta ad una precedente chiusura in perdita della società. Stabilisce, infatti, l'art.1, co. 734, legge n. 296 del 2006²⁰³ 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 analoghi²⁰⁴, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi».

Tale disposizione, dunque, persegue il principale obiettivo di assicurare la gestione migliore possibile delle iniziative di carattere privatistico della pubblica amministrazione²⁰⁵.

²⁰³ Legge 27 dicembre 2006, n. 296, «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge finanziaria 2007», in *G.U.* n. 299 del 27 dicembre 2006.

²⁰⁴ L'espressione è stata oggetto di attenzione da parte della dottrina che ha ravvisato l'opportunità di procedere ad una sua interpretazione restrittiva. Sul punto, G. BASSI, *Servizi pubblici locali e società di gestione. Aspetti ordinamentali e opzioni strategiche nell'ottica della liberalizzazione*, Rimini, Maggioli Editore, 2010, pp. 290-291, ha chiarito che tale locuzione dovrebbe riferirsi esclusivamente agli incarichi che sono riconducibili all'ambito della nomina pubblica, «indipendentemente dalla natura giuridica (pubblica o privata) dell'organismo in cui il soggetto nominato ha operato». In aggiunta, l'A. segnala l'insorgere di questioni interpretative anche con riferimento alla locuzione di «società a totale o parziale capitale pubblico» che, a suo giudizio, potrebbe condurre verso l'esclusione, dall'ambito applicativo della normativa in commento, delle società partecipate indirette che, in tal modo, potrebbero agevolmente eludere la norma. Di qui, l'intenzione dell'Autore di considerare l'eventualità di estendere il precetto anche alla categoria di società partecipate testé richiamata a patto che, ovviamente, venga riscontrato l'assoggettamento delle stesse all'influenza dominante della pubblica amministrazione.

²⁰⁵ In riferimento alla regola introdotta dal comma 734, G. ROMAGNOLI, *Il socio pubblico, le società di capitali e l'impresa: prospettive ed interferenze*, in *NGCC*, II, 2008, p. 85, chiarisce che «Il fatto della partecipazione, dunque, comporta l'applicazione di una regola «draconiana» mirante ad affidare la gestione a chi abbia utilmente amministrato l'organizzazione cui è preposto».

D'altro canto, la norma in commento è stata sin da subito oggetto di diverse critiche legate alla formulazione testuale che, di fatto, subordinerebbe l'assunzione dell'incarico gestorio a valutazioni che prescindono da un qualsivoglia criterio di professionalità e meritevolezza²⁰⁶.

Successivamente, la disciplina di cui al comma 734 è stata esplicitata nel suo significato da una successiva norma contenuta all'articolo 3, co. 32-*bis*, della legge n. 244 del 2007²⁰⁷.

Il citato comma 32-*bis*, nel fornire un'interpretazione della circostanza legata alla chiusura in perdita, aveva infatti specificato la necessaria sussistenza di un peggioramento dei conti dovuto a scelte gestionali non giustificate²⁰⁸.

²⁰⁶ Sul punto A. BAUDINO, *L'amministrazione delle società a capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali, dopo le novità introdotte dal d.l. 95/2012, in tema di contenimento della spesa pubblica, dal d. lgs. 39/2013 in tema di incompatibilità degli incarichi e dalla legge di stabilità per il 2014*, in *NDS*, 5, 2015, p. 48 ss., secondo il quale le critiche che hanno colpito la norma non riguardavano lo scopo della norma ma, al contrario, «(...) attenevano alle modalità con cui questa finalità veniva perseguita. Ed infatti è di solare evidenza che il dato fattuale, costituito dall'aver chiuso in perdita tre esercizi consecutivi, è del tutto inadeguato ed inidoneo per poter esprimere una valutazione di merito sull'operato dell'amministratore (...). Era stato inoltre obiettato che il requisito soggettivo introdotto dalla finanziaria 2007 non considerava in alcun modo il fatto che la situazione di perdita può essere determinata da scelte gestorie imposte da fattori esterni o dall'azionista di riferimento (...)».

²⁰⁷ Secondo l'articolo 3, comma 32-*bis* – inserito dall'art. 71, co. 1, lett f), legge 18 giugno 2009, n. 69, «Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile» – «Il comma 734 dell'art. 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».

²⁰⁸ Secondo V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 451 ss., una prima questione interpretativa si è posta con riferimento all'aggettivo «progressivo», rispetto al quale sembra «ragionevole opinare che il significato fosse nel senso che il risultato negativo, oltre ad essersi protratto per tre esercizi consecutivi, debba essersi altresì concretizzato in un peggioramento continuo, costante e, dunque, “progressivo” (...)». Mentre, secondo l'A., ancora meno chiara appare la condizione per cui le perdite siano attribuibili a «non necessitate scelte gestionali», in quanto in linea di principio si tratta di «una formula che si poteva leggere, in termini rovesciati, nel senso che la causa di ineleggibilità non si

Anche questa “reinterpretazione” ha sollevato una serie di altri dubbi legati all’esatta perimetrazione dell’ambito applicativo che, secondo parte della dottrina, non coinciderebbe con quello della norma di cui al comma 734 ma, al contrario, configurerebbe un diverso ed ulteriore requisito soggettivo²⁰⁹.

applicasse over le perdite fossero attribuibili a “scelte gestionali necessitate”». Ad ogni modo, conclude l’Autore, sembra che «il legislatore avesse inteso adottare una formula aperta ed elastica, per consentire all’amministratore di evitare di dover pagare in prima persona per un risultato che poteva, a stretto rigore, non essere imputabile a sua imperizia e che, anzi, egli stesso potrebbe non aver avuto alcuna possibilità di scongiurare».

Dal canto suo, E. CIVETTA, *Finanziaria 2010 – Guida all’applicazione della manovra finanziaria negli enti locali*, Rimini, Maggioli Editore, 2010, p. 197 ss., ritiene che il concetto di perdita debba essere sostanzialmente collegato all’attività di gestione societaria complessivamente intesa, dunque tenendo in considerazione anche lo stato iniziale, e non limitarsi a ragionare in senso ragionieristico. Ne consegue che potranno essere riscontrate perdite secondo il significato contenuto nella disposizione in commento, solo nel caso in cui queste siano addebitabili alle scelte dell’amministratore, e non anche quelle riferibili alla situazione contabile precedente della società.

²⁰⁹ Così A. BAUDINO, *L’amministrazione delle società a capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali, dopo le novità introdotte dal d.l. 95/2012*, cit. p. 50 ss., il quale afferma che «La nuova norma, lungi dal fornire un’interpretazione autentica della disposizione in discussione, ha introdotto in realtà un concetto del tutto nuovo, che di fatto si sostituisce a quello enunciato dal comma 734 dell’articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296. Non è infatti chi non veda come il requisito introdotto dall’art. 71 della L. 69/2009 sia del tutto diverso da quello precedente: sia sotto il profilo oggettivo (il termine di riferimento che occorre accertare non è più la sussistenza di una perdita, ma l’esistenza di un progressivo peggioramento dei conti); sia sotto il profilo soggettivo (il risultato negativo, e cioè il peggioramento dei conti, non rileva per sé stesso, ma solo se è determinato da “non necessitate scelte gestionali”). Siamo quindi in presenza di un nuovo e diverso requisito soggettivo, il cui accertamento e la cui applicazione comportano l’insorgere di problemi particolarmente delicati e complessi».

Sotto quest’ultimo aspetto, l’A. ne ravvisa principalmente due: da un lato, sottolinea l’estrema genericità e complessità del concetto di peggioramento dei conti, in base al quale verificare la sussistenza o meno del requisito soggettivo, che si baserebbe su grossi margini di opinabilità considerata l’ampia varietà dei dati che possono essere presi come punto di riferimento. Dall’altro lato, il verificare che tale peggioramento sia la diretta conseguenza di scelte gestionali “non necessitate”, introduce ulteriori elementi di forte discrezionalità, peraltro aggravata dal fatto che la norma non fornisce alcun criterio in base al quale definire una scelta non necessaria. Di qui, l’auspicio dell’A. affinché si affermi un’interpretazione diversa, secondo cui «la disposizione in questione si limiti in realtà a dettare criteri puramente orientativi: quasi una sorta di raccomandazione a nominare amministratori in possesso di un profilo di professionalità adeguato».

Per altro verso, G. ROMAGNOLI, *Il socio pubblico, le società di capitali e l’impresa: prospettive ed interferenze*, cit., p. 85, pone specificamente l’accento

Le numerose incertezze emerse circa il significato e la portata della citata norma si collegano ad altrettanti dubbi circa la sua vigenza, che non possono essere sottaciuti alla luce della formulazione in verità non molto chiara dell'articolo 28, lett. e), del Tusp, in tema di abrogazioni²¹⁰. Da ciò, dunque, si ricava come attualmente la norma in

sull'aspetto legato alla colpa dell'amministratore che abbia chiuso in perdita. Infatti, «Ugualmente a quanto accade per gli altri precetti che introducono limitazioni sulla base di un pregresso comportamento dei soggetti considerati, non si potrà far discendere automaticamente l'incompatibilità/decadenza dalla semplice integrazione della fattispecie materiale descritta. Ragionevolmente l'impedimento – anche per la sua evidente valenza sanzionatoria – opererà solo se il risultato negativo del triennio sia imputabile a colpa dell'amministratore, intesa nel senso del mancato rispetto di regole tecniche od omissione di cautele che in quella situazione si imponevano ad un oculato gestore».

Sul versante governativo, è intervenuta anche la Circolare P.C.M. del 13.07.2007 – Legge finanziaria per il 2007 (l. 27 dicembre 2006, n. 296) commi 725 e seguenti: Disposizioni in tema di compensi, numero e nomina degli amministratori di società partecipate da enti locali che, proprio con riferimento alle cause ostative alla nomina degli amministratori, e considerando il fatto che rilevano anche gli esercizi economici precedenti all'entrata in vigore della nuova disciplina, è necessario interpretare la norma contenuta al comma 734, soprattutto con riferimento al concetto di perdita, tenendo conto anche del principio dell'affidamento. Ciò, «a tutela delle legittime aspettative di quegli amministratori che hanno assunto l'incarico quando il quadro giuridico di riferimento non prevedeva per la rinnovazione del mandato il requisito di professionalità ora in questione. Con riguardo a questi esercizi, anteriori all'entrata in vigore della norma, deve considerarsi rilevante non qualunque perdita oggettivamente tale, ma soltanto la perdita che esprime un risultato di gestione negativo rispetto al concreto e specifico contesto economico-finanziario nel quale si è manifestata».

²¹⁰ La questione potrebbe essere riassunta nei seguenti termini: per un verso, l'articolo 28, lett. e) del Tusp, nel disporre l'abrogazione, tra gli altri, di alcuni commi dell'articolo 1 della legge n. 296 del 2006 non ha esplicitamente citato proprio il comma 734, lasciando presumere una volontà legislativa tesa al mantenimento della citata norma. Tuttavia, sotto un altro aspetto, la successiva lett. f) del medesimo articolo del decreto n. 175, stabilisce la chiara abrogazione dell'articolo 3, comma 32-bis, della legge n. 244 del 2007 che, come detto sinora, aveva fornito una specifica interpretazione proprio del comma 734. A tal proposito, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 450 sottolinea che «L'ipotesi che sembra più plausibile è che il legislatore del TUSPP sia caduto nell'equivoco di ritenere che la previsione di cui all'art. 3, comma 32-bis, L. n. 244/2007, piuttosto che costituire una mera reinterpretazione della previsione di cui all'art. 1, comma 734, L. n. 296/2006, l'avesse invece sostituita, implicitamente abrogandola, con la conseguenza che non si è reputato necessario disporre la (ri)abrogazione dell'art. 1, comma 734, L. n. 296/2006, pensando che, allo scopo, fosse sufficiente l'abrogazione del solo art. 3, comma 32-bis, L. n. 244/2007».

Per altro verso, A. BAUDINO, *L'amministrazione delle società a capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali dopo le novità introdotte dal d.l. 95/2012*, cit., p. 50, ritiene che la nuova norma abbia introdotto un diverso requisito

questione risulti formalmente in vigore, peraltro nella sua originaria formulazione, considerata l'esplicita abrogazione dell'articolo 3, comma 32-*bis* della legge n. 244 del 2007²¹¹.

Si ricava, dunque, che quella appena analizzata rappresenta, di fatto, un'altra causa speciale di ineleggibilità²¹², un diverso ed ulteriore "tassello" normativo che si andrebbe ad aggiungere²¹³ non solo alle altre cause speciali da stabilirsi con successivo d.p.c.m., secondo quanto previsto dall'art. 11, co. 1, Tusp, ed alle ipotesi contenute in altre disposizioni del Testo Unico analizzate in precedenza, ma anche alla disciplina generale di diritto comune dettata in materia nel Codice civile²¹⁴, ed alle ulteriori cause previste nel decreto legislativo n. 39 del 2013.

Un'altra ipotesi di ineleggibilità è espressamente stabilita all'articolo 8, comma 3, del d.p.r. n. 168 del 2010²¹⁵, e si riferisce agli

rispetto al precedente, per i motivi esposti più diffusamente nella precedente nota n. 59, di fatto sostituendosi a quanto enunciato al comma 734, dell'articolo 1, legge 296 del 2006

Tuttavia, non può non constatarsi come la norma del Tusp faccia esplicitamente salva la disposizione contenuta al sopracitato comma 734 che, dunque, per tale motivo, formalmente si ritiene essere ancora in vigore a seguito dell'entrata in vigore del Testo Unico.

²¹¹ Alla luce di ciò, tecnicamente, dunque, la causa di ineleggibilità "dovrebbe" ritornare ad essere operativa nel caso in cui il candidato amministratore abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi nei cinque anni precedenti di svolgimento del medesimo incarico presso un'altra società a partecipazione pubblica.

²¹² Sul punto, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 455, secondo il quale, in verità, potrebbe parlarsi, in un certo qual modo, di un requisito speciale di "professionalità", allo stesso modo di quelli previsti per i soggetti che svolgono attività bancaria o finanziaria: «Si tratta, invero, di requisito di professionalità e non già di onorabilità, atteso che il presupposto che impedisce la nomina è espressione di una sorta di valutazione negativa, effettuata *a priori* dal legislatore, in ordine alla capacità del soggetto di assicurare una gestione "economica" della società amministrata e non già di una valutazione negativa in ordine all'affidabilità per così dire "morale" del soggetto medesimo».

²¹³ L'utilizzo del condizionale si rende necessario proprio per le incertezze sino ad ora ravvisate in ordine alla permanenza in vigore della citata disposizione.

²¹⁴ Per l'analisi dell'argomento v. *infra* §1.5.

²¹⁵ Il d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168, recante il «Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-*bis*, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla

amministratori delle società partecipate da enti locali che abbiano ricoperto l'incarico di amministratore dell'ente locale socio nei tre anni precedenti.

Tale causa di ineleggibilità, dunque, riguarda esclusivamente le società che risultano essere partecipate dagli enti locali, prescindendo inoltre dalla quota di partecipazione posseduta dagli stessi al capitale sociale presso i quali il soggetto ha ricoperto l'incarico di amministratore nei precedenti tre anni.

Anche con riferimento a tale disposizione emergono alcune questioni attinenti l'attuale vigenza, a seguito dell'entrata in vigore del Tusp: essa, infatti, non risulta essere stata formalmente abrogata dal Testo Unico.

Tuttavia, considerato che, dopo una iniziale abrogazione²¹⁶, questa è stata trasposta in una disciplina successivamente dichiarata

legge 6 agosto 2008, n. 133», in *G.U.* del 12 ottobre 2010, n. 239, stabilisce al comma 3 dell'articolo 8 che «Non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore, di cui all'articolo 77 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società».

²¹⁶ Il d.p.r. n. 168 del 2010 recava, infatti, la disciplina attuativa in tema di «servizi pubblici essenziali di rilevanza economica» prevista all'articolo 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 («Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria»).

Il comma 10 dello stesso articolo 23-*bis* stabiliva, infatti, che «Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro il 31 dicembre 2009, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, adotta uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine (...) c) di prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità».

L'articolo 23-*bis* è stato successivamente abrogato dall'articolo 1 del d.p.r. 18 luglio 2011, n. 113, a seguito dell'esito del referendum popolare avente ad oggetto le modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

illegittima dalla Corte Costituzionale²¹⁷, è chiaro che anche in questo caso permangono ragionevoli dubbi sulla sua validità ed applicabilità nell'ordinamento giuridico nazionale²¹⁸, rispetto ai quali l'intervento di riordino operato dal decreto n. 175 non sembra offrire una risposta definitiva.

1.4 La disciplina generale in tema di inconferibilità ed ineleggibilità del decreto legislativo n. 39 del 2013 richiamata dal Tusp.

Il decreto legislativo n. 39 del 2013²¹⁹ ha proceduto ad un riordino della complessa disciplina delle cause di inconferibilità e

²¹⁷ L'articolo 4, comma 21, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148 («Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo»; cd. «Manovra bis»), aveva disciplinato la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in modo sostanzialmente analogo a quanto fatto in precedenza, ma con sentenza del 20 luglio 2012, n. 199, la Corte Costituzionale ne aveva dichiarato l'incostituzionalità, con riferimento alla doppia formulazione, originaria che risultante dalle modificazioni successive, in quanto aveva "riesumato" nella sostanza una disciplina che era stata precedentemente abrogata da un referendum popolare.

²¹⁸ È necessario considerare, in aggiunta, che l'intera materia riguardante le cause di ineleggibilità ed incompatibilità ha subito un importante intervento normativo generale di riordino ad opera del decreto legislativo n. 39 del 2013, le cui disposizioni, come si avrà modo di analizzare nei prossimi paragrafi (*infra* §1.4), sono state espressamente richiamate dal Testo Unico e, per ciò stesso, rappresentano un altro segmento di disciplina applicabile agli amministratori di società a partecipazione pubblica.

²¹⁹ 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», in *G.U.* n. 92 del 19 aprile 2013. Un commento generale sul citato decreto del 2013 è contenuto, *inter alia*, in F. MERLONI, *Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*; G. SIRIANNI, *Incompatibilità ed inconferibilità: la necessaria distanza tra cariche politiche e incarichi amministrativi*; B. PONTI, *Il d.lgs. n. 39 del 2013. Vigilanza e sanzioni*, tutti in *Giorn. dir. amm.*, 8/9, 2013; S. NESPOR, *Conferimento di incarichi dirigenziali presso l'Amministrazione dello Stato: criteri e limiti secondo la giurisprudenza della Corte dei Conti*, in *Riv. critica del dir. del lav. Pubbl. e priv.*, 2005, in http://www.datalexis.it/Archivio/impiegopubblico/n espor_incarichi_dirig.htm.; G. BASSI, *Cause di inconferibilità e di incompatibilità degli incarichi. Guida all'applicazione del d.gs. 39/2013*, 2013, e-book, Maggioli Editore; CAMERA DEI

incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e gli “enti privati in controllo pubblico”, sulla base della specifica delega contenuta agli articoli 49 e 50²²⁰ della legge n. 190 del 2012 di riforma della legislazione anticorruzione nazionale²²¹, e della prevenzione dei conflitti di interesse²²².

DEPUTATI, Servizio Studi, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi. Decreto legislativo 39 del 2013. Dossier di documentazione*, 4 giugno 2013, in documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/AC0126.htm.

²²⁰ La delega prevista al comma 49 e diretta al Governo, è volta a disporre l'adozione di decreti legislativi che, da un lato, siano «diretti a modificare la disciplina vigente in materia di attribuzione di incarichi dirigenziali e di incarichi di responsabilità amministrativa di vertice nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 65, e successive modificazioni, e negli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico esercitanti funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, da conferire a soggetti interni o esterni alle pubbliche amministrazioni, che comportano funzioni di amministrazione e gestione». Dall'altro lato, «a modificare la disciplina vigente in materia di incompatibilità tra i detti incarichi e lo svolgimento di incarichi pubblici elettivi o la titolarità di interessi privati che possano porsi in conflitto con l'esercizio imparziale delle funzioni pubbliche affidate». Il successivo comma 50 contiene una serie di principi e criteri direttivi dettagliati ai fini dell'esercizio della delega.

²²¹ Negli ultimi anni si è registrata un'attenzione crescente, da parte del mondo accademico e politico-istituzionale, verso il fenomeno della corruzione che, secondo molti, rappresenta uno degli ostacoli principali al processo di crescita e sviluppo economico, sociale, politico e capace di aumentare le disuguaglianze e compromettere l'attuazione delle politiche pubbliche.

L'Italia, anche sulla scorta di una serie di indirizzi e stimoli provenienti dal contesto internazionale – es. il Rapporto di *monitoring* del *Groupe d'Etats contre la Corruption* (GRECO) del 2009; attuazione dell'articolo 6 della *Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione*, che è stata ratificata in Italia con la legge 3 agosto 2009, n. 116, nonché degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione del 1999, adottata a Strasburgo, e ratificata con legge 28 giugno 2012, n. 110 – ha intrapreso un cammino di sviluppo di una *policy* di lotta alla corruzione, introducendo un'apposita disciplina che, accanto al tradizionale impianto normativo repressivo di matrice penalistica, ha previsto misure e strumenti in materia di prevenzione del fenomeno corruttivo di natura amministrativa, contenuti nella legge n. 190 del 2012. Per una panoramica generale sulle varie questioni connesse al fenomeno della corruzione, anche in chiave evolutiva, cfr., A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO, *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2014; B.G. MATTARELLA, *Prevenzione della corruzione: i profili amministrativistici*, in A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO, *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, cit., p. 310 ss.; A. VANNUCCI, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in F. MERLONI, L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi*, Astrid, Firenze, Passigli Editore, 2010; S. COSTANTINO, A. CUVA (a cura di), *Le radici istituzionali della corruzione sistemica e dell'azione di contrasto*, in *Sicurezza e scienze sociali*, Franco Angeli,

Nell'ambito di una più generale strategia di contrasto del fenomeno della corruzione tesa a garantire maggiore correttezza, trasparenza²²³ ed imparzialità nello svolgimento di incarichi dirigenziali e di vertice, tanto nelle amministrazioni quanto negli enti

2016; V. MUSACCIO, *Prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione nella pubblica amministrazione*, in *Gazzetta Amministrativa*, I, 2012, p. 305 ss.; F. MERLONI, *Le misure amministrative di contrasto alla corruzione*, *ASTRID Rassegna*, 18, 2013 p. 3 ss.; F. PALAZZO (a cura di) *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, Firenze University Press, 2011.

Per un'analisi dei principali contenuti della legge n. 190 del 2012 v., *ex multis*, B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, *Giorn. dir. amm.*, 2, 2013, 2, p. 123 ss.; F. MERLONI, *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi (art. 1, commi 49 e 50)*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO, *La legge anticorruzione*, cit., p. 191 ss.; F. DI CRISTINA, *La prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (Legge 190/2012)*, in *Studium iuris*, 6, 2013, p. 662 ss.; F. FERRARO, S. GAMBACURTA, *Anticorruzione, Commento alla riforma, La legge 6 novembre 2012, n. 190 e i provvedimenti attuativi*, Rimini, Maggioli Editore, 2013; P. QUINTO, *La legge anticorruzione e "buoni propositi"*, in *www.lexitalia.it*, 4, 2013; A. CONZ, L. LEVITA, *La legge anticorruzione*, 2013, Roma, Dike Giuridica Editrice; F. CINGARI (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze University Press, 2013, che esamina la strategia "integrata" della corruzione contenuta nella legge n. 190 del 2012, sotto il duplice profilo della prevenzione amministrativa e della repressione penale, alla luce delle conseguenze applicative della normativa. R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in *Astrid, Rassegna*, 25 marzo 2013, n. 177 (numero 6/2013); F. PATRONI GRIFFI, *Prefazione al volume, A.A.V.V., Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento alla legge 6 novembre 2012, n. 190 ed ai suoi decreti attuativi*, Roma, Eurilink Edizioni, 2013.

²²² Il tema del possibile conflitto di interessi degli amministratori di designazione pubblica, in connessione all'esistenza di un rapporto di dipendenza con l'ente pubblico socio è affrontato in A. BAUDINO, *La nomina degli amministratori delle società a capitale pubblico e misto*, in D. DI RUSSO, L. FALDUTO (a cura di), *Governo, controllo e valutazione delle società partecipate dagli enti locali*, Torino, edizioni MAP, 2009, p. 305 ss.

²²³ Cfr. il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 «Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni», in *G.U.* n. 80 del 5 aprile 2013, recentemente modificato da uno dei decreti emanati in attuazione della legge di "riforma Madia", ossia il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 «Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche», in *G.U.* n. 132 dell'8 giugno 2016, sul quale in prosieguo *funditus* capitolo III, §4.

pubblici e negli enti privati in controllo pubblico, il legislatore ha proceduto in una complessa opera di riorganizzazione dell'intera disciplina in materia, attraverso una serie di misure di carattere generale dirette ad evitare situazioni di incompatibilità e di divieto di cumulo di incarichi.

Ebbene, il Testo Unico sulle società partecipate fa salvo il decreto n. 39, confermandone esplicitamente la vigenza²²⁴.

Non essendo possibile, in tale sede, fornire un commento esaustivo e puntuale sugli aspetti del decreto del 2013, si procederà ad una sommaria analisi dei contenuti maggiormente rilevanti dello stesso, alla luce della loro incidenza sulla disciplina degli amministratori di società a partecipazione pubblica.

Dal punto di vista strutturale, il decreto n. 39 risulta composto da ventitré articoli ed otto capi, rispetto ai quali è possibile individuare alcuni nuclei tematici: una prima parte, essenzialmente riconducibile al Capo I, contiene le principali definizioni fornite dal legislatore ai fini dell'inquadramento del perimetro dell'efficacia nonché dei soggetti destinatari disciplina *de qua*.

Sotto il profilo soggettivo, dunque, accanto alle «pubbliche amministrazioni»²²⁵ ed agli «enti pubblici»²²⁶, vengono individuate anche due tipologie di soggetti di diritto privato considerati dalla

²²⁴ Lo stesso decreto n. 175 del 2016 ha specificato la permanenza in vigore di tale disciplina si all'articolo 11, co. 1, secondo periodo, riferendosi alle disposizioni contenute all'articolo 12, che al successivo comma 14, richiamando l'intera disciplina suole inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi di cui al decreto legislativo n. 39 del 2013.

²²⁵ Secondo quanto previsto all'articolo 1, co. 2, lett. a), in tale concetto sono ricomprese «le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ivi comprese le autorità amministrative indipendenti».

²²⁶ «(...) enti di diritto pubblico non territoriali nazionali, regionali o locali, comunque denominati, istituiti, vigilati, finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, ovvero i cui amministratori siano da questa nominati» (articolo 1, co. 2, lett. b)).

normativa: si tratta degli «enti di diritto privato in controllo pubblico»²²⁷ e degli «enti di diritto privato regolati o finanziati»²²⁸.

A queste si aggiunge anche il riferimento ai «componenti di organi di indirizzo politico»²²⁹ che, per quanto attiene le società, può certamente ricondurre alla figura dei consiglieri facenti parte del consiglio di amministrazione.

Avuto riguardo all'aspetto oggettivo, il decreto enuclea i concetti di «incarichi» e di «cariche» riferiti alle categorie di soggetti sopramenzionati²³⁰.

²²⁷ Sulla base di quanto stabilito all'art. 1, co.2, lett. c), la definizione, a sua volta, può essere "scomposta" in due ulteriori categorie: da un lato, «le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche»; dall'altro lato «gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi».

²²⁸ Si tratta di una definizione più complessa, in quanto investe anche il profilo funzionale. Tali enti, infatti, sono definiti come «le società e gli altri enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, nei confronti dei quali l'amministrazione che conferisce l'incarico: 1) svolga funzioni di regolazione dell'attività principale che comportino, anche attraverso il rilascio di autorizzazioni o concessioni, l'esercizio continuativo di poteri di vigilanza, di controllo o di certificazione; 2) abbia una partecipazione minoritaria nel capitale; 3) finanzia le attività attraverso rapporti convenzionali, quali contratti pubblici, contratti di servizio pubblico e di concessione di beni pubblici» (art. 1, co. 2, lett. d)).

²²⁹ Ai sensi della lett. f) sono «le persone che partecipano, in via elettiva o di nomina, a organi di indirizzo politico delle amministrazioni statali, regionali e locali, quali Presidente del Consiglio dei ministri, Ministro, Vice Ministro, sottosegretario di Stato e commissario straordinario del Governo di cui all'articolo 11 della legge 23 agosto 1988, n. 400, parlamentare, Presidente della giunta o Sindaco, assessore o consigliere nelle regioni, nelle province, nei comuni e nelle forme associative tra enti locali, oppure a organi di indirizzo di enti pubblici, o di enti di diritto privato in controllo pubblico, nazionali, regionali e locali».

²³⁰ Oltre a quelle che verranno menzionate – che sono previste alle lett. e) ed l) – il decreto n. 39 aggiunge anche le fattispecie degli «incarichi amministrativi di vertice», «incarichi dirigenziali interni», nonché degli «incarichi dirigenziali esterni», di cui, rispettivamente, alle lettere i), j) e k), dell'articolo 1, comma 2.

Nel primo caso, s'intendono «gli incarichi di livello apicale, quali quelli di Segretario generale, capo Dipartimento, Direttore generale o posizioni assimilate nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di diritto privato in controllo pubblico, conferiti a soggetti interni o esterni all'amministrazione o all'ente che conferisce l'incarico, che non comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione».

Rispetto alle ipotesi disciplinate dal decreto n. 39, per quello che qui rileva, è necessario prendere in considerazione, in primo luogo, gli «incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico», ossia «gli incarichi di Presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico»²³¹.

Secondariamente, gli «incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati», rispetto ai quali sono individuate «le cariche di presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato, le posizioni di dirigente, lo svolgimento di attività di consulenza a favore dell'ente»²³².

Il decreto del 2013 prosegue definendo gli istituti di base della disciplina, ossia i concetti di «inconferibilità»²³³ e di

Gli incarichi dirigenziali interni sono, invece, «gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di funzione dirigenziale nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a dirigenti o ad altri dipendenti, ivi comprese le categorie di personale di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, appartenenti ai ruoli dell'amministrazione che conferisce l'incarico ovvero al ruolo di altra pubblica amministrazione».

Infine, quelli esterni riguardano «gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di funzione dirigenziale nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a soggetti non muniti della qualifica di dirigente pubblico o comunque non dipendenti di pubbliche amministrazioni».

²³¹ Articolo 1, co. 2, lett. l), d. lgs. n. 39 del 2013.

²³² Articolo 1, co. 2, lett. e), d. lgs. n. 39 del 2013.

²³³ Secondo quanto stabilito dal decreto, l'inconferibilità è testualmente definita come «la preclusione, permanente o temporanea, a conferire gli incarichi previsti dal presente decreto a coloro che abbiano riportato condanne penali per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, a coloro che 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, a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico» (lett. g)).

«incompatibilità»²³⁴ che, com'è noto, si differenziano in quanto nel primo caso, qualora si ricada in una delle ipotesi di inconfiribilità specificamente previste dal decreto, la possibilità di conferire incarichi al soggetto risulta di fatto preclusa. Tale preclusione può operare per un certo lasso temporale, ovvero essere definitiva.

Nel caso dell'incompatibilità, invece, il soggetto si trova nella necessità di dover effettuare una scelta tra due incarichi tra loro inconciliabili, in quanto quello proposto rientra negli «incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, lo svolgimento di attività professionali ovvero l'assunzione della carica di componente di organi di indirizzo politico»²³⁵.

Segue, un secondo nucleo di disposizioni che individua specificamente le cause di inconfiribilità²³⁶ nelle seguenti ipotesi: aver riportato condanne per reati contro la pubblica amministrazione²³⁷ (art. 3); essere soggetti provenienti da enti di diritto privato regolati o finanziati dalle pubbliche amministrazioni (artt. 4 e 5) e, infine,

²³⁴ «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 nell'incarico e l'assunzione e lo svolgimento di incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, lo svolgimento di attività professionali ovvero l'assunzione della carica di componente di organi di indirizzo politico» (lett. h)). Per approfondimenti, cfr. P. COSMAI, *La nuova disciplina delle incompatibilità dopo la legge anticorruzione*, in *Aziendaitalia, Il Personale*, 1, 2013, p. 5 ss.

²³⁵ D. lgs. n. 39 del 2013, articolo 1, comma 2, lett. h).

²³⁶ V. Capo II, III e IV del decreto n. 39

²³⁷ Si tratta dei «reati previsti dal capo I del titolo II del libro II del codice penale», ossia le fattispecie previste agli artt. 314 ss., e che riguardano, a titolo esemplificativo, il peculato, malversazione, corruzione, concussione, abuso d'ufficio, etc. Peraltro, la novità della norma in commento consiste, essenzialmente, nell'aver previsto una causa di inconfiribilità anche per il soggetto condannato in via non definitiva. Sul punto, F. MERLONI, op. cit., p. 811, aggiunge che «(...) In tal modo si è voluto assicurare un maggiore tasso di imparzialità nell'amministrazione, escludendo il funzionario condannato, senza peraltro penalizzarlo in modo sproporzionato, prevedendo che la situazione di inconfiribilità in caso di condanna non definitiva abbia una durata predeterminata e non eccessiva».

ricoprire il ruolo di componente di organi di indirizzo politico (artt. 6, 7, e 8).

Le ipotesi di incompatibilità sono invece contenute ai successivi capi V e VI, il primo dei quali riguarda l'esercizio dell'attività professionale considerata incompatibile, da un lato, con lo svolgimento di incarichi e l'assunzione di cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati, nonché tra gli stessi (art. 9), estendendo la medesima condizione anche alle «cariche direttive nelle aziende sanitarie locali, le cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati» (art. 10).

Il capo VI, a sua volta, prevede quattro ulteriori casi di incompatibilità attinenti essenzialmente allo svolgimento dell'attività politica: gli articoli 11, 12 e 13, infatti, considerano, rispettivamente, gli incarichi amministrativi di vertice e di amministratore di ente pubblico, gli incarichi dirigenziali interni ed esterni e quelli di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico, con le cariche di componenti degli organi di indirizzo nelle amministrazioni statali, regionali e locali.

L'articolo 14, invece, riguarda il caso più circoscritto dell'incompatibilità tra gli incarichi di direzione delle Aziende sanitarie locali e le cariche di componenti degli organi di indirizzo nelle amministrazioni statali, regionali e locali.

Il novero delle ipotesi sull'inconferibilità ed incompatibilità delineato dal decreto n. 39 si conclude con un quarto gruppo di disposizioni dedicate al sistema di vigilanza e sanzioni²³⁸, nell'ambito

²³⁸ D. lgs. n. 39 del 2013, Capo VII. Sul punto cfr. B. PONTI, cit., p. 821 ss. Sul tema legato al significato del potere di segnalazione in termini di attivazione, da un lato, dei poteri di vigilanza dell'Autorità previsti alla lettera f) del secondo comma e, dall'altro lato, degli eventuali compiti ispettivi ed ordinatori indicati al terzo comma, cfr. G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., p. 71 ss.; B.G.

del riparto di competenze tra il Responsabile del piano anticorruzione²³⁹, al quale spetta un'attività di vigilanza "interna" delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici ovvero degli enti di diritto privato in controllo pubblico sul rispetto delle norme contenute nel decreto, mentre il controllo "esterno" dei singoli enti è affidato all'Autorità nazionale anticorruzione²⁴⁰, alla quale sono altresì conferiti poteri ispettivi e di accertamento in ordine alla sussistenza delle fattispecie di conferimento degli incarichi.

Ne discende, dunque, un doppio sistema di controllo e monitoraggio sull'attuazione delle disposizioni contenute nel decreto del 2013.

Il sistema sanzionatorio è composto da una serie di misure dirette ai responsabili delle violazioni, tra le quali spicca quella più rilevante rappresentata dalla nullità degli atti di conferimento degli incarichi e dei relativi contratti adottati in violazione del decreto n. 39 (art. 17); si tratta, dunque di una significativa conseguenza sul piano dell'efficacia di tali atti, anche in considerazione della prescritta pubblicazione sul sito istituzionale web dell'ente conferente, dell'atto di accertamento della violazione della normativa in esame (art. 18).

Infine, nel caso di irrisolte situazioni di incompatibilità, è previsto un regime di decadenza e contestuale risoluzione del contratto di conferimento dell'incarico, nel caso in cui il soggetto non

MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, *Giorn. dir. amm.*, 2, 2013, 2, p. 125.

²³⁹ Egli, secondo quanto disposto dal decreto all'articolo 15, comma 1, «cura, anche attraverso le disposizioni del piano anticorruzione, che nell'amministrazione, ente pubblico e ente di diritto privato in controllo pubblico siano rispettate le disposizioni del presente decreto sulla inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi».

²⁴⁰ L'Autorità «vigila sul rispetto, da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al presente decreto, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi» (articolo 16, comma 1).

rimuova la situazione di incompatibilità entro i prescritti quindici giorni dalla sollevazione della contestazione da parte del Responsabile (art. 19).

1.4.1 Accordo Anac – Mef: attuazione della normativa sulla corruzione nelle società controllate o partecipate dal Ministero alla luce della direttiva e delle Linee guida

Ad integrazione della disciplina delineata sinora, deve segnalarsi l'accordo, intercorso tra l'Autorità nazionale anticorruzione ed il Ministero dell'economia nel dicembre 2014²⁴¹, nell'ambito del quale è stato elaborato un comune indirizzo al fine di dirimere i dubbi interpretativi sorti nelle more dell'applicazione della normativa in materia di corruzione e trasparenza²⁴².

Le specificazioni hanno riguardato essenzialmente quattro aspetti: in primo luogo, l'ambito di applicazione, rispetto al quale rileva la distinzione tra le società direttamente o indirettamente controllate, individuate ai sensi dell'art. 2359, co. 1, nn. 1 e 2, c.c.²⁴³, e quelle in cui l'entità della partecipazione pubblica non è tale da configurare una situazione di controllo.

²⁴¹ Reperibile sul sito internet del Ministero dell'economia e delle finanze, http://www.mef.gov.it/ufficio-stampa/comunicati/2014/comunicato_0293.html. Per approfondimenti cfr. P. COSMAI, *Società partecipate: documento Anac – Mef per rafforzare i controlli anticorruzione*, in *Il Quotidiano giuridico*, Wolters Kluwer, 7 gennaio 2015.

²⁴² In questa sede ci si limiterà all'approfondimento dei chiarimenti intervenuti sulla disciplina in materia di corruzione, Per l'analisi degli aspetti che riguardano invece le disposizioni in tema di trasparenza, di cui al decreto legislativo n. 33 del 2013, si rimanda al capitolo III, §4.

²⁴³ Nel documento si afferma espressamente che «Dal novero delle società controllate vanno tuttavia escluse quelle di cui al n. 3 del comma 1 dell'art. 2359 c.c., atteso che lo stesso fa riferimento ai rapporti intersocietari e non a quelli tra pubbliche amministrazioni e società, cui invece ha riguardato la disciplina di prevenzione della corruzione».

Il secondo aspetto attiene l'integrazione del modello di prevenzione di cui al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231²⁴⁴: si stabilisce, infatti, che alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1, co. 60, della legge n. 190 del 2012, anche le società nazionali controllate dalle amministrazioni centrali che abbiano già approvato il citato modello di prevenzione dei reati, devono integrarlo con le misure previste dalla legge anticorruzione²⁴⁵.

²⁴⁴ Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300», in G.U. n. 140 del 19 giugno 2001. In estrema sintesi, vale la pena sottolineare come il legislatore attraverso il decreto n. 231, in attuazione della legge delega n. 300 del 2000, abbia previsto l'istituzione della responsabilità amministrativa dell'ente per i reati posti in essere da amministratori, dirigenti e/o dipendenti nell'interesse o a vantaggio dello stesso ente.

Per la prima volta, dunque, l'ordinamento italiano si dota di uno strumento legislativo che prevede precise conseguenze sanzionatorie nei confronti degli enti, per i reati posti in essere dai vari soggetti coinvolti nella società, introducendo una responsabilità in sede penale dell'Ente (che coinvolge anche il suo patrimonio), che si aggiunge a quella della persona fisica superando, in tal modo, il principio costituzionale secondo cui «*societas delinquere non potest*» (art. 27 Cost.).

Per un inquadramento generale della dottrina dei principali contenuti del decreto, cfr., inter alia, F.C. BEVILACQUA, *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in C. MONESI (a cura di), *I modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231/2001: etica d'impresa e punibilità degli enti*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 119 ss.; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001) (parte I)*, in *Cass. Pen.*, 1, 2013, p. 376 ss.; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 571 ss.; M. COLACURCI, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Dr. pen. cont.*, 2, 2016, p. 66 ss.; A. ROSSI, *I Piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir. pen. e proc.*, 8, 2013, p. 44 ss.; F. MERLONI, *I Piani anticorruzione e i Codici di comportamento, misure specifiche di contrasto alla corruzione delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pen. e proc.*, 8, 2013, p. 4 ss.

²⁴⁵ In ragione del fatto che le stesse società, in ragione «del penetrante controllo esercitato dal Ministero (o da altra pubblica amministrazione), sono esposte ai medesimi rischi che il legislatore ha inteso prevenire con la normativa anticorruzione in relazione alle pubbliche amministrazioni». Per un confronto tra i due sistemi si rimanda a F. IULIANO, *Disciplina anticorruzione e legge n. 231/2001: riflessioni su due sistemi a confronto*, in amministrativamente, 6, 2013, p. 3 ss., che dopo aver tracciato le caratteristiche dei due modelli ed evidenziato i pregi, tuttavia non nasconde preoccupazioni per la fase attuativa, considerata la rilevanza delle misure contenute nelle disposizioni: «(...) La riflessione che si impone involge la concreta attuabilità del sistema e la possibilità, per le amministrazioni, di conformarsi, a costo zero, a regole che impattano pesantemente sull'organizzazione e

Per quanto riguarda l'individuazione del Responsabile della prevenzione della corruzione²⁴⁶, l'accordo prevede che tale figura debba coincidere con uno dei dirigenti della società, al quale dovranno essere attribuiti, dagli organi di governo societario, tutti i poteri necessari per l'espletamento dell'incarico²⁴⁷, e dovrà operare in accordo con l'organismo di vigilanza nominato ai sensi del decreto n. 231 del 2001.

Inoltre, è stato stabilito che, in caso di danni cagionati alla società, accanto alle responsabilità societarie *ex d. lgs. n. 231 del 2001* ed alle ipotesi contemplate all'art. 2392 c.c.²⁴⁸, il Ministero dell'economia, in qualità di azionista, si attiverà per predisporre le necessarie modifiche degli statuti societari, inserendo disposizioni dirette a disciplinare sanzioni a carico degli amministratori che si siano rivelati inadempienti con riferimento agli obblighi previsti dalla legge anticorruzione.

sull'esercizio della funzione amministrativa, in un contesto normativo di rilevante complessità».

²⁴⁶ Rappresenta il soggetto al quale spetta il compito di predisporre il "Piano di prevenzione della corruzione" della società, affinché l'organo di governo della stessa lo adotti.

²⁴⁷ Secondo il documento Anac-Mef, potrà essere individuato un funzionario solamente nel caso in cui «la società risulti priva di dirigenti o questi siano in numero così limitato da poter svolgere esclusivamente compiti gestionali nelle aree a rischio corruttivo» ma, in quest'ultimo caso, al Consiglio di amministrazione spetterà un controllo stringente e periodico sulle attività del funzionario.

²⁴⁸ Secondo cui «1. Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori. 2. In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. 3. La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale».

Infine, l'intesa tra Anac e Ministero dell'economia affrontano anche il tema della disciplina sulla trasparenza, prevedendo una circoscrizione della sua applicazione alle sole società controllate ed in relazione a specifiche attività²⁴⁹.

Il documento condiviso dall'Autorità anticorruzione e dal Ministero ha rappresentato un'importante punto di partenza, che ha permesso a quest'ultimo di predisporre ed emanare una successiva direttiva chiarificatrice indirizzata alle proprie società controllate e partecipate²⁵⁰.

Tale direttiva, che riprende i temi analizzati durante il tavolo congiunto con l'Anac, ha dunque il chiaro obiettivo non solo di favorire un'adeguata applicazione della normativa in materia di anticorruzione e trasparenza ma, soprattutto, di fornire indirizzi in grado di garantire coerenza ed omogeneità di trattamento delle società controllate o partecipate.

A ciò si aggiunga che, il citato accordo è stato anche alla base dell'emanazione delle Linee guida da parte dell'Anac sull'attuazione della menzionata normativa, e delle relative implicazioni che ne derivano, da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni, nonché agli enti pubblici economici²⁵¹, sviluppandone i contenuti alla luce della

²⁴⁹ Per approfondimenti, cfr. capitolo III, §4.

²⁵⁰ Il testo della direttiva «Indirizzi per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza nelle società controllate o partecipate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze», è reperibile sul sito internet http://www.mef.gov.it/inevidenza/documenti/Direttiva_23_3_definitiva.pdf.

²⁵¹ ANAC, Determinazione n. 8 del 17/06 2015 «Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici, in G.U. n. 152 del 3 luglio 2015.

È la stessa Autorità, nel proprio comunicato stampa del 25 giugno 2015, a chiarire l'obiettivo primario del documento che è quello di fare in modo che la disciplina in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza, non sia percepita come «un mero adempimento burocratico, quanto invece venga adattata alla realtà

volontà del legislatore di includere esplicitamente tali soggetti nel novero dei destinatari della stessa²⁵².

Le novità introdotte sia dal Testo unico di cui al decreto n. 175 del 2016, che dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97²⁵³, alla normativa in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza, hanno indotto l'Autorità a procedere ad un aggiornamento del precedente documento, attraverso l'elaborazione di uno schema di Linee guida, così da adeguare le indicazioni in precedenza fornite con la determinazione n. 8 del 2015²⁵⁴.

In sostanza, il punto di partenza è rappresentato dall'esigenza di considerare l'ampliamento dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulla trasparenza di cui all'art. 2-bis del decreto n. 33 del 2003, così come modificato dal citato decreto n. 97²⁵⁵, fornendo un

organizzativa delle singole società e enti per mettere a punto strumenti di prevenzione mirati e incisivi».

²⁵² All'interno delle Linee guida, dopo l'enucleazione dei principali interventi in materia di anticorruzione e trasparenza si legge, infatti, che «(...) emerge con evidenza l'intenzione del legislatore di includere anche le società e gli enti di diritto privato controllati e gli enti pubblici economici fra i soggetti tenuti all'applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza, intenzione ulteriormente rafforzata proprio dai recenti interventi normativi che, come visto sopra in materia di trasparenza, sono chiaramente indirizzati agli enti e alle società in questione. La ratio sottesa alla legge n. 190 del 2012 e ai decreti di attuazione appare, infatti, quella di estendere le misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza, e i relativi strumenti di programmazione, a soggetti che, indipendentemente dalla natura giuridica, sono controllati dalle amministrazioni pubbliche, si avvalgono di risorse pubbliche, svolgono funzioni pubbliche o attività di pubblico interesse».

²⁵³ Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, «Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche» in *G.U.*, n.132 del 08 giugno 2016.

²⁵⁴ Il testo è reperibile accedendo al seguente link https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnline/_consultazioni?id=1024518e0a778042384d0492ddb7668

²⁵⁵ Questo, infatti, accanto alle pubbliche amministrazioni, individua anche gli enti pubblici economici, gli ordini professionali, le società a partecipazione pubblica, le associazioni, le fondazioni e altri enti di diritto privato, qualora si verificano alcune condizioni.

chiarimento allo scopo di identificare i soggetti anche alla luce delle definizioni contenute nel Testo unico²⁵⁶.

Ulteriori indicazioni vengono date sull'applicazione delle disposizioni in tema di trasparenza, sul criterio della compatibilità da queste introdotto²⁵⁷, nonché sulle implicazioni che il nuovo ambito di applicazione assume anche ai fini dell'adozione delle misure di prevenzione della corruzione²⁵⁸.

Ad oggi, a seguito della consultazione pubblica conclusa il 26 aprile 2017 e dell'espressione del parere del Consiglio di Stato²⁵⁹, si attende il documento definitivo.

²⁵⁶ Nello specifico, le Linee guida forniscono un chiarimento ai fini della identificazione dei soggetti indicati all'art. 2-bis, con riferimento alle società in controllo pubblico e alle società a partecipazione pubblica non in controllo, considerando le definizioni contenute nel Testo unico di cui al d. lgs. n. 175 del 2016, nonché agli enti di diritto privato.

²⁵⁷ Sulle quali si rimanda a quanto sarà specificato all'interno del paragrafo dedicato alle disposizioni sulla trasparenza applicabili agli amministratori di società pubbliche (capitolo III, §4).

²⁵⁸ Il comma 2-bis dell'art. 1, infatti, specifica che sia le pubbliche amministrazioni che gli altri soggetti di cui all'art. 2-bis, co. 2, del d. lgs. 33 del 2013 sono destinatari delle indicazioni contenute nel Piano nazionale anticorruzione, seppure sia previsto un regime differenziato: le prime sono, infatti, tenute alla elaborazione di piani triennali di prevenzione della corruzione, mentre gli altri soggetti devono integrare i modelli di organizzazione e gestione adottati ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001.

²⁵⁹ Consiglio di Stato, comm. spec., 29 maggio 2017, n. 1257 che, con riferimento alle finalità della disciplina, hanno sottolineato come «le esigenze (...) che l'adempimento degli obblighi di trasparenza venga considerato non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma anche come strumento ordinario e primario di riavvicinamento dei cittadini alla pubblica amministrazione e di partecipazione all'azione dei pubblici poteri; che, in questa prospettiva, si eviti la trappola costituita da adempimenti onerosi e non necessari, che rischiano, paradossalmente, di creare una sorta di “burocrazia della trasparenza”; che la funzionalità allo scopo delle Linee guida e delle misure organizzative adottate dai destinatari venga valutata nel medio-lungo periodo, attraverso un'adeguata attività di monitoraggio e di rilevazione statistica».

Il testo integrale del parere è consultabile in <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/Approfondimenti/Pubblicaamministrazione/Trasparenza/ConsigliodiStato29maggio2017n.1257/index.html>.

1.5 La perdurante vigenza delle norme di diritto comune in materia di requisiti di eleggibilità alle cariche sociali.

Accanto alle speciali ipotesi di ineleggibilità, ai requisiti speciali di onorabilità, professionalità ed autonomia contenuti nel TUSP e previsti in alcune norme specificamente richiamate dallo stesso, compresa la generale disciplina sul punto prevista dal decreto legislativo n. 39 del 2013, gli amministratori di società pubbliche sono sottoposti altresì alla normativa di diritto comune relativa ai presupposti di eleggibilità alle cariche sociali.

Ne consegue che risulta pienamente applicabile, in primo luogo, l'articolo 2382 c.c.²⁶⁰, che elenca i diversi casi di ineleggibilità alla carica, a pena di decadenza dall'incarico, per «l'interdetto, l'inabilitato, il fallito, o chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi».

In secondo luogo, è affidata sia allo statuto²⁶¹ che alla legge²⁶² la possibilità di introdurre ulteriori requisiti di onorabilità,

²⁶⁰ Per un commento sui principali contenuti dell'articolo 2382 c.c. si rimanda, *ex multis*, a G. CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in G.E. COLOMBO, G. B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, IV, cit., p. 30 ss.; F. CONSOLE, *Sub art. 2382*, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, vol. 2/I, Torino, Giappichelli, 2003, p. 414 s.; M. FRANZONI, *Sub art. 2382*, in *Società per azioni. Dell'amministrazione e del controllo*, cit., p. 470 ss.; P. RAINELLI, *Sub art. 2382*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 684 ss.; L. NAZZICONE, *Sub art. 2382*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario, Società per azioni-amministrazione e controlli*, cit., p. 41 ss.

²⁶¹ L'articolo 2387 c.c. stabilisce, al comma 1, che «Lo statuto può subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati». Per approfondimenti cfr., *inter alia*, a F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 419 ss.; L. NAZZICONE, *Sub art. 2387*, in G. LO CASCIO (a cura di), *Il nuovo diritto societario, Amministrazione e controlli nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 117 ss.; M. SANDULLI, *sub art. 2387*, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, cit., p. 435 ss., il quale ravvisa un'ipotesi di nullità della

professionalità ed indipendenza, ritenuti oltremodo necessari ai fini dell'assunzione della carica di amministratore.

Per altro verso deve aggiungersi che, nel caso in cui le società pubbliche decidano di procedere all'adozione di un sistema di amministrazione e controllo di tipo monistico ovvero dualistico, verrebbero a configurarsi ulteriori disposizioni: nel primo caso, infatti per il consiglio di sorveglianza si dovrebbe considerare quanto stabilito in diversi commi dell'articolo 2409-*duodecies*, che prevedono requisiti aggiuntivi sia di eleggibilità che di ineleggibilità²⁶³, mentre

clausola statutaria che stabilisca requisiti confliggenti con quelli legislativamente richiesti.

²⁶² Il secondo comma dell'articolo 2387 c.c. specifica che «resta salvo quanto previsto da leggi speciali in relazione all'esercizio di particolari attività». Lo stesso A. BAUDINO, *L'amministrazione delle società a capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 18, al riguardo, specifica che «La disposizione sta cioè a significare che il codice civile si limita ad individuare le cause di ineleggibilità applicabili per tutte le società per azioni (e, secondo l'interpretazione più persuasiva, per tutte le società di capitali); il che non esclude che il legislatore, in casi specifici, ed in considerazione dei particolari interessi di volta in volta tutelati, possa introdurre ulteriori cause di ineleggibilità».

²⁶³ Secondo quanto previsto dal comma 4 «Almeno un componente effettivo del consiglio di sorveglianza deve essere scelto tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro». Il successivo comma 6 contiene la possibilità che sia lo stesso statuto a prevedere ulteriori requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza cui subordinare l'assunzione della carica in commento.

Da ultimo, i commi 10 ed 11 stabiliscono che «Non possono essere eletti alla carica di componente del consiglio di sorveglianza e, se eletti, decadono dall'ufficio: a) coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382; b) i componenti del consiglio di gestione; c) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita che ne compromettano l'indipendenza. Lo statuto può prevedere altre cause di ineleggibilità o decadenza, nonché cause di incompatibilità e limiti e criteri per il cumulo degli incarichi». Per un commento, cfr., *inter alia*, A. GUACCERO, Sub art. 2409-octies-2409-quinquiesdecies c.c., cit., p. 865 ss.; P. MAGNANI, Sub art. 2409-duodecies, in P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 107 ss.; M.C. BREIDA, Sub art. 2409-duodecies, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario, Commentario*, cit., p. 1094 ss.; R. RORDORF, Sub art. 2409-duodecies, in G. BONFANTE, D. CORAPI, G. MARZIALE, R. RORDORF, V. SALAFIA (a cura di), *Codice commentato delle nuove società*, cit., p. 671 ss.; L. NAZZICONE, S. PROVIDENTI, Sub art. 2409-duodecies, in G. LO CASCIO, *La riforma del diritto delle società*, cit., p. 369 ss.; L. SCHIUMA, sub art. 2409-duodecies, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, cit., p. 694 ss.

per il consiglio di gestione varrebbe quanto disposto dall'articolo 2409-undecies²⁶⁴ che, al riguardo, richiama espressamente l'applicabilità del citato articolo 2382 c.c.

Infine, nel caso di adozione del sistema monistico, ai componenti del consiglio di amministrazione si applicheranno gli articoli 2409-septiesdecies²⁶⁵, e 2409-noviesdecies²⁶⁶ c.c., mentre per coloro i quali facciano parte del comitato di controllo sulla gestione, , ai primi, e, ai secondi, l'articolo 2409-octiesdecies²⁶⁷ c.c.

Sembra, dunque, trovare ulteriore conferma quanto enunciato in precedenza sull'eterogeneità del quadro normativo recante la disciplina in materia di requisiti di ineleggibilità ed incompatibilità

²⁶⁴ L. SCHIUMA, sub art. 2409-undecies, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, cit., p. 684 ss.; M.C. BREIDA, sub art. 2409-undecies, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario. Commentario*, cit., p. 1150 ss.

²⁶⁵ Secondo quanto stabilito dal primo comma «Almeno un terzo dei componenti del consiglio di amministrazione deve essere in possesso dei requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci dall'articolo 2399, primo comma, e, se lo statuto lo prevede, di quelli al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati». Cfr., A. GUACCERO, sub art. 2409-septiesdecies, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, vol. II, Napoli, Jovene, 2004, p. 918 ss.; P. VALENSISE, sub art. 2409-septiesdecies, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, cit., p. 729 ss.; L. NAZZICONE, S. PROVIDENTI, Sub art. 2409-septiesdecies, in G. LO CASCIO, *La riforma del diritto delle società*, cit., p. 394 ss.

²⁶⁶ L'articolo prevede l'applicabilità, al consiglio di amministrazione, in quanto compatibile, dell'articolo 2382 c.c.

²⁶⁷ Con riferimento ai componenti del comitato di gestione il comma 2 prevede che «Il comitato è composto da amministratori in possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità stabiliti dallo statuto e dei requisiti di indipendenza di cui all'articolo 2409-septiesdecies, che non siano membri del comitato esecutivo ed ai quali non siano attribuite le deleghe o particolari cariche e comunque non svolgano, anche di mero fatto, funzioni attinenti alla gestione dell'impresa sociale o di società che la controllano o ne sono controllate». Inoltre, il successivo comma 3 impone che all'interno dello stesso comitato per il controllo vi sia un componente scelto dal registro dei revisori legali. Per un commento dell'articolo cfr., *inter alia*, VALENSISE, sub art. 2409-octiesdecies, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, cit., p. 742 ss.; L. NAZZICONE, S. PROVIDENTI, Sub art. 2409-octiesdecies, in G. LO CASCIO, *La riforma del diritto delle società*, cit., p. 555 ss.; F. SALINAS, sub art. 2409-octiesdecies, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009, Commentario*, cit., p. 1222 ss.

applicabile agli amministratori incaricati della gestione di società pubbliche.

2. LA NOMINA DIRETTA DELL'AMMINISTRATORE DA PARTE DEL SOCIO PUBBLICO

2.1. Articolo 2449 c.c.: le caratteristiche della disciplina.

La disciplina in materia di società pubbliche ha trovato sin dal principio una delle proprie fonti in alcune (*rectius*, poche) disposizioni di carattere speciale del Codice Civile, essenzialmente aventi ad oggetto la nomina “diretta” alle cariche sociali sia nelle società per azioni che nelle società cooperative.

In un primo momento, dunque, esisteva un complesso di norme – artt. 2458-2460²⁶⁸ per le prime e art. 2535, commi 3 e 4 per le

²⁶⁸ La dottrina precedente alla riforma risulta assai ampia ed eterogenea. Per approfondimenti si rimanda, *ex multis*, a S. AMBROSINI, *Nomina pubblica delle cariche sociali e nullità della delibera assembleare per carenza di potere*, in *Giur. it.*, 2002, p. 124 ss.; P. SPADA, *Cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 801 ss.; V. SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato e dagli enti pubblici*, in *Società*, 7, 2001, p. 773 ss. Per uno studio dei contributi più risalenti v. V. DONATIVI, *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica “diretta” delle cariche sociali (artt. 2458-2459 c.c.)*, in *Riv. soc.*, 1998, I, p. 1258 ss.; G. DI CHIO, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. comm.*, XIV, Utet, Torino, 1997, p. 168 ss.; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica a - Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende statali*, Torino, 1997; A. ROSSI, voce *Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, p. 1 ss.; ID., *Le società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici e le società di interesse nazionale*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, Utet, Vol. XXVII, Tomo III, 1985, p. 222 ss.; M.T. CIRENELI, *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. int.*, 1996, p. 771 ss.; ID., *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, Utet, 1992, VIII, p. 133 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458 c.c.*, in *Foro amm.*, 1984, p. 569 ss.; F. BONELLI, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 511 ss.

seconde – alle quali si affiancava una grande quantità di legislazione di carattere speciale, se non addirittura singolare, attraverso le quali si è proceduto alla previsione della nomina pubblica di fonte legale ovvero alla disciplina per via statutaria di speciali poteri di nomina.

Tale sistema ha successivamente subito alcune modifiche, le prime delle quali prettamente di carattere formale e finalizzate a mere esigenze di coordinamento sistematico²⁶⁹; tuttavia, è solo con l’emanazione di due successivi provvedimenti legislativi²⁷⁰, che si è predisposta, *in primis*, l’abrogazione dell’art. 2450 c.c., ponendo fine al doppio privilegio della nomina diretta alle cariche sociali da parte di enti pubblici privi della titolarità di partecipazioni azionarie all’interno della società e dell’obbligo di scelta del presidente del collegio sindacale tra quelli di nomina statale.

In seconda battuta, il legislatore ha proceduto ad una sostanziale riformulazione del testo dell’art. 2449²⁷¹ cc., soprattutto alla luce dell’esigenza di un adeguamento dell’ordinamento italiano agli

²⁶⁹ Le modifiche introdotte nell’ambito delle prime riforme hanno avuto ad oggetto, essenzialmente, una diversa numerazione delle norme, sostituzione di termini (“statuto” in luogo di “atto costitutivo”) ed allargamento dell’area soggettiva (accanto agli amministratori ed ai sindaci, aggiunta del riferimento ai componenti del consiglio di sorveglianza).

²⁷⁰ Il riferimento è, nel primo caso, all’articolo 3, comma 1, del decreto legge 15 febbraio 2007, n. 10, *Disposizioni volte a dare attuazione ad obblighi comunitari ed internazionali*, convertito, con modificazioni, in legge 6 aprile 2007, n. 46. Nel secondo caso, le modifiche sono state introdotte ad opera dell’articolo 13, comma 1, legge 25 febbraio 2008, n. 34, *Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee (Legge comunitaria 2007)*.

²⁷¹ Per un commento di carattere generale del nuovo testo dell’articolo 2449 c.c. cfr., *inter alia*, C. PECORARO, cit., p. 570 ss.; F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, cit., p. 254 ss.; A. PERICU, *Sub artt. 2449-2450*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D’ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, vol. III, Napoli, 2004, p. 1291 ss.; C. CAVAZZA, *Prerogative speciali e società partecipate dai pubblici poteri: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2, 2009, p. 387 ss.; ID., *Artt. 2449-2450*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, vol. II, Padova, Cedam, 2005, p. 1706 ss.; M.C. CORRADI, op. cit., p. 925 ss.; B. PETRAZZINI, *Sub artt. 2449-2450 c.c.*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario. Commentario*, vol. II, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 1696 ss.; G.M. PANINI, *Sub Art. 2449*, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, vol. 2/II, Torino, 2003, p. 1039 ss.

orientamenti espressi dalla Corte di giustizia europea²⁷² che, in occasione della pronuncia su una questione²⁷³ attinente un possibile contrasto tra l'articolo 2449 c.c. e l'(allora)art. 56 Tce²⁷⁴, ha affermato

²⁷² Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2007, sez. I, in cause riunite C-463/04 e C-464/04, con nota di I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, cit. Nel caso di specie, la Corte europea, partendo dall'assunto che la libertà di circolazione dei capitali debba essere tutelata dalla presenza di «restrizioni», ossia «misure nazionali idonee a impedire o a limitare l'acquisizione di azioni nelle imprese interessate o che possano dissuadere gli investitori degli altri Stati membri dall'investire nel capitale di queste ultime», ha sancito l'illegittimità dell'art. 2449 c.c., considerandola una restrizione, sotto il doppio profilo dell'assenza di un limite nella nomina degli amministratori e nella possibilità – per l'azionista pubblico – di beneficiare della partecipazione alle attività del consiglio di amministrazione della società in misura maggiore rispetto a quanto concesso dalla qualità di azionista.

Hanno approfondito la vicenda, inter alia, F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, *Golden share e diritto comunitario: la Corte di Giustizia delle Comunità Europee afferma l'incompatibilità dell'art. 2449 c.c. con il principio di libera circolazione dei capitali nel caso AEM*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 252 ss.; C. VITALE, *La Corte di Giustizia "boccia" l'articolo 2449 del codice civile*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 521 ss.; E. M. BARBIERI, *L'art. 2449 comma 1 c.c. davanti alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 373 ss.; F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, I, p. 396 ss.; G. BARZAZI, *La forza espansiva dei principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di golden share (riflessioni a margine delle sentenze della Corte di giustizia relative alla vicenda Volkswagen e A.E.M. Milano)*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2008, 3, p. 151 ss.; S. DE VIDO, *La recente giurisprudenza comunitaria in materia di golden shares: violazione delle norme sulle libera circolazione dei capitali o sul diritto di stabilimento?*, in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 885 ss.; G.F. FERRARI, *La golden share nella governance delle imprese locali di servizi*, in *Dir. pubbl. com. eur.*, 2008, p. 884 ss.

²⁷³ La vicenda ha tratto origine dalla procedura di privatizzazione della società AEM, operante nel settore dei servizi di distribuzione di gas ed energia elettrica, nell'ambito della quale il Comune di Milano si era assicurato, tramite il mantenimento di un capitale pari al 33,4%, il diritto statutario alla nomina di un certo numero di amministratori che, in combinazione con l'ulteriore diritto alla partecipazione al voto di lista per la designazione degli altri membri del consiglio, di fatto conferivano allo stesso una maggioranza che non corrispondeva alla quota di capitale mantenuta. Con successiva ordinanza emessa dal Tar Lombardia, la menzionata disciplina è stata ritenuta incompatibile con le statuizioni europee e, per tale motivo, sollevata la questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 TCE. Per una consultazione del testo dell'ordinanza v. TAR Lombardia, sez. I, 13 ottobre 2014, n. 175, in *Foro it.*, 2005, III, con nota di F. FRACCHIA *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*.

²⁷⁴ Oggi, articolo 63 Tfe, ai sensi del quale «Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo (*capitali e pagamenti*, n.d.A.) sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi».

che la disciplina di diritto comune italiana si configura quale “restrizione” ai sensi della normativa europea ravvisando, in particolare, nel mantenimento di un sistema di privilegio da parte del soggetto pubblico non supportato né dal possesso di partecipazioni azionarie né dalla presenza di un limite oggettivo alla nomina di amministratori, non solo un ostacolo alla piena affermazione dei principi di libertà europea funzionali allo sviluppo di mercati concorrenziali, ma un pregiudizio rilevante per le stesse società che rappresentano soggetti “meno appetibili” per gli investitori stranieri.

Si è così pervenuti ad una modifica del testo dell’art. 2449 c.c., all’interno del quale si è delineata una differente disciplina a seconda che vengano in rilievo le società che non fanno ricorso al capitale di rischio²⁷⁵ ovvero quelle che, invece, siano quotate²⁷⁶.

²⁷⁵ Com’è noto, infatti, il primo comma dell’articolo in esame prevede che nelle società per azioni con partecipazione dello Stato o di enti pubblici che non facciano ricorso al capitale di rischio, lo statuto possa loro conferire la facoltà di nomina di un numero di amministratori (di sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza) in misura proporzionale alla partecipazione al capitale sociale.

²⁷⁶ La disciplina per tali società risulta invero più complessa: il nuovo art. 2449 c.c. afferma, infatti, che ad esse si applicano le disposizioni di cui al comma 6, art. 2346 c.c., secondo cui la società può emettere strumenti finanziari, forniti di diritti patrimoniali, o anche di diritti amministrativi, in conseguenza dell’apporto dei soci ovvero di soggetti terzi anche di opera o di servizi. L’art. 13, comma 2, della legge 25 febbraio 2008, n. 34 (Legge comunitaria 2007) ha successivamente previsto che tali strumenti finanziari non sono trasferibili e condizionati alla persistenza della partecipazione pubblica e, dall’altro, prevedendo che, in alternativa, i diritti statutariamente previsti per il socio pubblico possano essere rappresentati da una particolare categoria di azioni. Quest’ultimo aspetto sembra fa emergere, a parere di M.C. CORRADI, cit., p. 929, una volontà legislativa diretta ad «escludere, al di fuori dei casi previsti in leggi speciali, la possibilità, già disconosciuta dalla generale disciplina delle s.p.a., che un determinato statuto possa attribuire particolari diritti ad uno o più azionisti, singolarmente individuati in quanto tali». Altra parte della dottrina ha ritenuto, poi, che tale disposizione debba essere letta nel senso che i soci pubblici devono conservare all’interno della società comunque una partecipazione al capitale, ferma restando l’operatività del principio di proporzionalità che impone la necessaria rimodulazione dei diritti di nomina in cui sono incorporati gli strumenti finanziari qualora la percentuale di azioni posseduta subisca una riduzione. In questo senso, cfr. F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, cit., p. 708 ss.

Per approfondimenti in tema di strumenti finanziari cfr., *inter alia*, M. CIAN, *Investitori non azionisti e diritti amministrativi nella “nuova” s.p.a.*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Liber

Con specifico riferimento alle società “chiuse”, il nuovo testo dell’articolo 2449, in primo luogo, conferma quanto precedentemente stabilito in materia di revoca²⁷⁷ e, dopo aver sancito un’espressa equiparazione dei diritti dei soggetti di nomina pubblica rispetto ai membri di nomina assembleare, introduce due novità, la prima delle quali risiede nell’esplicita previsione di una scadenza di mandato per i componenti di nomina pubblica diretta.

In particolare, sono state aggiunte due nuove disposizioni attraverso cui si è previsto, da un lato, che gli amministratori non possano essere nominati per un periodo superiore ai tre esercizi, fissando altresì la scadenza «alla data dell’assemblea convocata per l’approvazione del bilancio relativo all’ultimo esercizio della loro carica». Dall’altro lato, la norma in questione ha stabilito la medesima durata dell’incarico anche per i sindaci nonché per i componenti del consiglio di sorveglianza fissando, in questo caso, la scadenza all’approvazione del bilancio «relativo al terzo esercizio della loro carica».

Sotto tale aspetto, dunque, emerge come il significato della citata disposizione sia sostanzialmente rintracciabile nella volontà del legislatore di «sganciare» definitivamente le caratteristiche (pubblica

amicorum Gian Franco Campobasso, Vol. I, Torino, Utet, 2006, p. 737 ss.; nello stesso volume, R. COSTI, *Strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi*, ivi, p. 729 ss.; G. OPPO, *Quesiti in tema di azioni e strumenti finanziari*, ivi, p. 715 ss.; N. SALANITRO, *Cenni tipologici sugli strumenti finanziari diversi dalle azioni*, ivi, p. 721 ss.

Sulle speciali categorie di azioni, cfr. M. NOTARI, *Le categorie speciali di azioni*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Vol. I, Torino, Utet, 2006, p. 593 ss.

²⁷⁷ Come si avrà modo di specificare *infra*, solamente lo Stato o gli enti pubblici possono revocare gli amministratori, i sindaci ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza «nominati a norma del primo comma»: tale espressa attribuzione del potere di revoca risponde, infatti, secondo parte della dottrina, all’esigenza di non vanificare la facoltà attribuita dal primo comma dell’articolo 2449 c.c. In questo senso, G. MINERVINI, *Amministratori e sindaci di società cooperative nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Foro it.*, 1959, IV, c. 217 ss.; F. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell’amministratore nominato dallo Stato (Osservazioni sugli artt. 2458 ss. del codice civile)*, cit., p. 264 ss.

ovvero assembleare) della nomina degli amministratori e dei sindaci dalla durata e cessazione dell'incarico, rafforzando ulteriormente la posizione di uguaglianza tra i vari membri degli organi sociali²⁷⁸, a prescindere dall'organo – socio pubblico, assemblea – dal quale promana la nomina.

La seconda novità introdotta dal riformulato testo dell'articolo 2449 c.c. è rappresentata dalla fissazione di un tetto massimo ai seggi che possono essere riservati alla nomina pubblica²⁷⁹, tramite la previsione di un principio di proporzionalità tra la quota di partecipazione al capitale sociale detenuta dal socio pubblico ed il numero degli amministratori, sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza, da questo nominabili.

La citata norma è stata oggetto, nel tempo, di diverse letture, non sempre univoche, da parte della dottrina che non ha mancato di sottolineare le proprie posizioni con riferimento sia alla questione

²⁷⁸ Tale posizione di uguaglianza, del resto, è ribadita espressamente al secondo comma dell'articolo 2449 c.c., in cui si afferma testualmente che gli amministratori, i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati in virtù della facoltà riservata allo Stato (comma 1) "hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea". Inoltre, secondo una parte della dottrina l'espressa introduzione di una simile statuizione mirerebbe ad impedire che sul punto possa sopraggiungere la fonte statutaria che, attraverso l'introduzione di una specifica clausola, possa di fatto delineare una diversa durata della carica ovvero della scadenza dei soggetti nominati dallo Stato o dagli enti pubblici. In questo senso, F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, cit., p. 672 ss.; F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, cit., p. 507; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 567 ss. In senso contrario A. PERICU, *Sub artt. 2449-2450*, cit., p. 1313 ss., secondo il quale nel caso in cui l'Amministrazione si trovi in uno stato di inerzia ovvero di ritardo nell'esercizio del potere di sostituzione dei propri esponenti che abbiano cessato la carica, vi sarebbe la possibilità di procedere all'integrazione dei componenti in maniera graduale e non contestuale diversificando, in tal modo, il termine di scadenza dei diversi componenti dell'organo.

²⁷⁹ Tale novità rappresentava, infatti, la risposta proprio alla mancanza di un limite di carattere quantitativo alla facoltà di nomina attribuita al socio pubblico che, come visto in precedenza, contrastava con il principio comunitario di libera circolazione dei capitali, dando origine alla citata sentenza del 6 dicembre 2007. Per un approfondimento in questo senso, cfr. F.G. COCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, p. 256 ss.

relativa al significato ed all'ambito di operatività del principio di proporzionalità, che alla portata soggettiva della stessa, con riferimento al perimetro di applicabilità di tali poteri di nomina anche nell'ambito di modelli societari diversi dalla società per azioni.

Per quanto attiene il parametro della proporzionalità²⁸⁰, una parte della dottrina ha ritenuto che il principio di proporzionalità di cui all'articolo 2449 c.c., dovrebbe essere inteso in senso "assoluto", prevedendo, ai fini della valutazione del rispetto di tale principio, il computo non solo dei membri di nomina diretta, ma anche di quelli eletti dal socio pubblico in ambito assembleare, sì da non cadere nel rischio di determinare un controllo sproporzionato da parte del socio pubblico²⁸¹.

²⁸⁰ L'introduzione di un simile principio ha condotto, *inter alia*, P. BENAZZO, *La governance nelle società a partecipazione pubblica tra diritto comune e diritto speciale*, cit., p. 26, a dedurre che «(...) non sia più consentita al socio pubblico, in via automatica e a prescindere dalla partecipazione detenuta nonché dalla composizione dell'azionariato, la nomina della maggioranza o della totalità dei membri degli organi sociali sulla sola base (e in virtù) di una previsione speciale qual è quella contenuta nell'art. 2449 c.c.: comunque il potere troverebbe (o dovrebbe trovare) un limite massimo nella "proporzionalità"». Per ulteriori riferimenti, cfr. F. GHEZZI, M. VENTURUZZO, cit., p. 697 ss.; C. PECORARO, cit., p. 971 ss.

²⁸¹ Sul punto, cfr. E. PUGLIELLI, A. 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 del Notariato*, 2009, p. 227 ss., secondo cui «Non è ammissibile, pertanto, interpretare il disposto dell'art. 2449 c.c. nel senso che la proporzionalità operi e debba operare solo per i membri di nomina diretta. Al contrario, dovranno essere considerati ai fini della proporzione tutti i membri che il socio pubblico ha diritto di nominare sia in sede assembleare con il ricorso al sistema del voto di lista, sia in sede extra-assembleare con la nomina diretta ex art. 2449 c.c. Si finirebbe altrimenti per ricreare la stessa fattispecie ritenuta in contrasto con il diritto comunitario, già oggetto della sentenza della Corte di Giustizia».

In un senso analogo anche I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, cit., p. 579, secondo il quale la nuova formulazione dell'articolo 2449 c.c. non sarebbe del tutto immune dal pericolo che si possa verificare nuovamente la possibilità di un controllo sproporzionato. L'A., infatti, afferma espressamente che «non si è tenuto conto del fatto che in capo al socio pubblico rimarrebbero anche gli ordinari diritti sociali, che sommati a quelli speciali farebbero venir meno la proporzionalità, che, in ogni caso, è un qualcosa di diverso rispetto al censurabile ingiustificato controllo sproporzionato. Sarebbe quindi stato preferibile, e senz'altro maggiormente

Altra parte della dottrina, al contrario, ha espressamente affermato che questa riguardi in maniera esclusiva i poteri speciali di nomina diretta conferiti al socio pubblico attraverso lo strumento statutario – e, dunque, riferibile solo agli amministratori ovvero sindaci di nomina extra-assembleare – senza prendere in considerazione i diritti amministrativi ordinari che gli sono attribuiti sulla base di norme generali.

Ciò comporterebbe, conseguentemente, per il socio pubblico, la facoltà di intervenire in sede assembleare e partecipare alla votazione anche per la restante parte degli organi amministrativi e di controllo²⁸².

conforme all'orientamento comunitario, prevedere dei presupposti oggettivi in relazione ai quali la facoltà di nomina potrà essere attribuita».

²⁸² È giunto a tale conclusione, C. CAVAZZA, *Prerogative speciali e società partecipate dai pubblici poteri: il nuovo art. 2449*, cit., p. 397 ss., secondo il quale la proporzionalità riguarda esclusivamente i poteri speciali di nomina diretta che sono attribuiti al socio pubblico attraverso lo statuto, dall'articolo 2449 c.c., non rilevando dunque in alcun modo i diritti amministrativi ordinari che dovessero riferirsi all'ente sulla base di norme e strumenti di carattere generale come accade, ad esempio, nel caso di potenziale possesso di strumenti finanziari partecipativi.

Una posizione intermedia, invece, è stata avanzata da F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, cit., p. 697 ss. Secondo gli Autori, infatti, sarebbe possibile avanzare una terza ipotesi di lettura che concepirebbe la possibilità, per l'azionista pubblico, a seguito dell'utilizzo dello strumento della nomina diretta ex art. 2449 c.c., poter partecipare anche alla nomina assembleare degli amministratori rimanenti in due casi: «in primo luogo, se la previsione statutaria prevedesse in favore dello Stato o degli enti pubblici, titolari di una partecipazione di minoranza, un potere di nomina diretta di un numero di amministratori pari o inferiore a quanto sarebbe concesso dal limite della proporzione (...). In secondo luogo, (...) qualora l'amministrazione pubblica detenesse una partecipazione tale da attribuire il controllo». Tali considerazioni, volte a concepire la modifica legislativa quale intervento in senso «minimale», si basano sostanzialmente su due premesse, in virtù delle quali, da un lato, l'art. 2449 c.c. impone il rispetto del principio di proporzionalità con esclusivo riferimento ai poteri speciali di nomina, non essendo possibile, dunque andare al di là del significato della norma. Dall'altro lato, è necessario considerare che la sentenza *Federconsumatori* non riguarda specificamente il «privilegio» in sé della nomina extra-assembleare, quanto piuttosto il caso in cui, attraverso l'attuazione della citata norma civilistica, si possa giungere ad attribuire al socio pubblico un potere di controllo sproporzionato rispetto all'entità della partecipazione.

Dal canto suo, C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, cit., p. 973 ss.,

Una simile ricostruzione parrebbe essere confermata, secondo i menzionati orientamenti, in primo luogo, dal dato letterale della norma dalla cui analisi non sarebbe possibile ricavare, di fatto, alcun riferimento esplicito ad una possibile sospensione ovvero limitazione dei diritti sociali ordinari spettanti al socio pubblico.

In secondo luogo, sotto il profilo esegetico, quantunque si tentasse di forzare la lettera della norma e, in virtù di una “stretta” interpretazione del principio di proporzionalità, s’immaginasse una limitazione dei poteri di nomina del socio pubblico, prescindendo dalle modalità della nomina, si potrebbe giungere ad intendere l’art. 2449 c.c. nel senso di una limitazione del numero complessivo di amministratori e sindaci nominabili dallo Stato e dagli enti pubblici, in misura proporzionale alla quota di partecipazione al capitale sociale.

conclude in un modo sostanzialmente analogo alla precedente posizione, aggiungendo la possibilità che si possano stabilire 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 evitare 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 blindare il controllo della società, precostituendosi un potere egemone di nominare in ogni caso la maggioranza dei componenti dell’organo direttivo o di controllo».

Infine, V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, cit., p. 15, il quale, dopo aver ricostruito le principali posizioni dottrinarie in materia, conclude anch’egli nel senso dell’applicabilità del principio di proporzionalità ai soli poteri speciali attribuiti dalla norma codicistica, aggiungendo come tale interpretazione sarebbe coerente «con la *ratio* ad essa sottesa e con la ragione storica che ha indotto alla sua introduzione», in quanto è convinzione dell’A. che «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 e 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».

Ciò, determinerebbe paradossalmente una discriminazione *a contrario* nei confronti delle amministrazioni pubbliche socie che vedrebbero attribuirsi, in tal modo, i poteri di nomina non sulla base del principio maggioritario, ma di proporzionalità, con conseguente limitazione dei diritti di cui, invece, potrebbero essere titolari qualora si configurassero quali soci privati²⁸³.

²⁸³ Approfondisce tale posizione F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, cit., il quale specifica che una simile interpretazione del principio di proporzionalità condurrebbe, di fatto, «ad un risultato inaccettabile, sul piano del diritto societario, ogni qual volta le amministrazioni pubbliche detenessero il controllo di diritto o di fatto delle società partecipate, sovvertendo il principio maggioritario. Per le società chiuse vige infatti la regola fondamentale per cui il socio che detenga un numero di azioni sufficiente ad ottenere la maggioranza dei consensi in assemblea ha il diritto di nominare *tutti* i componenti degli organi di amministrazione e controllo dell'impresa». In caso contrario, infatti, si determinerebbe un'ingiustificata discriminazione nei confronti del socio pubblico che non vedrebbe attribuirsi gli stessi poteri di quello privato.

Peraltro, sul punto, anche I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, cit., p. 581, ha sottolineato che non è possibile che si possa verificare una discriminazione a danno del socio pubblico in quanto «non pare 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. 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». Ciò, infine, si porrebbe in palese contrasto con la normativa europea che ha oramai affermato da tempo il principio di non discriminazione tra proprietà pubblica e privata espressamente sancito all'art. 345 del Tfeue che lascia, quindi, «del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri».

Dal canto suo, C. PECORARO, cit., p. 952, rileva come la nuova formulazione dell'art. 2449 c.c. che, rispetto al dettato normativo precedente, ha introdotto il principio di proporzionalità considerato quale limite «legale» alla nomina diretta degli amministratori, contribuisce ad un assottigliamento delle disparità fra le due categorie di soci (pubblici e privati) e rappresenta una delle possibili declinazioni del citato principio. L'A. afferma, infatti che «la disposizione normativa avalla concezioni *opposte* del principio di proporzionalità: per un verso, la sua previsione costituisce una garanzia per il soggetto pubblico, tant'è che l'elezione di un numero di consiglieri e sindaci viene sottratta al potere deliberativo dell'assemblea, e in particolare al potere decisionale del gruppo di maggioranza; per altro verso, però, la comparazione del testo del nuovo art. 2449 c.c. alla previgente disciplina pone in rilievo che il principio di proporzionalità, più che costituire una garanzia, va inteso innanzitutto come un "limite" ad un potere speciale che altrimenti sarebbe stato concepito come prerogativa incondizionata, ponendosi nella prospettiva di valorizzare l'interesse del mercato a garantire la parità di trattamento tra soci pubblici e privati».

Con riferimento, poi, alla questione dell'applicabilità della disciplina in parola anche a schemi societari diversi dalla società per azioni, in una prima fase si sono affermate alcune ricostruzioni dottrinali che, prima dell'intervento riformatore del diritto societario ad opera del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6²⁸⁴, non hanno escluso del

²⁸⁴ La Riforma organica del diritto delle società e delle cooperative ha suscitato, da più parti, un vivace dibattito scientifico. Per uno studio dei lavori preparatori cfr. M. VIETTI, F. AULETTA, G. LO CASCIO, U. TOMBARI, A. ZOPPINI (a cura di), *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori. Testi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2006; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2003, il quale pone l'accento sugli obiettivi della riforma; M. VIETTI, *Nuove società per un nuovo mercato: la riforma delle società commerciali*, Roma, 2003; P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in Riv. Soc., 2013, p. 42 ss.

Sui principali contenuti della riforma cfr., *inter alia*, V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 389 ss., a giudizio del quale la riforma del 2003, da un lato, ha concretamente previsto la possibilità di scelta tra i tre sistemi di amministrazione e controllo ma, dall'altro lato, tuttavia, non sembra aver proceduto nell'ampliamento dell'autonomia statutaria dei soci delle s.p.a. rispetto a quella in precedente concessa loro dal Codice civile; M. SANDULLI, V. SANTORO, (a cura di), *La riforma delle società. La società per azioni e la società in accomandita per azioni. Le nuove leggi del diritto e dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2003; V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 540 ss.; E. ALEMAGNA, G. CIURLO, *Amministrazione e controllo delle s.p.a. e delle s.r.l. Le nuove funzioni di amministratori, sindaci e revisori*, Esselibri S.p.A., Napoli, 2005; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2004; D. CORAPI, *I sistemi di amministrazione e controllo nella riforma delle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 195 ss.; M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, p. 232 ss.; D.U. SANTOSUOSSO, *La Riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei dd. Lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, Giuffrè, 2003; M. RESCIGNO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, (a cura di), *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, Milano, Giuffrè, 2004; ASSONIME, *Guida alla riforma delle società di capitali. Principali novità e regole di transizione*, Roma, 2003.

Sui dubbi iniziali, espressi da una parte della dottrina, circa l'estensione della disciplina di cui agli artt. 2449 c.c., così come delineata a seguito della riforma, anche al sistema monistico di amministrazione e controllo cfr. C. CAVAZZA, *Sub artt. 2449-2450*, cit., p. 1708; B. PETRAZZINI, *Sub artt. 2449-2450*, cit., p. 1696 ss.

La questione dei controlli nella nuova disciplina è stata affrontata, *ex multis*, da G. PRESTI, *Di cosa parliamo quando parliamo di controlli?*, in M. BIANCHINI, C. DI NOIA (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010, 141 ss.; R. DANОВI, *Etica e controlli nel nuovo diritto societario*, in R. DANОВI (a cura di), *La riforma del diritto societario. Il parere dei tecnici. Atti del Convegno (Milano, 2 dicembre 2002)*, Milano, Giuffrè, p. 8 ss.; S. FORTUNATO, *I*

tutto la possibilità di un'applicazione in via analogica delle disposizioni relative alle s.p.a. anche alle società a responsabilità limitata²⁸⁵, soprattutto in ambito locale²⁸⁶.

controlli nella riforma delle società, in *Soc.*, 2003, 2, p. 303 ss.; R. RORDORF, *Dell'amministrazione e del controllo. Introduzione*, in G. BONFANTE, D. CORAPI, G. MARZIALE, R. RORDORF, V. SALAFIA (a cura di), *Codice commentato delle nuove società*, Milano, Ipsoa, 2004, p. 347 ss.; R. RORDORF, *La società per azioni dopo la riforma: il sistema dei controlli*, in *Foro it.*, 2003, V, 184 ss.

Per un bilancio, alla luce dei risultati applicativi, anche giurisprudenziali della riforma a dieci anni dalla sua approvazione cfr., *inter alia*, R. SACCHI (coord.), *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di giurisprudenza commerciale*, Atti del Convegno, Milano, 13-14 giugno 2015, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, Giuffrè, 2015; A. GUACCERO, *Il diritto societario a dieci anni dalla riforma tra classico e moderno*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2014, p. 419 ss.; P. MONTALENTI, *Il diritto societario a dieci anni dalla riforma: bilanci, prospettive, proposte di restyling*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 1068 ss.; ID., *La società per azioni a dieci anni dalla riforma: un primo bilancio*, in *Riv. Soc.*, 2014, p. 403 ss.; M. VIETTI (diretto da), P. MARCHETTI, D.U. SANTOSUOSSO (coord. scient.), *La governance nelle società di capitali: a dieci anni dalla riforma*, Milano, Egea, 2013.

Infine, per uno studio sugli effetti indiretti del nuovo quadro normativo sulle società a partecipazione pubblica, v. A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 842 ss.

²⁸⁵ Sul punto, prima della riforma delle società, V. SALAFIA, *Gli amministratori e sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, cit., p. 774 ss.; G. ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. VIII, Padova, 1985, p. 171 ss. Successivamente, O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, CEDAM, 2007, vol. V, p. 26 ss., il quale ha immaginato la possibilità di un'estensione alle s.r.l. delle norme dettate per le s.p.a., anche alla luce del fatto che sarebbe possibile pervenire al medesimo risultato concreto qualora si decidesse di utilizzare lo strumento di cui all'art. 2468, co. 3, c.c., ossia dei diritti particolari che possono essere attribuiti ai soci (v. infra nt.); F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, cit., p. 601 ss.; M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1514, che ha dedicato ampio spazio alla disamina sulla questione più generale dell'ambito soggettivo di applicazione ed estensione dell'art. 2468, co. 3, c.c.; L. DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 475 ss. che ha espressamente affermato che «l'atto costitutivo di una s.r.l. che contenesse speciali previsioni (...) sarebbe da considerare pienamente legittimo», anche nel caso in cui non sia stato espressamente menzionato l'art. 2449 c.c.

²⁸⁶ È lo stesso articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali che, tanto nella versione originaria quanto in quella novellata, di fatto contempla l'utilizzo di tale tipologia societaria per la gestione delle reti e l'erogazione dei servizi pubblici di rilevanza economica. Sul punto, cfr. V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, cit., p. 98, nt. 220, che aggiunge come sia possibile

Tuttavia, successivamente, non è mancato chi, nell'analizzare la fattispecie abbia escluso che, eccetto alcuni casi²⁸⁷, una simile estensione potesse avere luogo²⁸⁸, in considerazione non solo della

riscontrare persino in alcune leggi regionali, un espresso richiamo al previgente art. 2458 c.c., nell'ambito di una partecipazione regionale ad una società a responsabilità limitata.

²⁸⁷ In tal senso si esprime C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., p. 11 ss., che ha chiarito come, nella fase pre-riforma societaria, aveva iniziato a prendere piede l'idea di un possibile utilizzo del modello della s.r.l. resa difficoltosa, tuttavia, da alcuni ostacoli normativi, soprattutto con riferimento ai servizi pubblici locali che, in più disposizioni, menzionava espressamente le società per azioni. L'A. prosegue, poi, dando conto del fatto che il superamento, intervenuto successivamente, dei citati ostacoli normativi ma, soprattutto, la riforma delle società «ci ha consegnato una s.r.l. che, ancora più di prima, pare presentarsi quale forma organizzativa appropriata per le società pubbliche o almeno per alcune di esse. Com'è del resto intuitivo, infatti, l'elevatissimo grado di autonomia statutaria riconosciuto alla s.r.l. le conferisce una maggiore flessibilità e, quindi, una maggiore adattabilità alle esigenze del caso concreto, incluse quelle proprie delle società pubbliche». Si veda anche E. MELE, *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2003.

²⁸⁸ Prima della riforma societaria, hanno ritenuto tale normativa non applicabile neppure per analogia al modello societario della responsabilità limitata, inter alia, N. ROCCO DI TORREPADULA, *Aspetti di diritto societario delle società con partecipazione comunale*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 132 ss.; O. CAGNASSO, M. IRRERA, *Società con partecipazione pubblica – Società in accomandita per azioni – Società a responsabilità limitata – Trasformazione e fusione di società – Società estere*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, II ed., Torino, 1990, p. 23 ss.; G.C.M. RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, in A. CICU, F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXX, tomo I, Milano, 1982, p. 63 ss.; M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica. Comuni, province e regioni*, Maggioli, Rimini, 1989, p. 74 ss.

In senso analogo, successivamente al d. lgs. n. 6 del 2003, A. PERICU, *Sub artt. 2449-2450*, cit., p. 1305; R. RORDORF, *Le società «pubbliche» nel codice civile*, in *Società*, 4, 2005, p. 425 ss.; O. CAGNASSO, *La disciplina codicistica delle società in mano pubblica*, in *Nuovo dir. soc.*, 2011, p. 11 ss.; M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, cit., p. 627 ss.; G. CAPO, *Il governo dell'impresa e la nuova era della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 506; L. 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, p. 465; I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, cit., p. 583; ID., *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Commentario, Bologna, 2009, p. 874; C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.*, cit., p. 984 ss.; F. SANTONASTASO, *sub art. 2449 c.c.*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, in D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle società – Dell'azienda – Della concorrenza*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2015, p. 1548.

natura eccezionale della normativa contenuta nel citato articolo²⁸⁹ ma, soprattutto, del crescente divario strutturale intervenuto tra s.p.a. ed s.r.l. che non avrebbe fatto altro che aumentare le distanze tra i due modelli societari²⁹⁰.

Rimane il fatto che, accanto alle sopracitate posizioni, anche nel caso in cui si opti per la non estensione della disciplina dei poteri di nomina speciali dettati per le s.p.a. alle s.r.l., parte della dottrina ha sottolineato che non si può fare a meno di considerare la possibilità che lo stesso codice civile offre ai soci pubblici (e privati) – attraverso le previsioni di cui al novellato articolo 2468, comma 3 – di poter essere destinatari di prerogative particolari con l’attribuzione di “diritti particolari” di nomina²⁹¹.

Volgendo lo sguardo, infine, alle conseguenze di ordine pratico che possono derivare dall’applicazione della normativa in parola, merita di essere segnalata la questione della modifica della partecipazione azionaria pubblica in costanza di nomina, rispetto alla quale parte della dottrina ritiene che, qualora l’ente pubblico nomini l’amministratore ma, successivamente, esso subisca una diminuzione della propria quota, non venga meno il rapporto nel frattempo instaurato tra l’amministratore e la società.

In tale circostanza, infatti, sarebbe l’ente pubblico ad aver perso la titolarità del potere di nomina, perlomeno nella medesima

²⁸⁹ Lo stesso V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, cit., p. 99 ricorda come l’art. 2449 c.c., che indubbiamente contiene una previsione di carattere derogatorio rispetto al generale principio, in materia di società per azioni, della competenza assembleare per la nomina alle cariche sociali, non possa subire un’estensione automatica in virtù di quanto sancito all’art. 14 disp. prel. c.c.

²⁹⁰ Cfr. dottrina in nt. 288, seconda parte.

²⁹¹ Sono del medesimo avviso, riprendendo la dottrina in precedenza citata, *ex multis*, R. RODORF, *Le società «pubbliche»*, cit., p. 425; M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata* cit., p. 1514; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., p. 2 ss.; M. COSSU, *L’amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, cit. p. 649 ss.

percentuale, e ciò non dovrebbe avere conseguenze sulla prosecuzione dell'incarico dell'amministratore, il cui atto di nomina si è perfezionato, di fatto, nel momento in cui l'ente l'abbia adottato, ed il soggetto scelto abbia manifestato la propria accettazione²⁹².

2.1.1 I profili oggettivi e soggettivi della norma.

L'analisi e la lettura dell'articolo 2449 c.c. non possono prescindere da alcune brevi considerazioni circa l'insieme dei profili oggettivi e soggettivi che la caratterizzano e che da questa possono essere desunti.

Nel paragrafo precedente si è fatto già riferimento alla questione soggettiva legata alla possibile applicazione della disciplina speciale in materia di nomina diretta anche a schemi societari diversi, attesa la sua collocazione all'interno del solo Capo del Codice Civile dedicato alla società per azioni²⁹³, evidenziando come la dottrina si sia divisa e non sia emersa una posizione pacifica sul punto.

²⁹² In tal senso, cfr. V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, cit., p. 17 ss. Maggiormente articolata risulta la posizione sul punto espressa da C. PECORARO, cit., p. 972 ss., il quale propone una distinzione tra la questione del passaggio dal vecchio al nuovo testo dell'art. 2449 c.c. e quella che deriva da un'ipotesi di riduzione della partecipazione azionaria, con un conseguente mutamento del principio di proporzionalità. Secondo l'Autore, nel primo caso, si sarebbe in presenza di un'ipotesi di «decadenza di fonte legale», in quanto sarebbe ravvisabile un'irregolarità sopravvenuta a seguito dell'incompatibilità della permanenza alla carica dell'organo sociale con il rinnovato regime normativo. Nel secondo caso, al contrario, l'irregolarità sopravvenuta scaturirebbe da una circostanza ordinaria nel funzionamento della società, ossia la circolazione delle partecipazioni, rispetto alla quale l'Autore auspica che si possa «indagare sull'opportunità di *graduare* gli effetti dell'irregolare composizione dell'organo direttivo o di controllo distinguendo a seconda che l'ente pubblico abbia ceduto l'intera partecipazione azionaria o solo una parte delle azioni», nella convinzione che sia imprescindibile bilanciare le varie soluzioni con l'esigenza di preservare la stabilità degli organi sociali ed evitare di compromettere il corretto svolgimento dell'azione societaria.

²⁹³ Il riferimento è, quindi, al Capo V – «*Della società per azioni*» – contenuto all'interno del Titolo V, Libro V. La disciplina in parola non è richiamata,

Sia consentito solo accennare ad un ulteriore elemento riguardante la natura del soggetto protagonista e destinatario del potere speciale di nomina diretta. Nello specifico, si è posta la questione sulla possibilità di attribuirlo non solo ad un ente pubblico, ma anche ad un'amministrazione autonoma, ad organo pubblico ovvero ad un'azienda speciale, in ragione di una prassi sempre più frequente, registrata da parte della dottrina che, sul punto, ha fornito una risposta affermativa²⁹⁴.

Con riferimento, invece, all'ambito oggettivo è necessario porre l'accento, in prima battuta, sull'aspetto peculiare della fattispecie contenuta all'interno della norma, ossia la titolarità in capo all'ente pubblico del potere speciale di nomina diretta di uno o più amministratori, che si differenzia nettamente dal meccanismo ordinario di nomina disciplinato dall'art. 2368, co. 1, che attribuisce alla fonte statutaria il potere di prevedere una normativa particolare sul punto.

Sotto tale profilo, dunque, «la nomina pubblica alle cariche sociali si pone non già quale deroga al principio maggioritario (...) bensì quale eccezione al principio stesso della competenza

invece, né al successivo Capo VII, avente ad oggetto le società a responsabilità limitata, né ai precedenti Capi II, III, e IV, che riguardano le società di persone.

²⁹⁴ Così, V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, cit., p. 89 ss., il quale argomenta nel senso di ritenere attribuibili tali poteri sia a figure soggettive qualificabili come *organi-uffici* (di carattere sia monocratico che collegiale) che ad *amministrazioni autonome*, mentre «è stato negato che si possa pervenire ad analoga soluzione affermativa con riferimento a soggetti che, pur essendo dotati a vario titolo di una legittimazione ad agire nell'esercizio di attività in un certo senso ausiliarie e sostitutive di quelle pubbliche, siano completamente estranei all'organizzazione burocratica dello Stato o di altro ente pubblico». Per ulteriori specificazioni ed approfondimenti, comprensivo di enunciazioni di casi specifici, nonché di indagini su esperienze applicative delle norme, si rimanda anche a V. DONATIVI, *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica «diretta» alle cariche sociali*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1258 ss.; 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, p. 309 ss.

assembleare»²⁹⁵ che, tuttavia, «resta sempre una potestà di diritto privato»²⁹⁶ e dalla quale non possono che derivare conseguenze di natura privatistica²⁹⁷.

In secondo luogo, si può indubbiamente affermare che ad essere oggetto di tali poteri non è la nomina di “rappresentanti” dello Stato ovvero di enti pubblici ma di soggetti, quali amministratori, sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza, che assumono una connotazione diversa ed ultronea rispetto ai primi²⁹⁸.

Inoltre, parte della dottrina ha ritenuto plausibile un’interpretazione “estensiva” della norma ammettendo la possibilità,

²⁹⁵ Così V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 578 ss.

²⁹⁶ Sul punto, P. PETTITI, *Nomina, revoca e «prorogatio» degli amministratori pubblici*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2015, p. 455 ss., ribadisce espressamente il fatto che la norma di cui all’articolo 2449 c.c., avendo previsto una chiara equiparazione dei diritti e degli obblighi degli amministratori, a prescindere dalla soggetto dal quale promana la relativa nomina, contiene in sé una chiara prevalenza del rapporto privatistico e della relazione amministratore-società-terzi, su quella amministratore-socio pubblico. L’A. prosegue, inoltre, affermando che «La facoltà attribuita al socio pubblico è sostitutiva di una generale competenza assembleare e trova giustificazione nella particolarità del socio, ma resta una potestà di diritto privato. Ciò che rileva non è la fase della individuazione, che resta interna al titolare della riserva, ma lo statuto che tale riserva contiene, fonte regolatrice del rapporto e la nomina concreta in seno alla società, cui derivano conseguenze privatistiche. È lo statuto, atto fondamentale della società di natura negoziale, ai sensi dell’art. 2328 cod. civ., che attribuisce la facoltà al socio pubblico».

²⁹⁷ Per maggiori approfondimenti, V. SALAFIA, *Gli amministratori e sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, cit., p. 774 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell’amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458*, in *Foro amm.*, II, 1984, p. 571 ss.

²⁹⁸ Cfr. V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, cit., p. 72 ss., secondo il quale si è registrato uno scarso interesse, da parte della dottrina italiana, sulla questione «volta a determinare se membro dell’organo amministrativo o di controllo, in ipotesi della nomina pubblica diretta, debba reputarsi la persona fisica investita della nomina o non, piuttosto, lo stesso ente pubblico, del quale il soggetto nominato sarebbe un mero “rappresentante”», sostanzialmente in ragione dell’inequivocabile significato della norma di cui agli articoli 2449 e 2542, comma 5, c.c. Del resto, già in tempi precedenti aveva avuto modo di chiarire il punto G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 44 ss., secondo cui la normativa italiana «ha per lo meno il merito di chiarire senza la possibilità di equivoci che la qualifica di amministratori spetta alle persone nominate dallo Stato o da enti pubblici a norma degli artt. 2458, 1° comma e 2459, e non ai soggetti che hanno proceduto alla nomina». Nel medesimo senso ID., *Amministratori e sindaci di società cooperative nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Foro it.*, 1959, IV, p. 716 ss.

seppur con alcune voci discordi²⁹⁹, che i poteri speciali di nomina pubblica diretta, possano investire la maggioranza³⁰⁰ o, addirittura, la totalità³⁰¹ dei membri dell'organo amministrativo, del collegio sindacale ovvero di sorveglianza, fermo restando il rispetto del principio di proporzionalità e possono, altresì, riguardare gli organi sociali di amministrazione e controllo³⁰².

²⁹⁹ In questo senso v. G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 43 ss., secondo il quale non sarebbe possibile configurare una facoltà di nomina di tutti gli amministratori e sindaci, in quanto l'esistenza stessa dell'organo amministrativo non può essere interamente rimessa alla diligenza dello Stato, ovvero dell'ente pubblico socio, nell'esercitare tale facoltà attribuita.

Dal canto suo, G. CAVALLI, *I sindaci*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, cit., p. 10 ss., ritiene che la nomina della maggioranza dei sindaci sarebbe comunque di competenza dell'assemblea, in quanto la norma speciale dovrebbe essere interpretata restrittivamente e tenendo conto del rispetto della disciplina di diritto comune in materia di nomina delle cariche sociali.

Anche M.T. CIRENEI, *La società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., p. 144, non manca di sottolineare come nelle ipotesi di nomina pubblica integrale degli organi sociali, questa sia sempre preventivamente legittimata da una norma di carattere speciale, con ciò potendosi concludere nel senso dell'applicazione di un diverso regime (da quello di diritto comune) per tali società.

³⁰⁰ Così si esprimono G. FERRI, *Le società*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, X, Torino 1989, p. 404 ss.; M.T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., p. 941 ss.;

³⁰¹ Cfr. G. CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, IV, Torino, 1991, p. 8 ss.; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 2003, XXIX, p. 490 ss.; M. BERTUZZI, G. BOZZA, G. SCIUMBATA, *Patrimoni destinati, partecipazioni statali, S.A.A.*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, 2003, sub artt. 2449-2450, p. 223 ss.; E. FAZZUTTI, *La nomina dei sindaci nelle società «quote» (e non)*, in *Giur. comm.*, I, 2000, p. 39 ss.; G. BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, Cedam, 1998, p. 54 ss.; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Quaderni-Giorn. dir. amm.*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 130 ss.; M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in F. GALGANO (diretto da), *Le società*, Torino, Utet, 2002, p. 18 ss.; F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, cit., pp. 677-678, spec. nt. 27, secondo cui la bontà di una simile ricostruzione trova ulteriore conferma nel fatto che «In giurisprudenza, è rimasta isolata l'opinione di Trib. Cassino, 12 aprile 1991, in *Giur merito*, 1992, 551, ove si ritiene che, in caso di nomina riservata a enti pubblici, la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale debba rimanere competenza dell'assemblea, sulla scorta della presunta portata generale dell'ultimo comma dell'art. 2535 c.c. in tema di cooperative».

³⁰² V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, cit., p. 83 ss. L'A. specifica che, sia che si adotti il sistema di

2.2 Il dibattito sulla natura giuridica dell'atto di nomina (e di revoca) pubblica.

Una delle questioni di maggior rilievo che emergono nell'ambito dell'analisi delle disposizioni contenute all'art. 2449 c.c. è rappresentata dalla discussione relativa alla natura giuridica dell'atto di nomina (e di revoca)³⁰³ del socio pubblico.

Rispetto a tale questione, infatti, si è sviluppato un rilevante dibattito dottrinario attorno al significato ed alla portata della norma stessa, dalla quale scaturiscono importanti conseguenze non solo in termini di identificazione dei caratteri dell'atto e del relativo rapporto

amministrazione e controllo di tipo dualistico che monistico, pur in assenza di uno specifico riferimento all'interno dell'art. 2449 c.c., è possibile affermare, da un lato, che non vi sono dubbi per i componenti del consiglio di gestione, in quanto il richiamo è contenuto nell'art. 2409-*novies*, c. 3, c.c., che attribuisce al consiglio di sorveglianza la competenza sulla nomina dei consiglieri di gestione «salvo quanto disposto dagli artt. 2351, 2449 e 2450».

Dall'altro lato, si deve considerare pacifica l'applicabilità della norma in commento anche ai componenti del consiglio di amministrazione e del comitato di controllo del sistema monistico, rispetto ai primi potendosi sicuramente richiamare quanto disposto dall'art. 223-*septies*, comma 1, disp. att. trans. c.c., ai sensi del quale «Se non diversamente disposto, le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per le società che abbiano adottato il sistema dualistico, e ai componenti del consiglio di amministrazione e ai componenti del comitato per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monistico». Nel secondo caso, tale eventualità è stata sostenuta anche da altra dottrina: cfr., nello specifico, C. CAVAZZA, *Golden share, giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell'art. 2450 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 5, p. 1707 ss.; ID, *Prerogative speciali e società partecipate dai pubblici poteri: il nuovo art. 2449 c.c.*, cit., p. 383 ss.; B. PETRAZZINI, *Sub artt. 2449-2450*, cit., p. 1696 ss.; I. DEMURO, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, cit., p. 887 ss.; L. SALERNO, *La nomina di amministratori e sindaci da parte dello Stato e degli enti pubblici: l'art. 2449 c.c. ai tempi della riforma*, cit., p. 467; C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, cit., p. 960 ss.

³⁰³ Sul quale si avrà modo di tornare diffusamente più avanti in questo capitolo, §4.

tra amministratori ed azionista pubblico ma, soprattutto, di identificazione della relativa competenza giurisdizionale.

Inizialmente, è emerso un primo indirizzo giurisprudenziale³⁰⁴ del tutto favorevole ad una sua collocazione all'interno della più ampia categoria degli atti amministrativi, in ragione principalmente della natura del soggetto dal quale l'atto promana e che escluderebbe, conseguentemente, la sindacabilità dello stesso da parte del giudice ordinario.

A questo si sono affiancate posizioni dottrinarie che, sulla medesima scia, avrebbero confermato la natura pubblicistica dell'atto in questione, in ragione del fatto che l'attribuzione di tale potere al socio pubblico avverrebbe «non nella sua qualità di socio, agente *iure privato*, ma nella sua qualità di ente pubblico autoritativo»³⁰⁵.

³⁰⁴ In questo senso cfr. App. Milano, 18 maggio 2001, in *Giur. it.*, 2002, p. 123 ss., con nota di S. AMBROSINI, *Nomina pubblica delle cariche sociali e nullità della delibera assembleare per carenza di potere*. Nella citata sentenza, il giudice milanese aveva affermato che «la nomina e la revoca di amministratori e sindaci riservate dalla legge o dall'atto costitutivo allo Stato o ad un ente pubblico sono atti amministrativi e, come tali, non possono essere sindacati dall'autorità giudiziaria ordinaria ma solo valutati e conosciuti per gli effetti civilistici che producono».

Si veda anche la più risalente Cass., sent. 15 luglio 1982, n. 4139, in *Giur. comm.*, 1983, IV, p. 509 ss., con nota di F. BONELLI, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, il quale ha chiarito come «circa la contestata natura di atto amministrativo del provvedimento (...) di revoca (come di quello di nomina) non è dubbio che esso era tale a causa della sua provenienza da un ente pubblico nell'esercizio di un suo potere previsto e regolato per il perseguimento dei fini pubblici attribuitigli». Si tratta di una sentenza commentata anche da M.T. CIRENEI, *Osservazioni in tema di revoca dell'amministratore nominato da ente pubblico*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 1983, 2, p. 43 ss.

³⁰⁵ Si tratta della tesi cd. «funzionalista». Per uno studio circa la natura imperativa degli atti di nomina e revoca pubblica diretta, seppur con diverse prospettazioni, cfr., *inter alia*, G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 42 ss.; P. ABBADESSA, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi e ipotesi)*, in *Impresa amb. pubbl. amm.*, 1975, I, p. 369 ss.; F. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato (Osservazioni sugli artt. 2458 ss. del codice civile)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 258 ss., il quale afferma che, di fatto, «tale potere rappresenta una presenza costante nell'esercizio delle funzioni gestionali che non si estrinseca solamente in occasione della nomina, ed eventualmente della revoca, ma diventa il punto di riferimento per orientare l'operato degli amministratori che, dunque, rappresentano il volano per l'immissione dell'interesse pubblico all'interno della dimensione societaria»; ID., *Gli enti di*

Da qui discenderebbe, da un lato, la conseguenza che l'atto di nomina e di revoca può essere considerato alla stregua di un vero e proprio provvedimento amministrativo – in quanto alla pubblica amministrazione, in ragione degli interessi di cui è portatrice, vedrebbe conferirsi «*ex lege*» un potere «nella sua veste autoritativa» – e, dall'altro lato, la configurazione di una situazione di dipendenza “speciale” degli amministratori nei confronti del socio pubblico, in virtù dell'esistenza di rilevanti interessi generali sottostanti all'attività imprenditoriale³⁰⁶.

gestione. Struttura – funzioni – limiti, Milano, Giuffrè, 1967, p. 59 ss.; ID., *Gli interventi pubblici in campo economico*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, IV ed., vol. II, Bologna, 2005, p. 1049 ss.; G. MARTINI, *Aspetti pubblicistici della nomina extra-assembleare di amministratori e sindaci nelle imprese cooperative*, in *Giur. it.*, 1968, IV, p. 275 ss.; G. VERUCCI, *La revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, p. 35 ss.; D. CIAVARELLA, *Revoca e responsabilità degli amministratori di società nominati dallo Stato*, in *Nuovo dir.*, 1975, p. 431 ss.

In aggiunta, tale impostazione era stata condivisa anche dalla maggioranza della dottrina commercialistica, per la quale si rimanda, *ex multis*, ad E. BOCCHINI, *Rai. La «società per azioni»*, Napoli, 1983, p. 188 ss.; F. BONELLI, *La revoca degli amministratori*, cit., p. 511 ss.; G. CAVALLI, *I sindaci*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Vol. 5, *Controlli – Obbligazioni*, Torino, Utet, 1988, p. 9 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *La revoca dell'amministratore unico nominato dall'ente di gestione in una società da esso dominata*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2, 1982, p. 1396 ss.; O. CAGNASSO, M. IRRERA, *Società con partecipazione pubblica*, cit., p. 24 ss.

Una disamina, infine, seppur sintetica, sul dibattito che ha animato la dottrina circa l'esatta portata dei poteri conferiti all'ente pubblico partecipante dall'articolo 2449 c.c., può essere rintracciata in M.C. CORRADI, *La proporzionalità tra partecipazione e “potere di controllo” nell'art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 5, 2008, p. 925 ss.

³⁰⁶ Si esprime in tali termini F. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore*, cit., p. 265 ss., specificando che, in tale ottica, l'atto di nomina darebbe vita ad un duplice rapporto di carattere privatistico, tra società ed amministratore, e pubblicistico, intercorrente quest'ultimo tra l'ente e l'amministratore nominato. Alla luce di tale ricostruzione l'ente pubblico, nell'esercizio della propria potestà pubblica, ben potrebbe impartire indirizzi vincolanti all'amministratore, sul quale graverebbe il conseguente onere di esecuzione degli stessi potendosi configurare, in caso contrario, la sanzione della revoca, in quanto ascritta in via esclusiva al socio pubblico nominante. Nello stesso senso, cfr. F. BONELLI, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, cit., p. 511 ss., S. AMBROSINI, cit., p. 125 ss.

Nel dibattito non è mancato chi, pur privilegiando l'impostazione pubblicistica, ha posto in evidenza alcuni aspetti problematici collegati ad una simile

Per di più, tale dipendenza si svilupperebbe allo scopo di alimentare un flusso informativo sull'attività dell'organo amministrativo dell'ente societario e darebbe vita ad un rapporto – tra il socio pubblico ed amministratore nominato – essenzialmente pubblicistico e regolato sulla base dei principi che presiedono all'attività amministrativa di interesse generale³⁰⁷.

Una simile impostazione, così come poc'anzi illustrata, ha condotto, infine, ad escludere la sussistenza di una competenza, da parte del giudice ordinario, in ordine alla sindacabilità della giusta causa di revoca ex articolo 2383, c. 3, c.c., in quanto tale decisione di revoca troverebbe il proprio fondamento non negli scopi di carattere privatistico perseguiti dalla società, bensì negli interessi pubblici di cui sarebbe portatore il socio pubblico, diversi e superiori rispetto ai primi³⁰⁸.

Successivamente, il carattere pubblicistico dell'atto di nomina è stato sottoposto a diverse critiche da una parte della dottrina³⁰⁹,

impostazione della questione. *Inter alia*, P. ABBADESSA, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi e ipotesi)*, in *Amb. impr. pubbl. amm.*, 1975, p. 380 ss., evidenziando che «se questo fosse il solo modulo organizzativo dell'intervento pubblico non soltanto si renderebbe assai problematica la fruizione della disciplina in esame da parte degli enti economici sprovvisti di poteri autarchici, ma si finirebbe altresì per imporre uno schema destinato a rivelarsi in qualche caso sovrabbondante rispetto allo scopo perseguito».

³⁰⁷ In questo senso S. DEL GATTO, *La natura degli atti di nomina degli amministratori di società partecipate dallo Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2013, p. 613 ss. L'Autrice, nel commentare la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 11 gennaio 2013, n. 122, richiama il dibattito sopracitato e, con specifico riferimento alla tesi "pubblicistica", F. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, cit., p. 260 ss.; F. BONELLI, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, cit., p. 515 ss.

³⁰⁸ Cfr. Cass. sentenza 15 luglio 1982, n. 4139 cit. In dottrina, *ex multis*, A. BLANDINI, *La nomina e la cessazione dell'organo amministrativo di società pubblica*, in M. CAMPOBASSO, V. CARIELLO, V. DI CATALDO, F. GUERRERA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, Banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, II, Torino, Utet, 2014, p. 927 ss., il quale pone l'accento sull'assenza di pretese risarcitorie in favore dell'amministratore revocato dal socio pubblico nominante.

³⁰⁹ Tra i fautori della tesi cd. «privatistica» possono annoverarsi, per citare qualche esempio, F. GALGANO, *La società per azioni*, in F. GALGANO (diretto da),

supportata anche in questo caso da alcune pronunce giurisprudenziali³¹⁰, la quale ha sottolineato come il perseguimento dell'interesse pubblico, in realtà, non sarebbe sufficiente a far propendere per la natura provvedimentoale dell'atto, «essendo ormai stata compiutamente teorizzata dalla dottrina, accanto alla attività amministrativa di tipo tradizionale, che si svolge nelle forme del diritto pubblico, una attività che si svolge mediante istituti e forme elaborate dal diritto privato e che è pur sempre rivolta alla cura di interessi della collettività»³¹¹.

È stata messa in discussione, inoltre, la questione per cui la nomina, considerata quale esercizio di un potere autoritativo,

Trattato di diritto commerciale e di diritto dell'economia, VII, II ed., Padova, Cedam, 1988, p. 453 ss.; V. SALAFIA, cit., p. 773 ss.; A. ROSSI, *Società con partecipazione pubblica*, cit., p. 3 ss.

³¹⁰ Si tratta di giurisprudenza sia ordinaria che amministrativa: cfr., *inter alia*, Tar Molise 5 giugno 2008 n. 555, in www.giustizia.amministrativa.it; Tar Catania, Sez. III, 25 gennaio 2010 n. 89, in *Foro Amm. TAR*, 2010, p. 309 ss.; Cons. St., Sez. V, 11 febbraio 2003 n. 708, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2007, p. 582 ss. e 13 giugno 2003 n. 3346, *ivi* 2003, p. 3020 ss.; Tar Veneto, sez. I, 4 aprile 2002, n. 1234. Prescindendo dalla fattispecie che ha dato, di volta in volta, origine alla pronuncia, è importante richiamare quanto sottolineato, a vario titolo, da tali sentenze che hanno affermato che nei casi di nomina e revoca di amministratori ovvero dei sindaci, il soggetto pubblico agisce nella veste di socio della S.p.A. e non di autorità, attivando un potere che, senza la speciale legittimazione apprestata dallo statuto o dalla legge, sarebbe comunque spettato all'assemblea dei soci, secondo l'ordinaria disciplina delle società per azioni. Da qui, la conseguente devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario.

Come si avrà modo di specificare nel prosieguo della trattazione, una svolta decisiva ai fini della qualificazione privatistica dell'atto di nomina e di revoca dell'amministratore si avrà a partire dalla sentenza della Cassazione, Sez. Unite, 15 aprile 2005, n. 7799, ampiamente richiamata dalla successiva sentenza della Cassazione, Sez. Unite, 23 gennaio 2015, n. 1237.

Infine, per un quadro più completo della questione è bene aggiungere che, nel caso in cui la facoltà di nomina degli amministratori ovvero dei sindaci sia attribuita dalla legge in luogo dello statuto, si è ritenuto sussistente l'esercizio di un potere di carattere pubblicistico, che trova la propria fonte nelle regole che presiedono alla disciplina degli atti amministrativi, ciò comportando la devoluzione al giudice amministrativo della giurisdizione sulle relative controversie. In questo senso, Tar Sardegna, 21 novembre 2015, in *Riv. giur. sarda*, 2006, p. 787 ss., con nota di A. PERICU, *La giurisdizione sulle controversie in materia di nomina o revoca di amministratori o sindaci di società ex artt. 2449 e 2550, cod. civ. Brevi note*.

³¹¹ In questo senso, A. SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458*, in *Foro amm.*, 1984, p. 565 ss.

«postulerebbe necessariamente la diretta derivazione da una disposizione legislativa, mentre la facoltà di nomina degli amministratori non risulta costituita in capo agli enti pubblici direttamente dall'art. 2449 c.c. (...) ma dalla fonte negoziale»³¹².

Di qui, la negazione dell'esistenza di un carattere di dipendenza tra il soggetto pubblico nominante e l'amministratore nominato, e la qualificazione della nomina diretta in termini di «diritto potestativo», ossia di attribuzione statutaria di un potere privato, sottratto all'ordinario circuito della competenza assembleare e spettante al soggetto pubblico in quanto socio³¹³.

Al dibattito dottrinale appena delineato si è affiancata l'affermazione, come anticipato in precedenza, di un indirizzo giurisprudenziale che a partire, principalmente, dal 2005³¹⁴ ma,

³¹² Si esprime in questi termini R. URSI, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 171 ss.; V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, cit., p. 123 ss. che, proprio con riferimento all'ipotesi di nomina pubblica di fonte statutaria, afferma come «non può non apparire una forzatura voler individuare alcunché di imperativo in un meccanismo che, trovando invece, la propria origine in una clausola statutaria frutto della libera manifestazione dell'autonomia privata, si presenta *ictu oculi* come il volontario e deliberato conferimento di una facoltà». Si rimanda al medesimo contributo testé citato per gli ulteriori rilievi critici in ordine alla qualificazione dell'atto di nomina come provvedimento amministrativo.

³¹³ A. SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458*, cit., p. 569 ss. e, da ultimo, G. D'ATTORRE, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione*, in *Società*, 2005, p. 876 ss.

³¹⁴ Il riferimento è a Cass., sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Foro it.*, 2005, p. 2726 ss., con nota di R. URSI, *L'ultima frontiera della privatizzazione: la giurisdizione del giudice ordinario in materia di revoca degli amministratori di nomina pubblica*. Nella citata sentenza, i giudici hanno avuto modo di chiarire che «La società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, etc.) ne posseggano le azioni, in tutto o in parte (...): il rapporto tra la società e l'ente loca e 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 o discrezionali, (...) avvalendosi (...) dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società. Ne consegue che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia che ha ad oggetto la domanda di annullamento di provvedimenti comunali di non approvazione del bilancio e conseguente revoca degli amministratori di società per

soprattutto, nel 2015³¹⁵ ha chiaramente ribadito che la posizione soggettiva di cui risulta titolare l'amministratore di nomina pubblica è

azioni di cui il Comune sia socio unico, costituendo gli atti impugnati espressione non di potestà amministrativa ma dei poteri conferiti al Comune dagli artt. 2383, 2458, 2459 c.c., nella specie trasfusi nello statuto della s.p.a., cosicché la posizione soggettiva degli amministratori revocati (...) è configurabile in termini di diritto soggettivo ed è quindi tutelabile dinanzi al giudice ordinario”.

³¹⁵ Cass., sez. un., 23 gennaio 2015, n. 1237, in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 1015 ss., con nota di K. MARTUCCI, *Revoca degli amministratori nominati dall'ente pubblico azionista e giurisdizione*. Nel caso di specie, avente ad oggetto la richiesta di annullamento del decreto di revoca e la reintegrazione degli amministratori di una società a partecipazione pubblica operante nel settore del trasporto pubblico automobilistico, i giudici affrontano, in primo luogo, la questione riguardante la natura giuridica della società per azioni a partecipazione pubblica, inserendosi nel solco di un orientamento consolidato delle stesse sezioni unite, confermato, da ultimo, nella sentenza n. 7799 del 2005, e ribadendo, dunque, la natura privatistica di tale società.

In secondo luogo, la Suprema Corte, nel fornire un inquadramento del potere di nomina e revoca degli amministratori in capo al socio pubblico, sposa l'orientamento espresso già in precedenza con la citata sentenza del 2005, secondo cui la facoltà di nomina di amministratori sarebbe sostitutiva della competenza generale dell'assemblea ordinaria, giustificata in ragione della presenza della particolare tipologia di soci. Inoltre, la fonte del citato potere è rintracciabile nello statuto sociale, ossia in un atto di natura negoziale, che conferisce all'ente pubblico la possibilità di esercitarla in misura proporzionale alla propria partecipazione sociale. Da ciò deriva che la revoca degli amministratori «deve essere qualificata estrinsecazione non di un potere pubblico, ma essenzialmente di una potestà di diritto privato, in quanto espressiva di una potestà attinente ad una situazione giuridica societaria, restando esclusa qualsiasi sua valenza amministrativa. (...). Dalla configurazione dell'atto di revoca come espressione di una facoltà inerente la qualità di socio e, quindi, come manifestazione di una volontà essenzialmente privatistica, deriva la esclusione della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo».

Tuttavia, l'aspetto peculiare della sentenza in oggetto è rappresentato dal riferimento ulteriore addotto dalla Suprema Corte, a sostegno dell'inquadramento privatistico delle società per azioni a partecipazione pubblica, la cui disciplina sia pressoché esclusivamente contenuta nello statuto sociale. Rispetto a tale questione, infatti, i giudici hanno chiarito che «(...) qualsiasi dubbio circa l'attribuzione della giurisdizione a conoscere le relative controversie al Giudice ordinario o al Giudice amministrativo, deve essere oggi risolto alla luce dell'art. 4, comma 13, quarto periodo, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, secondo cui “Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica di 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, nonostante sia stata introdotta in uno specifico provvedimento legislativo, possiede una natura chiaramente interpretativa; si tratterebbe, in altre parole, di una “clausola normativa ermeneutica generale” imponendo all'interprete, in caso di dubbi, di optare per l'applicazione della disciplina di diritto comune. Su quest'ultimo punto, inter alia, F. GOISIS, *Il regime delle società in mano pubblica verso una più sicura riconduzione*

da considerarsi non come interesse legittimo ma come diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione ordinaria nel caso di impugnazione della deliberazione di nomina³¹⁶.

Tuttavia, anche la tesi basata sulla natura privatistica dell'atto di nomina e di revoca dell'amministratore è stata oggetto di alcune critiche³¹⁷ che, in sostanza, hanno ravvisato nelle diverse ricostruzioni

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, 2014.

Infine, come si avrà modo di specificare infra, nonostante la norma sopracitata sia stata abrogata ad opera dell'intervenuto Testo Unico – all'art. 28, comma 1, lett. q), d. lgs. n. 175 – il principio da questa espresso è stato trasfuso all'art. 1, comma 3, del decreto, laddove si afferma che «si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato».

³¹⁶ Il principio espresso nei termini sopra menzionati è contenuto altresì nella motivazione di una recentissima ordinanza della Corte di Cassazione: si tratta di Cass. civ., sez. un., ord. 3 ottobre 2016, n. 19676, con commento di V. SANNA, *La nomina diretta degli amministratori da parte dello Stato o di enti pubblici ed il problema della giurisdizione*, in *Nuova, giur. civ. comm.*, 3, 2017, p. 385 ss.

³¹⁷ Cfr. V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali*, cit., p. 139 ss.; R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, cit., p. 176 ss. A tal proposito Donativi non ha mancato di fornire, nello specifico, una serie di argomentazioni critiche contro la tesi secondo cui la nomina degli amministratori da parte del socio pubblico sarebbe da considerare un negozio giuridico emanato nell'esercizio di un "diritto potestativo", con tale locuzione potendosi intendere un «atto unilaterale capace di incidere direttamente nella sfera giuridica della società, senza necessità di cooperazione da parte di quest'ultima e senza che essa stessa possa fare alcunché per impedire la produzione del relativo effetto giuridico».

Lungi da una qualsivoglia pretesa di esaustività, è possibile affermare in modo succinto che, secondo l'A., in primo luogo una tale ricostruzione si rivela parziale, in quanto si limiterebbe «a fornire un contributo meramente descrittivo e per di più relativo ad uno solo dei fattori che costituiscono l'ossatura del fenomeno. Difatti, l'affermazione secondo cui l'atto di nomina viene posto in essere nell'esercizio di un diritto potestativo non dice ancora nulla su quale sia il più generale rapporto giuridico (cd. «principale») nell'ambito del quale possa eventualmente essere collocato lo specifico «rapporto potestativo» (ad esso «accessorio» o «secondario») intercorrente tra l'ente pubblico e la società».

In secondo luogo, una simile impostazione è considerata priva di congruità sotto il profilo sistematico e concettuale in quanto, da un lato, all'interno della fattispecie della nomina pubblica non si riscontra, accanto alla posizione di «soggezione» del soggetto passivo, l'altro elemento essenziale per la definizione della fattispecie del «diritto potestativo», ossia l'«idoneità di una dichiarazione unilaterale proveniente dal soggetto titolare del «diritto» di produrre in via diretta e immediata un effetto giuridico consistente nella nascita, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico determinato». La nomina pubblica produce, in effetti, la costituzione di un rapporto giuridico tra l'amministratore e la società, ma non è possibile ivi rintracciare l'idoneità a produrre direttamente l'effetto giuridico

proposte alcune lacune, in quanto non sarebbe considerata, di fatto, la presenza di alcuni tratti peculiari della situazione giuridica soggettiva attiva avanzando, di contro, una concezione «organica» degli atti di nomina e revoca pubblica diretta³¹⁸.

desiderato, posto che «l'efficacia di tale atto è in ogni caso subordinata all'accettazione da parte dell'amministratore o del sindaco così nominati».

Dall'altro lato, emerge una chiara eterogeneità strutturale che differenzia la nomina pubblica degli amministratori di società per azioni pubbliche dalla figura del «diritto potestativo», e principalmente rintracciabile nella circostanza per cui, nel caso di questa seconda fattispecie, il titolare del diritto potestativo è, in ogni caso, parte del rapporto che subisce una modificazione ovvero un'estinzione, non potendo giungere alla medesima conclusione nel caso in cui l'ente pubblico proceda con la nomina diretta dell'amministratore: questo, infatti, «non è "parte" del rapporto giuridico che l'atto dallo stesso emanato è diretto ad instaurare. Il costituendo rapporto giuridico, difatti, non potrà che intercorrere esclusivamente tra l'amministratore o il sindaco così nominati e la società».

A questa si affianca una seconda eterogeneità, di tipo «funzionale», data dal fatto che, nel caso del diritto potestativo, «la sua attribuzione in via negoziale è consentita dalla legge, nell'ambito di un rapporto giuridico regolato nell'esclusivo interesse del suo titolare». Nel caso della nomina pubblica diretta, «certamente non potrebbe affermarsi che la società resti del tutto indifferente all'esercizio, o meno, del diritto di nomina da parte dell'ente pubblico. Basti considerare, in senso contrario, che (...) il mancato esercizio del potere di nomina potrebbe anche tradursi, per lo meno in casi determinati, in una causa di scioglimento della società medesima».

Infine, dovrebbe altresì escludersi, a giudizio dello stesso DONATIVI, la possibilità di configurare la nomina diretta quale contratto a favore di terzi o per persona da nominare: nel primo caso, una simile ricostruzione non solo presenta una ridotta utilità pratica e sistematica, potendosi far ricorso solamente alla scarsa disciplina contenuta all'art. 1141, comma 2, c.c., ma al suo accoglimento si oppongono diversi rilievi (per l'analisi dei quali si rimanda a p. 155 ss.). Anche nel secondo caso, non sarebbe possibile accogliere l'ipotesi di una configurazione della fattispecie della nomina pubblica in termini di contratto «per persona da nominare», in quanto i caratteri propri della seconda – si pensi, a titolo esemplificativo che, una volta intervenuta la cd. «*electio amici*», il soggetto individuato diventa parte del contratto stesso, estromettendo lo stipulante che si era riservata la designazione ed assumendo su di sé i diritti e le obbligazioni previste nel contratto, nonché alla sua idoneità a produrre effetti in capo allo stipulante – non sono certamente rintracciabili nella prima.

Sotto tale aspetto, dunque, sembra potersi affermare pacificamente non solo che, nel caso di tale tipologia contrattuale, dello stesso contratto non potrebbe essere mai parte l'ente pubblico ma, soprattutto, che una simile ipotesi «non riuscirebbe a dare conto dei rapporti esistenti fra la società e l'ente pubblico titolare del potere di nomina (cd. rapporti interni); non sarebbe capace di spiegare la giustificazione e il fondamento del potere di revoca spettante *ex lege* all'ente pubblico ai sensi dell'art. 2458 (2449), 2° comma; e non fornirebbe alcun ausilio nella soluzione dei pur numerosi dubbi interpretativi sollevati dalla complessa fattispecie in esame».

³¹⁸ È la posizione espressa da V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali*, cit., p. 164 ss. L'A., infatti, procede con l'enucleazione di una diversa ipotesi

La riforma del diritto societario, nel modificare il citato art. 2449 c.c., ha ribadito, al terzo comma, il principio della parità degli amministratori di nomina pubblica e quelli di nomina assembleare: ciò ha permesso, dunque, nel tempo, di porre l'accento sul fatto che l'unico aspetto che sembrerebbe differenziare le due categorie di amministratori risiederebbe nella tipologia di organo dal quale promana la nomina.

Questo, d'altro canto, non significa che l'amministratore di nomina pubblica non possa "avvertire" più degli altri l'interesse che fa capo all'ente nominante – magari concretizzabile in una funzione di controllo ovvero di interesse a presenziare all'interno dei relativi

ricostruttiva individuando, in primo luogo, la natura giuridica della facoltà di nomina e revoca che può essere attribuita allo Stato o ad enti pubblici e, in secondo luogo, la qualificazione degli atti attraverso i quali essa viene esercitata.

Sotto il primo aspetto, l'A. individua gli elementi essenziali che caratterizzano la fattispecie, sotto il duplice profilo strutturale e funzionale individuando, da un lato, l'oggetto della situazione giuridica soggettiva attiva di cui possono essere destinatari lo Stato o gli enti pubblici (art. 2449 c.c.), nel porre in essere un «atto tipico che, a sua volta, assume rilevanza giuridica quale elemento (co-)essenziale di una fattispecie idonea, in concorso con l'«accettazione» del soggetto nominato, a produrre un risultato giuridico tipico e determinato, per sua stessa natura imputabile in via diretta ed esclusiva alla società cui i poteri in questione afferiscono, non anche all'ente pubblico che i medesimi poteri è chiamato ad esercitare». Dall'altro lato, viene specificato «l'interesse o gli interessi cui sono finalizzati la sua attribuzione e il suo esercizio»; si tratterebbe, dunque, dell'interesse della società a che il socio pubblico eserciti il potere attribuitogli per il necessario funzionamento della società stessa, in quanto l'atto di nomina (e revoca) è destinato a produrre i propri effetti direttamente nella sua sfera giuridica. A questo si affianca anche un interesse dell'ente pubblico investito del relativo potere che, in virtù dei principi che sottendono all'operato della pubblica amministrazione, non potrebbe acquisire e/o esercitare una qualsiasi situazione giuridica soggettiva incompatibile con l'interesse pubblico di cui risulta portatore.

Con riferimento al secondo aspetto, partendo dalla constatazione per cui l'atto di nomina (e di revoca) produce i suoi effetti fra due parti diverse del soggetto che lo pone in essere, dando vita ad un'ipotesi di «sostituzione» di un soggetto ad un altro nell'espletamento di «un'attività giuridica di relazione con terzi», qualificata in termini di «rappresentanza organica», l'A. propende per una concezione secondo cui gli atti di nomina e di revoca pubblica diretta rappresenterebbero un'estrinsicazione della natura «organica» delle funzioni attribuite all'ente pubblico. Si tratterebbe di atti che, in virtù del meccanismo di «interposizione organica», sono direttamente e pienamente riconducibili, sul piano dell'imputazione giuridica, alla società che, dunque, vede imputare a sé stessa l'intera fattispecie (l'atto e gli effetti dello stesso), e non solo gli effetti giuridici.

organi³¹⁹ – ma ciò non potrebbe certamente giustificare una “funzionalizzazione” dell’intera attività sociale e comporrebbe, dunque, per gli amministratori di nomina pubblica non solo il dovere di una gestione societaria conforme allo scopo sociale³²⁰, ma di un *modus agendi* scevro da eventuali condizionamenti provenienti dal socio pubblico³²¹, proprio in virtù dell’asserita parità di diritti e doveri con gli amministratori di nomina assembleare.

Le considerazioni appena esposte hanno condotto una parte della dottrina³²² verso un ripensamento e, dunque, una ricostruzione

³¹⁹ Così si esprime M.T. 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, p. 53 ss., il quale, tuttavia, si augura che l’interesse pubblico alla nomina non si traduca in una volontà di indirizzare l’attività dell’ente societario verso fini “meta-individuali” ma, semmai, nell’intenzione di nominare soggetti che possano essere considerati quali “fiduciari” del socio pubblico e che sia in grado di vigilare in maniera neutrale sul regolare funzionamento della società.

Inoltre, la presenza pubblica potrebbe essere considerata legittima in quanto volta a valutare il grado di correttezza dell’operato dell’organo e, dunque, il perseguimento dell’interesse sociale e, conseguentemente, dell’interesse pubblico. Sotto tale aspetto, cfr. C. IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 151 ss., il quale pone l’accento sulle conseguenze di tipo societario e di carattere pubblicistico che potrebbero derivare dal perseguimento di due tipologie diverse di interessi, che vedrebbero gli amministratori suscettibili di essere chiamati a rispondere, per un verso, nel caso di mancato perseguimento dello scopo pubblico qualora abbiano dato priorità a quello lucrativo e, per altro verso, nell’ipotesi in cui questi abbiano “compreso” lo scopo lucrativo a vantaggio del perseguimento del fine pubblicistico.

³²⁰ Cfr. M.T. CIRENEI, *Riforma delle società*, cit., p. 52 ss., secondo cui il ruolo attivo dell’amministratore di nomina pubblica, che può certamente essere anche esecutivo, dovrebbe consentire non solo un controllo sull’interesse perseguito dallo stesso ma, soprattutto, rappresentare un fattore ostativo al perseguimento di interessi “extra-sociali”, in quanto il perseguimento di un interesse (pubblico) antitetico a quello della società dovrebbe configurare un’ipotesi di conflitto di interessi.

³²¹ In questo senso C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., p. 5 ss., che ribadisce come tale argomentazione potrebbe essere condotta a sostegno della necessità che le società pubbliche di diritto comune rispettino la causa lucrativa. La medesima considerazione è svolta, tra gli altri, da A. PERICU, *Sub artt. 2449-2450*, cit., p. 1300 ss.; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, cit., p. 117 ss.

³²² Tale è la posizione di V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali*, cit., p. 163 ss., ulteriormente ribadita in ID., *Le società a partecipazione*

della fattispecie che ha messo in luce la contemporanea presenza di elementi di natura pubblicistica – ricollegabili al momento della “produzione” della fattispecie – e privatistica – ascrivibile alla successiva fase di “imputazione” – negli atti di nomina e revoca degli amministratori di società a partecipazione pubblica.

Il carattere pubblico può essere individuato, in particolare, nella volontà dell’ente che “dà vita” alla fattispecie: ne, discenderebbe che gli atti di nomina e di revoca così formati, risultano essere regolati dal complesso di norme che disciplinano le determinazioni dello Stato o degli enti pubblici titolari di poteri speciali, seppur con alcune peculiarità³²³, che conducono ad una proposta di definizione dell’atto di nomina e revoca quale «atto amministrativo negoziale»³²⁴.

pubblica, cit., p. 581 ss., cui si affiancano anche le argomentazioni di R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, cit., p. 180 ss.

³²³ V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, cit., p. 308 ss. L’A. sottolinea, infatti, che l’analisi della struttura di tale atto conduce a constatare che l’assenza di un qualsivoglia elemento di autoritatività/imperatività – tipico del tradizionale *modus agendi* della pubblica amministrazione – unita al riscontro di effetti di carattere negoziale che esso possiede, in virtù della rilevanza che ricopre sotto il profilo della costituzione di un rapporto giuridico privatistico tra gli amministratori e la società, conducono verso l’ascrivibilità di tale atto in quella che viene abitualmente definita come «attività amministrativa di diritto privato». In tal modo, si perviene ad un inquadramento definitorio rispetto al quale, peraltro, l’atto di nomina e revoca possiedono un’ulteriore particolarità, dovuta al fatto che essi non si “sviluppano” lungo una successione ordinata di tipo procedimentale ma, al contrario, si risolvono nella predisposizione di un unico atto. Conseguentemente, secondo l’A., tale ricostruzione consentirebbe agevolmente di affermare come la locuzione di «atto amministrativo negoziale» sia particolarmente adatta a rappresentare una situazione in cui si riscontra un’evidente compresenza tra la semplicità strutturale che connota la fattispecie in commento e la sua doppia natura giuridica, dalla quale ne discende il carattere complesso sul piano funzionale.

³²⁴ V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, cit., p. 317, precisa come si tratti, in realtà, di una nozione già elaborata in tempi recenti dalla dottrina, per la quale si rimanda a G. GRECO, *I contratti dell’Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 53, che si esprime sull’impossibilità di ricondurre alla categoria concettuale del provvedimento amministrativo qualsiasi fattispecie in cui un atto posto in essere dall’Amministrazione produca effetti unilaterali (di tipo estintivo ovvero attributivo) all’interno della sfera giuridica del soggetto privato. In particolare, l’A. sottolinea che «Vero è, ad esempio, che la risoluzione per inadempimento, disposta dall’Amministrazione, produce effetti

Si tratterebbe, nello specifico, di un atto amministrativo in senso stretto «ad effetti civilistici ed a contenuto negoziale»³²⁵ che porterebbe con sé, da un lato, una serie di conseguenze «applicative» in ordine all'individuazione della forma e dei vizi dell'atto³²⁶ e, dall'altro, sul piano giurisdizionale, la possibilità che esso possa essere impugnato dinanzi al giudice amministrativo, in via diretta, nonché al giudice ordinario in via accidentale³²⁷ in quanto, la

estintivi nella sfera dell'altro contraente, sicché appare innegabile la somiglianza con le vicende tipicamente prodotte dal provvedimento amministrativo; e vero è, altresì, che un'incidenza ancor più tipicamente restrittiva viene operata unilateralmente nel caso in cui l'Amministrazione si determini a sostituire l'appaltatore per il compimento dell'opera. Ma tutto ciò non appare decisivo per inquadrare siffatti istituti nell'ambito delle potestà pubblicistiche (provvedimentali), anziché nell'ambito dei diritti potestativi di origine contrattuale: basti pensare che un fenomeno analogo si verifica nel caso di recesso unilaterale dell'Amministrazione e che nessuna dottrina e nessuna giurisprudenza ha mai dubitato (almeno nel recente passato) che si tratti di esercizio di un diritto potestativo privatistico».

³²⁵ Così V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, cit., p. 315 ss. Secondo l'A., si tratta di una nozione che è «destinata a trovare applicazione proprio nei riguardi di quelli, fra gli atti amministrativi della sequenza procedimentale in cui trova attuazione la cd. «evidenza pubblica», che siano direttamente formativi della volontà negoziale dell'Amministrazione. Per quegli atti, cioè, che pur essendo parte della sequenza pubblicistica, si pongano – come certamente accade per gli atti di nomina e revoca pubblica diretta – quale fonte diretta e immediata di effetti giuridici di indole civilistica e negoziale». Una simile ricostruzione porta con sé una serie di conseguenze che, come si avrà modo di analizzare nel prosieguo, emergeranno in modo decisivo con riferimento alla questione della forma e dei vizi di tale tipologia di atto, nonché della relativa competenza giurisdizionale. Ciò, peraltro, risulterebbe essere confermato dalla disciplina così come modificata a seguito dell'intervento di riordino posto in essere dal TUSP che, sul punto, sembra aver fornito alcuni rilevanti elementi chiarificatori.

³²⁶ Stando alla ricostruzione della fattispecie così formulata, V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali*, cit., p. 320 ss., potrebbero dunque assumere una certa rilevanza le cause di invalidità che, generalmente, colpiscono l'atto amministrativo e tradizionalmente articolate tanto nelle ipotesi di nullità per assenza di uno degli elementi essenziali dell'atto, quanto in quelle dell'annullabilità, per la presenza di vizi che vadano ad inficiare uno dei requisiti di legittimità dello stesso atto. Di qui la completa sottoponibilità degli atti di nomina e revoca di amministratori, sindaci o consiglieri di sorveglianza di società per azioni da parte dello Stato o di enti pubblici alla disciplina relativa ai vizi degli atti amministrativi.

³²⁷ Secondo V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali*, cit., p. 325 ss., «sul piano giurisdizionale, infine, va appena rilevato che la competenza a conoscere della illegittimità dell'atto amministrativo negoziale spetterebbe, in via diretta, al giudice amministrativo. Analogo potere potrebbe riconoscersi, beninteso, anche al giudice ordinario, ma esclusivamente in via accidentale, in punto di esercizio del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo (ritenuto)

peculiare configurazione dell'atto in commento, permette ragionevolmente di affermare che possano sorgere sia situazioni giuridiche di diritto soggettivo che di interesse legittimo³²⁸.

In merito al profilo di carattere privatistico, partendo nuovamente dallo "sdoppiamento", all'interno dell'atto, del momento della produzione della fattispecie – in capo all'ente pubblico nominante – e dell'imputazione dello stesso alla società destinataria dei poteri speciali *ex art. 2449 c.c.*, sembra discendere che, a seguito del perfezionamento del citato atto di nomina, quest'ultimo venga collocato, di fatto, all'interno della sfera giuridica della società attraverso il meccanismo dell'imputazione organica³²⁹.

illegittimo». L'A. prosegue aggiungendo che una rilevanza del tutto peculiare hanno assunto, in quest'ambito, anche i temi relativi alla motivazione degli atti di nomina e di revoca e, specificamente, alla presenza o meno di un possibile obbligo di motivazione ed alla determinazione della relativa estensione in termini di "congruità" e "sufficienza" dell'*iter* argomentativo (p. 338 ss.), ed alla possibilità o meno di contemplare l'utilizzo di forme di "autotutela" (p. 349 ss.).

³²⁸ Nel primo caso rientra, a titolo esemplificativo, il diritto dell'amministratore ad ottenere il risarcimento dei danni in ipotesi di revoca avvenuta in assenza di giusta causa mentre, nel secondo caso, si può menzionare la pretesa dell'amministratore all'annullamento dell'atto di revoca che sia stato adottato in violazione delle norme cui l'ente pubblico deve attenersi nell'assunzione delle proprie determinazioni.

³²⁹ V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali*, cit., p. 358 ss. Nell'opera di ricostruzione della natura giuridica degli atti di nomina e revoca da parte del socio pubblico l'A., infatti, nel sottoporre a critica, tra le altre, principalmente la tesi che ravvisa nella nomina pubblica un negozio giuridico emanato nell'esercizio di un «diritto potestativo» – per le cui specifiche argomentazioni si rimanda alla precedente nt. 317 – aveva affermato che il rapporto giuridico sorto a seguito della nomina non può che intercorrere in modo esclusivo tra l'amministratore nominato e la società. L'atto di nomina, infatti, produce i propri effetti fra le due parti che sono diverse dal soggetto che lo pone in essere, e che vincola solo una di esse, in virtù di un fenomeno di «sostituzione» di un soggetto ad un altro nello svolgimento di un'attività giuridica di relazione con i terzi.

Senza voler riprendere quanto più diffusamente evidenziato in precedenza (nt. 318), basti ricordare come sulla base del meccanismo particolare di imputazione giuridica della fattispecie analizzata – in virtù del quale è imputata direttamente in capo alla società l'intera fattispecie (atto di nomina e di revoca ed i relativi effetti giuridici) posta in essere da un soggetto diverso (ente pubblico) – nonché della peculiare posizione che riveste la nomina degli amministratori nell'assetto organizzativo della società, l'A. abbia concluso a favore della natura «organica» della funzione di nomina alle cariche sociali che sono attribuite allo Stato o agli enti pubblici che, nel caso in cui essa trovi la propria fonte nello statuto, vedrebbe l'ente

Di conseguenza, l'atto così perfezionato risulterebbe soggetto alla disciplina generale di diritto comune degli atti di nomina e revoca di amministratori e sindaci delle società per azioni, soprattutto per quel che riguarda il regime della comunicazione, accettazione e pubblicità della nomina³³⁰.

In definitiva, dunque, si potrebbe parlare di un atto di nomina di nomina (e di revoca) pubblica che «sul piano dell'imputazione giuridica, è sempre e direttamente riconducibile alla società medesima: con la differenza che quest'ultima, nel caso in esame, non vi procede secondo le vie ordinarie, ma per il tramite di un soggetto diverso, in capo al quale viene «deviata» la titolarità di quelle funzioni che nella ordinaria pianta organica delle società azionarie risultano di

pubblico nominante e la società legati da un «contratto di preposizione organica» disciplinato dalle medesime norme riferite al mandato.

³³⁰ V. DONATIVI, *Società a partecipazione pubblica*, cit., p. 583 ss., afferma che da tale qualificazione è possibile ricavare alcune conseguenze pratiche: innanzitutto, con riferimento al regime della comunicazione degli atti di nomina e di revoca, vige un dovere di comunicazione – che, come si vedrà più avanti, attualmente risulta essere espressamente sancito all'art. 9, comma 7, TUSP – da parte dell'ente pubblico, non solo al soggetto nominato, ma anche alla società interessata. In secondo luogo, l'accettazione eventualmente espressa dal soggetto nominato dev'essere indirizzata esclusivamente alla società, e non all'ente pubblico nominante, ai fini del perfezionamento del rapporto contrattuale. Per di più, il *dies a quo* per il calcolo dei trenta giorni per effettuare l'iscrizione nel registro delle imprese decorre dal giorno della comunicazione all'amministratore (e al consigliere di sorveglianza) dell'avvenuta nomina essendo, invece, del tutto irrilevante la comunicazione alla società. In materia, infatti, si applicano le disposizioni di cui agli artt. 2383, comma 4, e 2409-*undecies*, comma 1, c.c., il primo dei quali stabilisce che «Entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina gli amministratori devono chiederne l'iscrizione nel registro delle imprese indicando per ciascuno di essi il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza, nonché a quali tra essi è attribuita la rappresentanza della società, precisando se disgiuntamente o congiuntamente», mentre il secondo, rubricato «Norme applicabili» estende, in quanto compatibile, tale disciplina anche al consiglio di gestione. Altro aspetto riguarda la disciplina della pubblicità legale sopra menzionata che, in questo caso, aggiunge alla tradizionale iscrizione della nomina anche il simultaneo deposito (consegna) del relativo atto amministrativo di nomina. Infine, il contratto avente ad oggetto la disciplina del complesso delle situazioni giuridiche attive e passive dell'amministratore neo-nominato, nonché la quantificazione del compenso per lo svolgimento dell'incarico, vede come controparte la società e non l'ente pubblico nominante.

competenza dell'assemblea degli azionisti e che opera, pertanto, nella veste di *Wahlorgan*»³³¹.

Tra l'organo di nomina e la società s'instaurerebbe, in definitiva, un rapporto contrattuale basato su un «contratto di preposizione organica» al quale sarebbe possibile applicare, in via analogica, la disciplina del mandato³³².

Al quadro appena delineato si aggiunge un recente orientamento giurisprudenziale espresso dalla Cassazione³³³, che sembra trovare

³³¹ Così V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali*, cit., p. 183 ma, in una prospettiva più risalente nella dottrina italiana, cfr. anche G. MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca, borsa, tit., cred.*, 1954, I, p. 719 ss.

³³² V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali*, cit., p. 247, in cui si specifica che tale contratto di preposizione organica non è «sottoposto a procedure di evidenza pubblica né ad altre forme di incidenza autoritativa sull'atto, ma pur sempre espressione di discrezionalità amministrativa (funzionale) e non già di autonomia privata, con conseguente soggezione alle regole che disciplinano l'attività dello specifico ente pubblico, prime fra tutte quelle relative al procedimento di formazione e manifestazione della volontà (...) e quelle relative alle conseguenze che discendono, in termini di responsabilità dell'organo, dal cattivo esercizio della relativa situazione giuridica».

³³³ Cfr. Cass. civ., 15 ottobre 2013, n. 23381, in *Giur. comm.* 2014, con nota di F. SALINAS, *Società di capitali a partecipazione pubblica, revoca di amministratori ed interesse sociale*, p. 1014 ss., ed in *Dir. fall.*, 2015, II, p. 398 ss., con nota di G. CAVALLARO, *Società partecipata da enti pubblici ex art. 2449 c.c.: revoca degli amministratori ed insussistenza della giusta causa per mancanza del rapporto fiduciario*.

F. SALINAS, nel commentare la citata sentenza, avente ad oggetto la revoca di alcuni amministratori di una società a partecipazione pubblica operante nel settore della gestione del servizio di nettezza urbana, ha chiarito come, da ultimo, l'orientamento della giurisprudenza si sia assestato su una posizione di sostanziale riconduzione dell'«esercizio della revoca dell'amministratore di società partecipate da enti pubblici nell'alveo di un potere di natura privatistica». Il principio in commento, peraltro, ha trovato ulteriore conferma in una successiva pronuncia: si tratta della menzionata Cass. civ., Sez. Unite, 23 gennaio 2015, n. 1237, in *Giur. it.*, 2015, p. 1914 ss., con nota dello stesso F. SALINAS, *Sussiste la giurisdizione ordinaria sulla revoca di amministratori di società pubbliche*. L'A. ha specificato, infatti, che «ciò che qui tuttavia pare evidente, come rilevato da parte della dottrina è che la previsione del 2° comma dell'art. 2449 c.c. secondo cui gli amministratori nominati dall'ente pubblico "hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea" non può che essere interpretata nel senso di ricondurre una volta per tutte l'esercizio del potere di amministrazione nelle società di capitali partecipate dal pubblico nell'alveo del diritto privato. Il diritto riconosciuto al socio pubblico è quindi un diritto speciale, ma di natura soggettiva, e non autoritativa».

Peraltro simili conclusioni potevano essere rintracciate, all'interno della dottrina pre-riforma societaria, anche in M.T. CIRENEI, *Le società per azioni a*

supporto, peraltro, anche nel dato normativo di cui all'art. 9, co. 7 del Testo Unico, secondo il quale la nomina (e la revoca) pubblica dell'amministratore può certamente essere definito come un potere inserito all'interno del più ampio quadro del diritto societario comune il quale, tuttavia, lo riconosce come speciale.

Da ciò discende, dunque, il dovere per l'amministratore, nel caso di mancata coincidenza fra l'oggetto sociale e l'interesse del socio pubblico nominante, di agire in vista del perseguimento dell'interesse sociale, attesa l'uguaglianza di tutti gli amministratori della società, a prescindere dal soggetto che ha proceduto alla loro nomina³³⁴.

2.3 Significato e portata delle previsioni introdotte dall'art. 9, commi 7 e 8, TUSP.

Attesa la rappresentazione del quadro evolutivo in materia di atti nomina (e revoca) pubblica diretta dell'ente pubblico testé delineata, è

partecipazione pubblica, cit., p. 1239 ss. Recentemente, si è espresso in modo conforme sul punto anche C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e disciplina*, cit., p. 26 che argomenta in merito al principio per cui «l'adozione della forma societaria (...) determina necessariamente l'applicazione del diritto societario».

³³⁴ È di questo avviso, *inter alia*, C. CAVAZZA, sub *artt. 2449-2450 c.c.*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, II, Padova, Cedam, 2005, p. 1714 ss., che ha sottolineato come l'intento del legislatore fosse stato quello di rafforzare la portata generale del «principio di parificazione dei componenti di nomina pubblica diretta a quelli di emanazione assembleare». Per ulteriori riferimenti, cfr. R. RANUCCI, *Gli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di) *Le società pubbliche*, vol. I, cit., p. 443 ss., il quale afferma, in aggiunta, che «(...) il rapporto tra ente pubblico e persona nominata, anche se "sussistente, in ogni caso rimane distinto e separato, senza influire sul rapporto dell'amministratore (nominato dall'ente pubblico) con la società". Tali soggetti devono agire per perseguire l'interesse sociale e, solo laddove possibile, dovranno optare per modalità tali da non porsi in contrasto con gli obiettivi e le indicazioni, informali o formali, ricevute dal soggetto che li ha nominati, senza dunque poter privilegiare o anteporre l'interesse pubblico extra sociale a quello sociale».

necessario completare la trattazione aggiungendo, alle considerazioni sin qui svolte, un ultimo passaggio rappresentato dall'analisi del contenuto delle disposizioni di cui all'articolo 9³³⁵, commi 7 e 8 del TUSP, con il quale il legislatore è intervenuto affrontando proprio la sopracitata questione degli atti di nomina e revoca diretta da parte dell'ente pubblico.

Innanzitutto, il comma 7 stabilisce testualmente che «Qualora lo statuto della società partecipata preveda, ai sensi dell'articolo 2449 del codice civile, la facoltà del socio pubblico di nominare o revocare direttamente uno o più componenti di organi interni della società, i relativi atti sono efficaci dalla data di ricevimento, da parte della società, della comunicazione dell'atto di nomina o di revoca. È fatta salva l'applicazione dell'articolo 2400, secondo comma, del codice civile».

Dalla lettura del citato comma emerge chiaramente come, attraverso l'emanazione del TUSP, il legislatore abbia confermato, in primo luogo, la necessità che l'applicazione di una simile disciplina di nomina (e di revoca) da parte del socio pubblico, concretizzandosi nell'emanazione di un atto *extra* societario, in ambito *extra* assembleare³³⁶, sia comunque subordinata ad una esplicita previsione statutaria³³⁷ che rappresenta, dunque, «la fonte esclusiva»

³³⁵ Tale articolo, peraltro, non risulta essere stato oggetto di modifica da parte della successiva emanazione del decreto correttivo (d. lgs. n. 100 del 2017).

³³⁶ M. COSSU, *La prorogatio dell'amministratore di nomina pubblica nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2013, precisa che la derivazione extra-societaria dell'atto di nomina pubblica dell'amministratore, non esime quest'ultimo dal perseguimento del «l'interesse sociale di marca lucrativa al pari degli altri amministratori».

³³⁷ La giurisprudenza, in tempi recenti, aveva affermato questo principio anche con riferimento alle s.r.l. Sul punto, cfr. TAR Lazio, 9 gennaio 2013, n. 17, in *Giur. merito*, p. 441 ss. In un primo momento, infatti, si era affermata in dottrina l'opinione che, pur in presenza di un mancato rinvio alla citata norma da parte dell'art. 2458 c.c., sarebbe stato comunque plausibile contemplare la possibilità di procedere ad una sua applicazione in via analogica. Successivamente, la nuova disciplina della s.r.l., avvenuta in seguito alla nota riforma del diritto societario (d.

dell'attribuzione di tale potere, indipendentemente dal soggetto dal quale promana³³⁸, salvo leggi speciali dispongano una diversa ed ulteriore disciplina³³⁹.

Dall'altro lato, sembra altrettanto palese l'intenzione dello stesso legislatore di conferire riconoscimento normativo ad una serie di argomentazioni che, sino ad allora, erano state condotte principalmente sulla scorta del dato interpretativo.

lgs. n. 6 del 2003), non ha fatto altro che offrire una chiara conferma a quanti, in dottrina, avevano invece optato per una soluzione negativa, sia alla luce dell'accentuazione delle differenze rispetto alla società per azioni, che in considerazione dell'eventualità che la disciplina di diritto comune riserva alle s.r.l., attraverso quanto stabilito all'art. 2468, co. 3, potesse condurre ad un medesimo risultato in termini di nomina e revoca diretta, senza peraltro che risulti operativo alcun vincolo di proporzionalità. Per una ricostruzione maggiormente circostanziata del dibattito dottrinale in merito alla questione dell'applicabilità o meno dell'art. 2449 c.c. anche al modello societario della s.r.l. si rimanda a quanto indicato nelle precedenti note 284-290.

³³⁸ Cfr. F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, cit., p. 62 ss., il quale conferma che l'atto di nomina (e di revoca) «(...) persegue un fine pubblico ma rimane un atto societario in quanto espressione di una prerogativa squisitamente privatistica e non certo di un potere pubblicistico. Né la partecipazione dell'ente giustifica valutazioni diverse della condotta degli organi sociali ai fini delle loro responsabilità gestionali o di controllo.».

In giurisprudenza v. Trib. Napoli, 7 agosto 2015, n. 3161, in *red. Giuffrè* che, dopo aver ribadito il principio secondo cui alle società partecipate dallo Stato o da enti pubblici deve applicarsi la disciplina ordinaria prevista dalla legge relativa alle società per azioni, prosegue nei seguenti termini: «l'articolo 2449 c.c. individua nello statuto, cioè in un atto fondamentale della società di natura negoziale (articolo 2328 c.c., co. 3), la fonte esclusiva dell'attribuzione allo Stato o all'ente pubblico della facoltà di nomina degli amministratori (e dei sindaci) in numero proporzionale alla propria partecipazione al capitale sociale, ed esprime i principi sia della irrilevanza personale del socio di capitali, sia della parità di status di tutti gli amministratori (e di tutti i sindaci), indipendentemente dalla nomina dell'assemblea o dell'ente pubblico titolare della partecipazione».

³³⁹ Così M. COSSU, *La prorogatio dell'amministratore di nomina pubblica nelle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 264 che precisa come la riforma del diritto societario non abbia introdotto alcuna disposizione di carattere speciale per le società pubbliche, a parte quelle che erano già previste all'interno del Codice civile, con la conseguenza che «se il potere speciale di designazione extra assembleare promana da una legge speciale all'amministratore pubblico si applicheranno, per i requisiti di accesso alla carica (a parte gli aspetti regolati nell'art. 2449 c.c.), anche la disciplina societaria comune e lo statuto societario, se e in quanto compatibili (...). Se, invece, il potere speciale di designazione extra assembleare promana da una clausola statutaria, la questione non si pone perché l'atto amministrativo di nomina dovrà rispettare in ogni caso i requisiti statutari». Per ulteriori approfondimenti cfr. G. FAUCEGLIA, *Sub art. 2449*, in G. FAUCEGLIA, G. SCHIANO DI PEPE (diretto da), *Codice commentato delle s.p.a.*, Torino, Utet, 2007.

Infatti, l'operazione ermeneutica di "separazione" del momento della produzione da quello dell'imputazione che caratterizza la struttura dell'atto in questione, aveva fatto sì che si riconducesse il secondo aspetto nell'alveo della disciplina di diritto comune degli atti di nomina e di revoca pubblica degli amministratori di società per azioni.

Di qui, la conseguente estensione dell'applicazione del regime della comunicazione non solo al soggetto nominato ma altresì alla società interessata che, in precedenza, era stato oggetto di dibattiti in dottrina³⁴⁰ mentre, ad oggi, risulta espressamente contemplata al citato comma 7.

³⁴⁰ Il sistema di pubblicità legale previsto dal quarto comma dell'articolo 2383 c.c. prescrive che, entro i trenta giorni dalla notizia della nomina, gli amministratori sono tenuti a chiedere che questa sia iscritta all'interno del registro delle imprese, insieme al deposito dell'atto di nomina ovvero della deliberazione assembleare che prenda atto della stessa. Proprio su quest'ultimo aspetto si era concentrato il dibattito, che ha visto alternarsi posizioni volte a considerare tale atto un'operazione finalizzata alla mera riunificazione, all'interno di un unico documento, delle varie nomine (pubbliche ed assembleari), e posizioni che lo reputavano un atto formale di recepimento delle nomine avvenute in sede assembleare e di quelle in sede extra assembleare.

Sul punto cfr., *inter alia*, P. PETTITI, cit., p. 457 che evidenzia proprio la "duplicità" del significato che può rivestire l'atto. Discutendo degli atti di nomina, infatti, l'A., sottolinea che «I primi amministratori potranno essere nominati nello statuto, come anche quelli di nomina ordinaria; in seguito, alla designazione riservata potrà conseguire – e probabilmente questo agevolerà la pubblicità della nomina – una deliberazione dell'assemblea, la quale avrà il carattere della presa d'atto o della ratifica della designazione già intervenuta nel rispetto delle regole organizzative societarie».

Anche F. BONELLI, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, cit., p. 512, si è espresso sul punto affermando che nei casi in cui l'atto di revoca sia legittimamente emanato dal socio pubblico, in virtù della disciplina di cui all'art. 2449 c.c., la società «non può che «prendere atto» o «deliberare» in conformità a tale atto di revoca, provvedendo alle incombenze amministrative e pubblicitarie di sua competenza conseguenti alla revoca».

In tema di revoca, cfr. Cass. civ. 15 luglio 1982, n. 4139, cit. che, nell'ambito della ricostruzione del rapporto di fiducia che lega gli amministratori alla società, che si basa sulla revoca ex art. 2383, co. 3, c.c., ha affermato come la giusta causa richieda non solo fatti che integrino un inadempimento significativo dei compiti che discendono dall'incarico ma, soprattutto, in fatti oggettivi che scardinino il «*pactum fiduciae*». Sarebbe dunque errato, secondo la Corte, che ci si debba «limitare ad accertare il venir meno del rapporto fiduciario perché tale presupposto, che del resto è implicito nella delibera di revoca, è rilevante, ai fini di integrare una giusta di

Il comma 8 dell'articolo 9 afferma che «Nei casi di cui al comma 7, la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo interno di nomina o di revoca rileva come causa di invalidità dell'atto di nomina o di revoca anche nei confronti della società».

Stabilendo, dunque, un collegamento esplicito tra i due profili di rilevanza della mancanza o invalidità dell'atto di nomina o revoca diretta pubblica, sia in ambito interno che nei confronti della società, la norma in parola non fa altro che confermare la ricostruzione della fattispecie degli atti di nomina e revoca pubblica quali «atti amministrativi negoziali, dalla natura anfibiologica»³⁴¹, positivizzando l'intera configurazione delle caratteristiche e del regime di tali atti così come delineata in precedenza.

A conferma di ciò si consideri che l'atto di nomina che risulti colpito da un qualsivoglia vizio, in quanto atto che presenta anche una componente di matrice «privatistica» che lo rende produttivo di effetti

revoca del mandato, solo quando i fatti che hanno determinato il venire meno dell'affidamento siano oggettivamente valutabili come fatti idonei a mettere in forse la correttezza e le attitudini gestionali dell'amministratore». Ne deriva come, dunque, la delibera di revoca non sia altro che un documento attraverso il quale l'assemblea prende atto del venir meno del rapporto fiduciario.

³⁴¹ V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali*, cit., p. 315 ss., ID., *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 581 ss. Anche R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, cit. p. 752 ss., nell'analizzare i due opposti orientamenti formati in tema di natura giuridica degli atti di nomina e di revoca pubblica diretta, ha condiviso l'impostazione di quella parte di dottrina che, invece, vede una compresenza di elementi di diritto pubblico e di diritto privato all'interno della fattispecie di cui all'art. 2449 c.c. che, in questo modo, si verrebbe a configurare «in termini di preposizione organica». In tal modo, dunque, secondo l'A., si fa strada «una ricostruzione secondo la quale nell'art. 2449 c.c. all'atto di nomina, che costituisce il rapporto di tipo pubblicistico, si intreccia una fattispecie di natura negoziale, la quale rileva ai fini dell'imputazione della nomina alla società. Si riscontra, in altri termini, una fattispecie complessa, nella quale il momento pubblicistico di preposizione allo svolgimento di un compito e il momento privatistico della investitura nell'ufficio di amministratore sono strettamente connessi e correlati».

Anche, V. SALAFIA, *Gli amministratori e sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, cit., p. 775, in senso conforme: «(...) la revoca, come del resto anche la nomina, si articola in due momenti: quello della scelta della persona o della sua revoca, che si inserisce nell'attività propria dell'ente pubblico, e quello del trasferimento della scelta o della revoca nell'ambito della vita propria della società(...)».

negoziali imputabili in via diretta alla società, di fatto «rileva come causa di invalidità dell'atto di nomina o di revoca anche nei confronti della società».

In conclusione, sembra potersi aderire alla prospettazione di quanti³⁴² ravvisano nelle norme contenute nei commi 7 e 8 dell'articolo 9, il frutto di un'opera di sistematizzazione e razionalizzazione di quanto in precedenza sostenuto nell'ambito di argomentazioni dottrinali e giurisprudenziali della disciplina in via interpretativa.

3. IL REGIME DI PROROGATIO

3.1 La proroga degli organi amministrativi tra disciplina generale e normativa speciale.

Com'è noto, il Codice Civile contiene all'art. 2385, co. 2, un regime di proroga *legale* in materia di scadenza e ricostituzione degli organi amministrativi³⁴³, che risulta connotato da una illimitatezza sia

³⁴² Cfr. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 593.

³⁴³ La norma prevede, infatti, che «La cessazione degli amministratori per la scadenza del termine ha effetto dal momento in cui il consiglio di amministrazione è stato ricostituito». Per un commento generale sui contenuti dell'articolo si rimanda, *ex multis*, a P.M. SANFILIPPO, *Cessazione degli amministratori. Commento all'art. 2385 c.c.*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (a cura di), *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, I, Milano, Giuffrè, 2016, p. 1265 ss.; P. RAINELLI, *Sub art. 2385*, in *Il nuovo diritto societario*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario – d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6; d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61 – Commentario*, Bologna, 2004, p. 704 ss.; L. NAZZICONE, *Sub art. 2385*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario, 5, Società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 615 ss.; G. FRÈ, G. SBISÀ, *Società per azioni*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, XXIX, 1997, p. 113 ss.; G. CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in G.E. COLOMBO, G. B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, IV, Torino, Utet, 1991, p. 27 ss.; M. FRANZONI, *Sub artt. 2380-2396*, in *Società per azioni. Dell'amministrazione e del controllo*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, III, Bologna-Roma, 2008, p. 243 ss.

sotto il profilo temporale – subordinandolo solamente all'avvenuta ricostituzione del nuovo organo amministrativo – sia contenutistico – in quanto agli amministratori non è posto alcun limite all'esercizio dei poteri loro conferiti³⁴⁴.

La citata previsione risponde, in tal modo, ad un'esigenza di carattere efficientistico legata all'imprescindibile necessità di evitare la creazione, all'interno dell'organo di gestione e direzione societaria, di «vuoti di potere» che possano irrimediabilmente comprometterne lo svolgimento dell'attività.

A tali disposizioni si è affiancata successivamente, in ambito pubblicistico, l'emanazione del decreto-legge n. 293 del 1994³⁴⁵ che, rispondendo ad alcuni rilievi mossi dalla Corte Costituzionale³⁴⁶, in merito alla necessità di definire con maggiore chiarezza sia l'ambito applicativo che i limiti temporali della *prorogatio* all'interno della pubblica amministrazione, ha introdotto nell'ordinamento italiano una

³⁴⁴ In alcune occasioni la giurisprudenza ha riconosciuto all'amministratore in *prorogatio* financo la legittimazione attiva e passiva all'azione in giudizio. Per ogni eventuale approfondimento cfr. Trib. Frosinone, ord. 14 gennaio 1995, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, p. 271 ss., con nota di S. MENICHELLI, *Sull'opportuno combinarsi di misure cautelari tipiche ed atipiche in tema di impugnazione di deliberazioni assembleari*.

³⁴⁵ Si tratta, del decreto-legge 16 maggio 1994, n. 293, *Disciplina della proroga degli organi amministrativi*, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 1994, n. 444, in *G.U.* del 16 luglio 1996, n. 165.

³⁴⁶ Si tratta di Corte Cost., sentenza 4 maggio 1992, n. 208, in *Giur. amm. sic.*, 1992, p. 320 ss., che ha affermato che la *prorogatio sine die* degli organi amministrativi non rappresenta un principio generale che, dunque, non può operare al di là dei casi e dei limiti stabiliti dalla legge, in quanto una simile prassi risulta in contrasto con il principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione, in quanto non darebbe la possibilità di procedere ad un tempestivo rinnovo delle cariche pubbliche. Peraltro, G. CABRAS, *Prorogatio e spoils system per gli amministratori nelle società in mano pubblica*, in *www.federalismi.it*, 29 novembre 2006, p. 3, a tal proposito, ha ricordato che «L'intervento della Corte Costituzionale, che ha fatto cessare un orientamento seguito tralattivamente per lunghissimo tempo dalla giurisprudenza civile ed amministrativa, non si può apprezzare, senza ricordare che negli anni Ottanta del secolo scorso si era abusato nella pratica della *prorogatio*, consentendosi che organi di enti pubblici operassero per un tempo eccessivamente prolungato, senza che si provvedesse alla sostituzione dei componenti scaduti. Sovente, la sostituzione era ostacolata dagli stessi componenti scaduti degli organi, nel timore di non essere riconfermati nell'incarico».

disciplina generale in materia che, tuttavia, presenta una serie di deroghe alle prescrizioni di diritto comune applicate alle società per azioni a partecipazione pubblica³⁴⁷.

A differenza di quanto sancito, dunque, in via generale, dal Codice Civile, il decreto-legge in parola, da un lato, identifica il summenzionato limite nella scadenza originaria del mandato³⁴⁸ (entro il quale è necessario che gli organi amministrativi vengano ricostituiti) e, dall'altro lato, predetermina la durata complessiva del periodo di *prorogatio* che, stando al tenore letterale del dispositivo, non può essere superiore a quarantacinque giorni³⁴⁹.

Alla disciplina in parola si aggiungono due ulteriori deroghe aventi ad oggetto l'attività degli organi amministrativi e la validità degli atti posti in essere in regime di *prorogatio*. In primo luogo, è stabilito che le tipologie di atti adottabili dagli organi scaduti possano essere solo di ordinaria amministrazione ovvero urgenti ed indifferibili, a patto che vi sia «indicazione specifica dei motivi di urgenza ed indifferibilità»³⁵⁰.

³⁴⁷ Fino a quel momento, infatti, la materia era stata regolata, da un lato, da una congerie di norme di carattere speciale emanante in modo sparso ed eterogeneo, senza un preventivo ed organico disegno regolatore e, dall'altro lato, dalla prassi. Per approfondimenti cfr. E. GALANTI, *La proroga degli organi amministrativi: dalla Corte Costituzionale al legislatore e ritorno*, in *Riv. amm.*, 1995, II, p. 681 ss.

³⁴⁸ Si legge all'articolo 2 che «Gli organi amministrativi svolgono le funzioni loro attribuite sino alla scadenza del termine di durata per ciascuno di essi previsto ed entro tale termine debbono essere ricostituiti».

³⁴⁹ È lo stesso articolo 3, co. 1, a specificare 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».

³⁵⁰ La norma di riferimento è contenuta all'articolo 3, comma 2, c.c., secondo cui «Nel periodo in cui sono prorogati, gli organi scaduti possono adottare esclusivamente gli atti di ordinaria amministrazione, nonché gli atti urgenti ed indifferibili con indicazione specifica dei motivi di urgenza ed indifferibilità».

In secondo luogo, la norma afferma espressamente che, al di fuori degli atti sopracitati, da adottarsi alle condizioni indicate, gli altri atti eventualmente assunti dagli organi scaduti sono dichiarati nulli³⁵¹.

Infine, l'articolo 6 sancisce la definitiva decadenza degli organi amministrativi, qualora il periodo di proroga sia trascorso infruttuosamente e non siano stati ricostituiti, con conseguente nullità degli atti adottati.

Tali previsioni delineano, quindi, una disciplina chiaramente diversa e, per certi versi, incompatibile³⁵² rispetto al sistema di diritto comune, che non limita in alcun modo i poteri di tali organi, seppur scaduti, e non introduce alcuna differenza tra le tipologie di atti da questi esercitabili.

Sotto tale aspetto, dunque, si ricava come la disciplina in materia di *prorogatio* assuma un diverso significato a seconda che venga a porsi in rilievo per le società a partecipazione pubblica – con riferimento alle quali essa può rappresentare uno strumento di tutela degli interessi della società evitando il consolidarsi di interessi di carattere individualistico che esulino dal circuito della responsabilità

³⁵¹ Art. 3, comma 3, c.c.: «Gli atti non rientranti fra quelli indicati nel comma 2, adottati nel periodo di proroga, sono nulli».

³⁵² Da più parti in dottrina è stato sostenuto, infatti, che una tale disciplina sulla invalidità degli atti in caso di proroga *ex* decreto n. 293 contraddice chiaramente la *ratio* della normativa civilistica prevista in materia. Per approfondimenti cfr. C. IBBA, *Forma societaria e diritto pubblico*, cit., p. 365, il quale, sul piano pratico, ravvisa, in questo caso, il rischio concreto che si pervenga ad una paralisi dell'attività più grave rispetto al permanere in carica degli organi scaduti. Del medesimo avviso, A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, cit., p. 857, che dubita della compatibilità di una simile disciplina sulla nullità degli atti con il paradigma europeo volto alla salvaguardia ed alla stabilità degli atti compiuti dagli organi sociali. Più recentemente, invece, P. PETTITI, *Nomina revoca e «prorogatio» degli amministratori pubblici*, in C. BRESCIA MORRA, G. MEO, A. NUZZO (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 2, p. 469, afferma che «Il problema non è solo quello di annullare l'esigenza di continuità della gestione, ma quello che la sanzione prevista è inconciliabile con il sistema, che salva in ogni caso anche gli atti estranei all'oggetto sociale e compiuti da un amministratore la cui nomina è viziata; sistema che non può tollerare la nullità degli atti di un amministratore scaduto, pur validamente nominato».

politica – ovvero per le società di capitali disciplinate dal diritto comune, per cui la normativa risulta legata ad una prospettiva di continuità ed efficienza dell'organo³⁵³.

Al quadro di riferimento delineato sinora – e sul quale, come si avrà modo di specificare in avanti, ha inciso il successivo intervento del Testo Unico³⁵⁴ – deve aggiungersi l'annosa questione dell'ambito di applicazione soggettiva che l'art. 1 del decreto-legge n. 293 ha individuato negli «organi di amministrazione attiva, consultiva e di controllo dello Stato e degli enti pubblici, nonché delle persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica, quando alla nomina dei componenti di tali organi concorrono lo Stato o gli enti pubblici».

La citata locuzione, infatti, secondo parte della dottrina, contiene alcune incertezze definitorie³⁵⁵, che sono state alla base di diversi

³⁵³ In tal senso R. URSI, *La nomina degli amministratori e dei sindaci nelle società in mano pubblica alla luce della disciplina sulla prorogatio degli organi degli enti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 9, 5 maggio 2005. L'A., dopo aver ricostruito la disciplina in materia di *spoils system* contenuta all'art. 6 della legge 15 luglio 2002, n. 145, in termini di rapporto di carattere fiduciario tra amministratori di nomina pubblica ed ente pubblico, ritiene che il meccanismo della proroga degli organi scaduti sia funzionale al «rispetto dei principi di imparzialità e legalità correlati agli interessi che la società stessa intende soddisfare». Di qui ne discende la considerazione per cui «(...) se il sistema della *prorogatio sine die* si fonda sul criterio efficientistico della continuità dell'organo, la predeterminazione della durata della proroga rispetto alla scadenza sembra essere, invece, lo strumento per temperare l'esigenza di flessibilità della gestione societaria e il principio di legalità connesso alla funzionalizzazione dell'attività – *rectius* delle risorse gestite – ad interessi pubblici». Cfr., in senso analogo, G. D'ORAZIO, *Prorogatio (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 428 ss.

³⁵⁴ Il decreto legislativo n. 175 del 2016 è intervenuto in materia con l'articolo 11, comma 5 che, come si vedrà nel prosieguo, ha definito e circoscritto l'ambito di operatività soggettiva della norma alle società *in house*. Per ogni approfondimento, v. *infra* §3.2.

³⁵⁵ Sul punto, cfr. P. PETTITI, cit., pp. 462-463 che, sintetizzando i diversi problemi di coordinamento derivanti dal rapporto tra la normativa di diritto comune in tema di proroga *ex art.* 2385 c.c. ed il decreto n. 293, ha efficacemente affermato: «il coordinamento risulta ancora più complesso se si considera che la norma speciale utilizza una accezione piuttosto ampia e ambigua di soggetto nominato, riferendosi più che al singolo amministratore al complesso del collegio («organi di amministrazione attiva, consultiva e di controllo dello Stato e degli enti pubblici nonché delle persone giuridiche») quasi inducendo a ritenere che decada tutto l'organo amministrativo; equipara irragionevolmente fattispecie diverse (quali gli organi dello Stato, degli enti pubblici e delle persone giuridiche); si riferisce ad

dibattiti tesi alla risoluzione delle molteplici questioni interpretative che si sono poste, di volta in volta, all'attenzione degli operatori del diritto.

Inizialmente, in ordine al generico riferimento operato alle «persone giuridiche» a prevalente partecipazione pubblica, si ci è interrogati in merito alla possibile estensione alle società di capitali così come disciplinate dal diritto comune societario.

Rispetto a tale questione, la dottrina ha fornito una risposta affermativa³⁵⁶, soprattutto alla luce dell'analisi del dato letterale che,

«organi di amministrazione attiva, consultiva e di controllo», inneggiando a situazioni assai diverse che non evocano propriamente l'organo gestorio di una società per azioni; si riferisce in modo ambiguo ad un «concorso» alla nomina dello Stato e degli enti pubblici; e soprattutto richiede che le persone giuridiche siano «a prevalente partecipazione pubblica», come se l'esigenza di prevedere una *prorogatio* breve nascesse solo in relazione alla *prevalenza* della partecipazione pubblica e non, come dichiarato, dall'esigenza di evitare il consolidamento di posizioni di privilegio che dovrebbero renderla necessaria per tutte le partecipazioni del socio pubblico, prevalenti o meno».

³⁵⁶ Il generico rimando alle «persone giuridiche», infatti, aveva fatto sì che in un primo momento si dubitasse dell'inclusione delle società nell'ambito di applicazione della disciplina. In particolare, si era sostenuto che la disciplina sulla *prorogatio* di cui alla legge n. 944 del 1994 si ponesse in evidente contrasto con alcuni aspetti della prima Direttiva societaria – 68/151/CEE, del Consiglio del 9 marzo 1968 – che impone alle società di capitali di garantire la massima stabilità degli atti societari, in un'ottica di tutela dell'interesse dei terzi, attraverso l'inopponibilità dei vizi della nomina degli organi sociali. Alla stregua di ciò, si confermava la validità degli atti compiuti dagli amministratori scaduti. Per un approfondimento di tali posizioni cfr. C. IBBA, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, cit., p. 590 ss., che specifica come proprio a seguito dell'emanazione della Direttiva 68/151/CEE, sia stata introdotta la previsione secondo cui i vizi della nomina degli amministratori non sono opponibili ai terzi dal momento in cui essa è stata iscritta nel registro delle imprese, secondo quanto stabilito in materia dall'art. 2383, ult. comma; ID., *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 370 ss.

Di conseguenza, si è ritenuto di dover affermare quantomeno la necessità di un'applicazione della disciplina contenuta nella legge del 1994 in modo conforme al dettato comunitario, sostenendo quindi l'inopponibilità della nullità ai soggetti terzi qualora non si riesca a dimostrare che gli stessi ne erano a conoscenza. In tal senso, C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, cit., p. 17 ss.; ID., *Forma societaria e diritto pubblico*, cit., p. 365 ss.; V. SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato e dagli enti pubblici*, cit., p. 773 ss.; A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, cit., p. 857 ss.

Successivamente, parte della dottrina si è espressa ritenendo “pacifica” un'interpretazione estensiva della norma *ex* legge n. 444 anche alle società di

non distinguendo tra soggetti pubblici e privati, ha di fatto permesso di concludere pacificamente in senso positivo³⁵⁷.

Successivamente, si sono sviluppate ulteriori discussioni circa la necessaria compresenza di altri due requisiti soggettivi, ai fini dell'applicazione della disciplina: innanzitutto, dovrebbe trattarsi di «persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica» che, al di là delle diverse letture prospettate in dottrina³⁵⁸, comporterebbe la

capitali, confermando tale impostazione anche a seguito della riforma del diritto societario – avvenuta ad opera del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 – che aveva fatto sorgere alcuni dubbi circa l'ipotesi di un'abrogazione implicita, per le società di capitali, delle disposizioni contenute nella legge n. 444. Invero, si è concluso nel senso della piena operatività della normativa sulla base di due argomentazioni principali: in primo luogo, il principio per cui *lex specialis posterior non derogat priori generali* impedisce di attribuire un qualsivoglia effetto abrogativo al citato decreto. In secondo luogo, l'articolo 2449, co. 3, c.c., nella sua precedente formulazione – dopo aver sancito una parificazione tra i componenti degli organi di sorveglianza ed i sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici ed i membri di nomina assembleare – precisa che «Sono salve le disposizioni delle leggi speciali».

Ciò ha dunque consentito di concludere in maniera decisiva per l'applicazione della disciplina sulla *prorogatio* negli enti pubblici alle società di capitali. Per approfondimenti, *ex multis*, cfr. G. CABRAS, cit., p. 4 ss.; D.U. SANTOSUOSSO, *I sistemi di amministrazione e controllo delle società partecipate da enti pubblici*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 137.

³⁵⁷ Sul punto V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 597 ss. L'A. ha aggiunto che, a sostegno di una simile interpretazione, milita anche il riferimento alle partecipazioni che «dà l'idea della partecipazione al capitale sociale tipica delle persone giuridiche societarie». Anche M. COSSU, *La prorogatio dell'amministratore di nomina pubblica nelle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 261 afferma che nell'ambito di applicazione della disciplina sulla *prorogatio* amministrativa rientrano certamente gli «organi delle società di capitali a prevalente partecipazione pubblica».

³⁵⁸ Sul punto, cfr. G. CABRAS, cit., p. 4 ss., secondo il quale, considerando lo scopo della norma, il requisito della partecipazione prevalente si sostanzierebbe in un «controllo di diritto», diretto ovvero indiretto, che l'art. 2359, comma 1 c.c., identifica nel caso in cui il socio «dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria»; E. GALANTI, *La proroga degli organi amministrativi*, cit., p. 857, che pone l'accento sulla presenza necessaria del requisito della prevalente partecipazione pubblica nel senso del controllo di diritto o di fatto. In materia, si segnala ancora, P. PETTITI, *Nomina, revoca e «prorogatio» degli amministratori pubblici*, cit., p. 465 ss., che citando la locuzione in commento afferma che questa «appare volersi riferire ad una partecipazione di maggioranza o totalitaria». Anche M. COSSU, *La prorogatio dell'amministratore di nomina pubblica nelle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 261, parla espressamente di società pubbliche maggioritarie.

necessaria presenza di una partecipazione azionaria pubblica comunque superiore alla metà del capitale sociale.

Inoltre, è richiesto che sia lo Stato, ovvero gli enti pubblici, a concorrere alla nomina dei relativi componenti; a tal proposito, dubbia si è presentata l'interpretazione dell'espressione «concorrono alla nomina», che ha portato la dottrina a dividersi sul suo esatto contenuto.

Nello specifico, si è andata affermando, da un lato, la possibilità che tale «concorso» possa fare riferimento esclusivamente al caso di «nomina diretta» *ex art. 2449 c.c.*, dunque «extra assembleare» e, dall'altro lato, sono emerse posizioni che hanno esteso tale normativa anche all'ipotesi di formale designazione degli amministratori all'interno degli ordinari circuiti societari.

Sotto il primo aspetto, dunque, l'orientamento di gran parte della dottrina si è attestato su un'interpretazione volta ad una sostanziale inapplicabilità della normativa in parola agli amministratori di nomina assembleare, sulla scorta del dato letterale che, nel fare riferimento al citato «concorso» nella nomina, includerebbe solo i casi in cui al socio pubblico nominante spetti uno speciale potere di designazione diretta, ovvero vincolata, indipendentemente dall'attribuzione derivante da una fonte legale³⁵⁹ ovvero statutaria³⁶⁰, anche se, com'è stato

³⁵⁹ Proprio con riferimento alla fonte legale di cui all'art. 2449 c.c. vengono in rilievo diverse questioni concernenti il più generale coordinamento tra gli articoli del Codice Civile che contengono disposizioni in materia di partecipazione pubblica e la disciplina speciale in tema di *prorogatio* degli organi amministrativi *ex l. n. 444 del 1994*, per le quali si rimanda, più diffusamente, a F. GHEZZI, M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 671 ss. L'A. infatti ha sottolineato come la riforma dell'art. 2449 c.c. se, da un lato, aveva favorito «una interpretazione in senso restrittivo dell'ampiezza dei poteri speciali dello Stato e degli enti pubblici e, dunque, dell'ingerenza di questi ultimi nella vita delle società per azioni (...))», dall'altro lato, aveva fatto sì che emergessero una serie di problemi di coordinamento con la successiva normativa emanata al fine di disciplinare i diversi aspetti inerenti la carica di amministratore di nomina pubblica

recentemente affermato, questo potrebbe non rappresentare un criterio dirimente in quanto «anche nel caso di nomina riservata il passaggio assembleare può rendersi e si rende opportuno»³⁶¹.

In altri casi, invece tale disciplina è stata ritenuta rientrante nell'alveo dell'esercizio della generale facoltà di nomina degli amministratori all'interno dei meccanismi societari ordinari – dunque,

(es. compensi, regime di incompatibilità, limiti ai rinnovi di mandato, responsabilità).

³⁶⁰ Cfr., M. COSSU, *La prorogatio dell'amministratore di nomina pubblica nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 260 ss., è favorevole ad un'interpretazione restrittiva della norma di cui si discute, affermando che la locuzione farebbe riferimento alle due fattispecie della «nomina diretta extra assembleare» e della «designazione vincolata», potendo quest'ultima avere la propria fonte nella legge (come nel caso dell'art. 2449 c.c.) ovvero in una clausola statutaria. Nel commentare la sentenza del Tribunale di Terni, 22 agosto 2011, l'A. non condivide la posizione espressa dal Collegio ma, al contrario, ribadisce chiaramente che «il coordinamento sistematico tra diritto societario e diritto pubblico *in subiecta materia* esige, perciò, che alla legislazione speciale in tema di *prorogatio* degli organi amministrativi venga data un'interpretazione restrittiva o comunque circoscritta, riservata alle due fattispecie della *nomina diretta extra assembleare* e della *designazione vincolata* (...) Deve ritenersi esclusa, invece, dall'ambito di applicazione della l. n. 444/1994 l'elezione assembleare».

La medesima impostazione è condivisa anche altra autorevole dottrina: V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali*, cit., p. 377 ss.; A. PERICU, *Sub artt. 2449-2450*, cit., p. 1302 ss., il quale sostiene che, in caso contrario, non avrebbe alcun senso che, all'interno dell'art. 2449, co. 2, c.c., si distinguesse tra gli organi di nomina pubblica e quelli «nominati dall'assemblea»; A. GUACCERO, *Alcuni spunti di tema di governance*, cit., p. 857, secondo cui l'ambito applicativo della norma in commento «(...) lascia ritenere che tale partecipazione alla nomina sia circoscritta al solo procedimento extra-assembleare di cui all'art. 2449 in società a partecipazione pubblica prevalente»; G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 159 ss.; ID., *Scritti giuridici, VII, Vario Diritto*, Padova, Cedam, 2005, p. 341 ss.; G. CABRAS, cit., p. 5 ss., secondo cui considerato che la legge n. 444, nel prevedere il requisito della partecipazione societaria pubblica (prevalente) al capitale, ha dato per presupposta la nomina, in sede assembleare, degli amministratori. L'aver ulteriormente precisato l'eventualità del «concorso» nella nomina, induce a ritenere che quest'ultimo possa di fatto rappresentare un «requisito diverso ed ulteriore, da identificarsi con la designazione di uno o più amministratori». Da ciò, deriverebbe che «La legge n. 444 si raccorda così con l'art. 2449 cod. civ., dettando disposizioni derogatorie (rispetto alla disciplina comune degli amministratori), alla duplice condizione che lo Stato o l'ente pubblico partecipino in misura prevalente al capitale della società e che essi abbiano il potere di nominare direttamente, in base a disposizione statutaria o legislativa, uno o più amministratori».

³⁶¹ Di tale avviso P. PETTITI, cit., p. 466 ss., che, in aggiunta, sostiene che «il concetto di nomina extra assembleare è di per sé incerto in quanto è ragionevole ed anzi opportuno che intervenga una delibera assembleare che ratifichi e dia conto della nomina del socio pubblico».

applicabile agli amministratori di nomina assembleare³⁶² – principalmente in ragione dell’assenza di una disposizione che statuisca in modo contrario sul punto.

Infine, vi è stato chi, nel fornire una propria interpretazione della norma, ha messo in luce come il discrimine non risieda nella fonte della nomina – assembleare ovvero extra assembleare – ma nel carattere prevalente della partecipazione pubblica verso la quale la legge n. 444, che persegue in sostanza lo scopo di eliminare i casi di proroga *sine die* delle nomine pubbliche, esplicherebbe principalmente i suoi effetti³⁶³.

Il periodo che precede l’entrata in vigore del Testo Unico risulta dunque caratterizzato da un quadro normativo dai confini parzialmente incerti all’interno del quale, alla luce delle diverse posizioni espresse in dottrina sulle questioni interpretative sollevate dalla disciplina sulla *prorogatio ex l. n. 444 del 1994*, nonché sui rapporti tra quest’ultima e la generale normativa di derivazione societaria prevista all’art. 2385 c.c., risulta assente un riferimento

³⁶² Cfr. Tribunale Terni, 22 agosto 2011, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 253 ss., con nota contraria di M. COSSU, cit. Nell’ambito della pronuncia avente ad oggetto la valutazione di legittimità dell’elezione a consigliere comunale del consigliere di amministrazione di una s.p.a. a prevalente partecipazione pubblica, il cui mandato era giunto a scadenza senza che, tuttavia, si fosse ancora proceduto al suo rinnovo, il Collegio ha ritenuto valida l’elezione sulla base, tra le altre, della considerazione per cui al caso di specie dovesse trovare applicazione non la disciplina in materia di proroga degli organi societari di cui agli artt. 2385 e 2400 c.c., ma quella speciale sulla prorogatio di cui alla legge n. 444 del 1994. Nello specifico, il Tribunale ha sostenuto che «(...) l’art. 1 della legge, là dove utilizza la locuzione “*concorrono alla nomina*”, comprenda qualsiasi forma di nomina in qualche modo riconducibile all’ente pubblico, e quindi non solo la nomina, o la designazione, extra-assembleare diretta ma anche la nomina assembleare».

³⁶³ Così si esprime P. PETTITI, cit., p. 468 ss. Secondo l’A. «La legge n. 444/94 ha ritenuto di rappresentare tutte le situazioni di nomina di organi di persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica. Per quanto si voglia interpretare la norma in modo circoscritto, ne condivisibile intento di coordinare e armonizzare il diritto pubblico con quello privato (...) dovrebbe convenirsi che la stessa è originata da un contesto che ha inteso evitare la proroga ad oltranza delle nomine pubbliche, senza distinguere tra nomine speciali e nomine di diritto comune. La circoscrizione operata dalla norma è solo quella diretta alla *prevalenza* della partecipazione».

normativo univoco in merito all'esatta applicazione della disciplina in parola agli amministratori pubblici a seconda che la nomina avvenga attraverso i canali ordinari societari ovvero in virtù di un potere speciale previsto legalmente o statutariamente.

3.2 *Significato ed ambito di applicazione alla luce del Testo Unico.*

Il decreto legislativo n. 175 del 2016 all'art. 11, comma 15, afferma testualmente che «Agli organi di amministrazione e controllo delle società *in house* si applica il decreto-legge 16 maggio 1994, n. 293, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 1994, n. 444».

Un primo dato certo ricavabile da quanto esplicitamente dichiarato dalla norma risiede nella chiara applicazione della disciplina sulla *prorogatio* degli organi amministrativi di cui alla legge n. 444 del 1994 a quella particolare tipologia di società pubblica rappresentata dalle società *in house*³⁶⁴; in altre parole, nel caso in cui l'organo amministrativo giunga a scadenza, per le società *in house*, in forza del dettato normativo di cui all'art. 11, co. 15, TUSP, si applica il termine breve della *prorogatio*, il regime della nullità degli atti compiuti, nonché tutte le altre previsioni che compongono la disciplina di cui al d.l. n. 293 del 1994.

³⁶⁴ Definite all'art. 2, lett. o), TUSP, come «le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto», alle quali il decreto ha dedicato una specifica disciplina al successivo articolo 16. Per un'analisi generale dell'istituto, alla luce delle elaborazioni giurisprudenziali, cfr., *inter alia*, C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, Jovene, 2012; R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, Giuffrè, 2008; G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house, nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2009.

A ciò si aggiunga la necessità di operare un raccordo tra la nozione di «società *in house*» contenuta nel Testo Unico con quella contenuta all'interno del Codice dei Contratti Pubblici³⁶⁵ che, all'art. 5, comma 1, lett. c), contiene quale condizione ulteriore – e più stringente rispetto a quella prevista nella legge del 1994 – l'assenza, se non per specifiche disposizioni nazionali, di partecipazioni dirette di capitali privati.

Nulla viene specificato, tuttavia con riguardo alle altre società a partecipazione pubblica; ciò conduce, ancora una volta, a procedere in via interpretativa. E proprio con riferimento a quest'ultima considerazione, nonostante, ancora una volta, la dottrina abbia avanzato alcune opzioni ricostruttive³⁶⁶, si è affermato che, in virtù del principio stabilito all'art. 1, co. 3, del Testo Unico, per le altre società, in caso di scadenza dell'organo amministrativo, queste saranno destinatarie dell'applicazione della normativa ordinaria sulla *prorogatio* così come delineata all'art. 2385, co. 2, c.c.³⁶⁷.

³⁶⁵ Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, «Attuazione delle direttive 2014/23/CE, 2014/24/CE e 2014/25/CE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché (p. 601)

³⁶⁶ Sul punto V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 600 ss. L'A., in particolare, ne ha evidenziato principalmente due: secondo una prima interpretazione, la norma contenuta al comma 15 potrebbe essere interpretata come una chiara applicazione della disciplina in commento solamente alle società *in house*, escludendo le altre società ma estendendo, al contempo, il perimetro a tutti i relativi «organi di amministrazione e controllo». Una seconda lettura, invece, porterebbe a considerare la norma in commento – già di per sé estesa alle società a prevalente partecipazione pubblica – quale conferma di una esplicita applicazione della stessa anche alle società *in house*, nonostante le molteplici peculiarità che caratterizzano tali tipologie societarie. In conclusione, l'A. sostiene che la prima interpretazione della normativa troverebbe conforto nel dato letterale della norma in quanto, se così non fosse, non si comprenderebbe l'esigenza del legislatore di menzionarle esplicitamente, atteso che esse rappresentano solo una tipologia della più ampia categoria delle società a partecipazione pubblica.

³⁶⁷ Sono di tale avviso, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., pp. 600-601; V. OCCORSIO, *La decadenza degli organi amministrativi delle società pubbliche*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di) *Le società pubbliche*, vol. I, cit., p. 500 ss.; R. RANUCCI, cit., p. 502. L'A., infatti afferma che «la scelta di limitare espressamente, alle sole società *in house*, l'applicazione della normativa

Tale considerazione si collega alla tendenza, da più parti osservata, a ricondurre il fenomeno delle società a partecipazione pubblica all'interno dell'alveo della disciplina societaria di diritto comune, circoscrivendo eventuali deroghe ai casi di stretta necessità³⁶⁸.

La circoscrizione dell'ambito di applicazione della disciplina sulla *prorogatio* speciale alle sole società *in house*, operata dal TUSP, e la conseguente applicazione della normativa sulla proroga degli organi amministrativi di diritto comune alle altre società pubbliche, trova un'ulteriore giustificazione in un secondo aspetto che merita di essere segnalato.

Il riferimento è al rapporto tra la disciplina sulla *prorogatio* così come riformulata all'art. 11, co. 15 Tusp, e quella riguardante la

amministrativistica sulla decadenza immediata degli organi, impone, sulle rime del celebre latinetto *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, di ritenere applicabili a tutte le altre società di cui all'art. 11 – e quindi, alle società a controllo pubblico diverse da quelle *in house* – il regime ordinario delle società, cui fa rinvio l'art. 1, co. 3, Tusp».

³⁶⁸ In dottrina si è assistito, soprattutto in tempi recenti, ad una sostanziale spinta verso il superamento dell'applicazione della disciplina speciale alle società a partecipazione pubblica. In tal senso V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 601 che, nell'analizzare il perimetro soggettivo di attuazione della disciplina in materia di *prorogatio*, sembra condividere una simile impostazione, supportato anche dal richiamo alle considerazioni recentemente formulate da P. PETTITI, cit., p. 469 ss., per la quale, in ultima analisi, la disciplina sulla *prorogatio* breve potrebbe ragionevolmente trovare una propria giustificazione proprio per le società *in house*, fermo restando le notevoli perplessità espresse in ordine alla tendenza a ricondurre tali soggetti ad un mero «ufficio del socio pubblico». L'Autrice, infatti, non manca di affermare che «Meglio sarebbe se la «vecchia» norma sulla *prorogatio* breve venisse semplicemente disapplicata per le società pubbliche. Nel far ciò si possono invocare diversi fondamenti. Il primo di tutti è (...) che la partecipazione pubblica non muta la natura dell'organizzazione privatistica societaria. Il secondo è che l'inquadramento privatistico è conforme alla disciplina comunitaria che non vuole distinzioni tra socie (e dunque tra amministratori nominati dai soci). Ancora, la Corte costituzionale ha più recentemente ricondotto al privato le disposizioni sulla nomina e revoca degli amministratori sottolineando che *l'intuitus personae* sotteso al rapporto di nomina degli amministratori esclude la rilevanza immediata dei principi di buon andamento e imparzialità dell'art. 97 Cost. Di nuovo, la norma speciale sulla proroga breve è nata in un contesto che è molto diverso da quello delle società private e che ne resta estraneo ad esse dal momento della nomina. Principi come quello dell'imparzialità e del buon andamento, di cui all'art. 97 Cost. non rilevano propriamente nell'ambito societario».

struttura e la composizione interna dell'organo amministrativo (art. 11, commi 2 e 3)³⁶⁹.

Tra le novità maggiormente rilevanti intervenute a seguito del Tusp, infatti, emerge certamente quella avente ad oggetto il generale obbligo di costituzione dell'organo amministrativo in termini di amministratore unico, ad eccezione della possibilità, concessa all'assemblea della società di deliberare, in determinati casi, l'amministrazione della società tramite un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri³⁷⁰, pervenendo al risultato di una netta inversione dei criteri di organizzazione sinora in vigore³⁷¹.

³⁶⁹ Come si avrà modo di approfondire nel prossimo capitolo (par.1), la disposizione contenuta all'art. 11, co. 3, Tusp in materia di organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico è stata interessata da significative modifiche apportate dal decreto correttivo n. 100 del 2017. Quest'ultimo, all'articolo 7, pur confermando il generale obbligo di adozione del modello dell'amministratore unico, consente direttamente all'assemblea della singola società di poter derogare a tale principio e, tramite l'adozione di una delibera motivata che evidenzi le specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e che tenga conto dell'esigenza di contenimento dei costi, optare per un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, ovvero ricorrere a modelli di *governance* alternativi.

³⁷⁰ Il testo precedente del comma 3, articolo 11, subordinava tale opzione organizzativa alla previa emanazione di un decreto del Presidente del Consiglio, da emanarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del Testo Unico, con l'obiettivo di definire «i criteri in base ai quali, per specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa, l'assemblea della società a controllo pubblico può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, ovvero che sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai paragrafi 5 e 6 della sezione VI-bis del capo V del titolo V del libro V del codice civile».

³⁷¹ Il riferimento è all'art. 4, commi 4 e 5 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, in cui l'opzione per l'amministratore unico si configurava come residuale. Si stabiliva, infatti, che «I consigli di amministrazione delle società di cui al comma 1 devono essere composti da non più di tre membri. È comunque consentita la nomina di un amministratore unico. 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».

Sotto tale aspetto, dunque, com'è stato recentemente affermato³⁷², è necessario non sottovalutare che l'applicazione della normativa speciale sulla *prorogatio* di cui alla legge n. 444 alle società pubbliche ad amministratore unico, potrebbe comportare gravi conseguenze agli interessi della società che, in tal caso, vedrebbe venir meno il solo rappresentante legale.

Alla luce di ciò, il Testo unico ha, dunque, circoscritto l'ambito di operatività della citata normativa alle sole società *in house*, lasciando che la decadenza degli organi amministrativi delle altre società pubbliche sia disciplinata dalla *prorogatio* di diritto comune.

4. LA REVOCA DELL'INCARICO

4.1 L'articolo 2449 c.c.: questioni rilevanti

La revoca dell'amministratore di una società a partecipazione pubblica, può essere validamente posta in essere solamente dal socio pubblico nominante, alla luce del principio enucleato al secondo comma dell'art. 2449 c.c.³⁷³.

Come si è avuto modo di evidenziare in precedenza, al pari dell'atto di nomina, anche la revoca è stata al centro di un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale³⁷⁴ volto a tratteggiare i principali elementi attinenti la peculiare natura giuridica della stessa.

L'atto di revoca pubblica, infatti, se da un lato, costituisce indubbiamente una chiara deroga alla disciplina di diritto comune in

³⁷² In tal senso cfr. R. RANUCCI, cit., p. 465.

³⁷³ Questo, infatti, recita testualmente che «Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati».

³⁷⁴ Per un approfondimento, v. capitolo II, §2.2.

materia³⁷⁵, anche in virtù dell'uguaglianza, espressamente sancita, di tutti gli amministratori della società, a prescindere dalle modalità di nomina pubblica ovvero assembleare³⁷⁶, dall'altro lato, non può che

³⁷⁵ Lo stesso V. SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato e dagli enti pubblici*, cit., p. 773, con riferimento all'art. 2458 c.c. (ora, 2449) aveva già avuto modo di sottolineare che tale disposizione «deroga sia alla regola secondo cui le nomine degli amministratori e dei sindaci devono essere fatte dall'assemblea dei soci con la maggioranza dei voti che in essa viene formata, sia alla regola secondo cui l'assemblea è il solo organo che conferisce l'investitura alle persone da proporre all'organo amministrativo ed a quello sindacale».

Dal canto suo, P. PETTITI, cit., p. 460, rintraccia il significato della deroga espressa all'art. 2449 c.c. «nella rilevanza dell'attività sociale per il socio pubblico», tuttavia, aggiunge che questa, nei fatti, «è funzionale e strumentale all'interesse principale della partecipazione, secondo l'attività sociale e lo scopo individuati e determinati che rende l'interesse pubblico e quello privato coincidenti nella programmazione associativa».

Peraltro, A. PERICU, cit., p.1300 ss., aveva affermato che la disposizione contenuta all'interno dell'art. 2449 c.c. avesse in sostanza una finalità esclusivamente organizzativa, in quanto volta a garantire che all'interno della società partecipata venisse adeguatamente rappresentato l'interesse pubblico.

R. RORDORF, *Le società «pubbliche» nel codice civile*, cit., p. 429, conferma la “specialità” della disciplina degli atti di nomina e revoca pubblica, affermando che la prima «(...) 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 (...)», mentre la seconda, per altro verso, «(...) vale a sottrarre all'assemblea il corrispondente potere che altrimenti ad essa farebbe capo».

³⁷⁶ Il principio di uguaglianza previsto al terzo comma dell'articolo 2449 c.c. aveva dato adito a diverse interpretazioni in dottrina. Al riguardo, V. SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato e dagli enti pubblici*, cit., p. 774, ha espresso la propria posizione: «Il terzo comma (...) deve essere inteso, non nel senso che le predette persone (*gli amministratori nominati dallo Stato o da altri enti pubblici*, n.d.A.) hanno sempre gli stessi diritti e obblighi qualunque sia il procedimento della loro nomina (interno o esterno alla società), ma in quello secondo cui le persone scelte dall'ente pubblico hanno gli stessi diritti ed obblighi di quelle espresse dall'assemblea per mezzo delle originarie maggioranze. I due commi appaiono evidentemente fra di loro collegati, perché il contenuto del terzo, a mio giudizio, rappresenta un limite al potere previsto nel secondo».

Altra parte della dottrina, invece, sottolinea i pericoli ai quali si andrebbe in contro nel caso in cui tale principio non fosse rispettato. Al riguardo, infatti, P. PETTITI, cit., p. 461, osserva che «(...) una disparità di trattamento instaurerebbe posizioni di favore verso gli amministratori pubblici che non sarebbe giustificata da alcun interesse specifico, atteso che l'interesse collettivo rappresentato dal socio pubblico è soddisfatto dalla riserva di nomina. E ancora, ingenererebbe una disparità contraria al principio di parità di trattamento degli azionisti e sarebbe anch'essa contraria al disposto dell'art. 56 del Trattato CE che vieta qualsivoglia ostacolo, in senso generale, agli investimenti degli Stati membri».

rappresentare il necessario corollario dell'atto di nomina pubblica, pena l'utilità stessa della previsione³⁷⁷.

Riprendendo sommariamente le considerazioni svolte in merito alla nomina pubblica, anche rispetto all'atto di revoca dell'amministratore da parte dell'ente pubblico nominante la dottrina, nel tentativo di fornire un qualche sistematico inquadramento al tema³⁷⁸, in un primo momento si era orientata verso una prospettiva "pubblicistica"³⁷⁹, ritenendo tale atto sostanzialmente l'estrinsecazione di un potere autoritativo³⁸⁰.

³⁷⁷ In questo senso R. RANUCCI, *op. cit.*, p. 459 che, sul punto, afferma: «Invero, la scissione del potere di nomina dalla facoltà di revoca avrebbe, di fatto, annullato l'utilità del primo, potendo essere la nomina pubblica *contraddetta* dall'eventuale socio *privato* in assemblea».

Anche R. RORDORF, *Le società «pubbliche» nel codice civile*, cit., p. 429, si esprime in modo conforme sul punto: «La potestà di revoca che il legislatore ha inteso riservare allo Stato o all'ente pubblico costituisce, palesemente, il rovescio della potestà di nomina spettante ai medesimi soggetti; (...)».

³⁷⁸ In tema cfr., *inter alia*, D.U. SANTOSUOSSO, *I sistemi di amministrazione e controllo delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 133 che, proprio con riferimento alla questione dei sistemi di amministrazione e controllo, sottolinea come sia inevitabile che questo risenta delle «distinzioni di prospettiva (...) sul rapporto degli interessi pubblici e privati, e sulla nozione di interesse sociale», anche alla luce del fatto che «Non appare in discussione invero il riconoscimento che sia il legislatore sia la giurisprudenza interna e comunitaria sulle società a partecipazione pubblica hanno riservato ad entrambi gli ordini di interessi, pubblici e privati. Né può negarsi che la composizione di tali interessi non sia omogenea, articolandosi invece a causa della frammentazione delle fattispecie che risultano via via rilevanti per il legislatore».

³⁷⁹ Cfr., per tutti, A. ROSSI, *Profili giuridici delle società a partecipazione statale*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 123 ss.; F. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore*, cit., p. 271 ss.; P. ABBADESSA, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi e ipotesi)*, cit., p. 371; V. OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblicistici della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2, 1960, p. 105 ss.

³⁸⁰ In aggiunta alla bibliografia citata nei paragrafi precedenti, con riferimento alle considerazioni svolte sull'atto di nomina pubblica diretta, v. G.A. SALA, *La società «pubblica» locale tra diritto privato e diritto amministrativo*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo. Atti del Convegno, Padova, 8 giugno 2007*, Padova, Cedam, 2008, p. 9 ss., il quale analizza e ricostruisce le diverse posizioni espresse dalla dottrina che hanno considerato il potere di revoca da parte del socio pubblico quale esercizio di un potere amministrativo.

Al riguardo, Cass., sentenza 15 luglio 1982, n. 4139 cit. che, di fronte al caso di revoca di amministratore di una società a totale partecipazione pubblica, ha negato il risarcimento in quanto la revoca era stata disposta ai sensi degli artt. 2458-

Ne discendono, quindi, alcune conseguenze e sul piano giurisdizionale e su quello più propriamente interpretativo della norma: *in primis*, la parallela affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo in merito alla cognizione sulla legittimità dell'atto di revoca³⁸¹.

In secondo luogo, l'inapplicabilità della disciplina di diritto comune in materia di revoca dall'incarico gestorio³⁸², rispetto alla

2459 c.c. (oggi, 2449-2450 c.c.), considerato dalla stessa Corte quale atto amministrativo e, per ciò, non sindacabile dinanzi alla giurisdizione ordinaria. In particolare, essa ha affermato che non vi sono dubbi sul fatto che gli atti di nomina e di revoca pubblica abbiano natura di atto amministrativo, in quanto essi promanano da un soggetto pubblico che, nell'esercizio dei propri poteri, decide di utilizzare tali strumenti per il raggiungimento dei fini pubblicistici legislativamente attribuitigli.

Peraltro F. BONELLI, cit., con nota critica, ha sollevato alcune perplessità sull'impostazione seguita dalla Corte, sulla base del valore e del significato da attribuire al terzo comma dell'articolo 2458 (oggi 2449) c.c., principalmente sulla base della considerazione per cui «il risultato cui perviene la Cassazione, che è quello di escludere il controllo dell'autorità giudiziaria ordinaria sull'esistenza di una giusta causa nella revoca *ex* artt. 2458-2459 c.c., contrasti con l'esigenza, oggi particolarmente sentita, di chiarezza nelle motivazioni e nelle scelte effettuate dagli enti pubblici in materia di nomine e revoche degli amministratori». L'A. aggiunge, inoltre, che la stessa decisione sembra essere discutibile anche sotto un profilo "tecnico", in quanto rispetto agli amministratori di nomina pubblica, è invece necessario distinguere due piani di analisi: il primo riguarda la loro posizione nei confronti dell'ente pubblico nominante, disciplinata dal diritto pubblico; il secondo attiene alla loro posizione nei confronti della società, in qualità di componenti dell'organo amministrativo, regolata dalle norme civilistiche.

Rispetto a tale ricostruzione, l'A. afferma la necessità che le due discipline coesistano e, nel caso in cui, «l'atto amministrativo di revoca sia *legittimo*, la società (...) non può che «prendere atto» o «deliberare» in conformità a tale atto di revoca (...). L'amministratore, per parte sua, potrà però chiedere i danni ove la revoca sia senza giusta causa (...); si tratta pertanto di una domanda che lungi dall'incidere o dall'interferire con l'atto amministrativo di revoca, non fa che esserne la logica conseguenza sul piano privatistico di amministrazione». Sulla scorta di tale ragionamento, l'A. conclude affermando che «La competenza a conoscere questa controversia è dell'autorità giudiziaria, in quanto si tratta esclusivamente di far valere una disciplina privatistica, che non tocca, ed anzi presuppone, la legittimità dell'atto (amministrativo) di revoca».

³⁸¹ Cfr. App. Milano 18 maggio 2001, cit.; Cass., sentenza 15 luglio 1982, n. 4139, cit.

³⁸² Il riferimento è all'articolo 2383 c.c. (*Nomina e revoca degli amministratori*), a norma del quale «1. La nomina degli amministratori spetta all'assemblea, fatta eccezione per i primi amministratori, che sono nominati nell'atto costitutivo, e salvo il disposto degli articoli 2351, 2449 e 2450. 2. Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi, e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo

quale gli amministratori di nomina pubblica destinatari di un atto di revoca si troverebbero, dunque, in una posizione nettamente diversa e, per alcuni versi, di “soggezione” di fronte alle direttive impartite dall’ente pubblico nominante³⁸³.

A ciò si aggiunga, la possibilità per l’ente pubblico di decidere, in modo del tutto discrezionale, in merito all’eventuale emanazione dell’atto di revoca che, qualora fosse successivamente giudicato illegittimo dal giudice amministrativo, comporterebbe, a differenza di quanto stabilito all’art. 2383 c.c.³⁸⁴, il reintegro dell’amministratore all’interno della società.

esercizio della loro carica. 3. Gli amministratori sono rieleggibili, salvo diversa disposizione dello statuto, e sono revocabili dall'assemblea in qualunque tempo, anche se nominati nell'atto costitutivo, salvo il diritto dell'amministratore al risarcimento dei danni, se la revoca avviene senza giusta causa. 4. Entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina gli amministratori devono chiederne l'iscrizione nel registro delle imprese indicando per ciascuno di essi il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza, nonché a quali tra essi è attribuita la rappresentanza della società, precisando se disgiuntamente o congiuntamente. 5. Le cause di nullità o di annullabilità della nomina degli amministratori che hanno la rappresentanza della società non sono opponibili ai terzi dopo l'adempimento della pubblicità di cui al quarto comma, salvo che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza».

Tale inapplicabilità, del resto, era stata confermata anche dalla giurisprudenza. Sul punto, cfr. Cass., sentenza 15 luglio 1982, n. 4139 cit., secondo cui «(...) Poiché la revoca dell’amministratore è atto promanante dall’ente pubblico (...), esso, come tale, non è riferibile alla società privata (...), la quale è solo tenuta a riconoscerne gli effetti, per cui non è applicabile l’art. 2383 c.c., il quale ha come presupposto una delibera di revoca da parte dell’assemblea della società. (...). Inoltre può osservarsi che, essendo la revoca degli amministratori, nel caso in esame, di spettanza dell’ente pubblico (...) ed avendo natura di atto amministrativo discrezionale, non può con riferimento alla natura del medesimo, farsi applicazione dell’art. 2383 c.c., in quanto la giusta causa ivi considerata va valutata con riguardo ai fini privatistici perseguiti dalla società privata, mentre la revoca disposta con atto amministrativo trova fondamento in interessi pubblicistici che superano quelli della società e che sono insindacabili dal giudice ordinario: la valutazione della giusta causa da parte del medesimo costituirebbe un sindacato di un’attività discrezionale della P.A.».

³⁸³ Sul punto, R. RANUCCI, *cit.*, p. 459, parla addirittura di un «obbligo di fedeltà degli amministratori sociali al socio pubblico, in quanto la giusta causa della revoca risultava essere slegata dai fini privatistici perseguiti dalla società».

³⁸⁴ Il terzo comma dell’articolo 2383 c.c. stabilisce che gli amministratori revocati senza giusta causa hanno diritto al risarcimento dei danni. La differenza con quanto prospettato nel caso di reintegro degli amministratori di nomina pubblica, aveva condotto parte della dottrina, specie quella più risalente, ad evidenziare alcuni

Successivamente, sono andate affermandosi posizioni del tutto diverse, volte a concepire la revoca dell'amministratore pubblico come il risultato dell'esercizio di un potere "privatistico", nella convinzione che il socio pubblico, seppur portatore di interessi generali, avendo optato per l'utilizzo dello strumento societario per la gestione e la tutela degli stessi, agisca all'interno di tale contesto non «*jure imperii*», ma «*uti socius*»³⁸⁵.

Di qui, l'applicazione della disciplina *ex art.* 2383 c.c. e la conseguente impugnabilità dell'atto di revoca, in assenza di giusta causa, dinanzi al giudice ordinario ai fini del risarcimento danni, al pari di quanto accade nel caso degli amministratori di nomina assembleare, nel presupposto del principio di uguaglianza nei diritti e negli obblighi espressamente sancito dal secondo comma dell'articolo 2449 c.c.³⁸⁶.

dubbi, circa il grado di compatibilità tra le due diverse prospettive, soprattutto alla luce della preoccupazione che, in simili casi, non troverebbe adeguata tutela l'interesse della società. Sul punto cfr., *infra* § 4.2

³⁸⁵ Secondo R. RORDORF, *Le società «pubbliche» nel codice civile*, cit., p. 427, nel momento si opta per l'utilizzo dello strumento societario allo scopo di perseguire un interesse generale ritenuto rilevante, «(...) l'agire dello Stato e degli altri enti pubblici, lungi dall'imporre una 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 (...)». Inoltre, l'A. prosegue aggiungendo che, ad ogni modo, è necessario considerare che il soggetto pubblico opera «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» (p. 429).

Del resto, anche nella dottrina più risalente si rintracciano autorevoli posizioni che hanno confermato che, salvo espresse deroghe stabilite dal legislatore, le società pubbliche sono soggette alle medesime regole giuridiche delle altre società. Al riguardo, per tutti, cfr. R. RAVÀ, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 340 ss., che osserva come «(...) si deve riconoscere che l'ente pubblico nel divenire fondatore e azionista di una società (...) ha voluto spogliarsi, per ragioni varie, di quella posizione di supremazia indubbiamente inerente alla sua qualità di persona giuridica pubblica, ma che tuttavia non esclude delle sue manifestazioni *iure privatorum*. È quindi avvenuto che in un campo a priori pubblicistico, quale è quello dell'intervento degli enti pubblici in materia economica, è stato adottato integralmente un istituto di diritto privato».

³⁸⁶ P. PETTITI, cit., p. 458 sottolinea, infatti, che «La circostanza che la norma di favore abbia comunque previsto che gli amministratori siano soggetti alle stesse

Tuttavia, questa seconda ricostruzione porta con sé la questione relativa all'imputazione soggettiva dell'obbligazione risarcitoria.

In altri termini, di fronte al caso in cui si sia in presenza di un atto di revoca che manchi di giusta causa in senso societario, che legittimi la revoca dell'amministratore ma che, dal punto di vista del diritto amministrativo, sia invece un atto invalido ovvero valido e giustificato dall'obiettivo di perseguire un determinato interesse pubblico³⁸⁷, la dottrina si è interrogata sul soggetto responsabile della materiale erogazione di quanto spettante all'amministratore a titolo di risarcimento per il danno derivante dall'ingiustificata revoca.

Sul punto, secondo una prima tesi, peraltro attualmente maggioritaria, sarebbe la società il soggetto ad essere tenuto al ristoro del danno subito dall'amministratore revocato dal socio pubblico, sulla base sostanzialmente di due argomentazioni: da un lato, la parità nei diritti e negli obblighi con gli amministratori di nomina assembleare di cui all'art. 2449, co. 2, c.c.³⁸⁸, dall'altro lato, il fatto

regole, *ai diritti e agli obblighi* degli altri amministratori non riservati evidenzia la prevalenza del rapporto privatistico e la relazione amministratore-società-terzi, su quella amministratore-socio pubblico. E sarebbe difficile immaginare una conclusione diversa davanti ad una norma tanto chiara. La facoltà attribuita al socio pubblico è sostitutiva di una generale competenza assembleare e trova giustificazione nella particolarità del socio, ma resta una potestà di diritto privato».

Peraltro, V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, cit., p. 381, nel porsi l'interrogativo sull'esistenza del diritto, per gli amministratori di nomina pubblica, al risarcimento dei danni, aveva concluso agevolmente in senso positivo sulla base dell'equiparazione degli amministratori, a prescindere dalle modalità di nomina, operata proprio dal secondo comma dell'articolo 2449 c.c.

³⁸⁷ L'ipotesi di cui trattasi è stata autorevolmente prospettata da A. PERICU, *Sub artt. 2449-2450*, cit., p. 1291 ss.

³⁸⁸ Per una puntuale ricostruzione del ragionamento, v. V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, cit., p. 387 ss., secondo il quale sarebbe proprio questa norma a rappresentare un dato decisivo. Secondo l'A., «Sarebbe ingiustificato ed arbitrario, difatti, trascurare la portata ermeneutica del disposto di cui al 2° comma, 2° periodo, dell'art. 2449 (...), ove il legislatore, avendo introdotto una deroga di non poco conto a un principio generale dell'ordinamento societario, quale quello della competenza assembleare in punto di

che, seppur l'atto in questione sia stato emanato dal socio pubblico, questo assume comunque una rilevanza all'interno della società, come se fosse stato approvato dalla stessa assemblea³⁸⁹.

Un altro orientamento, invece, nega l'esistenza di un simile onere gravante sulla società, sulla base del ragionamento per cui le conseguenze derivanti da un atto di revoca ingiustificato, posto in essere dall'ente pubblico, non dovrebbero ricadere su soggetto diverso (la società)³⁹⁰.

nomina e di revoca degli organi sociali, ha nel contempo inteso precisare, a scanso di equivoci, che nessuna conseguenza può, da ciò solo, derivare sulla posizione giuridica complessiva (diritti e obblighi) dell'amministratore così nominato e revocato. È la società, dunque, nella considerazione legislativa, e non già l'amministratore, ad essere sottoposta ad una regolamentazione di diritto speciale».

In senso conforme, cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 144 ss.; G. CASELLI, cit., p. 50 ss., che giungono alle medesime conclusioni partendo dall'irrelevanza della fonte della nomina e della revoca in quanto, in ogni caso, l'amministratore assume l'impegno a prestare le proprie mansioni esclusivamente nei confronti della società.

³⁸⁹ Sul punto cfr. F. BONELLI, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, cit., p. 513, afferma chiaramente che «la circostanza che il rapporto di amministrazione venga meno in conseguenza di un atto di un terzo (l'ente pubblico), e sia invece la società a dovere risarcire il danno se manca una giusta causa, non deve stupire: e ciò non tanto perché si debba considerare l'ente pubblico come un "organo della società", ma perché è la stessa legge che prevede che la revoca disposta dall'ente pubblico incide sulla struttura interna della società, cioè sul rapporto privatistico tra la società e l'amministratore (...); insomma è la stessa legge che dichiara che un atto di un terzo produce effetti (e quindi effetti risarcitori, se ne esistono gli estremi) nella sfera giuridica della società».

Dal canto suo, G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 46 ss., afferma invece che «la verità è che lo Stato o l'ente pubblico, quando esercitano il potere di revoca, si pongono come *organi della società*». Rispetto, poi, alle conseguenze che produce la norma in termini di "traslazione" della responsabilità risarcitoria, si era espresso nei seguenti termini: «lo Stato o l'ente pubblico revoca (senza giusta causa), e la società paga».

³⁹⁰ La posizione espressa parte dalla constatazione per cui l'atto di revoca è posto in essere dall'ente pubblico socio che, nei fatti, è un soggetto diverso dalla società che sarebbe chiamata al pagamento a titolo di risarcimento dei danni. Per un'analisi più approfondita delle argomentazioni ad essa correlate cfr., *inter alia*, M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, cit., p. 452 ss.; M.T. CIRENEI, *Osservazioni in tema di revoca dell'amministratore nominato da ente pubblico*, cit., p. 49 ss.; G. FERRI, cit., p. 703 ss.

Tuttavia, essendo stata dimostrata, da altra parte della dottrina, la sussistenza di una «responsabilità deliberativa del socio»³⁹¹, si potrebbe sicuramente arrivare ad immaginare, in un'ottica intermedia, anche una responsabilità in regresso del socio pubblico che, nei casi di assenza di giusta causa, crei un danno alla società tenuta a risarcire l'amministratore revocato.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, sembra che, nonostante i dubbi legati all'individuazione del soggetto legittimato al risarcimento, si debba riconoscere la rilevanza della tesi basata sull'applicazione della disciplina civilistica anche nei casi di revoca dell'amministratore di nomina pubblica³⁹² salvo, in aggiunta, la prospettata possibilità per la società di agire in regresso nei confronti del socio pubblico che abbia emanato la revoca in assenza di una giusta causa³⁹³.

³⁹¹ Per la ricostruzione del ragionamento cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, Giappichelli, 2004.

³⁹² Lo stesso R. RORDORF, *Le società «pubbliche» nel codice civile*, cit., p. 429, evidenzia che nonostante la tesi dell'applicazione della disciplina civilistica anche alla revoca dell'amministratore di nomina pubblica, porti con sé difficoltà legate ad una chiara indicazione del soggetto nei confronti del quale rivolgere la propria pretesa risarcitoria, tuttavia questa «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 ed indipendenza».

³⁹³ Così ragiona anche A. GUACCERO, *Le limitazioni della libertà decisionale dell'organo rappresentativo delle istanze «proprietarie» nelle società a partecipazione pubblica*, in C. BRESCIA MORRA, G. MEO, A. NUZZO (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, cit., p. 421 ss., sulla base della considerazione per cui «L'oramai acclarata natura privatistica di nomina e di revoca dei componenti degli organi societari porta a concludere che la dinamica societaria prevalga sugli interessi eventualmente difformi perseguiti dal soggetto pubblico socio, il quale (...) in tanto esercita il potere di nomina e revoca in quanto è socio e il suo potere è proporzionale alla posizione di socio (...), dovendosi quindi ritenere che la mancanza di giusta causa sia di per sé fonte di risarcimento del danno a carico della società e, in regresso, del socio pubblico».

4.2 Amministratore pubblico e giusta causa di revoca dell'incarico

Secondo quanto stabilito dalla disciplina societaria di diritto comune (art. 2383 c.c.), l'assemblea può procedere in ogni momento alla revoca degli amministratori salvo il diritto, per l'amministratore revocato senza giusta causa, di ottenere il risarcimento dei danni.

In base ad un orientamento giurisprudenziale oramai consolidato³⁹⁴, la nozione di "giusta causa" può essere distinta in due tipologie, "oggettiva" e "soggettiva"³⁹⁵.

La giusta causa "oggettiva" si rinviene nel caso in cui l'amministratore ponga in essere alcuni comportamenti che, pur non integrando alcun inadempimento, sono tuttavia suscettibili di indicare l'assenza di quei requisiti di diligenza, capacità ed avvedutezza professionale, imprescindibili per lo svolgimento dell'incarico³⁹⁶ e che, dunque, non ne consentono la prosecuzione.

³⁹⁴ Cfr. Cass., sez. I, 12 settembre 2008, n. 23557 in *Foro. it.*, 2009, I, p. 1525 ss., che, in tema di revoca dell'amministratore di società, ha affermato come «la giusta causa può essere sia soggettiva che oggettiva, purché si tratti di circostanze o fatti sopravvenuti idonei ad influire negativamente sulla prosecuzione del rapporto; nel secondo caso, essa consiste in situazioni estranee alla persona dell'amministratore, quindi non integranti un suo inadempimento e sempre che ricorra un *quid pluris*, cioè l'esistenza di situazioni tali da elidere il citato affidamento; ne consegue che le mere ragioni di convenienza economica adottate dalla società, con il richiamo alle perdite subite ed al fine di giustificare la modificazione dell'organo amministrativo da collegiale a monocratico invocando un risparmio di spesa, non integrano la nozione di giusta causa, discendendone così il diritto al risarcimento del danno *ex art. 2383, comma 3, c.c.*».

³⁹⁵ Per approfondimenti sulla casistica in materia di giusta causa "oggettiva" e "soggettiva" cfr. C. CONFORTI, *Nomina e revoca degli amministratori di società*, Milano, Giuffrè, 2007.

³⁹⁶ In tal senso, *ex multis*, Cass. 14 maggio 2012, n. 7425, in *Soc.* 2013, p. 386 ss., con nota di D. CARMINATI, *Revoca degli amministratori per giusta causa e validità della delibera di nomina di nuovi amministratori*, che nel dar conto della distinzione, sottolinea come la giurisprudenza abbia incontrato maggiori difficoltà nell'enucleazione del concetto di causa di revoca "oggettiva", finendo con il «ricomprendere in tale concetto anche quelle circostanze, quali, ad esempio, la pendenza di un procedimento giudiziale tra l'amministratore e la società vertente sulla legittimità del suo licenziamento da dipendente della stessa, che, al di fuori di un inadempimento specifico dell'amministratore agli obblighi di legge o dello statuto, non consentono la prosecuzione, in quanto tali da minare il "*pactum*

La giusta causa “soggettiva”, invece, sorge nel caso in cui i comportamenti posti in essere dall’amministrazione, ed a questo direttamente imputabili, rappresentino uno specifico inadempimento delle obbligazioni nascenti dalla legge ovvero dallo statuto e siano concretamente suscettibili di compromettere il rapporto che sottende al conferimento dello stesso incarico³⁹⁷.

Nel caso di amministratore di società pubblica nominato direttamente dal socio pubblico si pone il problema di individuare la relativa disciplina applicabile nell’ipotesi in cui egli sia revocato dal proprio incarico in assenza di giusta causa, soprattutto alla luce della questione attinente al delicato equilibrio fra la tutela degli interessi sociali e quella degli interessi espressi dal socio pubblico, che sorge proprio con riferimento a tali amministratori³⁹⁸.

fiduciae”». Cfr. anche Trib. Milano 16 ottobre 2012, in Banca Dati Juris Data Giuffrè; Cass. 5 agosto 2005, n. 16526, in *Foro it.*, Rep., 2005, voce *Appello civile* n. 91; Cass. civ. 21 novembre 1998, n. 11801, in *Giur. it.*, 1999, p. 562 ss.; App. Milano 30 aprile 1991, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 95 ss.

³⁹⁷ Si tratta, in generale, di inadempimenti riferibili sia ad obblighi generici come, ad esempio, gli obblighi di diligenza e quelli consistenti nel divieto di compiere atti che si pongano in una situazione di conflitto di interessi ovvero che siano estranei all’oggetto sociale, sia riconducibili ad obblighi specifici (convocazione dell’assemblea nei casi previsti dalla legge; mancata esecuzione di delibere assembleari; omessa impugnazione di delibere invalide; obbligo di redazione e presentazione del bilancio). Dal canto suo, la giurisprudenza ha specificato che la sussistenza della giusta causa di revoca non è legata a semplici incomprensioni e dissidi intercorrenti tra i soci o il consiglio di amministrazione e l’amministratore ma, al contrario, è necessario che la condotta posta in essere da quest’ultimo integri una palese violazione degli obblighi discendenti dalla legge ovvero dallo statuto. Per ogni ulteriore approfondimento cfr., *inter alia*, Trib. Roma 4 dicembre 1995, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 1819 ss.; Trib. Udine 13 giugno 1994, in *Soc.*, 1995, p. 98 ss.;

³⁹⁸ Vi è stato chi ha ravvisato, infatti, l’esistenza di un elemento carattere fiduciario del rapporto che lega l’amministratore di nomina pubblica diretta ed il socio pubblico, arrivando quasi a configurare un “interesse pubblico nella società”. Sul punto cfr. R. ARRIGONI, *Responsabilità “amministrativa” e società pubbliche*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 634. L’A., al riguardo, precisa che «(...) un aspetto da non trascurare è quel particolare rapporto di natura fiduciaria che lega l’amministratore al socio pubblico che l’ha nominato. Ora, l’atto di nomina, cui corrisponde il potere di revoca, concretizza una scelta cui è difficile negare la natura di incarico di rilevanza pubblica, il quale (...) è anche suscettibile di configurare un interesse pubblico *nella* società e non solo *alla* società, (...), è ciò indipendentemente dalle

Come evidenziato nei precedenti paragrafi, l'incerta natura giuridica dell'atto di revoca (così come dell'atto di nomina) aveva condotto la dottrina, in un primo momento, a qualificarlo alla stregua di un atto amministrativo concludendo, di conseguenza, per la non applicabilità dell'articolo 2383 c.c., nella convinzione che la revoca disposta dal socio pubblico fosse insindacabile dal giudice amministrativo, perché fondata su interessi esclusivamente pubblicistici³⁹⁹ che, per ciò stesso, non potevano essere tutelati tramite l'applicazione della disciplina civilistica.

Di qui, la facoltà, per l'amministratore di nomina pubblica revocato senza giusta causa, di impugnare la revoca dinanzi al giudice amministrativo e, in caso di illegittimità, ottenere la reintegra alla carica.

Tuttavia, un sistema come quello testè delineato si pone in evidente contrasto con quanto affermato all'articolo 2383, co. 3, c.c. che, in caso di revoca senza giusta causa, prevede solamente una tutela di tipo risarcitorio, e non anche il diritto alla reintegrazione.

diverse tesi riguardo alla natura provvedimentoale o negoziale dell'atto di nomina e della connessa previsione statutaria».

Secondo la posizione espressa da R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, p. 747 ss., nell'ambito dell'analisi delle posizioni espresse dalla dottrina sul rapporto tra l'ente pubblico socio e l'amministratore nominato, sostiene che l'opzione maggiormente condivisibile risulti quella che, coniugando entrambe le prospettive, delinea «una fattispecie complessa, nella quale il momento pubblicistico di preposizione allo svolgimento di un compito e il momento privatistico della investitura nell'ufficio di amministratore sono strettamente connessi e correlati». In altri termini, secondo l'A. si tratterebbe di «un particolare procedimento misto», nell'ambito del quale, tuttavia, il momento pubblicistico «non si esaurisce semplicemente nella nomina, ma permea l'intero rapporto che lega l'amministratore all'ente pubblico nominante».

³⁹⁹ App. Milano 18 maggio 2001, con nota di S. AMBROSINI, cit., p. 123 ss., ad avviso del quale «suscita qualche perplessità la tesi, pur autorevolmente propugnata, secondo cui l'azionista pubblico agisce *iure privatorum* nel momento in cui procede alla designazione degli organi sociali (...)». L'A. infatti, ritiene che una simile interpretazione ridurrebbe ingiustificatamente la portata della deroga alla disciplina di diritto comune contenuta all'articolo 2449 c.c., «(...) sicché sembra plausibile che lo speciale potere di nomina sia stato attribuito (...) in ragione della qualità di ente pubblico autoritativo del soggetto titolare, che agisce sempre come tale, indipendentemente dal fatto di rivestire o meno la qualifica di socio».

Secondo, infatti, un orientamento sviluppatosi successivamente, ed attualmente maggioritario, l'atto di revoca deve considerarsi quale risultato dell'esercizio di un potere privatistico⁴⁰⁰ e, dunque, soggetto alla disciplina di diritto comune, anche alla luce della irrilevanza della partecipazione pubblica alla società, che di fatto non ne muta la natura⁴⁰¹, potendo conseguentemente prospettarsi una

⁴⁰⁰ Sul tema cfr. anche L. IMPARATO, *La revoca degli amministratori pubblici. Nota a sentenza n. 7063/2013 resa dal Tribunale di Napoli*, in *Gazz. For.*, nov.-dic. 2013, p. 37 ss. L'A., con riferimento agli atti di nomina e di revoca degli amministratori da parte del socio pubblico, ribadisce che questi perseguono certamente un fine pubblico, ma rimangono comunque atti societari in quanto sono l'espressione di una «prerogativa squisitamente privatistica e non certo di un potere pubblicistico».

È utile segnalare che anche una certa parte della giurisprudenza amministrativa ha confermato la natura privatistica dei provvedimenti di nomina e di revoca. Per tutti, cfr. Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2003, n. 708, in *Foro amm.-Cons. St.*, 2003, p. 582, secondo cui, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, e non in quella del giudice amministrativo, la controversia riguardante l'impugnazione di un'ordinanza mediante la quale il Sindaco ha proceduto con la revoca dell'incarico di amministratore di una società a totale partecipazione del Comune di Verona, affidataria di pubblico servizio. Nel medesimo senso, Cons. St., sez. V, 13 giugno 2003, n. 3346, *ivi*, p. 1984. Riferimenti alle citate sentenze sono contenuti anche in G. DE MARZO, F. DE SANTIS, *Codice dei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, p. 411.

Anche TAR Calabria, sez. II, 10 novembre 2006, n. 1984, in *Corr. merito*, 2007, p. 665, con nota di L. CRISARI, *Giurisdizione del G.O. e società per azioni a partecipazione pubblica*, si è pronunciato in senso conforme, negando l'impugnabilità davanti al giudice amministrativo, dell'atto di revoca dell'amministratore di una società per azioni a partecipazione regionale. I principali contenuti della sentenza sono contenuti in M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 110, in particolare nota 39.

Tale impostazione è stata, peraltro, confermata da una recentissima ordinanza della Cassazione, 18 luglio 2017, n. 17705, in *cortedicassazione.it*, che, pronunciandosi in merito alla giurisdizione sugli atti di revoca degli amministratori delle società partecipate, ha ribadito come l'orientamento delle Sezioni Unite sia costante e fermo nel ritenere che le controversie relative a tali atti appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario trattandosi di un atto tipico espressivo dell'autonomia privata.

⁴⁰¹ Cass., S.U., 15 aprile 2005, n. 7799, *cit.*, in cui è espressamente affermato che «la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne possiede, in tutto o in parte, le azioni: il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia».

tutela ordinaria al risarcimento dei danni per l'amministratore di nomina pubblica ingiustamente revocato⁴⁰².

Dunque, al pari di quanto accade nel caso di revoca dell'amministratore di nomina assembleare⁴⁰³, anche il potere di revoca dell'amministratore da parte del socio pubblico incontra il proprio limite in quanto stabilito dal terzo comma dell'articolo 2383 c.c. che, in caso di assenza di giusta causa, accorda la facoltà di agire in giudizio ed ottenere il risarcimento dei danni⁴⁰⁴.

⁴⁰² Cfr. Cass., SS.UU., 23 gennaio 2015, n. 1237, cit. che, sul tema, ha ribadito come «In tema di società per 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 giurisprudenza 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. 135 (oggi abrogata e sostituita dall'art. 1, co. 3, del decreto n. 175 del 2016, n.d.A.)».

⁴⁰³ Sul punto V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 586 afferma che «Del resto, che anche agli amministratori, ai sindaci e ai consiglieri di sorveglianza di nomina pubblica diretta debba essere riconosciuto, in caso di revoca senza giusta causa, il diritto al risarcimento dei danni sofferti è ricavabile anche dalla piena equiparazione operata dall'art. 2449, comma 2, 2° periodo, c.c., testualmente riferita ai *diritti*, oltre che agli obblighi inerenti alle funzioni esercitate; e sarebbe arbitrario, pertanto ritenervi sottratto il *diritto*, al risarcimento dei danni che gli artt. 2383, comma 3, e 2409-*duodecies*, comma 5, c.c. attribuiscono, rispettivamente, all'amministratore o al consigliere di sorveglianza revocati senza giusta causa e che, pur in mancanza di un'indicazione normativa espressa, è unanimemente riconosciuto, alle medesime condizioni, anche in favore dei sindaci».

Nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass., SS.UU., 23 gennaio 2015, n. 1237, cit. «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».

⁴⁰⁴ Una circostanza simile è prevista anche per i sindaci di nomina pubblica che, secondo quanto stabilito dal secondo comma dell'articolo 2400 c.c. «(...) possono essere revocati solo per giusta causa. La deliberazione di revoca deve essere approvata con decreto dal tribunale, sentito l'interessato». Il Tribunale, dunque, secondo quanto stabilito dalla norma, dovrebbe valutare nel merito sulle cause di revoca addotte dall'assemblea.

Sul punto, V. SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato e dagli enti pubblici*, cit., p. 775, ravvisa dunque un collegamento tra gli artt. 2383, co. 3, e 2400 c.c. che, a suo avviso, porta ad affermare che il potere di revoca pubblica di amministratori e sindaci è soggetto ai limiti che sono indicati proprio all'interno

Del resto, l'interpretazione della natura giuridica dell'atto di revoca, e della disciplina a questa applicabile, così come appena delineata risulta coerente con l'imprescindibile necessità di tutelare l'interesse al buon funzionamento della società⁴⁰⁵, che non potrebbe essere certamente preservato qualora la "giusta causa" fosse trattata alla stregua di un vizio amministrativo sindacabile dal giudice amministrativo.

Le considerazioni appena svolte permettono, dunque, di affermare, in primo luogo, che ai fini della revoca, la sussistenza della giusta causa, anche per gli amministratori di nomina pubblica diretta, vada rintracciata e valutata sulla base delle norme di diritto comune⁴⁰⁶

delle citate disposizioni (il risarcimento danni in caso di assenza di giusta causa per gli amministratori ed un sindacato di merito del Tribunale per i sindaci). Peraltro, tali limiti trovano una precisa giustificazione nel fatto che essi non nascono «dall'intento di liberare lo Stato o altro ente pubblico, quali soci di una società di capitali, dai vincoli che lo *status* comporta, ma dal fine di consentire la loro determinante influenza soltanto nella nomina, come mezzo per realizzare, soprattutto con gli amministratori, un canale di comunicazione e quindi di indirizzo, rilevante per la corretta gestione della società, nel quadro del suo impiego per la realizzazione dei fini generali ai quali tendono lo Stato e gli altri enti pubblici. Rispetto, invece, alla revoca dei soggetti nominati, la legge non ha voluto prescindere dalla considerazione tutela dei loro diritti, in quanto questi sono riconosciuti anche a tutela dell'interesse al buon funzionamento della stessa società».

⁴⁰⁵ Cfr. A. PERICU, *Sub artt. 2449-2450*, cit., p. 1310 ss. L'A., partendo dal presupposto per cui affinché un atto di revoca possa dirsi legittimo sul piano amministrativo è necessario che preveda anche una giusta causa di matrice societaria, ha aggiunto che «nel caso in cui l'ente revochi l'amministratore per non aver rispettato istruzioni di rilievo pubblicistico, ma contrarie e non in linea con i suoi doveri sociali, la revoca debba considerarsi illegittima».

V. SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato e dagli enti pubblici*, cit., p. 775, al riguardo, ha affermato: «Che il buon amministratore sia conservato alla guida della società non è scelta diretta a proteggere solo l'interesse di lui alla conservazione dell'incarico, ma è regola per mezzo della quale si assicura anche alla società un buon livello di gestione, nell'interesse di tutti i socie e nell'interesse generale allo sviluppo e consolidamento delle buone amministrazioni aziendali».

⁴⁰⁶ Per tutti, R. RODORF, *Le società «pubbliche»*, cit., p. 429; D.U. SANTOSUOSSO, *I sistemi di amministrazione e controllo delle società partecipate da enti pubblici*, cit., p. 134; M. BERTUZZI, G. BOZZA, G. SCIUMBATA, *Patrimoni destinati, partecipazioni statali, S.A.A.*, cit., p. 217 ss.

In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. Unite 15 aprile 2005, n. 7799, cit., le cui motivazioni sono state richiamate nella successiva Cassazione, Sez. Unite, 23 gennaio 2015, n. 1237, cit.

applicate agli amministratori di nomina assembleare, con conseguente diritto al risarcimento danni nel caso in cui questa sia assente⁴⁰⁷.

In secondo luogo, la possibilità di procedere con la revoca dell'incarico di amministratore dev'essere analizzata alla luce della necessità di tutelare in via prioritaria l'interesse sociale che, dunque, prevale su quello pubblico: sotto tale profilo, quindi, gli amministratori nominati ai sensi dell'art. 2449 c.c., al pari di quelli di nomina assembleare, sono chiamati al perseguimento dell'interesse sociale, dovere principale e non derogabile, potendosi invece

⁴⁰⁷ Cfr. Cass. 15 ottobre 2013, n. 23381, cit., che ha esteso i principi riguardanti la giusta causa di diritto comune all'amministratore di nomina pubblica, sulla base della considerazione per cui «pretendere (...) di imporre una fedeltà degli amministratori al socio pubblico (...) snaturerebbe completamente la natura privata della società in danno degli interessi della società e della minoranza oltre che, in ipotesi, nel caso di società partecipata per motivi di pubblico interesse, anche degli stake-holders a cui vantaggio la partecipazione pubblica è prevista».

Inoltre, dopo aver verificato nel caso concreto, la mancanza della giusta causa, la Corte ha riconosciuto il diritto dell'amministratore ingiustamente revocato al risarcimento del danno. Quest'ultimo, nel caso di nomina dell'amministratore a tempo determinato, sarà stabilito in una misura pari al compenso che l'amministratore stesso avrebbe percepito, qualora non fosse stato revocato. L'assunzione ed il mantenimento della carica di amministratore comporta, infatti, una legittima aspettativa per l'interessato, alla riscossione del compenso. Si ricava, quindi, che «la revoca ingiustificata dalla carica determina, per l'amministratore, una perdita economica (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)».

Sul punto, v. anche Cass., SS.UU., 23 gennaio 2015, n. 1237, cit. In senso conforme, v. anche la più recente Cass. 15 aprile 2016, n. 7587, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Società*, n. 41. In quest'ultima pronuncia la Corte ha affermato che «in tema di società di capitali, e nel silenzio dell'art. 2381 c.c., la revoca della delega dell'amministratore delegato, decisa dal consiglio di amministrazione, deve essere assistita da "giusta causa", sussistendo, in caso contrario, il diritto del revocato al risarcimento dei danni eventualmente patiti. Tanto in applicazione analogica dell'art. 2383, comma 3, c.c., disciplinante la revoca degli amministratori da parte dell'assemblea, norma di cui ricorre la stessa "ratio", in base alla quale, pur nella libertà del conseguimento degli interessi e degli obiettivi societari, occorre, in assenza di "giusta causa", tenere conto del sacrificio economico e sociale dell'amministratore conseguente alla revoca, soprattutto quando la delega comporti un'attività remunerata suscettibile di valutazioni professionali nel mercato dei "manager"».

considerare l'interesse pubblico quale interesse extrasociale⁴⁰⁸, a meno che una fonte legislativa non disponga diversamente⁴⁰⁹.

Infine, se si parte dal presupposto che anche gli amministratori di nomina pubblica diretta debbano perseguire e tutelare *in primis* l'interesse della società, e che debba valere la disciplina sulla revoca della carica di cui all'art. 2383 c.c., non è ipotizzabile che per questi la giusta causa di revoca sia rintracciata nella circostanza per cui l'amministratore non si sia attenuto alle direttive impartite dall'ente pubblico socio che contrastavano con l'interesse sociale⁴¹⁰, ovvero nel

⁴⁰⁸ Cfr. Cass. 15 ottobre 2013, n. 23381, cit., p. 1019. Sul punto F. SALINAS, autore del commento, sottolinea come la sentenza del 2013 «non adotta l'orientamento, precedentemente invalso nella giurisprudenza, volto a considerare prevalente rispetto all'interesse privatistico della società e dei suoi soci quello pubblico, ma aderisce all'opposta tesi (che ha avuto ampio e risalente sostegno in dottrina), volta a ritenere che l'amministratore pubblico, anche se nominato in sede extra assembleare «è comunque tenuto a perseguire l'interesse sociale di marca lucrativa al pari degli altri amministratori. L'interesse pubblico è, infatti, ad ogni effetto un interesse extrasociale»».

⁴⁰⁹ M. COSSU, *La prorogatio dell'amministratore di nomina pubblica nelle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 270 ss., giunge alla conclusione che «(...) Spetta, dunque, all'amministratore nominato in base ad un atto extra-societario evitare le possibili, reciproche, interferenze tra i due ordini di rapporti, ed eventualmente disattendere le istruzioni pubbliche se incompatibili con i suoi doveri istituzionali e con l'interesse sociale, salvo che una norma di legge speciale non imponga una diversa gerarchia degli interessi. In tal senso, il condizionamento, o influenza, che l'ente pubblico dominante, o designante, può esercitare sull'amministratore suo "fiduciario" (nominato in assemblea grazie al suo voto) non ha un peso e una rilevanza diversi da quelli che il socio di controllo privato può esercitare, parimenti, sull'amministratore suo "fiduciario"».

⁴¹⁰ Cfr. Cass. 15 ottobre 2013, n. 23381, cit., secondo cui «(...) il rapporto di fiducia che lega gli amministratori alla società (...) si basa sulla possibilità di revoca del mandato che l'art. 2383 comma 3 c.c. attribuisce all'assemblea richiedendo una giusta causa consistente non solo in fatti integranti un significativo inadempimento degli obblighi derivanti dall'incarico ma anche in fatti di carattere oggettivo che minino il *pactum fiduciae* elidendo l'affidamento riposto al momento della nomina sulle attitudini e capacità dei gestori».

In dottrina, cfr. P. PETTITI, cit., p. 459, che prospetta la possibilità che il socio pubblico, in virtù della riserva sulla nomina, possa esercitare una qualche influenza sull'amministratore. Tuttavia, se il problema non si pone nel caso in cui l'interesse della società e quello del socio pubblico coincidano, diversa è la soluzione in caso di contrasto, in quanto la prevalenza spetta all'interesse societario. Sul punto, l'A., infatti, specifica che «L'indicazione espressa della soggezione dell'amministratore ai diritti ed obblighi degli altri amministratori dovrebbe rendere l'amministratore onerato prima di tutto al rispetto dell'interesse sociale e dunque eventualmente

mutamento della maggioranza politica dell'ente nominante⁴¹¹, in quanto non può esistere di fatto una situazione di soggezione alle direttive del socio pubblico da parte dell'amministratore da questo nominato⁴¹².

condurlo anche a disattendere le direttive se le stesse fossero dannose verso la società amministrata e gli altri soci».

⁴¹¹ Cfr. App. Milano 5 aprile 2016, n. 1299, in *Soc.*, 11, 2016, p. 1252 ss., con nota di A. ROSSI, *Le società a partecipazione pubblica ancora a metà del guado: spoil system e giusta causa di revoca*, L'A. commenta in una prospettiva critica la posizione assunta dal Tribunale, secondo cui, in caso di revoca di un amministratore di S.p.A. nominato dal socio ente pubblico ex art. 2449 c.c., il mutamento della maggioranza politica dell'ente nominante non costituisce *ex se* giusta causa di revoca ma, al contrario, ritiene che debba riacquistare importanza il rapporto di *agency* che lega gli amministratori nominati dal socio pubblico e la maggioranza politica di cui questi ultimi sono espressione, che non può non entrare in gioco all'interno della disciplina in tema di revoca degli amministratori pubblici.

Contra App. Milano 5 maggio 2010, in *Soc.*, 3, 2011, p. 262 ss. con nota di V. DE CAMPO, *Società partecipate da enti pubblici ex art. 2449 c.c.: mutamento della maggioranza politica quale giusta causa di revoca*. L'A. ha aderito all'impostazione del Tribunale che aveva considerato il mutamento della maggioranza politica quale giusta causa "ex se", escludendo qualsiasi pretesa risarcitoria in tali casi. Sulla disciplina in materia di *spoil system*, infra §4.4.

⁴¹² Cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *Funzione amministrativa e interesse sociale*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger – Atti del Convegno, Milano, 9 ottobre 2009*, cit., p. 101 ss., che, con riferimento alla questione della compatibilità tra il perseguimento dell'interesse dell'ente pubblico socio e quello della società da questi partecipata – che ha dato avvio ad un enorme dibattito che non è possibile riportare, seppur in modo sommario, in tale sede – ha affermato che esiste certamente «un dovere degli amministratori di perseguire l'interesse della società (...) e che il fatto di gestire un'impresa comporta il dovere per gli stessi di combinare e comporre l'interesse dei soci con gli altri interessi coinvolti nell'esercizio dell'attività d'impresa». Tali considerazioni, peraltro, risultano oramai pacificamente condivise dalla dottrina che ha sottolineato come l'interesse pubblico possa certamente comportare un'estensione della causa societaria, ma non giungere sino a compromettere la tradizionale funzione del contratto societario. *Ex multis*, F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, cit., p. 488 ss.; C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI, *Società «pubbliche»*, cit., p. 4 ss.; M.T. CIRENELI, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario*, cit., p. 50 ss.; E. FRENI, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 259 ss.;

Anche la giurisprudenza, dal canto suo, si è pronunciata in modo conforme; a tal proposito, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in *Foro amm-CDS*, 2012, 3, p. 696 ss., che ha stabilito che «l'interesse pubblico, proprio delle società pubbliche, è compatibile con lo scopo lucrativo che caratterizza, a livello tipologico, le società per azioni; deve, infatti, ritenersi che, soprattutto dopo la riforma del diritto societario del 2003, l'interesse sociale non ha una connotazione omogenea ed unitaria, in quanto confluiscono nell'assetto societario non solo interessi eterogenei che fanno capo agli stessi soci (si pensi al socio investitore e a quello imprenditore) ma anche interessi diversi riferibili a soggetti terzi. In questa prospettiva, non può

4.3 La disciplina introdotta dal TUSP tra “positivizzazione” della natura giuridica degli atti di nomina e revoca pubblica (art. 9, co. 7 e 8) e reiterazione del risultato economico negativo quale giusta causa di revoca dell’incarico (art. 21, co.3)

L’entrata in vigore del Testo unico ha portato con sé rilevanti risultati: nei paragrafi precedenti, infatti, si era cercato di delineare il significato del contenuto dei commi 7 e 8 dell’articolo 9, Tusp, sostanzialmente pervenendo alla conclusione che la disciplina ivi contenuta può senz’altro considerarsi quale “positivizzazione” degli orientamenti interpretativi dottrinali e giurisprudenziali, sviluppatasi in assenza di una esplicita disciplina, sulla natura giuridica degli atti di nomina e revoca pubblica.

A tal proposito, riassumendo le considerazioni già svolte sulle novità introdotte dalla normativa di cui al decreto n. 175, in primo luogo, si può affermare che l’atto di revoca risulta qualificabile alla stregua di un “atto amministrativo negoziale”, avente una doppia “natura”⁴¹³, pubblicistica e privatistica, rispettivamente riconducibili

ritenersi che il rispetto dell’interesse pubblico sia idoneo ad alterare il tipo societario conducendo alla configurazione di una società diversa da quella contemplata dal codice civile».

⁴¹³ Cfr. V. DONATIVI, *Nomina pubblica alle cariche sociali*, cit., p. 165 ss. Come si è avuto modo di specificare nei paragrafi precedenti, l’A., dopo aver ricondotto al contratto di “preposizione organica” i rapporti giuridici che intercorrono tra la società per azioni a partecipazione pubblica e l’ente pubblico beneficiario del potere di nomina e revoca diretta degli amministratori *ex art. 2449 c.c.*, qualifica gli atti di nomina e di revoca pubblica diretta come atti amministrativi negoziali, dalla natura “anfibiologica”, in quanto «volti a produrre un effetto costitutivo (...) o estintivo (...) di un rapporto giuridico privatistico/negoziale intercorrente tra l’amministratore, il sindaco o il consigliere di sorveglianza così nominati e un soggetto giuridico (la società per azioni) diverso dall’ente pubblico titolare del potere di nomina (...)».

A seguito dell’entrata in vigore del Testo unico di riordino delle società pubbliche del 2016, l’A. riprende l’analisi e la ricostruzione della fattispecie degli

al momento della produzione, in capo all'ente pubblico, ed a quello, successivo, dell'imputazione degli effetti giuridici alla società⁴¹⁴.

In secondo luogo, la disciplina relativa alla comunicazione degli atti di nomina e di revoca diretta del socio pubblico viene estesa anche alla società, consentendo di superare i dubbi interpretativi, sorti in dottrina e giurisprudenza, sul significato da attribuire alla delibera assembleare ai fini della validità dell'iscrizione della nomina all'interno del registro delle imprese.

Accanto alle previsioni appena richiamate, il decreto n. 175, al comma 3 dell'articolo 21, introduce una norma che, da un lato, si

atti di nomina e revoca pubblica, formulata alcuni anni prima dell'emanazione della nuova normativa, constando come, di fatto, questa sembra aver trovato un'esplicita conferma desumibile dal dato testuale della disciplina di cui all'articolo 9, commi 7 e 8, del decreto n. 175.

Per l'analisi ed il commento della normativa testè citata, nonché per l'approfondimento dei ragionamenti condotti nel periodo antecedente il Tusp, si rimanda a ID., *Le società a partecipazione pubblica*, cit. p. 581 ss.

Tale impostazione che, come affermato in precedenza, rappresenta una «terza via», rispetto ai due tradizionali orientamenti sviluppatasi in dottrina ed in giurisprudenza, è stata confermata anche da R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, p. 747 ss.; V. SALAFIA, *Gli amministratori e sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, cit., p. 775.

Anche R. ARRIGONI, *cit.*, p. 634, si è espresso in senso conforme: discutendo della possibilità di configurare una responsabilità «amministrativa» in capo ad amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica, l'A. ha analizzato il tema della *governance* delle società pubbliche, con specifico riguardo alla natura giuridica degli atti di nomina e revoca pubblica diretta. Rispetto alle caratteristiche di tali atti, infatti, l'A. ha ravvisato la sussistenza di una complessa e «duplice» natura, esprimendosi nei seguenti termini: «(...) In realtà, gli orientamenti formati a riguardo, nella loro contrapposizione, hanno finito per estremizzare un fenomeno, nel quale non può negarsi convivano aspetti di diritto pubblico e privato; in sostanza, non è stata colta la possibilità di una loro coniugazione, del resto aderente al dato fattuale riveniente da una lettura del disposto dell'art. 2449 c.c. in termini di una «preposizione organica» da iscriversi nell'ambito di una fattispecie complessa, di preposizione (momento pubblicistico) e di formale investitura (momento privatistico), dove i due momenti restano intimamente correlati».

⁴¹⁴ In precedenza, si è specificato, infatti, che tale ricostruzione risulta confermata, peraltro, anche dal comma 8 dell'articolo 9, che esplicitamente estende la disciplina sulla invalidità degli atti di nomina e revoca diretta pubblica anche alla società: in tal modo, un atto, come quello di nomina e revoca pubblica diretta, entra a pieno titolo all'interno della sfera societaria. Per ogni approfondimento sul punto, v. *supra* §2.3.

collega al tema dei compensi⁴¹⁵ e, dall'altro lato, prevede, quale giusta causa di revoca degli amministratori, «il conseguimento di un risultato economico negativo per due anni consecutivi», a meno che quest'ultimo «sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dalla controllante».

Il primo aspetto che emerge è che il contenuto della norma in commento riprende quanto era stato previsto dal comma 554, art. 1, della Legge di stabilità per il 2014⁴¹⁶ che, peraltro, è stato a sua volta modificato dall'articolo 27, co. 2, lett. b), dello stesso Tusp⁴¹⁷, che ne ha limitato l'applicazione alle sole «aziende speciali e le istituzioni», e non anche alle società a partecipazione pubblica⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Sul tema dei compensi degli amministratori, v. capitolo III, §3. Si reputa comunque utile anticipare sin da ora, che la norma in questione stabilisce una riduzione pari al 30 per cento del compenso degli amministratori di «società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80 per cento del valore della produzione, che nei tre esercizi precedenti abbiano conseguito un risultato economico negativo.».

⁴¹⁶ Legge 27 dicembre 2013, n. 147, «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di Stabilità 2014)» in *G.U.* n. 302 del 27 dicembre 2013, S.O. n. 87.

⁴¹⁷ L'articolo 27, co. 2, lett. b), Tusp stabilisce che «All'articolo 1 della legge 27 dicembre 2013, n. 147, sono apportate le seguenti modificazioni: (...) b) al comma 554, le parole: “le aziende speciali, le istituzioni e le società” sono sostituite dalle seguenti: “le aziende speciali e le istituzioni”».

⁴¹⁸ Secondo V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 610, sarebbe rintracciabile una tendenza del legislatore del Testo unico diretta a confermare, a vario titolo, la vigenza di norme già esistenti, circoscrivendone tuttavia l'ambito di applicazione alle sole aziende speciali, “trasferendo” invece la specifica normativa riferita alle società pubbliche all'interno del Tusp.

Il riferimento è alle disposizioni introdotte in materia di misure di disincentivazione al mantenimento di partecipazioni (nell'ipotesi in cui le società partecipate si rivelino potenzialmente inefficienti), nonché di messa in liquidazione delle stesse. Nel primo caso, rispetto a quanto stabilito dall'articolo 1, commi 550-552, della legge n. 147 del 2013, l'articolo 27, comma 2, lett. a), del decreto n. 175 dispone che il comma 550 sia modificato, restringendo l'ambito applicativo soggettivo alle sole “aziende speciali e alle istituzioni”. Anche nel secondo caso, rappresentato dall'ipotesi di messa in liquidazione delle partecipazioni, qualora vengano riscontrate perdite «per quattro dei cinque esercizi precedenti» (comma 550), l'articolo 27, co. 2, lett. b) e c) del Testo unico, prevede che l'applicazione di tale disciplina venga limitata alle sole aziende speciali e alle istituzioni.

A seguito di tali modifiche, il legislatore ha quindi introdotto per le società a partecipazione pubblica che abbiano conseguito un “risultato di esercizio negativo”,

Dall'analisi e dal confronto tra le due disposizioni si ricavano sostanzialmente due elementi: da un lato, la norma in questione non riguarda tutte le pubbliche amministrazioni, bensì esclusivamente le società a partecipazione pubblica "locale".

Per altro verso, si evince che l'entità della partecipazione richiesta non è tale da configurare necessariamente una situazione di "controllo" pubblico, in quanto la disposizione testualmente si riferisce a società "a partecipazione di maggioranza"⁴¹⁹.

Inoltre, si riscontrano alcune differenze in merito all'applicazione della disciplina in commento alle società emittenti strumenti finanziari diversi dalle azioni quotati in mercati regolamentati ed alle società quotate, rispetto alle quali l'articolo 21, co. 3, ha previsto un particolare regime di esonero⁴²⁰.

una specifica disciplina diretta a disincentivare il mantenimento delle partecipazioni, riprendendo sostanzialmente quanto contenuto ai commi 550-550, art. 1, della legge n. 147 del 2013 e prevedendo, tra le altre misure, al citato comma 3 la riduzione del compenso dei componenti degli organi di amministrazione e la configurazione di una giusta causa di revoca degli amministratori.

⁴¹⁹ Se è vero, infatti, che la locuzione suggerisce, di primo acchito, che la maggioranza delle partecipazioni debba far capo a soggetti pubblici, tuttavia, le difficoltà sorgono nella misura in cui è necessario identificare, nel concreto, l'entità della partecipazione stessa. Sul punto, infatti, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 612, sottolinea che probabilmente, si tratta di una "eredità" della precedente disciplina del 2013 rispetto alla quale, tuttavia, «non è agevole comprendere se l'opzione terminologica fosse stata voluta e mirata o se si sia trattato semplicemente di un'espressione impropria». Ciò, nei fatti, si tradurrebbe in una difficoltà a stabilire se «per "maggioranza" debba intendersi il 50% +1 delle partecipazioni (o ancora, se secondo una certa interpretazione, possa e debba identificarsi con la presenza di una relazione di controllo "di diritto" ex art. 2359, comma 1, n. 1, c.c.) o se possa estendersi al caso in cui si disponga comunque di "voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria" secondo l'espressione con cui, all'art. 2359, comma 1, n. 2), c.c., viene identificata la nozione di "controllo interno di fatto"». Ad ogni modo, l'A. conclude affermando che l'espressione, sembra comunque indicare l'assenza dell'elemento del "controllo".

⁴²⁰ Oggi, infatti, la disciplina contenuta all'articolo 1, commi 550 e 554 della legge n. 147 del 2013, dev'essere letta alla luce del combinato disposto di due norme del Testo unico, ossia l'articolo 1, co. 5 (ai sensi del quale «Le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite all'articolo 2, comma 1, lettera p)»), e l'articolo 2, co. 1, lett. p) (che, ai fini del Tusp, definisce le società quotate come quelle «società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno

Infine, sembra potersi pacificamente affermare che la norma in questione si applica anche alle società cd. *in house*⁴²¹ e, in ogni caso, alle società nell'ambito delle quali, con riferimento al "valore della produzione"⁴²², la quota di fatturato prodotto attraverso l'attività svolta in regime di affidamento deve essere superiore all'80 per cento, restringendo così ulteriormente l'ambito di applicazione.

Ad ogni modo, sembra chiaro che l'intenzione del legislatore sia stata quella di introdurre, all'interno dell'ordinamento, un'ipotesi tipizzata di giusta causa di revoca dall'incarico gestorio, che il socio pubblico non è obbligato a scegliere ma che, al contrario, costituisce una facoltà e, come tale, subordinata ad una valutazione discrezionale⁴²³.

emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati; le società partecipate dalle une e dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche»).

Dall'analisi delle disposizioni citate si ricava che, da un lato, «le società emittenti strumenti finanziari diversi dalle azioni quotati in mercati regolamentati, sottratte all'applicazione del regime di cui al comma 554, in virtù dell'esclusione predicata dal comma 550, sarebbero oggi esonerate dall'analogo regime di cui all'art. 21, comma 3, Tusp solo se si tratta di strumenti finanziari emessi alla data del 31/12/2015». Dall'altro lato, «il comma 550 esonerava solo le società controllate dalle quotate, ora invece sono esonerate tutte le partecipate dalle quotate, salvo che siano a loro volta controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche». Così V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 611.

⁴²¹ La norma di cui all'articolo 21, co. 3., a tal proposito, parla di «affidamento diretto», potendosi da ciò dunque, agevolmente intendere che essa si riferisce ai casi di affidamento senza gara tipici per le società *in house*.

Per l'applicazione del modello societario nei diversi settori, v. V. CASTELLANI, S. BIGOLARO, *Le società in-house negli enti locali e nella sanità. Dal quadro normativo al caso pratico*, Rimini, Maggioli Editore, 2012.

⁴²² Sul punto, è possibile fare riferimento a quanto stabilito dall'articolo 2425, comma 1, lett. A), c.c., secondo cui «il conto economico deve essere redatto in conformità al seguente schema: A) Valore della produzione: 1) ricavi delle vendite e delle prestazioni; 2) variazioni delle rimanenze di prodotti in corso di lavorazione, semilavorati e finiti; 3) variazioni dei lavori in corso su ordinazione; 4) incrementi di immobilizzazioni per lavori interni; 5) altri ricavi e proventi, con separata indicazione dei contributi in conto esercizio.».

⁴²³ Lo stesso V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 615, ragiona sul significato della disposizione contenuta nella norma in commento, con specifico riguardo all'operatività o meno di una decadenza automatica dalla carica di amministratore, una volta che si sia registrato, per il secondo anno consecutivo, il risultato economico negativo indicato dalla legge, fornendo una risposta negativa sul

Il secondo aspetto rilevante, infine, è certamente rappresentato dalla “condizione esonerativa” dall’ipotesi di revoca dall’incarico gestorio sopra citata, che il legislatore ha previsto nel caso in cui il risultato economico negativo rientri all’interno di un piano di risanamento che è stato preventivamente approvato dall’ente pubblico.

Si è in presenza, dunque, di una sorta di “eccezione alla regola”, giustificata dalla predisposizione di un più ampio disegno di risanamento societario che, seppur non sia necessario “attestare” formalmente, in ogni caso dovrebbe comunque essere non solo il frutto della programmazione e progettazione di una serie di “misure” congegnate al fine di raggiungere in modo coerente l’obiettivo del riassetamento ma, soprattutto, soggetto alla preventiva approvazione⁴²⁴ dell’ente controllante⁴²⁵.

punto. L’A., inoltre, aggiunge che la norma non prevede nemmeno «(...) un obbligo di revoca, ma solo la possibilità di procedere alla revoca senza che ciò comporti il risarcimento del danno ai sensi dell’art. 2383, comma 3, c.c. La revoca, difatti, ove fosse eventualmente deliberata, poggerebbe su una giusta causa tipizzata e oggettiva, non suscettibile di contestazione in sede di gravame, ma riconoscibile in modo oggettivo e automatico per effetto di una valutazione già effettuata *a priori* dalla stessa legge».

⁴²⁴ La *ratio* di una simile previsione potrebbe sicuramente essere rintracciata nella volontà del legislatore di evitare che le società possano predisporre e presentare un piano di risanamento finanziario in un momento successivo a quello in cui si è verificata la perdita economica che integra la fattispecie in commento ai fini dell’applicazione, giungendo, così, ad essere esenti dalla stessa disciplina.

⁴²⁵ Del resto, la normativa in commento può essere reputata coerente con le disposizioni del Testo unico che disciplinano, da un lato, i principi generali in materia di organizzazione e gestione delle società a controllo pubblico (articolo 6) e, dall’altro lato, le ipotesi di crisi (articolo 14). Nello specifico, l’articolo 6, al fine di prevenire situazioni di rischio di crisi aziendale, prevede per particolari categorie di società a controllo pubblico (ossia, quelle che svolgono attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, nonché altre attività svolte in regime di economia di mercato), l’obbligo di predisporre annualmente la relazione sul governo societario (da adottarsi a chiusura dell’esercizio), indicando l’adozione di strumenti idonei a prevenire situazioni di crisi (es. specifici programmi di valutazione del rischio aziendale; regolamenti interni, codici di condotta), nell’ottica di una maggiore razionalizzazione della *governance* societaria e di *accountability* pubblica.

L’articolo 14 prevede che, qualora dai programmi di valutazione previsti all’articolo 6 emergano indicatori di crisi aziendale, l’organo amministrativo debba tempestivamente adottare un piano di risanamento, che contenga tutte le misure necessarie per prevenire la situazione di crisi. Questo, tuttavia, ai sensi del comma 4, non può contenere una semplice previsione di un ripianamento delle perdite da parte

4.4 La disciplina speciale dello *spoils system*

Il tema della revoca degli organi societari a partecipazione pubblica comprende anche il fenomeno del c.d. *spoils system*, disciplinato all'articolo 6 della legge 15 luglio 2002, n. 145⁴²⁶, che conferisce la facoltà al Governo e ai singoli Ministri di procedere alla conferma ovvero alla revoca delle nomine che sono state effettuate negli ultimi sei mesi della legislatura, entro il termine dei successivi sei mesi dal voto di fiducia dato dalle Camere al nuovo Governo⁴²⁷.

La norma – che, peraltro, com'è stato osservato, sembra voler introdurre un criterio temporale per la limitazione dei casi di risarcimento danni per mancanza di giusta causa⁴²⁸ – sotto il profilo soggettivo lascia intendere come, per un verso, la sua applicazione sia riferita solamente alle società «controllate o partecipate» dallo Stato e, dunque, dalle amministrazioni statali⁴²⁹.

del socio pubblico, a meno che non sia accompagnato da un piano di “ristrutturazione aziendale”, dal quale emergano tutti gli elementi necessari e comprovanti l'obiettivo concreto del recupero dell'equilibrio economico della società.

⁴²⁶ «Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato», in *G.U.* n. 172 del 24 luglio 2002.

⁴²⁷ L'articolo 6 prevede testualmente che «Le nomine degli organi di vertice e dei componenti dei consigli di amministrazione o degli organi equiparati degli enti pubblici, delle società controllate o partecipate dallo Stato, delle agenzie o di altri organismi comunque denominati, conferite dal Governo o dai Ministri nei sei mesi antecedenti la scadenza naturale della legislatura, computata con decorrenza dalla data della prima riunione delle Camere, o nel mese antecedente lo scioglimento anticipato di entrambe le Camere, possono essere confermate, revocate, modificate o rinnovate entro sei mesi dal voto sulla fiducia al Governo. Decorso tale termine gli incarichi per i quali non si sia provveduto si intendono confermati fino alla loro naturale scadenza (...)».

⁴²⁸ In questo senso si esprime P. PETTITI, cit., p. 462, in particolare n. 14, affermando che si tratta di una norma «che, se ne deve dedurre, intende anche limitare ipotesi di risarcimento danno in assenza di giusta causa, per la correlazione temporale con le circostanze indicate (*dalla norma stessa*, n.d.A.)».

⁴²⁹ Secondo V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 604, «La norma non opera, pertanto, per tutte le nomine effettuate in qualsiasi società a

Per altro verso, invece, l'utilizzo dell'espressione "società partecipata" nella sua più ampia accezione implica che, ai fini dell'applicazione della disciplina in commento, sia sufficiente anche l'esistenza di una partecipazione pubblica di minima entità⁴³⁰, in quanto l'aspetto rilevante risiederebbe, a monte, nella nomina pubblica di organi di vertice ovvero di componenti del consiglio di amministrazione della società⁴³¹, e non anche nella misura della partecipazione in sé considerata.

Volgendo l'attenzione all'ambito applicativo oggettivo della norma, in precedenza si è detto che questa si riferisce alle «nomine degli organi di vertice e dei componenti dei consigli di amministrazione». Tale locuzione, in vero, solleva alcuni dubbi circa il significato che in tale contesto assume il termine "nomine".

Sul punto, parte della dottrina ha sostenuto che il termine è da intendersi in senso letterale ricomprendendo, dunque, solo le ipotesi di nomina pubblica "diretta"⁴³².

partecipazione pubblica, ovvero sia per società partecipata da qualunque amministrazione pubblica, ma solo per quelle facenti capo allo Stato. L'espressione, tuttavia, potrebbe essere intesa nel senso di comprendere qualsiasi "amministrazione statale", come i singoli ministeri o altra amministrazione che sia direttamente riconducibile alla personalità giuridica dello Stato».

⁴³⁰ In tema, anche A. GUACCERO, *Le limitazioni della libertà decisionale dell'organo rappresentativo delle istanze «proprietarie» nelle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 425 conferma l'estensione dell'applicazione della norma sullo *spoil system* anche alle società «con partecipazione statale minoritaria».

⁴³¹ Non essendovi specificazioni di sorta, è agevole ritenere che la norma operi per qualsiasi amministratore, non rilevando il ruolo ricoperto ed a prescindere che egli risulti essere investito di particolari cariche o deleghe.

⁴³² Così A. GUACCERO, *Le limitazioni della libertà decisionale dell'organo rappresentativo delle istanze «proprietarie» nelle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 425, che afferma come la disciplina, nel prescrivere che la nomina venga «conferita» dal Governo o dai Ministri, chiaramente circoscrive il proprio ambito applicativo «(...) proprio all'ipotesi di nomina diretta degli amministratori delle società partecipate dallo Stato ex art. 2449 cod. civ., e non, quindi, alle ipotesi di nomina effettuata tramite il procedimento assembleare (...)». Le medesime considerazioni vengono riprese in ID., *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, cit., p. 858.

Non sono mancate, però, riflessioni che, poggiando su argomentazioni di matrice teleologica, hanno messo in luce la possibilità che si potesse addivenire ad un'interpretazione "estensiva" del termine, ricomprendendo quindi anche i casi di mere "designazioni" degli amministratori⁴³³.

Tuttavia, si è ritenuto che la prima delle due posizioni sia maggiormente rispondente alla *ratio* che sottende alla disciplina *ex* articolo 6, l. n. 145 del 2002⁴³⁴, principalmente in ragione del fatto che un'estensione anche ai casi di designazioni (formalizzate successivamente dall'assemblea), condurrebbero ad alcune difficoltà interpretative legate all'individuazione di chiari meccanismi attraverso i quali «il soggetto/organo titolare della competenza alla nomina abbia

⁴³³ V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 605 ha ravvisato la bontà di una simile opzione interpretativa nella circostanza per cui un'interpretazione letterale del termine potrebbe restringere in misura considerevole i margini di manovra del socio pubblico: «se è vero che la *ratio* della norma è quella di consentire al nuovo Governo e/o ai nuovi ministri di confermare o meno la fiducia a un soggetto che riveste un determinato ruolo nella società partecipata in virtù di una scelta operata dal Governo e/o dai ministri precedenti, secondo la logica propria del c.d. "spoil system", allora distinguere a seconda che si sia trattato di nomina diretta o di designazione significherebbe circoscrivere l'ambito di applicazione oggettivo della norma a casi del tutto minoritari. In tal senso si potrebbe accedere quindi a un'interpretazione estensiva, facendo valere la presumibile *voluntas legislatoris* e il conseguente argomento secondo cui la legge "*minus dixit, quam voluit*" (...)».

⁴³⁴ Lo stesso G. CABRAS, cit., p. 9 ss., nell'affrontare la questione del coordinamento tra il diritto societario ed il diritto pubblico riguardo all'applicazione delle leggi speciali, come quella sulla *prorogatio* (l. n. 444 del 1994, sulla quale v. *supra*, §3.) e, appunto, sullo *spoil system*, distingue specificamente le ipotesi di nomina pubblica diretta e di nomina assembleare, specificando che: «(...) qualora si verifichi la decadenza (*ex* legge n. 144) o la revoca (*ex* legge n. 145) degli amministratori pubblici, quelli nominati dall'assemblea possono e devono proseguire la gestione della società (...). Invece, qualora la decadenza o la revoca degli amministratori di nomina pubblica riguardi tutti i componenti dell'organo amministrativo o in numero tale da mettere a repentaglio, in concreto, la funzionalità della società, deve ritenersi verificata una causa di scioglimento della società (...)».

In questo modo, attraverso una lettura *a contrario* del ragionamento, emerge inequivocabilmente come la disciplina di cui alla legge n. 145 trovi applicazione esclusivamente per gli amministratori di nomina pubblica diretta.

l'obbligo di recepire la revoca della designazione adottando un atto di revoca del soggetto a suo tempo nominato»⁴³⁵.

In merito ai margini di applicazione della disciplina sullo *spoil system*, non può non sottolinearsi l'esistenza di una forte componente di discrezionalità nell'ambito della valutazione effettuata dagli organi politici circa la conferma ovvero la revoca dell'incarico gestorio.

Nonostante, infatti, lo scopo principale della norma *ex art. 6, l. n. 145* sia sostanzialmente ravvisabile nella volontà di offrire all'ente pubblico socio uno strumento che intervenga efficacemente sugli organi sociali nei casi di mutamento del contesto politico⁴³⁶, tuttavia si tratta di valutazioni che, in alcuni casi, potrebbero essere guidate in modo pressoché esclusivo da considerazioni attinenti la coerenza del perseguimento dell'indirizzo politico impartito dal soggetto nominante, trascurando in modo rilevante gli aspetti legati alla gestione societaria ed al raggiungimento dello scopo sociale.

A tal proposito, dottrina e giurisprudenza, nell'affrontare la questione, si sono interrogate sulla bontà di una concezione volta a considerare l'eventuale mutamento della maggioranza politica quale ipotesi di giusta causa ai fini della revoca dell'amministratore pubblico.

⁴³⁵ Sul punto V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 605 che, nonostante abbia rintracciato alcune argomentazioni a favore dell'ipotesi di interpretazione estensiva del termine "nomine", ha tuttavia sollevato tali difficoltà, aggiungendo che, in alcuni casi, i meccanismi attraverso cui verificare i termini di recepimento dell'obbligo di recepire la revoca (da parte dell'organo/soggetto deputato alla nomina) possono essere agevolmente individuati negli strumenti che governano i rapporti tra il designante ed il soggetto nominante come, ad es., lo statuto, i patti parasociali, ecc. Tuttavia, l'A. aggiunge che in mancanza di tali strumenti, sarebbe oggettivamente difficile ricavare dalla stessa disciplina sullo *spoil system* un vero e proprio vincolo.

⁴³⁶ Sotto questo profilo, G. CABRAS, cit., p. 9 ss., afferma che l'obiettivo principale della disciplina sulla *prorogatio* e di quella in materia di *spoil system* è quello di «rafforzare il potere di indirizzo dello Stato o dell'ente pubblico sugli organi sociali, assicurandone l'avvicendamento tempestivo e, in caso di mutamento del Governo nazionale (...), il rinnovo anticipato».

Secondo un primo orientamento⁴³⁷, nel caso in cui il socio pubblico revochi l'amministratore in precedenza dallo stesso nominato, sarebbe pienamente operativo il meccanismo dello *spoils system* in ragione del forte vincolo personale che si verrebbe a creare tra l'ente nominante ed il soggetto nominato, integrando un vero e proprio *pactum fiduciae*, che verrebbe sostanzialmente compromesso

⁴³⁷ Cfr. App. Milano 5 maggio 2010, cit., p. 267 ss., con nota di V. DE CAMPO. In sintesi, Tribunale ha affermato che, nonostante l'ente pubblico avesse solamente "designato" l'amministratore, rimettendone la decisione finale all'assemblea, in realtà si trattava di una nomina "vincolata" alle indicazioni del socio pubblico e, per questo, suscettibile di trovare applicazione, nel caso in esame, l'articolo 2449 c.c. Allo stesso tempo, viene però escluso il diritto dell'amministratore revocato ex art. 2449 c.c. ad ottenere il risarcimento del danno, in quanto i giudici hanno ritenuto opportuno, in tema di giusta causa oggettiva, valutare la sussistenza di un rapporto fiduciario che intercorrerebbe tra l'ente pubblico nominante ed il soggetto nominato, nell'ambito del quale la sua designazione avviene sulla base delle valutazioni delle forze politiche che guidano lo stesso ente.

Secondo il Tribunale, dunque, tale tipologia di valutazione «si ripropone anche quando, in caso di modificazione dell'orientamento politico, l'ente si ritrova a non poter contare sulla disponibilità/capacità di un soggetto di diversa estrazione a farsi interprete dei suoi nuovi e diversi progetti e ad avvertire di conseguenza la necessità di una sostituzione. Si tratta quindi di circostanze oggettive sopravvenute, idonee ad elidere l'affidamento potenzialmente riposto sulle attitudini e le capacità dell'organo di gestione, a minare il *pactum fiduciae* e a integrare il "quid pluris" richiesto rispetto al mero dissenso (cfr. Cass. n. 16526/05, n. 11801/98) o a semplici divergenze e attriti con altri amministratori rientranti nella normale dialettica del consiglio di amministrazione, e da risolversi all'interno di tale organo collegiale (Cass. n. 3768/85).».

Secondo l'A., dunque, la posizione espressa nella decisione, infatti, è alquanto innovativa rispetto alle precedenti pronunce giurisprudenziali in quanto, da un lato, anche se ha ritenuto applicabile l'articolo 2449 c.c., tuttavia non ha ritenuto che fosse configurabile in questo caso alcun diritto dell'amministratore ad ottenere il risarcimento del danno, «valutando l'ipotesi di revoca dell'amministratore da parte dell'ente pubblico un'ipotesi speciale e, in quanto tale, sottratta alle ordinarie previsioni dell'art. 2383 c.c.».

Dall'altro lato, la Corte d'Appello di Milano «ha ritenuto necessario, ai sensi dell'art. 2449 c.c., valutare la sussistenza di un rapporto fiduciario tra ente pubblico e amministratore nominato», arrivando a concepire il mutamento della maggioranza politica nell'ente pubblico come una «circostanza oggettiva sopravvenuta, idonea ad elidere l'affidamento potenziale riposto sulle attitudini dell'amministratore nominato e, pertanto, capace di minare il *pactum fiduciae* intercorrente tra quest'ultimo e l'ente pubblico». Secondo l'A., infatti, in tal caso «L'esigenza, che qui emerge, è probabilmente quella di garantire che, in concreto, il normale alternarsi di diverse maggioranze politiche all'interno di enti pubblici, non si risolva per l'ente-socio in una totale assenza di rappresentanza all'interno del consiglio della società in cui partecipa (...)».

da un mutamento della maggioranza politica. Di qui, la configurabilità di tale circostanza quale causa di revoca in senso oggettivo⁴³⁸.

Tuttavia, altra parte della giurisprudenza⁴³⁹, anche sulla scorta di taluni interventi normativi⁴⁴⁰ e della recente tendenza manifestata

⁴³⁸ Peraltro il Consiglio di Stato, in un parere espresso sull'applicazione della disciplina di cui all'articolo 6 della legge n. 145 del 2002, in primo luogo ha affermato che la *ratio* della norma è da rintracciarsi nella volontà di non vincolare il nuovo governo rispetto a nomine effettuate dal governo uscente e, in secondo luogo, ha definito tale caso di revoca come un'ipotesi di giusta causa legale ulteriore rispetto a quanto previsto agli artt. 2383 e 2400 c.c. Per approfondimenti, cfr. Cons. Stato, parere 27 febbraio 2003, n. 514bis/2003, in *Foro it.*, 2003, p. 445 ss.

⁴³⁹ App. Milano 2016, n. 1299, cit., con nota di A. ROSSI. Analizzando il caso sottoposto al suo esame, Tribunale sottolinea che «La revoca degli amministratori in carica (...) è stata semplicemente collegata alla necessità di garantire all'ente uno stretto rapporto di consentaneità politica con gli amministratori della società, sull'assunto che gli indirizzi di politica amministrativa e gestionale della società non sarebbero stati rispettati dagli amministratori in carica e che essi non avrebbero assicurato la rappresentatività dell'amministrazione dell'ente all'interno della società.» (punto 61).

Successivamente, i giudici aggiungono che «In siffatta ipotesi, il provvedimento di revoca non risulta supportato da una giusta causa né soggettiva, né oggettiva sotto il profilo societario, poiché in esso non sono esplicitati i fatti sopravvenuti, idonei ad influire negativamente sulla prosecuzione del rapporto, che rappresentano il *quid pluris* idoneo a incidere negativamente sull'affidamento della gestione a soggetti aventi i requisiti di avvedutezza, capacità e diligenza di tipo professionale che devono sempre contraddistinguere l'amministratore di una società di capitali (...). Invero il riferimento alla necessità di avere nuovi amministratori più vicini all'indirizzo politico amministrativo del nuovo Consiglio comunale si pone in antitesi con l'onere di indicare se gli amministratori revocati avessero o meno avuto i requisiti e le attitudini necessari a perseguire i nuovi indirizzi di gestione della società che, ovviamente, nel caso di una società per azioni, non potrebbero avere esclusiva valenza politica, gli amministratori non avendo un rapporto di esponenzialità politica con l'ente, essendo essi in stretto rapporto organico con la società di capitali che gestiscono sotto la loro esclusiva responsabilità penale e civile.» (punto 62).

L'A. analizza la sentenza in chiave critica e, dopo aver affermato come vi sia una sostanziale differenza tra le società partecipate – «dalla connotazione *funzionale* del tutto eccentrica» – e le società di capitali, aggiunge che per le prime il rapporto di *agency* che intercorre tra amministratore nominato e maggioranza azionaria sia particolarmente rilevante. Infatti, «(...) in un contesto di partecipazione totalitaria dell'ente pubblico, gli amministratori si fanno veri e propri interpreti dell'azione amministrativa, piuttosto che dell'interesse sociale, pur in un sistema che, a seguito della scelta dello strumento d'azione adottato dalla P.A., impone loro di rispettare gli obblighi di conservazione del capitale sociale e, con essi, le aspettative dei creditori sociali».

Inoltre, lo stesso Rossi non condivide l'interpretazione restrittiva dell'art. 2449 c.c. data dal Tribunale di Milano (secondo cui la società di capitali avente ad oggetto un'attività commerciale non può tollerare un alto grado di interferenza politica), e conclude affermando che il legame tra l'indirizzo politico e

dalla dottrina in ordine al restringimento degli ambiti di “contaminazione” del diritto pubblico all’interno degli schemi societari⁴⁴¹, ha escluso che il mutamento della maggioranza politica possa costituire una giusta causa di revoca degli amministratori di nomina pubblica.

In particolare, i giudici partendo dall’indubbio⁴⁴² inquadramento privatistico delle società pubbliche, e del relativo assoggettamento degli atti di nomina e revoca al diritto comune⁴⁴³, hanno affermato

l’amministratore nominato potrebbe dissolversi «solo se questi ultimi fossero effettivamente nominati “su una valutazione oggettiva delle qualità e capacità professionali dimostrate”, facendone dei fedeli ed oggettivi esecutori della missione della P.A.». Egli infatti è convinto che le nomine sottendano a logiche prettamente “politiche” e ciò, a suo avviso, rafforza l’esigenza di valorizzare tale rapporto di agency all’interno della disciplina in materia di revoca degli amministratori di società pubbliche.

⁴⁴⁰ Sul punto, M. COPPOLA, cit., p. 489, è dell’avviso che l’assunto privatistico adottato dalla recente giurisprudenza trovi pieno riscontro nell’impostazione adottata nel Testo Unico

⁴⁴¹ C. CAVAZZA, *Prerogative speciali e società partecipate dai pubblici poteri: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2, 2009, p. 381 ss., spec. nota 23, sintetizza efficacemente tale tendenza affermando che «(..) 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 imprenditoriale nel rispetto ed in conformità dello scopo lucrativo del contratto di società, all’opposto, si registrano orientamenti, seppur variegati, sempre più contrari alla possibilità per l’ente, in forza delle norme in commento e tramite gli organi da essa nominati, di attuare una linea di politica aziendale aperta a finalità di interesse pubblico che comportino una rinuncia dello scopo lucrativo».

⁴⁴² App. Milano 2016, cit., p. 1255 punto 20, che al riguardo afferma che «secondo l’ormai consolidato orientamento delle Sezioni Unite (cfr. la sentenza n. 30167 del 2011 e le successive conformi), la nomina e la revoca degli amministratori da parte dell’ente pubblico debbono essere ascritte agli atti societari “a valle” della scelta di fondo di utilizzazione del modello societario e restano perciò interamente assoggettate alle regole del diritto commerciale proprie del modello recepito (...)».

⁴⁴³ App. Milano 2016, cit., pp. 1259-1260, secondo cui i precedenti giurisprudenziali che, in caso di revoca degli amministratori da parte dell’ente pubblico socio, avevano sancito l’inapplicabilità dell’articolo 2383, co. 3, c.c. ovvero «elevato *ex se* a giusta causa di revoca l’atto del Sindaco, tale da escludere pretese risarcitorie, essendo rilevante il mutamento della maggioranza politica che ha provveduto alla nomina» (il riferimento è alla sentenza App. Milano 5 maggio 2010, cit.), «devono essere qui riconsiderati alla luce di quanto indicato nell’ordinanza della Cassazione S.U. n. 1237/2015 (...) nella parte in cui sancisce che la revoca di un amministratore di nomina pubblica, ai sensi dell’art. 2449 c.c., può essere da lui impugnata innanzi all’AGO, in quanto l’amministratore può

l'estraneità delle cause politiche alla sfera soggettiva degli amministratori che, attraverso un atto del socio pubblico, vedrebbero compressi non solo i loro diritti e le legittime aspettative a portare a termine l'incarico, ma anche il dovere di agire nell'esclusivo interesse della società, «pur nell'ambito delle linee e direttive generali dettate dall'ente pubblico che li ha nominati»⁴⁴⁴.

Sicché, «l'esercizio del potere di revoca, se non motivato da ragioni che esplicitino le eventuali carenze dimostrate dagli amministratori nell'amministrare la società o la loro incapacità di mutare indirizzo secondo le nuove linee indicate dall'ente, non appare sorretto da giusta causa»⁴⁴⁵.

Si ricava, dunque, che, per un verso, la disciplina prevista all'articolo 6 della legge n. 145 del 2002 persegue il principale obiettivo di porre risalto al rapporto di fiducia tra l'ente pubblico e l'amministratore nominato, che può certamente rilevare nella misura in cui quest'ultimo si dimostri incapace di mutare l'indirizzo secondo le nuove linee indicate dall'ente e, dunque, inidoneo a perseguire i nuovi indirizzi di gestione della società.

Tuttavia, considerato che anche gli amministratori di nomina pubblica sono parte di un rapporto organico con la società, che

chiedere una tutela risarcitoria, giacché l'art. 2449 c.c. assicura parità di *status* tra amministratori di nomina assembleare e amministratori di nomina pubblica».

⁴⁴⁴ In altri termini, secondo il Tribunale «l'atto amministrativo, per quanto espressione di *ius imperii* proprio del Sindaco, non potrebbe giungere a comprimere l'aspettativa dell'amministratore nominato di portare a termine, nel tempo stabilito dalla legge, le funzioni a lui conferite nell'interesse di una società per azioni di tipo privatistico, e di effettuare scelte organizzative nell'interesse dell'impresa, orientate pur sempre nel rispetto dei principi di concorrenzialità ed efficienza, incidendo ingiustificatamente nella stabilità e neutralità della posizione giuridica acquisita dai suoi organi interni e prescindendo da un giudizio sulla loro idoneità a svolgere l'incarico con competenza professionale».

⁴⁴⁵ App. Milano 2016, cit., p. 1262, punto 62. Si tratta, in definitiva, di «i fatti sopravvenuti, idonei ad influire negativamente sulla prosecuzione del rapporto, che rappresentano il *quid pluris* idoneo a incidere negativamente sull'affidamento della gestione a soggetti aventi i requisiti di avvedutezza, capacità e diligenza di tipo professionale che devono sempre contraddistinguere l'amministratore di una società di capitali (...)».

gestiscono sotto la loro esclusiva responsabilità⁴⁴⁶, è necessario che il provvedimento di revoca emanato in forza della disciplina di cui all'articolo 6, contenga l'indicazione di una giusta causa che rilevi sotto il profilo societario, esplicitando le circostanze che in concreto determinino la perdita di fiducia nella capacità gestionale degli amministratori⁴⁴⁷.

La disciplina sullo *spoil system* non è stata incisa dal Testo unico che, dunque, ne ha lasciato intatta la vigenza e l'ambito di operatività – costituendo certamente un ulteriore segmento normativo di carattere “speciale” della disciplina degli amministratori di società a partecipazione pubblica – seppur con i correttivi giurisprudenziali testè delineati.

⁴⁴⁶ Così M. COSSU, *La prorogatio dell'amministratore di nomina pubblica nelle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 272, che chiarisce come «la disciplina societaria riformata, nel riservare agli amministratori la gestione dell'impresa, l'amministrazione della società e la responsabilità per entrambe, avvalora l'eventualità che l'organo amministrativo possa subire un'azione di responsabilità per i danni causati alla società per effetto della deviazione dall'interesse sociale lucrativo, e ciò quand'anche quella deviazione derivi dall'agire in conformità al volere dell'azionista pubblico espresso in assemblea».

Nel medesimo senso anche A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, cit. p. 848.

⁴⁴⁷ App. Milano 2016, cit., punto 60, p. 1261.

CAPITOLO TERZO

LO SVOLGIMENTO DELL'INCARICO DI AMMINISTRATORE: PROFILI RILEVANTI

SOMMARIO: 1. STRUTTURA E COMPOSIZIONE INTERNA DEGLI ORGANI AMMINISTRATIVI DELLE SOCIETÀ IN CONTROLLO PUBBLICO – 1.1 *Modelli di amministrazione e conformazione dell'organo amministrativo: il principio generale dell'amministratore unico e le possibili opzioni alternative.* – 1.2 *La disciplina sull'articolazione delle funzioni all'interno degli organi sociali (art. 11, c. 9 e 13 TUSP).* – 1.3 *Il rispetto dell'equilibrio di genere nella nomina degli organi amministrativi* – 2. GLI AMMINISTRATORI DELLE SOCIETÀ *IN-HOUSE* – 3. IL REGIME DI CORRESPONSIONE DEI COMPENSI AGLI AMMINISTRATORI – 3.1 *La disciplina sui compensi degli amministratori di società pubbliche statali e locali prima dell'intervento del Tusp: quadro di sintesi.* – 3.2 *Le disposizioni generali in tema di compensi previste nel Testo unico.* – 3.2 *La normativa "esterna" al Tusp rimasta in vigore.* – 4. L'APPLICABILITÀ DELLA DISCIPLINA SULLA TRASPARENZA E PUBBLICITÀ AGLI AMMINISTRATORI – 4.1 *I richiami in tema di trasparenza operati dal Testo unico.* – 4.2 *L'assolvimento degli obblighi di comunicazione di incarichi e compensi degli amministratori di società pubbliche.* – 5. LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA – 5.1 *Il regime della responsabilità degli amministratori prima del Testo Unico.* – 5.1.1 *Considerazioni circa la natura della responsabilità degli amministratori di società pubbliche: un inquadramento generale della questione.* – 5.1.2 *Società per azioni quotate a partecipazione pubblica e giurisdizione ordinaria (art. 16-bis, d.l. n. 248/2007).* – 5.1.3 *Le posizioni assunte dalla giurisprudenza: il sistema della doppia responsabilità.* – 5.2 IL REGIME DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI EX ARTICOLO 12 TUSP: UNA "NORMATIVIZZAZIONE" DEI RECENTI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI.

1. STRUTTURA E COMPOSIZIONE INTERNA DEGLI ORGANI
AMMINISTRATIVI DELLE SOCIETÀ IN CONTROLLO PUBBLICO

*1.1 Modelli di amministrazione e conformazione dell'organo
amministrativo: il principio generale dell'amministratore unico e le
possibili opzioni alternative*

L'articolo 11 del decreto n. 175 reca alcune disposizioni che riguardano, da un lato, la struttura e la composizione interna degli organi di amministrazione delle società in controllo pubblico⁴⁴⁸ – con specifico riguardo al numero dei componenti ed ai requisiti richiesti per l'accesso alla carica – e, per altro verso, la disciplina sui compensi da corrispondere ai componenti degli organi di amministrazione e controllo, nonché ai dipendenti delle società in controllo pubblico.

Considerato che il tema attinente i requisiti di eleggibilità è stato affrontato con particolare attenzione già in precedenza⁴⁴⁹, a ciascuno dei profili riguardanti la composizione interna ed il regime dei compensi saranno ora dedicati i prossimi paragrafi.

Come si è avuto modo di affermare in precedenza, le disposizioni recate dall'articolo 11, che introducono diverse novità in materia di *governance* delle società a controllo pubblico, fanno proprie alcune delle indicazioni del Programma di razionalizzazione del Commissario Cottarelli, che rispondevano principalmente all'esigenza di conferire alla gestione del settore pubblico un carattere di maggiore «sobrietà»⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Ricomprendendo, oltre alle società in controllo di amministrazioni pubbliche centrali, anche quelle locali.

⁴⁴⁹ Il complesso della disciplina riguardante i requisiti di eleggibilità, comprendendo anche le diverse e speciali ipotesi di incompatibilità ed inconfiribilità, è stata analizzata nel capitolo precedente, sul quale, v. capitolo II, §1.

⁴⁵⁰ Pur considerando che lo strumento principale al fine di ridurre i costi di amministrazione delle partecipate (locali) viene individuato in un progetto di

Ed è proprio avendo riguardo agli aspetti legati ad una drastica diminuzione degli sprechi e di efficientamento della gestione societaria, che il comma 2 dell'articolo 11 stabilisce il principio di composizione monocratica dell'organo amministrativo delle società a controllo pubblico.

Sembra, dunque, che il legislatore, in un'ottica di riduzione della spesa pubblica, abbia optato per la riduzione della composizione del citato organo amministrativo, in linea con i precedenti interventi normativi in materia.

Volendo fornire un quadro, seppur sommario, della normativa precedente, si può ricordare, innanzitutto, che già con la legge n. 296 del 2006⁴⁵¹, articolo 1, co. 465, era stata prevista la possibilità di demandare al Ministro dell'economia e delle finanze la facoltà di emanare, nel caso in cui si fosse reputato necessario, un atto di indirizzo diretto al contenimento del numero dei componenti dei consigli di amministrazione delle società non quotate partecipate dallo stesso Ministero, nonché delle rispettive società controllate e

razionalizzazione e di riduzione del loro numero, il Programma propone, «come parte delle iniziative volte a una maggiore sobrietà nella gestione del settore pubblico:

- l'ulteriore riduzione del numero dei consiglieri di amministrazione, salvo alcune specifiche deroghe;
- l'ulteriore limitazione dei compensi degli organi di gestione sulla base della complessità della realtà societarie e della presenza di deleghe;
- la valorizzazione degli elementi di competenza e indipendenza nella scelta degli amministratori».

In particolare il Programma fa rinvio ai contenuti dell'Appendice 2, che si riferisce, in termini di ambito di applicazione, alle «società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta (da parte di amministrazioni centrali o locali, comprese le aziende speciali, consorzi e altre forme giuridiche)», mentre propone di «valutare la possibilità di formule di limitazione anche per le società a controllo pubblico (controllo di diritto e di fatto, diretto e indiretto, con richiamo all'art. 2359 c.c. come norma definitoria del controllo)».

⁴⁵¹ Legge del 27 dicembre 2006 n. 296 «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge finanziaria 2007), in *G.U.* n. 299 del 27 dicembre 2006».

collegate, allo scopo di rendere la composizione dei citati consigli coerente con l'oggetto sociale delle società.

Per quanto riguarda le società partecipate dagli enti locali, la stessa legge n. 296, all'articolo 1, co. 729, disponeva che i rispettivi consigli di amministrazione non potessero eccedere i 3 membri, ovvero 5 in caso di presenza di un determinato livello minimo di capitale sociale, quantificato in almeno 2 milioni di euro⁴⁵². Nelle società miste, invece, il numero dei componenti designati dai soci pubblici non poteva superare i 5 membri.

Successivamente, è intervenuto il decreto-legge n. 95 del 2012⁴⁵³ che, ai commi 4 e 5 dell'articolo 4, ha previsto ulteriori norme in materia.

In particolare, il comma 4 ha ad oggetto le società strumentali controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazioni di servizi a favore di amministrazioni pubbliche superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, e stabilisce che i consigli di

⁴⁵² Tale importo è stato determinato con l'emanazione del d.p.c.m. 26 giugno 2007 «Determinazione dell'importo di capitale delle società partecipate dagli enti locali ai fini dell'individuazione del numero massimo dei componenti del consiglio di amministrazione, in *G.U.* n. 182 del 7 agosto 2007». Sul punto, A. BAUDINO, *L'amministrazione delle società a capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali, dopo le novità introdotte dal d.l. 95/2012*, cit., p. 57, specifica che «(...) è utile segnalare, a questo proposito, che la soglia dei due milioni di EURO oltre la quale è possibile aumentare il numero degli amministratori è riferita al capitale sociale e non al patrimonio netto della società. Pertanto, le società che hanno un capitale sociale inferiore alla predetta soglia ma dispongano di riserve che consentano di superarla ampiamente, potrebbero legittimamente portare le riserve a capitale con un aumento gratuito, per usufruire, ove necessario, della maggior flessibilità concessa dalla norma».

⁴⁵³ Tali articoli sono stati, a loro volta, successivamente modificati dal decreto-legge n. 90 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 114 del 2014. La normativa in parola è stata oggetto di abrogazione da parte del testo unico. Peraltro, le disposizioni di cui ai richiamati commi 4 e 5, come espressamente stabilito dall'art. 16, comma 2, del decreto-legge n. 90 del 2014, hanno trovato efficacia a decorrere dal primo rinnovo dei Consigli di amministrazione successivo alla data di entrata in vigore del decreto-legge n. 90 del 2014 (25 giugno 2014).

amministrazione debbano essere composti da non più di tre membri, fatta salva la facoltà di nomina di un amministratore unico.

Per tutte le altre società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, il successivo comma 5 prevede una composizione che varia da tre o da cinque membri, tenendo comunque conto della complessità delle attività svolte. Anche in quest'ultimo caso è prevista la possibilità di nomina di un amministratore unico⁴⁵⁴.

Da ciò emerge come, rispetto a tale ultima disciplina, il legislatore abbia inteso capovolgere il criterio di composizione dell'organo amministrativo, ponendo la composizione monocratica quale la regola generale di governo delle società in controllo pubblico

⁴⁵⁴ In vero, tale disciplina aveva posto una serie di problemi interpretativi alquanto delicati a causa delle numerose difficoltà nell'individuazione delle società soggette alle due diverse discipline dettate ai commi 4 e 5. Nello specifico, con riferimento al comma 1 dell'art. 4 il problema interpretativo, secondo A. BAUDINO, *L'amministrazione delle società a capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali, dopo le novità introdotte dal d.l. 95/2012*, cit., p. 59, era dovuto al fatto che la formulazione contenuta sembrava «introdurre un riferimento trasversale a tutte le società controllate da pubbliche amministrazioni che realizzino con le stesse la maggior parte del proprio fatturato, indipendentemente dal fatto che tale fatturato, seppur realizzato con le amministrazioni di appartenenza, sia riferito all'erogazione di servizi in favore dei cittadini (è questo il caso, per esempio, delle società costituite dagli enti pubblici territoriali per la gestione dei servizi pubblici di raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani) ovvero all'esecuzioni di prestazioni funzionali ad esigenze strumentali delle amministrazioni controllanti».

Con riferimento, invece, alle norme di cui al comma 5, riferite alle «altre società a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta», l'A. afferma che il criterio introdotto non si sostituisce alle disposizioni precedenti, ma le integra. In conseguenza di ciò, quindi che «la soglia dei due milioni di EURO oltre la quale è possibile aumentare il numero degli amministratori, non costituisce più l'unico limite posto all'organizzazione dei consigli di amministrazione delle società a partecipazione pubblica totalitaria: infatti, al fine di decidere se dotarsi di un consiglio di amministrazione di cinque membri, le società che hanno un capitale sociale superiore alla predetta soglia dovranno altresì valutare con prudenza e ponderazione se la rilevanza e la complessità delle attività svolte giustifichino tale scelta».

Dal canto suo, S. ROSINA, *Società di gestione dei servizi pubblici locali. La nuova governance, tra spending review, quote rosa e anticorruzione*, in *Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 1, 2013, p. 134 ss., conferma tale impostazione sottolineando che «il parametro qualitativo di cui all'art. 4, comma 5, deve considerarsi necessario, ma non sufficiente in quanto solamente complementare al parametro di cui all'art. 1, comma 729, primo periodo, L. 296/2006 e relativo decreto di attuazione».

facendo residuare (come si evidenzierà a breve) il Consiglio di amministrazione – costituito da tre a cinque membri, ovvero la scelta di sistemi di *governance* dualistico e monistico – quali opzioni cui l'assemblea della società può ricorrere con propria decisione motivata in relazione a specifiche esigenze.

Tale previsione rappresenta, dunque, uno dei principali elementi innovativi del testo unico in esame rispetto alla normativa vigente e, persino con riguardo alle indicazioni del citato Programma Cottarelli⁴⁵⁵, attraverso la quale si sono volute perseguire evidenti finalità di semplificazione della composizione dell'organo amministrativo e di contenimento dei costi.

Come anticipato poc'anzi, il successivo comma 3 dell'articolo 11 Tusp, introduce la facoltà di disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, ovvero che sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai paragrafi 5 e 6 della sezione VI-bis del capo V del titolo V del libro V del codice civile⁴⁵⁶. In

⁴⁵⁵ Questa rappresenta altresì una scelta innovativa anche rispetto al citato Programma Cottarelli che, pur prospettando la facoltà di prevedere un amministratore unico, prevedeva, come regola generale, che il consiglio di amministrazione fosse costituito da tre membri con riferimento al sistema di amministrazione e controllo tradizionale mentre, per le società che avessero deciso di adottare il sistema dualistico, il consiglio di gestione e il consiglio di sorveglianza sarebbero stati composti da numero di membri complessivamente pari a sei.

Lo stesso Programma, inoltre, aveva previsto la possibilità di derogare alla disciplina sopramenzionata, sulla base di motivazioni attinenti alla rilevanza, nonché alla complessità della società, tenendo conto di «indicatori quantitativi dimensionali, che misurino sia la dimensione economica sia la complessità organizzativa e gestionale», sulla scorta di quelli immaginati ai fini della classificazione per fasce di complessità utilizzata per l'individuazione dei compensi per le società non quotate controllate dal Ministero dell'economia».

⁴⁵⁶ In questo caso il riferimento è ai casi di adozione dei sistemi di *governance* dualistico e monistico. In estrema sintesi si può ricordare che, secondo quanto stabilito al paragrafo 5 della sezione VI-bis del capo V del titolo V del libro V del codice civile, nel sistema dualistico l'amministrazione della società è affidata al consiglio di gestione, mentre il controllo al consiglio di sorveglianza, al quale spettano le funzioni di vigilanza attribuite, nel sistema tradizionale, al collegio sindacale, nonché funzioni che, nel sistema tradizionale, sono riservate all'assemblea

quest'ultimo caso, il numero complessivo dei componenti degli organi di amministrazione e controllo non può essere superiore a cinque.

In aggiunta, si prevede che in caso di adozione del sistema dualistico, al Consiglio di sorveglianza siano attribuiti i poteri di cui all'articolo 2409-*terdecies*, co. 1, lettera f- *bis*), del codice civile⁴⁵⁷.

(es., nomina e revoca dei componenti del consiglio di gestione e determinazione dei loro compensi, approvazione del bilancio, promozione dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione).

Nel sistema monistico, contenuto al paragrafo 6 della citata sezione VI-bis, l'amministrazione della società è affidata, come nel sistema tradizionale, al consiglio di amministrazione ma, a differenza di quanto accade nel sistema tradizionale, è stabilito il divieto di nominare un amministratore unico. In questo caso il controllo è affidato a un comitato per il controllo sulla gestione scelto all'interno del consiglio di amministrazione, con i poteri attribuiti, nel sistema tradizionale, al collegio sindacale.

⁴⁵⁷ Attraverso tale norma viene sottratta all'autonomia statutaria la facoltà di attribuire al consiglio di sorveglianza il potere di deliberare in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione ferma restando, in ogni caso, la responsabilità di questo per gli atti compiuti.

Essendo, dunque, tale potere attribuito al Consiglio di sorveglianza *ex lege* e potendo il socio pubblico, altresì, incidere direttamente sulla sua composizione (diversamente da quanto accade per il consiglio di gestione, nominato dal consiglio di sorveglianza), secondo V. OCCORSIO, *Gli adempimenti societari necessari per l'adeguamento alla disciplina delle società pubbliche contenuta nel d.lgs. 175/2016*, cit., p. 324, ne deriva una «compartecipazione alla c.d. alta amministrazione o alla supervisione strategica».

La questione attinente l'applicazione del sistema alternativo dualistico alle società a partecipazione pubblica ha generato in dottrina un dibattito volto ad evidenziare le diverse e rilevanti questioni che ne scaturiscono.

Non potendo in tale sede entrare nel merito della questione, si rimanda per ogni approfondimento sul tema, *inter alia*, a C. IBBA, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 571 ss., il quale nell'ambito di d'inquadramento del rapporto fra partecipazione pubblica, sistema amministrativo tradizionale e sistema dualistico, ha analizzato diverse norme della legislazione speciale in materia di società a partecipazione pubblica (nomina e revoca degli amministratori, riduzione numerica e dei compensi, regime di responsabilità), al fine di constatare la loro applicabilità nel caso in cui si adotti il sistema di amministrazione e controllo dualistico.

Sul punto cfr. A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, cit., p. 857, che sottolinea come vi siano diversi ambiti rispetto ai quali «la *governance* dualistica si dimostra funzionale a ridurre l'impatto della struttura societaria di decisioni extra-sociali provenienti dall'azionista pubblico o comunque dal soggetto pubblico, anche non socio, dotato di poteri di nomina diretta, dal momento che l'interposizione di un organo con una connotazione professionale tra la proprietà e la gestione non tanto separa le due – dal momento che la catena di comando endosocietaria opera comunque in via diretta dalla prima alla seconda – quanto piuttosto connette

Nella versione precedente al decreto correttivo, era stato previsto che fosse un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri⁴⁵⁸ a determinare i criteri sulla base dei quali l'assemblea della società, per specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa, avrebbe potuto disporre per una diversa composizione dell'organo amministrativo, ovvero adottare un diverso sistema di *governance*, così come sopra delineato.

Come si è avuto modo di analizzare in precedenza⁴⁵⁹, diverse e, per certi versi, più penetranti risultano le deroghe ad alcune disposizioni del codice civile in materia di *governance*, che il Testo unico consente di introdurre all'interno degli statuti delle società *in house* e di quelle a capitale misto pubblico-privato.

Successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 100 del 2017, correttivo del Testo unico, il comma 3 subisce una

specifiche responsabilità al consiglio di sorveglianza nell'esercizio di prerogative che da proprietarie si trasformano in professionali: in particolare, la nomina e la revoca dei consiglieri di gestione, l'approvazione del bilancio e la deliberazione sui piani strategici, industriali e finanziari (v. ora lett. f-bis) dell'art. 2409-terdecies, comma 1, introdotta dal d. lgs. 6 febbraio 2004, n. 37».

Per una panoramica sul sistema dualistico v., ex multis, P. ABBADESSA, F. CESARINI (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, Giappichelli 2009; P. BENAZZO, "Condizioni d'uso" del sistema dualistico, in *Giur. comm.*, 2009, p. 702 ss.; V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, in N. Abriani, V. Cariello (diretto da) *Diritto dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, Torino, Giappichelli, Vol. I, 2012; P. MONTALENTI, *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 689 ss.; U. TOMBARI, *Sistema dualistico e potere di "alta amministrazione"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 709 ss.

⁴⁵⁸ Questo doveva essere adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 175 del 2016.

Nell'ambito del parere reso dalla Conferenza unificata sullo schema di decreto legislativo recante il Testo unico, peraltro, era confluita la richiesta, avanzata sia dalla Conferenza delle regioni che dall'ANCI e dall'UPI, affinché il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 3 fosse adottato d'intesa con la Conferenza unificata. Ciò sostanzialmente discendeva dalla considerazione per cui il numero dei membri dei consigli di amministrazione rientra nell'ambito dell'organizzazione e del governo delle società partecipate da enti territoriali.

⁴⁵⁹ V. *supra*, capitolo I, §5 e, con specifico riguardo alle società *in house*, quanto sarà evidenziato nel successivo paragrafo (capitolo III, §2).

modifica, legata alla previsione per cui sia la stessa assemblea della singola società a controllo pubblico ad assumere la decisione di derogare al principio generale in base al quale l'organo amministrativo della società a controllo pubblico sia costituito da un amministratore unico.

Inoltre, si stabilisce che tale determinazione debba essere assunta con delibera motivata in relazione a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa, nonché tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi, da trasmettersi successivamente alla sezione della Corte dei Conti competente⁴⁶⁰, nonché alla struttura del Ministero dell'economia e delle finanze cui spetta il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del Testo unico⁴⁶¹.

Dunque, si ricava in sostanza che, in luogo dell'amministratore unico, l'assemblea possa ricorrere, alternativamente, al consiglio di amministrazione, composto da tre o cinque membri, ovvero a forme di *governance* alternative (dualistico o monistico), qualora tale scelta sia supportate e giustificata da specifiche ragioni legate all'assetto organizzativo della società.

La possibilità di adottare i sistemi di amministrazione e controllo previsti dal codice civile, peraltro, ha delle rilevanti ricadute nel caso delle società a partecipazione pubblica in quanto, come è stato sottolineato in dottrina, ciò potrebbe condurre verso il

⁴⁶⁰ Lo stesso articolo 5, comma 4, del Testo unico stabilisce espressamente che «(...) per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo (...)».

⁴⁶¹ L'articolo 15 "Monitoraggio, indirizzo e coordinamento sulle società a partecipazione pubblica", prevede al primo comma che «Nell'ambito del Ministero dell'economia e delle finanze, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, è individuata la struttura competente per l'indirizzo, il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del presente decreto. Il Ministero dell'economia e delle finanze assicura la separazione, a livello organizzativo, tra la suddetta struttura e gli uffici responsabili dell'esercizio dei diritti sociali».

raggiungimento di un punto di equilibrio tra l'efficiente perseguimento dell'interesse sociale e le istanze pubbliche di cui risulta portatore l'ente pubblico partecipante⁴⁶².

Infine, al comma 5 è stabilito che qualora la società a controllo pubblico sia costituita in forma di società a responsabilità limitata, il Testo unico non consente, in deroga al disposto di cui all'articolo 2475, co. 3, del codice civile, di prevedere che l'amministrazione sia affidata, disgiuntamente o congiuntamente, a due o più soci⁴⁶³.

Alla luce di quanto sinora analizzato sembra chiara, dunque, la volontà del legislatore, da un lato, di procedere ad un inasprimento del regime restrittivo già previsto in precedenza, in merito alla composizione dell'organo amministrativo delle società pubbliche, dettando sul punto una disciplina piuttosto dettagliata, che possa

⁴⁶² In questo senso, P. BENAZZO, op. cit., p. 24, ritiene che il diritto comune contenga disposizioni potenzialmente in grado di coniugare la presenza del soggetto pubblico all'interno degli schemi societari disciplinati dal Codice civile, sia sotto il profilo "patrimoniale" che "amministrativo". Ed è in questo secondo caso che l'A. afferma che «particolarmente importante ai fini della possibilità di coniugare in modo appropriato istanze pubbliche (legate alla partecipazione azionaria) ed efficiente perseguimento dell'interesse sociale (pur sempre di lucro e di valorizzazione delle partecipazioni), è la nuova formulazione degli artt. 2308-bis e 2364, n. 5, c.c. (nel sistema ordinario), oltre alle potenzialità insite nell'adozione del modello alternativo c.d. dualistico, con la netta separazione tra proprietà e controllo (consiglio di sorveglianza) e gestione (consiglio di gestione), pur salvaguardando la possibilità per il consiglio di sorveglianza (e quindi per la proprietà) di interferire, nel rispetto dell'autonomia gestoria, con le operazioni strategiche e con i piani industriali e finanziari della società (art. 2409-terdecies, 1° comma, lett. f-bis, c.c.)».

Sul tema generale dei sistemi di amministrazione e controllo cfr., *ex multis*, G. OLIVIERI, *Costi e benefici dei nuovi modelli di amministrazione e controllo*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 69 ss.; A. GUACCERO, *Sub art. 2409-octies-2409-quinquiesdecies c.c.*, cit., p. 865; M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni, con particolare riguardo ai cd. sistemi alternativi*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, p. 2 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, cit.; D.U. SANTOSUOSSO, *I sistemi di amministrazione e controllo delle società partecipate da enti pubblici*, cit., p. 139, che offre un'analisi critica della visione del modello dualistico come elettivo per le società a partecipazione pubblica.

⁴⁶³ Per ogni approfondimento v. *supra* capitolo I, §5.

rappresentare la via decisiva per un'inversione di marcia nella gestione delle società pubbliche⁴⁶⁴.

Sotto questo profilo, infatti, si assiste non solo al mantenimento ma, ad una decisa conferma del regime derogatorio rispetto a quanto previsto dal diritto comune.

Per altro verso, invece, le previsioni sopra richiamate, menzionando esplicitamente le «società a controllo pubblico», non trovano applicazione per le «società a partecipazione pubblica», così come definite all'art. 2, lett. n), del Testo unico.

La *ratio* della delimitazione dell'operatività della norma in questione, con ogni probabilità, potrebbe essere ravvisata nella volontà del legislatore di restringere gli ambiti di autonomia nella determinazione dell'assetto societario alle sole situazioni di controllo⁴⁶⁵ in coerenza, del resto, con l'intera impostazione seguita dal Testo unico⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Sul punto, v. V. OCCORSIO, *Gli adempimenti societari necessari per l'adeguamento alla disciplina delle società pubbliche contenuta nel d.lgs. 175/2016*, cit., p. 322, spec. nota 15. L'A. ricorda che il tema della riduzione del numero degli amministratori, che si collega alla limitazione dei compensi, è sì riconducibile alle esigenze di riduzione dei costi della politica ma, in ultima analisi, questo si collega «alla necessità di assicurare l'efficienza gestionale e, quindi una corretta responsabilizzazione degli amministratori nei confronti della proprietà privata: questione che riguarda il tema di vertice (...) dell'interesse sociale nelle società a partecipazione pubblica, che viene individuato secondo una prima impostazione in una rimodulazione dell'interesse lucrativo con la componente pubblicistica (...); ovvero, secondo altra, nello stesso perseguimento del fine lucrativo comune alle società a matrice privatistica».

⁴⁶⁵ Cfr. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 657. L'A., per un verso, conferma l'intenzione del legislatore di «circoscrivere l'operatività dei vincoli relativi al numero degli amministratori alle sole società nelle quali le amministrazioni pubbliche detengano, quand'anche congiuntamente, una posizione di controllo», e ciò in considerazione del fatto che «la mera presenza di una partecipazione pubblica non sarebbe sufficiente a giustificare l'imposizione di un regime normativo restrittivo che finirebbe per incidere sulla libertà di autodeterminazione del socio privato di controllo».

Per altro verso, invece, ritiene che l'ambito di operatività della normativa in parola risulti ridimensionato rispetto alla disciplina precedente: da una lettura dei commi 2, 3, e 5 del Testo unico, infatti, non si evincerebbe il riferimento anche alle società che, pur non essendo sottoposte a controllo (individuale, congiunto, ovvero

1.2 La disciplina sull'articolazione delle funzioni all'interno degli organi sociali (art. 11, c. 9 e 13 TUSP).

Il decreto legislativo n. 175 del 2016, oltre ad intervenire sulla struttura e sulla composizione dell'organo amministrativo delle società in controllo pubblico, detta altresì specifiche norme attinenti principalmente il sistema di deleghe interne al consiglio di amministrazione, la carica di vicepresidente, nonché l'istituzione di organi diversi.

In altre parole, il comma 9⁴⁶⁷ dell'articolo 11 prevede una serie di principi uniformatori per gli statuti delle società a controllo

plurimo congiunto), da parte di una o più pubbliche amministrazioni, siano comunque a totale partecipazione pubblica.

Tuttavia, l'A. conclude affermando che, in conclusione, si può ritenere che l'imposizione di un regime restrittivo si possa giustificare in entrambi i casi (società in controllo pubblico e società a totale partecipazione pubblica), anche alla luce della soluzione adottata dal Testo unico, che si muove in direzione di un'ulteriore inasprimento del regime restrittivo, rispetto a quanto stabilito dal comma 4, art. 4, del decreto n. 95 del 2012, in quanto «(...) non c'è più una libera opzione tra amministratore unico e consiglio di amministrazione, sia pure a numero massimo vincolato, ma quella dell'organo monocratico diventa soluzione obbligata, in assenza di una adeguata motivazione che giustifichi l'opzione per l'organo collegiale».

⁴⁶⁶ Cfr. quanto evidenziato nel capitolo I, §3, nell'ambito della trattazione dei principali contenuti del Testo unico.

⁴⁶⁷ In generale, si può constatare come il comma 9 in commento riproponga sostanzialmente i contenuti recati dalla lettera c) “soppressione della carica di vicepresidente o in ogni caso divieto di compensi aggiuntivi”; dalla lettera d) “delegabilità da parte dell'organo di amministrazione ad un solo componente di proprie attribuzioni”; dalla lettera g) “divieto di corresponsione di gettoni di presenza”, del comma 12 dell'art. 3 della legge n. 244 del 2007, così come modificato dall'art. 71 della legge n. 69 del 2009.

Quindi, a differenza della disciplina attualmente vigente, si constata che, in precedenza, era stabilita la facoltà di prevedere il conferimento di deleghe per singoli atti, anche ad altri membri dell'organo amministrativo, a condizione che non fossero previsti compensi aggiuntivi.

Inoltre, il *Dossier* sullo schema di decreto legislativo recante il Testo unico osserva che il citato art. 71, oggetto di abrogazione ai sensi dell'articolo 28 dello stesso decreto n. 175 reca, tra l'altro, al comma 1, lettera f), disposizione di interpretazione autentica dell'art. 1, comma 734, della legge n. 296 del 1996, il quale

pubblico, sui quali grava dunque l'onere di provvedere all'adeguamento.

Con riferimento al primo aspetto, è prescritta la necessità di includere disposizioni che stabiliscano che il Consiglio di amministrazione attribuisce le deleghe di gestione ad un solo amministratore, salva la possibilità di attribuirle al presidente, qualora queste siano preventivamente autorizzate dall'assemblea (lett. a)⁴⁶⁸.

sancisce l'inconferibilità dell'incarico di amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico per chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi.

Considerata la mancata inclusione del comma 734 fra le disposizioni oggetto di abrogazione e, per altro verso, la contestuale abrogazione della citata lettera f), ne deriva che il comma 734 dovrebbe essere interpretato senza l'ausilio della norma di interpretazione autentica di cui alla stessa lettera f).

Per un approfondimento della questione appena citata si rinvia a quanto analizzato in precedenza (capitolo II, §1.3)

⁴⁶⁸ Per quanto riguarda la previsione contenuta alla lettera a), questa sembrerebbe riferirsi all'ipotesi in cui la società controllata abbia motivatamente optato per un organo di amministrazione collegiale. In caso contrario, ossia qualora la società sia retta da un amministratore unico, il problema pare non porsi, in quanto è in capo a quest'ultimo che sono di per sé concentrate tutte le deleghe gestionali.

Peraltro, sul punto, la Camera ed il Senato, nel proprio *Dossier*, avevano suggerito che, al fine di assicurare maggiore coerenza con il comma 2 dell'articolo in esame, secondo cui l'organo amministrativo delle società a controllo pubblico è costituito, di norma, da un amministratore unico, si sarebbe dovuta valutare la possibilità che, alla lettera a), si inserisse il seguente inciso "nei casi in cui l'Assemblea disponga che la società sia amministrata da un Consiglio di amministrazione ai sensi del comma 3". Tale suggerimento non sembra essere stato accolto nel testo finale del decreto.

Secondo quanto evidenziato da V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 674, sembra che la scelta del legislatore sia stata nel senso di rendere ancora più stringente il sistema che era stato già delineato in precedenza.

Analizzando, nello specifico, quanto previsto nella prima parte della lettera a) – che stabilisce l'attribuzione da parte del consiglio di amministrazione di deleghe di gestione ad un solo amministratore – l'A. formula le seguenti considerazioni: in primo luogo, si esclude «oltre alla possibilità di nominare più amministratori delegati con deleghe disgiunte o congiunte, anche la possibilità di nominare un comitato esecutivo, come pure astrattamente consentito dall'art. 2381, comma 2, c.c.». In secondo luogo, come anticipato in precedenza, non viene ripreso quanto era stato stabilito alla lettera e) dell'art. 3, co. 12, legge n. 244 del 2007, rispetto alla necessità di prevedere il conferimento di deleghe per singoli atti anche ad altri membri dello stesso organo, pur in assenza di un qualsivoglia obbligo di corresponsione di compensi aggiuntivi. Quest'ultima esclusione, secondo l'A., «non sembra del tutto giustificata, atteso che finisce per ingessare e irrigidire inutilmente l'operatività dell'organo amministrativo» aggiungendo che «Se si considera, per di

In secondo luogo, gli statuti devono contenere l'esclusione della carica di vicepresidente o, in alternativa, la sua previsione al solo fine di assicurare la temporanea sostituzione del presidente, senza la possibilità di un riconoscimento di compensi aggiuntivi (lett. b)⁴⁶⁹.

Infine, devono essere inserite ulteriori previsioni aventi ad oggetto, da un lato, il divieto di corrispondere gettoni di presenza o premi di risultato deliberati dopo lo svolgimento dell'attività, ovvero trattamenti di fine mandato, ai componenti degli organi sociali (lett. c)⁴⁷⁰ e, dall'altro lato, il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società (lett. d)⁴⁷¹.

più che la possibilità di deleghe operative per singoli atti era ammessa comunque “*a condizione che non siano previsti compensi aggiuntivi*”, la mancata riproposizione sembra frutto di un inasprimento forse eccessivo e non del tutto giustificato».

⁴⁶⁹ Anche in questo caso, la norma in esame riprende la formulazione dell'art. 3, comma 12, lett. c) della legge n. 244 del 2007.

⁴⁷⁰ Ne discende l'abrogazione, ad opera dell'art. 28, comma 1, lettera r), del Testo unico (in quanto riassorbito nella disposizione in esame), dell'art. 3, comma 7-*bis*, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101 convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125 («Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni»), in *G.U.* n. 255 del 30 ottobre 2013.

Tale articolo prevedeva, nello specifico, che «Nella regolamentazione del rapporto di lavoro dei dirigenti, le società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, o dai loro enti strumentali, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 31 del medesimo decreto legislativo n. 165 del 2001, ad esclusione di quelle emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e delle società dalle stesse controllate, non possono inserire, in assenza di preventiva autorizzazione dei medesimi enti o amministrazioni, clausole contrattuali che al momento della cessazione del rapporto prevedano per i soggetti di cui sopra benefici economici superiori a quelli derivanti ordinariamente dal contratto collettivo di lavoro applicato. Dette clausole, inserite nei contratti in essere, sono nulle qualora siano state sottoscritte, per conto delle stesse società, in difetto dei prescritti poteri o deleghe in materia».

Non è stato abrogato, invece, l'articolo 1, comma 466, della legge n. 296 del 2006 (come modificato dalla legge n. 244 del 2007), secondo il quale «Nella regolamentazione del rapporto di amministrazione, le società non potranno inserire clausole contrattuali che, al momento della cessazione dell'incarico, prevedano per i soggetti di cui sopra (componenti dei consigli di amministrazione delle società non quotate partecipate dal Ministero dell'economia e delle finanze e rispettive società controllate e collegate) benefici economici superiori ad una annualità di indennità».

La previsione di cui alla lettera c), peraltro, apporta alcune innovazioni alla disciplina che era contenuta all'art. 3, comma 12, lett. g), della legge n. 244 del 2007, che si limitava solamente a prevedere un divieto di corresponsione di gettoni

di presenza. Sul punto, V. OCCORSIO, *Gli adempimenti societari necessari per l'adeguamento alla disciplina delle società pubbliche contenuta nel d.lgs. 175/2016*, cit., p. 326, constata che tale possibilità «(...) risulta quindi, per un verso, ristretta, in quanto ora il divieto riguarda anche le società partecipate da pubbliche amministrazioni diverse dallo Stato; per altro verso, ampliata, in quanto consentita, nei limiti previsti in generale per il compenso degli amministratori, se i gettoni vengono deliberati *prima* dello “svolgimento dell’attività”». A tal proposito, si ricorda che l’articolo 3, comma 12, della citata legge n. 244 si applicava in via esclusiva alle «società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato».

⁴⁷¹ Con riferimento alla disposizione di cui alla lettera d), V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 675, ha sottolineato che la norma in questione, inserendosi «nel filone di politica legislativa volto ad arginare ogni possibile tentativo di elusione di un sistema che vuole contenere al massimo il numero dei componenti e la complessità dell’articolazione organizzativa e funzionale degli organi amministrativi delle società a controllo pubblico», persegue il chiaro obiettivo di contribuire al contenimento dei costi di funzionamento di tali società. Sotto questo profilo, secondo l’A., «si è (...) voluto evitare a monte e *a priori* ogni possibile rischio che la proliferazione degli organi e degli incarichi potesse avere una qualche forma di ricaduta economica, quand’anche solo in termini di rimborsi spese, indennità o altre voci di costo pur non direttamente riconducibili a un compenso *stricto sensu* inteso».

Secondo quanto affermato da L. GENINATTI SATÈ, *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica: temi e problemi*, cit., p. 11, tale divieto «assume particolare rilievo per le società *in house*, nelle quali la giurisprudenza progressivamente formatasi negli anni aveva indicato, fra gli indici idonei a rilevare la presenza del “controllo analogo” (requisito necessario del modello *in house*), l’esistenza di organismi di controllo, costituiti dai rappresentanti di ciascun ente locale, muniti di penetranti poteri di verifica preventiva sulla gestione dell’attività ordinaria e straordinaria del soggetto *in house*, “tali da rendere l’organo amministrativo privo di apprezzabile autonomia rispetto alle direttive delle amministrazioni partecipanti”». A giudizio dell’A., dunque, «il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle “norme generali” in materia di società sembra in effetti precludere la possibilità di continuare a prevedere organi quali i “comitati” che – variamente qualificati – assumevano tradizionalmente la funzione, nelle società *in house*, di verificare che la società operasse coerentemente con i principi e i presupposti del modello dell’*in house providing* e si conformasse agli indirizzi e alle direttive gestionali impartiti dai soci, garantendo quindi l’effettività di un controllo permanente dei soci stessi sulla società».

Sullo specifico punto riguardante le società *in house*, di nuovo, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 675, che non può fare a meno di ravvisare un possibile contrasto tra la disciplina di cui alla lettera d) e quanto stabilito all’art. 16, co. 2, lett. a), del Tusp, in merito alla possibile che gli statuti di tali società possano adottare previsioni in deroga agli artt. 2380-bis e 2409-novies, c.c. Sotto questo profilo, dunque, si tratterebbe di «stabilire se l’art. 16, comma 2, lett. a), si ponga quale norma eccezionale rispetto all’art. 11, comma 9, lett. d), tanto da imporsi per ragioni di specialità su quest’ultima; o se invece le due disposizioni debbano essere tra loro conciliate, tanto che le deroghe che l’art. 16, comma 2, lett. a), consentirebbe di apportare sarebbero riferite al diritto comune (...) e non anche alla disciplina speciale di cui allo stesso Tusp».

Quest'ultima previsione, in particolare, presenta alcuni aspetti innovativi rispetto alla disciplina previgente, così come contenuta al citato comma 12, dell'art. 3 della legge n. 244 del 2007, modificato dall'articolo 71 della legge n. 69, che prevedeva non solo la possibilità di costituzione di un apposito comitato eventualmente all'interno dell'organo di amministrazione, quale referente per gli organi di controllo interno, ma anche che le società in questione provvedessero «a limitare ai casi strettamente necessari la costituzione di comitati con funzioni consultive o di proposta», ai cui membri veniva riconosciuta la corresponsione di una remunerazione⁴⁷².

Peraltro, si anticipa che quest'ultima facoltà viene fatta salva dal successivo comma 13 dell'articolo 11, con specifico riguardo ai casi previsti dalla legge, sottraendola, conseguentemente, all'autonomia statutaria⁴⁷³.

In altre parole, dunque, il comma 13 è ancora esclusivamente ai casi previsti dalla legge la possibilità, per le società a controllo pubblico di prevedere la costituzione di comitati con funzioni consultive o di proposta, riconoscendo ai componenti una remunerazione sulla base di due elementi: in primo luogo, questa non dev'essere superiore al trenta per cento del compenso deliberato per la carica di componente dell'organo amministrativo e, secondariamente,

⁴⁷² Si trattava di «una remunerazione complessivamente non superiore al 30 per cento del compenso deliberato per la carica di componente dell'organo amministrativo». Anch'essa è demandata all'autonomia statutaria, seppure nei soli casi strettamente necessari.

⁴⁷³ In precedenza, infatti, la norma faceva riferimento ai «casi strettamente necessari», mentre ora si parla di casi che devono essere previsti dalla legge. Sotto tale profilo, quindi, se in passato la scelta di istituire tali comitati era subordinata ad una scelta basata su una valutazione di stretta necessità, ad oggi sembra che, invece, tale eventualità debba essere circoscritta al caso che sia la stessa legge a prevedere tale possibilità.

tale remunerazione dev'essere in linea con la qualificazione professionale e l'impegno richiesto⁴⁷⁴.

Rispetto al quadro testè delineato, infine, si segnala che il decreto correttivo non è intervenuto in alcun modo, lasciando dunque la disciplina ivi contenuta sostanzialmente immutata.

1.3 Il rispetto dell'equilibrio di genere nella nomina degli organi amministrativi.

Il Testo unico prevede all'articolo 11, quarto comma, primo periodo, che le amministrazioni delle società a controllo pubblico, nell'ambito della procedura di individuazione dell'organo amministrativo, assicurino il rispetto del principio dell'equilibrio di genere “almeno nella misura di un terzo, da computare sul numero complessivo delle designazioni o nomine effettuate in corso d'anno”.

Il secondo periodo del citato comma 4 stabilisce, inoltre, che nel caso in cui la società a controllo pubblico opti per un organo amministrativo a composizione collegiale – sulla base della disciplina

⁴⁷⁴ Tale norma contiene, quindi, un collegamento tra la remunerazione dei componenti dei comitati consultivi e quella prevista per la partecipazione all'organo amministrativo. Nell'ipotesi in cui non si abbia un consiglio di amministrazione collegiale, sembra potersi ragionevolmente ritenere che il parametro di riferimento per calcolare tale remunerazione possa essere rappresentato dal compenso stabilito per l'amministratore unico.

Poiché la remunerazione dell'amministratore unico (in quanto responsabile del complesso della gestione della società) potrebbe essere verosimilmente maggiore “del compenso deliberato per la carica di componente” del consiglio di amministrazione (in quest'ultimo caso, infatti, non si considera il compenso ulteriore spettante ai consiglieri investiti di particolari cariche, come ad esempio quella di amministratore delegato), in presenza di un amministratore unico la remunerazione accordata ai membri dei comitati con funzioni consultive o di proposta potrebbe essere considerevolmente superiore rispetto a quanto si verificherebbe nei casi in cui la *governance* sia affidata ad un consiglio di amministrazione.

Ciò, secondo quanto sottolineato dalla Camera e dal Senato nel *Dossier* sullo schema di decreto, potrebbe comportare il rischio «di comprimere gli effetti di risparmio conseguenti all'introduzione dell'organo di gestione monocratico».

ed alle condizioni stabilite al comma 3 – è necessario che lo statuto contenga norme volte a garantire che, nella scelta degli amministratori, vengano rispettati i criteri stabiliti dalla legge n. 120 del 2011⁴⁷⁵.

La disciplina di cui al comma 4 richiama, dunque, quanto già stabilito dalla legislazione vigente in materia di equilibrio di genere per le società quotate e, rispetto alla quale, si segnalano in particolare due norme.

La prima, contenuta all'articolo 1, impone agli statuti delle società quotate di procedere ad un adeguamento, al fine di prevedere l'equilibrio di genere nell'ambito del riparto degli amministratori da eleggere, specificando che il genere meno rappresentato debba ottenere almeno un terzo degli amministratori eletti⁴⁷⁶.

La seconda norma, prevista all'articolo 3, estende la citata disciplina anche alle società, costituite in Italia, che siano sottoposte ad una situazione di controllo da parte delle pubbliche amministrazioni secondo il disposto di cui all'articolo 2359, co. 1 e 2, c.c.⁴⁷⁷, non quotate in mercati regolamentati⁴⁷⁸, demandando poi ad un

⁴⁷⁵ «Modifiche al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernenti la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati», in *G.U.*, n. 174 del 28 luglio 2011.

⁴⁷⁶ È l'articolo 1 della citata legge n. 120 a prevedere, infatti, al comma 1, l'inserimento, dopo il comma 1-*bis* dell'art. 147-*ter* del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, cd. Tuf) del comma 1-*ter* contenente la previsione del citato criterio dell'equilibrio di genere.

⁴⁷⁷ È dunque lo stesso articolo 3 (ma il riferimento è contenuto anche all'articolo 1 del d.p.r. n. 251 del 2012), a specificare la nozione di controllo prescritta dalla norma. Ciò ha dato adito ad un rilevante interrogativo, circa la possibilità che questa debba reputarsi applicabile anche nei casi di “controllo congiunto” ovvero di “controllo plurimo disgiunto”, e cioè in tutti quei casi in cui nessuna amministrazione, singolarmente considerata, sia titolare di una posizione di controllo individuale (potendo esercitare diritti di voto in misura tale da consentirle di esercitare un'influenza dominante sulla società) ma, tuttavia, la somma delle partecipazioni detenute dalle amministrazioni sia tale da permettere a tutte quante di avere il controllo sulla società. Addirittura, dubbi sulla sua applicabilità sono sorti anche con riferimento ai casi in cui non siano ravvisabili nemmeno gli estremi del

controllo congiunto o del controllo plurimo disgiunto, e comunque la società sia a totale partecipazione pubblica ovvero a partecipazione pubblica prevalente.

A tal proposito, indicazioni utili possono essere ricavate da un parere del Consiglio di Stato, sez. I, 4 giugno 2014, n. 01801, «Parere sull'applicazione dell'art. 3 della l. 12 luglio 2011, n. 120 e dell'art. 1 del d.P.R. 30 novembre 2012, n. 251 in materia di quote di genere alle società in cui nessuna pubblica amministrazione ha da sola il controllo e alle c.d. società miste», il cui testo in versione integrale è consultabile al seguente sito: <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=LWGPHROHLWWHIYCY3TBQUZKP2M&q=>.

Rispetto alla questione sottoposta dalla Presidenza del Consiglio, circa l'eventualità di un'interpretazione della norma di cui all'art. 3, nel senso di ritenere che in tutti i casi in cui ricorra una partecipazione pubblica prevalente la società possa essere considerata quale *longa manus* dell'amministrazione, il Consiglio di Stato ha affermato che tale normativa «è suscettibile di interpretazione estensiva, essendo evidente che l'intento del legislatore è quello di assicurare l'equilibrata presenza dei generi nella *governance* degli enti il cui ruolo nel mercato è maggiormente significativo (...) Da questo punto di vista la circostanza che il controllo pubblico operi singolarmente o in modo congiunto è irrilevante».

Tuttavia, lo stesso Consiglio aggiunge che, quantomeno, debba trattarsi di situazioni che possano essere qualificate in termini di controllo "congiunto" in senso stretto, inserendo la stessa nozione pubblicistica di controllo pubblico all'interno del contesto della fattispecie civilistica del controllo societario *ex art. 2359 c.c.*

Se si considera quanto stabilito all'art. 11, comma 3 del Testo unico, in combinato disposto con le definizioni enucleate all'art. 2, lett. m) e b) del decreto, secondo V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., pp. 683-684, si può ragionevolmente concludere che: «(1) la soluzione propugnata dal Consiglio di Stato è definitivamente e testualmente accolta; (2) la medesima soluzione è estesa ai casi di controllo plurimo disgiunto; (3) sembra definitivamente abbandonata la possibilità di estensione ai casi di (semplice) partecipazione pubblica (complessivamente) prevalente o finanche totalitaria, in assenza di presupposti identificativi di una posizione di controllo (quanto meno congiunto o plurimo disgiunto)».

⁴⁷⁸ Tale specificazione è, del resto, in linea con la generale impostazione perseguita dal Testo unico e volta, tra le altre, a sottrarre dal campo di applicazione dei segmenti di normativa speciale dettata per le società pubbliche, l'intera categoria delle società quotate. Ciò risponde all'intento del legislatore, in presenza di una quotazione, di assoggettare tale tipologia societaria alla disciplina di diritto comune, alla luce del fatto che, salvo specifiche prescrizioni, si ritiene che l'assoggettamento ad un regime normativo speciale, dovute a specifiche esigenze del socio pubblico, sia incompatibile con l'interesse (superiore) del mercato a che le società quotate, al pari di quelle a totale partecipazione privata, siano soggette interamente alla disciplina di diritto comune.

Per un inquadramento generale della normativa sulle società quotate alla luce del testo unico, cfr. R. CAMPORRESI, *La disciplina introdotta dal "Testo unico" in materia di società a partecipazione pubblica quotate*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di) *Le società pubbliche*, vol. I, cit., p. 507 ss.

apposito regolamento⁴⁷⁹, la definizione dei termini e delle modalità attraverso le quali realizzare concretamente l'attuazione del principio di equilibrio di genere all'interno delle società a controllo pubblico.

Il regolamento, emanato con d.p.r. n. 251 del 2012 prescrive, dunque, che le società in controllo pubblico⁴⁸⁰ debbano prevedere all'interno dei propri statuti disposizioni che assicurino il rispetto dell'equilibrio di genere, attraverso una serie di declinazioni concrete, a seconda che gli organi di amministrazione e controllo siano collegiali, che sia previsto un meccanismo di nomina secondo il voto di lista, ovvero l'eventualità che si debba procedere ad un arrotondamento, qualora non risulti un numero intero di componenti dell'organo⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Il regolamento d'attuazione è stato successivamente adottato con d.P.R. 30 novembre 2012, n. 251, «Regolamento concernente la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo nelle società, costituite in Italia, controllate da pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile, non quotate in mercati regolamentati, in attuazione dell'articolo 3, comma 2, della legge 12 luglio 2011, n. 120», in G.U. n. 23 del 28 gennaio 2013.

⁴⁸⁰ Vengono ricomprese altresì le partecipazioni locali. Sul punto, infatti, S. ROSINA, op. cit., p. 143, afferma che «(...) la legge "sulle quote rosa" ricomprende nel suo alveo applicativo anche le società che gestiscono servizi pubblici locali laddove (controllate o) interamente partecipate dal socio pubblico (...) considerato che nella nomina dei componenti il consiglio di amministrazione, un terzo degli stessi dovrà appartenere al genere meno rappresentato, di ciò dovranno necessariamente tenere conto i Consigli degli enti locali nel dettare, ex art. 42, comma 2, lettera m, T.U.E.L., gli indirizzi per la conclusione di quelle "intese" atte ad individuare i candidati eleggibili (...). Allo stesso modo, ne dovrà tenere conto l'ente locale-socio unico, per le ipotesi in cui lo Statuto preveda che ad esso competa la nomina diretta dei componenti il consiglio di amministrazione, ex art. 2449 c.c.».

⁴⁸¹ Secondo quanto stabilito dall'articolo 2, del d.p.r. n. 251 del 2012, «1. Le società di cui all'articolo 1 prevedono nei propri statuti che la nomina degli organi di amministrazione e di controllo, ove a composizione collegiale, sia effettuata secondo modalità tali da garantire che il genere meno rappresentato ottenga almeno un terzo dei componenti di ciascun organo. 2. Qualora sia previsto per la nomina degli organi sociali il meccanismo del voto di lista, gli statuti disciplinano la formazione delle liste in applicazione del criterio di riparto tra generi, prevedendo modalità di elezione e di estrazione dei singoli componenti idonee a garantire il rispetto delle previsioni di legge. Gli statuti non possono prevedere il rispetto del criterio di riparto tra generi per le liste che presentino un numero di candidati inferiore a tre. Inoltre gli statuti disciplinano l'esercizio dei diritti di nomina, ove previsti, affinché non contrastino con quanto previsto dal presente regolamento. 3. Qualora dall'applicazione di dette modalità non risulti un numero intero di componenti degli

Nel caso in cui l'organo amministrativo sia monocratico – anche alla luce del principio generale previsto al comma 2 dell'articolo 11, Tusp – è prescritto che la misura di un terzo, in termini di rapporto tra uomini e donne, debba essere computato utilizzando il citato criterio enunciato al primo periodo del comma 4, ossia sulla base del numero complessivo delle designazioni ovvero delle nomine effettuate durante l'anno.

Inoltre, la normativa in parola risulta essere applicabile sia all'organo amministrativo che al collegio sindacale. Nonostante, infatti, tale vincolo sia previsto espressamente dalla legge n. 120 del 2011, ma non menzionato nel Testo unico, si può ritenere che, non rientrando quest'ultima nell'alveo delle abrogazioni disposte dal decreto n. 175, le disposizioni in essa contenute siano pienamente applicabili e vigenti⁴⁸².

Lo stesso articolo 3, co. 1, della legge n. 120 del 2011 prevede, poi, un termine per l'applicazione della disciplina, in quanto si afferma esplicitamente che la quota di genere debba essere assicurata «per tre mandati consecutivi»⁴⁸³.

organi di amministrazione o controllo appartenenti al genere meno rappresentato, tale numero è arrotondato per eccesso all'unità superiore. 4. Le società prevedono altresì le modalità di sostituzione dei componenti dell'organo di amministrazione venuti a cessare in corso di mandato, in modo da garantire il rispetto della quota di cui al comma 1. 5. La quota di cui al comma 1 si applica anche ai sindaci supplenti. Se nel corso del mandato vengono a mancare uno o più sindaci effettivi, subentrano i sindaci supplenti nell'ordine atto a garantire il rispetto della stessa quota».

⁴⁸² Ciò è tanto più rilevante quanto più si consideri che, alla luce dell'art. 3, co. 2, Tusp, anche per l'organo di controllo, che la società a responsabilità limitata è tenuta obbligatoriamente a nominare, varrà il rispetto della proporzione di un terzo in favore del genere meno rappresentato. Peraltro, l'obbligo di inserire tali disposizioni nello statuto è espressamente sancito dal citato articolo 2, co. 1, del d.p.r. n. 251 del 2012.

⁴⁸³ Cfr. D. STANZIONE, *In tema di «equilibrio tra i generi» negli organi di amministrazione e controllo di società quotate*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 190 ss., nel confermare il carattere transitorio della disciplina di riserva a favore di una quota di genere, aggiunge che, «qualora non dovesse essere riconfermata, essa avrà in ogni caso costituito un importante strumento di sensibilizzazione rispetto alla c.d. *gender diversity* come valore da tutelare e promuovere nella formazione degli organi collegiali».

Tuttavia, nonostante la formulazione, sotto alcuni aspetti, incerta della norma⁴⁸⁴, si può presumibilmente ritenere che l'intento del legislatore sia quello "accompagnare" le società verso un'implementazione della disciplina che, là di là dell'imposizione di carattere legislativo, possa consolidarsi e dare vita ad un *modus operandi* "spontaneo", nella piena consapevolezza del rispetto della quota di genere nelle nomine dell'organo amministrativo e di controllo⁴⁸⁵.

Infine, il rispetto della disciplina sulla quota di genere è assicurato dalla previsione di una sanzione, consistente nella decadenza dell'intero organo amministrativo qualora, accertato il mancato rispetto della quota stabilita la società, nonostante sia stata destinataria di una diffida da parte del Presidente del Consiglio (o del

L. ENRIQUES, *La corporate governance delle società quotate: sfide e opportunità*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 493 ss., ritiene che il regime transitorio stabilito dalla legge n. 120 sia «particolarmente apprezzabile: la norma rappresenta un primo intervento in questa materia, cosicché può essere opportuno verificare se sia sufficiente "rompere il ghiaccio" (o, meglio, il soffitto di cristallo) per ottenere in seguito, anche senza vincoli legislativi, composizioni meno squilibrate dei CdA. Se le resistenze fossero tali da riprodurre, pur dopo tre mandati, una situazione analoga a quella attuale, il Parlamento potrà valutare se prorogare questa previsione».

⁴⁸⁴ Sul punto, A. BUSANI, G.O. MANELLA, *"Quote rosa" e voto di lista*, in *Società*, 2012, p. 53 ss., afferma che «la norma non è affatto chiara quando reca la predetta affermazione secondo cui il "criterio di riparto" "che assicuri l'equilibrio tra i generi" "si applica per tre mandati consecutivi". Almeno due sono infatti le possibili interpretazioni di questa espressione normativa. Anzitutto potrebbe ritenersi che le prescrizioni statutarie in tema di "quote rosa", di cui è stato disposto l'obbligo di introduzione, diverranno "facoltative" al termine del predetto periodo di "tre mandati consecutivi". (...) D'altro canto, la legge potrebbe però interpretarsi, più semplicemente, come espressione della volontà del legislatore di imporre che, una volta introdotto nello statuto un dato "criterio di riparto" tra i generi, il medesimo non possa essere variato per tre esercizi consecutivi».

⁴⁸⁵ Così si esprime S. ROSINA, op. cit., p. 144, sottolineando che «(...) il carattere temporaneo della L. 120/2011 andrebbe ricondotto all'aspettativa che, nel lungo periodo, le società si adeguino spontaneamente al principio della parità di genere negli organi di vertice, cosicché una volta che la partecipazione femminile sia incrementata secondo gli standard perseguiti, le società proseguano lungo questa linea di tendenza, senza espresse imposizioni legislative».

Ministro delegato per le pari opportunità), trascorsi inutilmente i termini previsti, risulti ancora inadempiente⁴⁸⁶.

2. GLI AMMINISTRATORI DELLE SOCIETÀ *IN-HOUSE*

Prima di affrontare il tema legato alla disciplina applicabile agli amministratori delle società *in house*, è utile procedere ad una sommaria ricognizione delle principali caratteristiche della normativa che il Testo unico ha previsto con riferimento a tale tipologia societaria.

L'articolo 16 del decreto n. 175 del 2016 reca, infatti, specifiche disposizioni sulle società *in house*, alla luce di quanto previsto dalla normativa europea, che è stata successivamente recepita all'interno dell'ordinamento nazionale dal nuovo codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ Dispone, infatti l'articolo 4, comma 5 del d.p.r. n. 251 del 2012 che «Nei casi in cui il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro delegato per le pari opportunità accerti il mancato rispetto della quota stabilita all'articolo 2, comma 1, nella composizione degli organi sociali, diffida la società a ripristinare l'equilibrio tra i generi entro sessanta giorni. In caso di inottemperanza alla diffida, il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro delegato per le pari opportunità fissa un nuovo termine di sessanta giorni ad adempiere, con l'avvertimento che, decorso inutilmente detto termine, ove la società non provveda, i componenti dell'organo sociale interessato decadono e si provvede alla ricostituzione dell'organo nei modi e nei termini previsti dalla legge e dallo statuto».

⁴⁸⁷ Si tratta del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, «Codice dei contratti pubblici», in *G.U.* n. 91 del 19 aprile 2016. Esso è stato emanato in attuazione della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, e recentemente modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 («Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50», in *G.U.* n. 103 del 05 maggio 2017).

Nello specifico, il nuovo codice dei contratti pubblici ha recepito la normativa sugli affidamenti *in house* disciplinata dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, che riguardano, rispettivamente, l'aggiudicazione dei contratti di concessione, gli appalti pubblici e le procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

Tali direttive, con identiche disposizioni, disciplinano tipologie di concessioni e di appalti che presentano caratteristiche tali da essere esclusi

In particolare, la formulazione della disciplina dell'*in house* recata dall'art. 12 della direttiva 2014/24/UE, da cui trae origine la normativa introdotta dal decreto n. 50, aveva recepito a sua volta la giurisprudenza della Corte di Giustizia sui requisiti dell'*in house*⁴⁸⁸, introducendo, tuttavia, rilevanti innovazioni che, successivamente, il Consiglio di Stato ha recentemente evidenziato in un proprio parere reso in materia di istruzione⁴⁸⁹.

dall'ambito di applicazione della normativa europea in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici e da consentire il ricorso all'affidamento *in house*.

Tra le disposizioni europee richiamate, le previsioni contenute all'art. 12 della direttiva 2014/24/UE, che disciplina l'*in house* nei settori classici, possono essere assunte quale punto di riferimento anche per l'*in house* nell'ambito delle concessioni e dei settori speciali, vista l'identità dei testi normativi specifici. In particolare, il citato articolo 12 definisce le condizioni necessarie al fine di procedere all'esclusione, dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/24/UE, di un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato.

Tuttavia, ancor prima della previsione di una normativa europea, erano intervenute in materia sia la giurisprudenza europea (a partire dalla celebre sentenza *Teckal*, Corte di giustizia U.E. 18 novembre 1999 - causa C-107/98) che quella nazionale, le quali hanno avuto modo di elaborare una serie di indici identificativi da utilizzare, allo scopo di verificare la legittimità del ricorso all'*in house providing*.

Si tratta, in particolare, della totale partecipazione pubblica; del controllo analogo, anche congiunto nel caso di affidamento *in house* in favore di società partecipata da più enti pubblici e, infine, della prevalenza dell'attività con l'ente affidante.

⁴⁸⁸ Sul punto M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, cit. p. 12, ricorda come, a partire dalla nota sentenza *Teckal* (CGCE, 18.11.1999, C-107/98), nella quale la Corte ha affermato che affinché non si vi sia un obbligo di gara, la società deve possedere specifici requisiti, si sono susseguite una serie di pronunce della Corte di Giustizia, volte a chiarire i concetti di "controllo analogo" e della "attività prevalente", che non erano stati tuttavia definiti in modo analitico nella sentenza, causando recepimenti «con sfumature diverse», all'interno dei vari Stati membri.

⁴⁸⁹ Nell'ambito del parere n. 298 del 2015, il Consiglio di Stato è investito della questione attinente la possibilità o meno, per il Ministero dell'istruzione, di affidare in via diretta al Cineca (Consorzio interuniversitario) servizi nel campo dell'informatica, concernenti il sistema universitario, della ricerca e scolastico. Il Consiglio ha, dunque, approfondito e chiarito, alla luce delle disposizioni della citata direttiva 2014/24/UE, i presupposti e le condizioni di ammissibilità degli affidamenti diretti *in house*.

Esaminando l'art. 12 della direttiva, il Consiglio rileva come il legislatore europeo, nel disciplinare un istituto regolato finora esclusivamente in via giurisprudenziale, abbia in parte recepito la giurisprudenza ma, per altro verso, abbia

Il primo comma dell'articolo 16, in linea con quanto disposto dall'art. 12, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2014/24/UE, nonché dal codice dei contratti di cui al decreto n. 50, subordina dunque l'affidamento diretto di contratti pubblici alle società *in house* da parte di amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo ovvero il controllo analogo congiunto, che rispettano la condizione secondo la quale non vi deve essere la partecipazione di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione specificamente

profondamente innovato, «definendo in modo parzialmente diverso le condizioni di esclusione dalla direttiva medesima».

Sul punto, il Consiglio di Stato afferma quanto segue: «L'art. 12 cit., infatti, nel confermare che, nel caso di "in house providing" escluso dalla direttiva, "l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi" (art.12 cit., 1° par., lett. a), ha aggiunto una precisa definizione in ordine all'ulteriore requisito della cosiddetta "parte più importante dell'attività svolta", secondo cui "oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice" (art.12 cit., 1° par., lett. b). Ed alla successiva lett. c) ha aggiunto la condizione ulteriore e parzialmente innovativa (rispetto alla giurisprudenza comunitaria e nazionale), secondo cui "nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata". Ha poi aggiunto nell'ultima parte del primo paragrafo cit., a maggiore definizione della nozione comunitaria di "controllo analogo", che "si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice". Quindi l'art. 12, paragrafo 1 cit. richiede che, ai fini dell'esclusione dei contratti tra soggetti pubblici dall'applicazione della direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice debba svolgere sull'altro ente pubblico "un controllo analogo a quello che esercita sui propri dipartimenti/servizi"; inoltre che più dell'80% delle prestazioni dell'altro ente pubblico siano effettuate a favore dell'amministrazione aggiudicatrice o di un altro ente pubblico controllato dalla prima; infine che l'altro ente pubblico che riceve l'affidamento dall'amministrazione aggiudicatrice non sia controllato da capitale privato, (...); e che in ogni caso tale partecipazione non determini influenza dominante (la percentuale dell'80% richiama la stessa quota dettata, per i settori speciali, dagli artt. 218 del dlgs.163/06 e 23 Dir. 17/2004)». Il testo integrale del parere è consultabile al seguente link: <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=SSF6DRI7G237MRTBBGQJNGEUI&q=>.

previste dalla legge, e che non comportino non solo un controllo ovvero un potere di veto, ma anche l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata⁴⁹⁰.

Il legislatore, poi, prevede ai commi successivi una serie di disposizioni volte, da un lato, a introdurre una serie di deroghe al diritto comune per gli statuti delle società *in house*⁴⁹¹, al fine di assicurare il ruolo penetrante svolto dall'amministrazione controllante e, dall'altro lato, a delineare meccanismi sanzionatori nel caso in cui

⁴⁹⁰ La *ratio* della norma può essere sicuramente rintracciata nella volontà di evitare che l'aggiudicazione di un affidamento diretto – in assenza di una procedura competitiva – possa determinare un indebito vantaggio in favore di operatori economici privati, titolari di una partecipazione nel capitale della società partecipata, ai danni degli altri operatori economici concorrenti e, allo stesso tempo, evitare di sfavorire quelle realtà in cui la presenza di soggetti privati sia resa obbligatoria da una norma di legge, a condizione che siano rispettati i presupposti del controllo analogo della pubblica amministrazione.

⁴⁹¹ Allo scopo di mantenere e realizzare il controllo analogo sulla società *in house*, il secondo comma dell'articolo 16 prevede, innanzitutto, che gli statuti delle società per azioni possano contenere clausole che derogano alle disposizioni di cui all'articolo 2380-*bis*⁴⁹¹ e dell'articolo 2409-*novies* (in tema di amministrazione della società nel sistema di governance dualistico) del codice civile (lettera a). In secondo luogo, per gli statuti delle s.r.l., è stabilito che questi ultimi possano prevedere l'attribuzione all'ente ovvero agli enti pubblici soci di particolari diritti, in conformità a quanto disposto dall'articolo 2468, co. 3, del codice civile (lettera b). Infine, si specifica che, ad ogni modo, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche attraverso la conclusione di appositi patti parasociali che, in deroga all'articolo 2341-*bis*, co. 1, del codice civile, possono avere durata anche superiore a cinque anni (lettera c).

Il successivo comma 3 dispone che gli statuti delle società *in house* debbano prevedere che oltre l'80 per cento del loro fatturato (accogliendo, in questo modo, l'osservazione del Consiglio di Stato di sostituirla alla precedente formulazione del seguente tenore: "almeno l'80 per cento"), sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci. Peraltro, prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 100 del 2017, il citato comma prevedeva altresì la possibilità che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato fosse consentita solo a condizione che la stessa permettesse di conseguire economie di scala o altri guadagni di efficienza produttiva nell'esercizio dell'attività principale della società. Tale disposizione, peraltro arricchita da un ulteriore contenuto, è confluita in un distinto comma (co. 3-*bis*).

Il comma 3-*bis*, inserito dal citato decreto n. 100, prevede che la produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato dell'80 per cento, precedentemente fissata al comma 3, sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società. In questo caso si specifica, dunque, che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato può essere rivolta anche a finalità diverse rispetto ai compiti affidati dalle amministrazioni pubbliche.

la società non rispetti il requisito del limite del fatturato, previsto per lo svolgimento dei compiti affidati dall'ente pubblico socio⁴⁹².

Le disposizioni di cui all'articolo 16, unita alla necessaria esclusività dell'oggetto sociale ribadita dallo stesso Testo unico⁴⁹³, concorrono sicuramente a porre in risalto alcuni profili di specialità riferiti alle società *in house*⁴⁹⁴ seppur, tuttavia, nella più generale

⁴⁹² Il comma 4 afferma che costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile (che ha ad oggetto la facoltà, in capo ai soci della società di denunciare dinnanzi al tribunale gli amministratori di cui si sospetti che abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione tali da arrecare danno alla società, ovvero a società controllate), nonché dell'art. 15 del decreto n. 175 in esame, il mancato rispetto del limite dell'80 per cento del fatturato sancito al precedente comma 3.

Infine, il comma 5 dispone che, nel caso di mancato rispetto del richiamato limite di fatturato, la società possa sanare l'irregolarità se, entro tre mesi dalla data in cui questa è avvenuta, rinunci a una parte dei rapporti di fornitura con soggetti terzi, ovvero rinunci agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci. In entrambe le ipotesi, la società è tenuta a sciogliere i relativi rapporti contrattuali. Nel caso in cui la suddetta società scelga di rinunciare agli affidamenti diretti da parte degli enti pubblici soci, è disposto che il riaffidamento avvenga attraverso procedure competitive sulla base della disciplina in materia di contratti pubblici, entro il termine di sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale. Nelle more dello svolgimento delle citate procedure di gara, i beni o servizi continuano a essere forniti dalla stessa società controllata.

⁴⁹³ Stabilisce, infatti, l'articolo 4, al quarto comma, che «Le società *in house* hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2. Salvo quanto previsto dall'articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti». In tal modo, il legislatore estende a tutte le società *in house* una previsione che, originariamente, era stata dettata esclusivamente con riferimento alle società «strumentali» o di «autoproduzione» (art. 13, decreto-legge 04 luglio 2006, n. 223 convertito, con modificazioni, dalla legge 04 agosto 2006, n. 248, «Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale», in G.U. n. 186, dell' 11 agosto 2006).

⁴⁹⁴ Le peculiarità organizzative e funzionali che caratterizzano le società *in house* hanno spinto il legislatore a prevedere altre disposizioni speciali attinenti specifici ambiti. Partendo, infatti dal presupposto che il controllo analogo debba necessariamente tradursi in una situazione per cui la società si atteggi ad un vero e proprio ufficio interno dell'amministrazione, ciò conduce alla predisposizione di alcune deroghe alla disciplina di diritto comune.

In primo luogo, sulla base di quanto disposto dall'articolo 12 del Tusp, il danno provocato dagli amministratori è qualificato come danno erariale, e la conseguente disciplina sulle azioni di responsabilità è sottoposta alla giurisdizione della Corte dei conti, in considerazione del fatto che il danno, seppur diretto formalmente alla società, in realtà sarebbe sostanzialmente riferibile alla stessa amministrazione pubblica affidante.

consapevolezza del chiaro intento perseguito dal legislatore, confermato peraltro da recente giurisprudenza⁴⁹⁵, di non enucleare un tipo autonomo della “società in house”, ma di ricondurre tale tipologia

Secondariamente, l'art. 14 del Testo unico, al comma 6, stabilisce una causa speciale di preclusione alla costituzione di società, nonché all'acquisizione e al mantenimento di partecipazioni in società, a carico delle amministrazioni che esercitavano il controllo su una società titolare di affidamenti diretti (dunque, *in house*) che sia stata dichiarata fallita, per i cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento.

A ciò si aggiunga, inoltre, che l'Autorità anticorruzione, all'interno delle Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza, emanate con determinazione n. 8 del 2015, in tema di adattamento dei precetti, ha specificato quanto segue: «A tal proposito si fa presente che alle società *in house*, che pure rientrano nell'ambito di applicazione delle presenti Linee guida, si applicano gli obblighi di trasparenza previsti per le pubbliche amministrazioni, senza alcun adattamento. Infatti, pur non rientrando tra le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165/2001, in quanto organizzate secondo il modello societario, dette società, essendo affidatarie in via diretta di servizi ed essendo sottoposte ad un controllo particolarmente significativo da parte delle amministrazioni, costituiscono nei fatti parte integrante delle amministrazioni controllanti» (par. 2.1.3).

⁴⁹⁵ Cfr. Cass. civ., S.U., ordinanza 1 dicembre 2016, n. 24591, in *Foro it.*, 2017, I, p. 154 ss., nella quale si afferma testualmente che «La riconduzione della materia in questione alla disciplina civilistica è attuata oggi dal D. Lgs n. 175 del 2016 (ovviamente, inapplicabile *ratione temporis* alla fattispecie), del quale vanno particolarmente segnalate tre disposizioni. Quella del terzo comma dell'art. 1, secondo cui: *Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali del diritto privato*. Quella dell'art. 12 (*Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate*), a norma della quale *"I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house"*. Quella dell'art. 14 (*Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*), la quale non solo stabilisce che *"Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi"*, ma, soprattutto, testualmente menziona nell'ultimo comma la *"dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti"*, facendo così inequivoco ed esplicito riferimento alle società *in house*, che, appunto, sono le società titolari di affidamenti diretti (cfr. art. 16, 1° comma). Disposizioni, queste, che non solo definitivamente esplicitano la riconduzione delle società a partecipazione pubblica all'ordinario regime civilistico ma, soprattutto, eliminano ogni dubbio circa il fatto che le società *in house* siano regolate dalla medesima disciplina che regola, in generale, le società partecipate, ad eccezione, quanto alle prime, della giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dai loro amministratori e dipendenti».

ad una variante della società a controllo pubblico, la quale diventa destinataria di disposizioni peculiari che riguardano l'attività, e non la natura tipologica⁴⁹⁶.

Ed è proprio sulla scorta delle considerazioni testè formulate che s'inserisce l'analisi delle caratteristiche della disciplina degli amministratori di società *in house* rispetto alla quale, fatta eccezione per alcuni specifici profili di specialità legati alla natura ed alle peculiarità del modello societario in esame, si può sicuramente constatare l'applicabilità della normativa generale prevista per gli amministratori delle società a partecipazione pubblica.

Sotto tale aspetto, dunque, non si ravvisano norme di carattere speciale per quanto riguarda, innanzitutto, la disciplina sui requisiti di eleggibilità.

⁴⁹⁶ In questo senso si esprimono F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ, op. cit., p. 23 che, a tal proposito, ricordano come sia la V Commissione Permanente Bilancio, Tesoro e Programmazione della Camera, in un parere reso il 30 giugno 2016, che il Consiglio di Stato, nel proprio parere del 16 marzo 2016, avevano suggerito la possibilità di inserire, all'interno del decreto legislativo recante il Testo unico, disposizioni che disciplinassero autonomamente gli entri strumentali.

In particolare, nel proprio parere, la V Commissione aveva sottolineato l'opportunità «di individuare le tipologie di società in cui è ammessa la partecipazione da parte della pubblica amministrazione, definendo, come risulta dal parere del Consiglio di Stato, una distinzione più netta tra “società a controllo pubblico”, “società a partecipazione pubblica” e “società quotate”, con deroghe al codice civile di intensità decrescente, nonché tra “società strumentali” e “società *in house*”, con deroghe al codice civile di maggiore intensità, valutando altresì l'opportunità di elencare per ciascuna delle predette tipologie le norme del decreto che risultano applicabili».

Il Consiglio di Stato, nel parere reso allo schema di decreto legislativo n. 968 del 21 aprile 2016, cit., afferma che la società *in house* «conserva una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato» (par. 7). Per tale ragione, secondo il Consiglio, anche alla luce della posizione assunta dalla giurisprudenza nazionale («il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (*inhouse*) non si realizza più in termini di alterità soggettiva», Cass. civ., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283), la società *in house* si configurerebbe quale modello distinto rispetto a quello delineato dal diritto comune, tanto da prevedere persino una deroga al potere di gestione degli amministratori, secondo quanto stabilito dall'art. 2380-*bis*, co. 1, c.c.

Si ritiene, quindi, alla luce del principio generale enunciato all'art. 1, co. 3, del Testo unico che, in assenza di deroghe espresse, debba ritenersi applicabile la normativa stabilita in materia dal diritto comune⁴⁹⁷.

Anche per quanto attiene la disciplina degli atti di nomina e di revoca degli amministratori di società *in house*, non si registrano scostamenti dalla normativa che il Testo unico detta, in generale, per le società pubbliche⁴⁹⁸ per cui, in base al medesimo principio sopra

⁴⁹⁷ Sul punto, cfr. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 557. L'A., seppur sottolinei che non sono mancate posizioni che hanno accolto un'interpretazione secondo cui «le norme di diritto comune recanti requisiti di eleggibilità alle cariche sociali cederebbero il passo a discipline di carattere speciale applicabili (...) agli organi di controllo delle amministrazioni pubbliche socie, allorché tra la società e le amministrazioni medesime si instauri – come nel caso delle società *in house* (...) – un rapporto assimilabile a quello di una relazione gerarchica e/o totale da ravvisare una sorta di immedesimazione tra l'una e le altre», afferma che sono diverse le argomentazioni a sostegno della piena applicabilità della disciplina di diritto comune, tra i quali rientra la previsione di cui all'art. 1, co. 3, Tusp.

Del resto, sull'applicabilità della norma ex art. 1, co. 3, Tusp, si è pronunciata la stessa Corte di Cassazione che, nell'ordinanza 1 dicembre 2016, n. 24591, cit., ha specificato che «le società a partecipazione pubblica costituiscono, in ambito societario, una categoria nella quale sono comprese, in termini di specialità, le società (non solo partecipate, ma) controllate da enti pubblici e le società *in house*; sicché il principio generale dettato dal citato 3° comma dell'art. 1 è destinato a valere anche per le società *in house*, ove non vi siano disposizioni specifiche di segno diverso».

⁴⁹⁸ Accanto all'assenza di previsioni derogatorie nel Testo unico, nonché della norma ex art. 1, co. 3, che funge da “parametro interpretativo”, è stata la stessa giurisprudenza, da ultimo, con l'ordinanza n. 24591 del 2016, cit., a ribadire che «le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e sindaci delle società a totale o parziale partecipazione pubblica sono sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario, anche nel caso in cui le società stesse siano costituite secondo il modello c.d. *in house providing*».

In tema, peraltro, M. COPPOLA, op. cit., pp. 484-485, nel commentare la sopracitata ordinanza, ricorda che, a seguito dello sviluppo dell'istituto dell'*in house providing* questo sia stato successivamente corredato da precisi requisiti, per via delle evidenti deroghe ai principi di libera concorrenza e di parità degli operatori economici che esso portava con sé. Tuttavia, tale istituto ha finito, comunque, per essere utilizzato in modo strumentale «per soddisfare esigenze “politiche”», «generando una grossa confusione interpretativa».

Per tali motivi, la dottrina e la giurisprudenza si sono mosse proprio per «dimostrare come la presenza di un azionista pubblico non dia vita, di per sé, ad una distinta categoria societaria, arginando così quella ingiustificata tendenza a mescolare le norme sulla *governance* societaria con le norme sull'attività. E questo anche con riferimento alle società *in house* la cui configurazione come *longa manus*

enunciato, quest'ultima s'intende applicabile anche ai primi, senza alcuna distinzione⁴⁹⁹.

Le medesime conclusioni valgono, inoltre, per la disciplina in tema di compensi. In passato, infatti, erano state dettate specifiche disposizioni⁵⁰⁰, attualmente superate⁵⁰¹ da quanto previsto al comma 6 dell'articolo 11, Testo unico⁵⁰², l'unica eccezione potendo essere rappresentata all'art. 21, co. 3, per le società a partecipazione di maggioranza di pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto, che abbiano conseguito un risultato economico negativo nei precedenti tre esercizi⁵⁰³.

della p.a. appare una forzatura immotivata, posto che la disciplina civilistica non ammette un asservimento dell'organizzazione societaria tale da provocarne un sostanziale annullamento».

⁴⁹⁹ Cfr. Cass. civ., S.U., ordinanza 1 dicembre 2016, n. 24591, cit., nella quale la Corte, dopo aver affermato l'applicabilità della norma prevista dall'art. 1, co. 3, Tusp anche alle società *in house*, salvo specifiche disposizioni, aggiunge che «(...) una disposizione specifica per le società *in house* si rinviene nell'art. 12 che, come si è visto, riguarda la giurisdizione in tema di azioni di responsabilità degli organi sociali, *non anche per quel che attiene alle controversie in materia di nomina o revoca degli organi sociali designati dal socio pubblico*».

⁵⁰⁰ Rimandando, per un'analisi puntuale, a quanto sarà evidenziato nel successivo paragrafo 3, basti in tale sede affermare, in via generale, che il legislatore era intervenuto, in un primo momento, dettando una disciplina stringente sul compenso degli amministratori delle società a totale partecipazione pubblica locale (art. 1, comma 725-728, legge n. 296 del 2006) e, successivamente, con ulteriori disposizioni sui limiti generali all'erogazione dei compensi ai componenti degli organi societari (art. 4, co. 4 e 5, decreto-legge n. 95 del 2012).

⁵⁰¹ Si consideri che, nelle more dell'emanazione del d.p.c.m. previsto all'art. 11, co. 6, del decreto n. 175, continua ad applicarsi l'art. 4, co. 4, secondo periodo, del d.l. n. 95 del 2012, come modificato dall'art.16, d.l. n. 90 del 2014. La norma prevede, in merito ai compensi da corrispondere agli amministratori sia delle società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche sia di quelle a totale partecipazione pubblica, diretta e indiretta, che, a decorrere dal 1° gennaio 2015, il costo annuale sostenuto per tali compensi (compresa la remunerazione per particolari cariche), non possa superare l'80 % del costo complessivamente sostenuto nell'anno 2013.

⁵⁰² V. in questo capitolo, §3.2.

⁵⁰³ L'articolo in questione afferma che «Le società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80 per cento del valore della produzione, che nei tre esercizi precedenti abbiano conseguito un risultato economico negativo, procedono alla riduzione del 30 per cento del compenso dei componenti degli organi di amministrazione. Il conseguimento di un risultato economico negativo per due anni consecutivi rappresenta giusta causa ai

Una disciplina di carattere speciale è invece prevista nel caso di *prorogatio* dell'organo amministrativo, in tema di trasparenza, nonché con il riferimento al regime della responsabilità.

Rispetto al primo tema, trattato in precedenza, è lo stesso comma 15, dell'articolo 11 del Testo unico, a prevede l'applicabilità, agli organi di amministrazione e controllo delle società *in house*, della disciplina sulla *prorogatio* di cui al decreto-legge n. 293 del 1994⁵⁰⁴.

Riguardo la trasparenza, la stessa Autorità anticorruzione, nell'assimilare le società *in house* alle amministrazioni pubbliche, afferma che a quest'ultime si applicano integralmente gli obblighi di trasparenza previsti al decreto n. 33 del 2013.

Infine, l'articolo 12 del testo unico riconosce l'esplicita soggezione alla giurisdizione contabile delle azioni di responsabilità promosse nei confronti degli organi amministrativi e di controllo delle società *in house*⁵⁰⁵. Entrambi saranno approfonditi nel prosieguo della trattazione.

In conclusione, dunque, da quanto sinora analizzato permette di constatare come anche la disciplina della società *in house* e dei suoi amministratori, ad eccezione di deroghe espresse, sia sottoposta al pari delle altre società a partecipazione pubblica, alle norme di diritto societario comune⁵⁰⁶.

fini della revoca degli amministratori. Quanto previsto dal presente comma non si applica ai soggetti il cui risultato economico, benché negativo, sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante». Per ogni approfondimento, v. capitolo III, §3.2.

⁵⁰⁴ Per una disamina sul punto, v. capitolo II, §3.

⁵⁰⁵ Il tema della responsabilità degli amministratori, avendo riguardo anche al caso delle società *in house*, è analiticamente trattato in questo capitolo, §5.

⁵⁰⁶ In questo senso anche E. CODAZZI, *Le "nuove" società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, VII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale "Orizzonti del Diritto Commerciale", *"Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti"*, Roma, 17-18 febbraio 2017, p. 1 ss. L'A., dopo aver ricostruito gli orientamenti giurisprudenziali sulla natura della società *in house* e del controllo analogo,

3. IL REGIME DI CORRESPONSIONE DEI COMPENSI AGLI AMMINISTRATORI

3.1 *La disciplina sui compensi degli amministratori di società pubbliche statali e locali prima dell'intervento del Tusp: quadro di sintesi*

Le perduranti inefficienze registrate nella gestione delle società pubbliche che, talvolta, hanno rappresentato uno strumento per eludere vincoli di finanza pubblica e favorire sprechi, hanno spinto il legislatore verso la scelta di sottoporre ad una disciplina pubblicistica alcuni aspetti relativi alle loro attività, imponendo vincoli stringenti sia alla composizione numerica dell'organo amministrativo che ai compensi percepiti dallo stesso.

Con riferimento a questo secondo aspetto, nel 2007 e nel 2008 sono state emanate una serie di disposizioni riguardanti, rispettivamente, le società a partecipazione locale e quelle a partecipazione statale.

Nello specifico, l'articolo 1, comma 725, della legge n. 296 del 2006⁵⁰⁷ aveva disposto che “nelle società a totale partecipazione di comuni o province, il compenso lordo annuale, onnicomprensivo, attribuito al presidente e ai componenti del consiglio di amministrazione, non può essere superiore per il presidente al 70 per

aggiunge che questa «deve essere necessariamente rivista alla luce, sia di quelle disposizioni ex art. 16, comma 1, e comma 3, t.u., che, attribuendo rilevanza ad interessi ulteriori rispetto a quelli del socio pubblico ovvero enfatizzando la natura imprenditoriale della società *in house*, impediscono (...) una completa identificazione della stessa con l'ente pubblico, sia di quei principi dello stesso testo unico e della legge delega, i quali – come confermano da ultimo le sezioni unite, n. 24591/2016 – avrebbero chiarito che le stesse società *in house*, al pari di tutte le altre società partecipate, sono sottoposte, salvo esprese deroghe di legge, al diritto societario generale ex art. 1, comma 3, t.u.».

⁵⁰⁷ Come modificato dal comma 12 dell'art. 61 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112.

cento e per i componenti al 60 per cento delle indennità spettanti, rispettivamente, al sindaco e al presidente della provincia ai sensi dell'articolo 82 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Resta ferma la possibilità di prevedere indennità di risultato solo nel caso di produzione di utili e in misura comunque non superiore al doppio del compenso onnicomprensivo di cui al primo periodo. Le disposizioni del presente comma si applicano anche alle società controllate, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, dalle società indicate nel primo periodo del presente comma⁵⁰⁸.

Il successivo comma 726 prescrive che, per le società sia a totale partecipazione pubblica, ma composta da più enti locali, il compenso debba essere calcolato “in percentuale della indennità spettante al rappresentante del socio pubblico con la maggiore quota di partecipazione”⁵⁰⁹.

Il comma 727 prevedeva, invece, il diritto degli amministratori di percepire indennità di missione e rimborsi spese.

Infine, con riferimento alle società a partecipazione mista di enti locali e altri soggetti pubblici e privati, si era altresì stabilito al comma 728, che i limiti al compenso lordo annuale, onnicomprensivo, potessero essere incrementati in relazione alla partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ Come si avrà modo di specificare nel prosieguo, tale norma è stata abrogata dall'articolo 28 del decreto n. 175

⁵⁰⁹ Lo stesso comma prevede che, in caso di parità di quote, il compenso venga calcolato sulla base dell'indennità di maggiore importo tra le indennità spettanti ai rappresentanti dei soci pubblici.

⁵¹⁰ Ai sensi dell'art. 1, comma 728, della legge n. 296 del 2006, successivamente abrogato dall'articolo 28 del testo unico, il compenso, calcolato ai sensi del comma 725, viene aumentato di un punto percentuale ogni cinque punti percentuali di partecipazione di soggetti diversi dagli enti locali nelle società in cui la presenza di questi ultimi è pari o superiore al cinquanta per cento del capitale e di due punti percentuali ogni cinque punti percentuali di partecipazione di soggetti diversi negli altri casi.

Sin dalla sua prima applicazione, la normativa testè enunciata non era andata esente da una serie di criticità e questioni problematiche che erano state sollevate, principalmente con riferimento agli aspetti della perimetrazione dell'ambito di applicazione⁵¹¹, nonché della natura e della dimensione della società⁵¹², che non hanno trovato una soluzione univoca.

Per le società a partecipazione statale, l'articolo 3, co. 44, della legge n. 244 del 2007, aveva invece introdotto il limite ai compensi, individuandolo nel trattamento economico del primo presidente della Corte di cassazione⁵¹³.

La disciplina così enunciata ha successivamente subito una modifica a seguito dell'emanazione del decreto-legge n. 78 del

⁵¹¹ Si era affermato che il generico riferimento ai "componenti del consiglio di amministrazione" non specificava se i citati limiti andassero applicati anche ai componenti dei consigli di amministrazione investiti di particolari cariche, secondo quanto previsto dall'articolo 2489 c.c.

Sul punto è intervenuta la Circolare interpretativa del Ministro per gli affari regionali e le autonomie locali del 13.7.2007, nella quale è stato chiarito che «il tetto ai compensi non può essere superato per effetto del riconoscimento di remunerazioni attribuite ad alcuni amministratori in relazione all'investitura di particolari cariche previste statutariamente, avuto riguardo alla perentorietà del comma 725, che ammette il superamento solo per effetto di indennità di risultato e solo per il caso di produzione di utili, purché sia determinato in misura ragionevole e proporzionata, tenuto conto della onnicomprensività del compenso preso in considerazione dalla citata disposizione».

⁵¹² Cfr. A. BAUDINO, *L'amministrazione delle società a capitale pubblico per a gestione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 13, il quale ha sottolineato che «(...) non è ragionevole, ed è contrario ai principi di efficienza cui deve tendere l'attività delle società (indipendentemente dalla natura pubblica o meno dell'azionariato) introdurre tetti di spesa astratti che prescindono totalmente dalle dimensioni della società, dal contesto ambientale in cui essa opera, dal tipo di attività svolta, dai profili di rischio e dalle responsabilità ad essi correlate».

⁵¹³ Si stabiliva, nello specifico, che «Il trattamento economico onnicomprensivo di chiunque riceva a carico delle pubbliche finanze emolumenti o retribuzioni nell'ambito di rapporti di lavoro dipendente o autonomo con pubbliche amministrazioni statali di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, agenzie, enti pubblici anche economici, enti di ricerca, università, società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica nonché le loro controllate, ovvero sia titolare di incarichi o mandati di qualsiasi natura nel territorio metropolitano, non può superare quello del primo presidente della Corte di cassazione. Il limite si applica anche ai magistrati ordinari, amministrativi e contabili, ai presidenti e componenti di collegi e organi di governo e di controllo di società non quotate, ai dirigenti».

2010⁵¹⁴, che aveva ulteriormente ridotto i compensi di una percentuale pari al dieci per cento.

Successivamente, il legislatore, in un'incessante opera di legiferazione, è intervenuta nuovamente sul regime dei compensi dei componenti e titolari degli organi di amministrazione, dapprima, attraverso il decreto-legge n. 201 del 2011, art. 23-bis⁵¹⁵ e,

⁵¹⁴ Si tratta del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, «Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica», in *G.U.* n. 125 del 31 maggio 2010. Il comma 3 dell'articolo 6 aveva previsto che «Fermo restando quanto previsto dall'art. 1, comma 58 della legge 23 dicembre 2005, n. 266, a decorrere dal 1° gennaio 2011 le indennità, i compensi, i gettoni, le retribuzioni o le altre utilità comunque denominate, corrisposti dalle pubbliche amministrazioni di cui al comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, incluse le autorità indipendenti, ai componenti di organi di indirizzo, direzione e controllo, consigli di amministrazione e organi collegiali comunque denominati ed ai titolari di incarichi di qualsiasi tipo, sono automaticamente ridotte del 10 per cento rispetto agli importi risultanti alla data del 30 aprile 2010. Sino al 31 dicembre 2016, gli emolumenti di cui al presente comma non possono superare gli importi risultanti alla data del 30 aprile 2010, come ridotti ai sensi del presente comma"».

Il successivo comma 6 del medesimo articolo stabiliva, invece, che «*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*».

⁵¹⁵ Il comma 1 dell'articolo 23-bis, nella versione precedente alla modifica prevista dall'art. 1, comma 672, della legge di stabilità per il 2016, disponeva che le società non quotate, direttamente controllate dal Ministero dell'economia e delle finanze ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, n. 1), del codice civile, fossero classificate per fasce sulla base di indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro il 31 maggio 2012. Il provvedimento è stato successivamente emanato con D.M. 24 dicembre 2013, n.166.

Secondo la citata disciplina, per ciascuna fascia bisognava determinare il compenso massimo al quale i consigli di amministrazione delle società direttamente controllate dal MEF avrebbero dovuto fare riferimento, per la determinazione, secondo criteri oggettivi e trasparenti, degli emolumenti da corrispondere agli amministratori investiti di particolari cariche, ai sensi dell'articolo 2389, co. 3, del codice civile.

In aggiunta, tale limite ai compensi si applicava anche alle società non quotate controllate da società direttamente controllate dal MEF.

successivamente, con la legge n. 147 del 2013 che, all'articolo 1, commi da 471 a 473, aveva previsto una generale applicazione dei limiti retributivi prescritti dal citato articolo 23-bis ad una serie di soggetti che, a vario titolo, siano destinatari di incarichi presso pubbliche amministrazioni ed autorità amministrative indipendenti⁵¹⁶.

In aggiunta, l'articolo 13, comma 1, del decreto-legge n. 66 del 2014, ha poi modificato il limite massimo retributivo riferito al primo presidente della Corte di cassazione, stabilendo che questo venga fissato in euro 240.000 annui, sostituendo quanto disposto in precedenza⁵¹⁷.

Intervengono, poi, ulteriori disposizioni sui limiti generali all'erogazione dei compensi ai componenti degli organi societari: si tratta dell'articolo 4, co. 4 e 5, del decreto-legge n. 95 del 2012⁵¹⁸.

L'articolo 2, comma 20-quater, lett. b), del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, ha poi aggiunto i commi 5-bis e 5-ter, ai sensi dei quali venivano fissati specifici tetti retributivi sia per i compensi di amministratori investiti di particolari cariche in società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dalle pubbliche amministrazioni, sia per i trattamenti economici annui onnicomprensivi dei dipendenti di tali società.

⁵¹⁶ Nello specifico, è previsto al comma 471 che tali limiti riguardino chiunque riceva a carico delle finanze pubbliche retribuzioni o emolumenti comunque denominati in ragione di rapporti di lavoro subordinato o autonomo intercorrenti con le autorità amministrative indipendenti, con gli enti pubblici economici e con le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, ivi incluso il personale di diritto pubblico di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo. Il comma 472, invece, estende tali limiti anche ai componenti degli organi di amministrazione, direzione e controllo delle autorità amministrative indipendenti e delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001.

⁵¹⁷ In particolare, il decreto-legge n. 66 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 89 del 2014, in primo luogo, ha stabilito all'articolo 13, co. 1 che, a decorrere dal 1° maggio 2014, il limite massimo retributivo riferito al primo presidente della Corte di cassazione sarebbe stato fissato in euro 240.000 annui, precisando poi che, a decorrere dalla citata data, i riferimenti al limite retributivo del primo presidente medesimo di cui agli articoli 23-bis e 23-ter del decreto-legge n. 201/2011, nonché contenuti in disposizioni legislative e regolamentari si intendessero sostituiti dal predetto importo.

⁵¹⁸ L'art. 4, commi 4 e 5 (oggetto di abrogazione del presente testo unico), del decreto-legge n. 95 del 2012, modificato dal decreto-legge n. 90 del 2014, prevede con riferimento ai compensi da corrispondere agli amministratori sia delle società controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche, sia di quelle a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, che «il costo annuale

Interviene, dunque, la legge di stabilità per il 2016⁵¹⁹ che, all'art. 1, commi da 672 a 676, procede ad un'ulteriore modifica della disciplina dei compensi per gli amministratori, dirigenti e dipendenti delle società controllate dal Ministero dell'economia, attraverso un'estensione a tutte le società direttamente o indirettamente controllate dalle amministrazioni pubbliche, della fissazione del limite massimo annuo dei compensi nell'importo di 240.000 euro, prevedendo altresì alcuni obblighi di pubblicità per gli incarichi di consulenza e di collaborazione presso le stesse società ed i relativi compensi⁵²⁰.

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 2013. 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».

⁵¹⁹ Legge 28 dicembre 2015, n. 208, «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2016)», *G.U.* n. 302 del 30 dicembre 2015.

⁵²⁰ Nello specifico, con le modifiche apportate dal citato comma 672 della legge di stabilità per il 2016 si prevede, in primo luogo, che con decreto del Ministro dell'economia da emanarsi entro il 30 aprile 2016, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti e sentita anche la Conferenza unificata per i profili di competenza, per le società direttamente o indirettamente controllate sia dalle amministrazioni dello Stato sia dalle altre amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del D. Lgs. n.165/2001 - ad esclusione di quelle emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e loro controllate, vale a dire le società quotate - sono individuate fino a cinque fasce di classificazione sulla base di indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi.

Secondariamente, per ciascuna fascia è determinato, in proporzione, il limite massimo dei compensi per il trattamento economico annuo onnicomprensivo da corrispondere agli amministratori, dirigenti e dipendenti al quale i consigli di amministrazione di dette società devono fare riferimento, che non potrà comunque eccedere il limite massimo di 240.000 euro annui al lordo dei contributi previdenziali ed assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario, tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni, e ferme restando le specifiche disposizioni, anche regolamentari, che prevedono limiti inferiori.

Come si avrà modo di specificare nel prosieguo, l'art. 28 del Testo unico abroga solamente il comma 672, mentre rimane vigente la disciplina contenuta ai successivi commi⁵²¹.

Quello che emerge è, dunque, un quadro caratterizzato da un alto tasso di frammentarietà e disorganicità che ha mostrato una chiara tendenza del legislatore ad intervenire in modo continuo e, spesso, in un'ottica di estemporaneità, in assenza di un disegno organico di razionalizzazione e riforma⁵²².

⁵²¹ Si tratta, nello specifico, del comma 673, il quale stabilisce, con disposizione transitoria, che fino all'emanazione del nuovo D.M. ora previsto al comma 1 suddetto, continua a produrre i propri effetti il D.M. 24 dicembre 2013, n. 166, che attualmente regola i compensi in questione.

Il comma 674, stabilisce che, dalla data di adozione del decreto medesimo, sono abrogati i commi 5-bis e 5-ter dell'articolo 23-bis, che individuano, quale parametro di riferimento per i compensi in questione, il trattamento economico del primo presidente della Corte di Cassazione, atteso che tali elementi risultano ricompresi nella nuova formulazione recata, prima, dal comma 672 e, ora, dal comma 6 dell'articolo 11 del testo unico in esame.

Rispetto ai citati commi 5-bis e 5-ter, si aggiunge che anche questi sono stati abrogati dall'art. 28, lettera n), del Testo unico in commento.

La lett. n) dispone, inoltre, l'abrogazione anche dei successivi commi da 5-quater a 5-sexies, che recano disciplina del trattamento economico degli organi di amministrazione delle società quotate, sulla quale il testo unico in esame non interviene. Sotto questo profilo, Camera e Senato hanno espresso alcune perplessità in quanto sarebbe opportuno secondo tali organi un chiarimento al riguardo, al fine di comprendere se si sia in presenza di un'effettiva volontà di sopprimere la disciplina dei compensi nelle società quotate, peraltro nel silenzio della legge delega in proposito.

Infine, i commi 675 e 676 dispongono alcuni obblighi di informazione ricadenti all'interno della disciplina in materia di trasparenza.

⁵²² Ciò ha condotto la Corte dei conti, nella propria Relazione riferita all'anno 2014 (deliberazione n. 15/SEZAUT/2014/FRG), p. 37, ad affermare, ad esempio, con riguardo alle società a partecipazione pubblica locale, che «Permane, quindi l'esigenza di un intervento di armonizzazione della disciplina concernente l'insieme dei soggetti rientranti nel perimetro delle società partecipate da una pubblica amministrazione territoriale».

3.2 Le disposizioni generali in tema di compensi previste nel Testo unico

Rispetto alla disciplina sui compensi delineata dal Codice civile per le società di capitali⁵²³ il legislatore, come evidenziato in precedenza, è intervenuto ripetutamente negli ultimi anni al fine di stabilire una serie di vincoli diretti al contenimento dei compensi da assegnare ai componenti dell'organo amministrativo delle società pubbliche.

Muovendosi sulla medesima scia, il Testo unico, al sesto comma stabilisce un tetto massimo per ogni trattamento economico, che non può superare l'importo di 240.000 euro annui⁵²⁴. Tale ultima soglia è calcolata al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario, tenendo conto altresì dei compensi già percepiti da altre pubbliche amministrazioni ovvero da altre società a controllo pubblico.

⁵²³ La disciplina di diritto comune relativa ai compensi degli amministratori delle società a controllo pubblico trova il suo primo riferimento nell'art. 2364, co. 1, n. 3), che annovera tra le competenze dell'assemblea ordinaria della società la determinazione del compenso degli amministratori, qualora non sia già stato stabilito dallo statuto. L'art. 2389, invece, afferma la competenza dell'assemblea sulla determinazione dei compensi spettanti ai membri del consiglio di amministrazione, mentre conferisce al consiglio di amministrazione, sentito il collegio sindacale, la determinazione della remunerazione degli amministratori investiti di particolari cariche in conformità a quanto previsto dallo statuto societario. Inoltre, se lo statuto lo prevede, l'assemblea può determinare un importo complessivo per la remunerazione di tutti gli amministratori, inclusi quelli investiti di particolari cariche.

Per quanto riguarda le s.r.l., alla luce del rinvio operato alle società di capitali dalla riforma del 2003, è lo statuto lo strumento atto a stabilire quale sia l'organo competente ai fini della deliberazione dei compensi spettanti agli amministratori.

⁵²⁴ La Camera ed il Senato, nel Dossier hanno rilevato che al secondo periodo il limite massimo dei compensi dovrebbe tenere conto anche dei compensi corrisposti da altre amministrazioni, mentre nulla si dice con riferimento a possibili compensi percepiti da altre società in controllo pubblico. A tal proposito, suggeriscono di valutare la possibilità di specificare che anche questi ultimi compensi debbano essere considerati per il calcolo del limite massimo dei compensi percepibili. Tale aspetto, del resto era stato già segnalato nel parere Consiglio di Stato sul provvedimento in esame.

Inoltre, il medesimo comma affida ad un decreto del Ministro dell'economia il compito di definire gli indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi, così da procedere ad una classificazione delle società a controllo pubblico fino a cinque fasce, per ognuna delle quali è determinato, secondo un criterio di proporzionalità, un tetto massimo riferito al trattamento economico annuo da corrispondere agli amministratori, ai titolari e componenti degli organi di controllo, nonché ai dirigenti e ai dipendenti.

Pertanto, sul punto si segnala che disposizioni riguardanti la suddivisione delle società in fasce dimensionali, sulla cui base determinare i compensi massimi, erano già state previste da una disciplina precedente⁵²⁵.

Con il successivo decreto correttivo n. 100 del 2017, si è previsto che, con riferimento ai compensi nelle società controllate dalle Regioni o dagli enti locali, la relativa disciplina sia oggetto di intesa in Conferenza unificata⁵²⁶.

La norma di cui al comma 6, assegna alle società il compito verificare il rispetto di tale limite nei confronti di amministratori e dipendenti, facendo salve le disposizioni legislative e regolamentari

⁵²⁵ Come si è avuto modo di approfondire in precedenza, infatti, l'articolo 1, comma 672, della legge n. 208 del 2015 aveva già previsto, in tema di compensi, che le società, nel determinare ciascun trattamento economico avrebbero dovuto tenere conto, per un verso, del tetto massimo stabilito per ciascuna fascia di appartenenza e, per altro verso, di criteri oggettivi e trasparenti.

⁵²⁶ Nell'ambito dell'esame dello schema di decreto legislativo recante il Testo unico (successivamente divenuto d. lgs. n. 175 del 2016), nel parere reso dalla Conferenza unificata si era tenuto conto della richiesta, avanzata dalla Conferenza delle regioni e dall'UPI, affinché il summenzionato decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di cui al comma 6 fosse adottato d'intesa con la Conferenza unificata, e non previo parere della Conferenza unificata per i profili di competenza.

Tale richiesta non era confluita nel testo originario ma, alla luce dei rilievi mossi successivamente dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 251 del 2016, il citato comma è stato successivamente modificato ad opera del decreto legislativo n. 100 del 2017, che ha previsto, appunto, lo strumento dell'intesa.

che prevedono limiti ai compensi inferiori a quelli previsti dal predetto decreto.

Infine, la determinazione della parte variabile della remunerazione deve essere commisurata ai risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente. Di conseguenza, la parte variabile non può essere corrisposta in presenza di risultati negativi riconducibili alla responsabilità dell'amministratore⁵²⁷.

Nelle more dell'emanazione del decreto ministeriale (di cui al comma 6), il Testo unico prevede, al comma 7, che trovino applicazione le disposizioni di cui all'articolo 4, comma 4⁵²⁸, secondo periodo, del decreto-legge n. 95 del 2012, e al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 24 dicembre 2013, n. 166⁵²⁹.

Analizzando i primi quattro periodi del sesto comma, può certamente constatarsi come siano sostanzialmente riportati i contenuti delle norme di cui all'art. 1, comma 672, della legge n. 208 del 2015, che sostituiva il comma 1 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 201 del 2011⁵³⁰.

⁵²⁷ Sul punto cfr. il comma 3 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 201 del 2011. Esso stabilisce che i compensi degli amministratori possono includere una componente variabile non inferiore al 30 per cento della componente fissa da corrispondere in misura proporzionale al grado di raggiungimento di obiettivi annuali, determinati preventivamente dal Consiglio di amministrazione.

⁵²⁸ Si stabilisce al quarto comma dell'articolo 4 che, 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 possa essere superiore all'80 per cento del costo complessivamente sostenuto nell'anno 2013. Tale disposizione è stata oggetto di abrogazione ai sensi dell'articolo 28 del testo unico in esame., limitatamente al primo e al terzo periodo.

⁵²⁹ Recante «Regolamento relativo ai compensi per gli amministratori con deleghe delle società controllate dal Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'ex articolo 23-bis del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214», in G.U n. 63 del 17 marzo 2014.

⁵³⁰ La richiamata disposizione, ai sensi dell'articolo 28 del Testo unico in esame, è oggetto di abrogazione. Al riguardo, si era da più parti osservato che l'abrogazione avrebbe dovuto essere diretta anche alla disposizione sostituita (art. 23-bis, comma 1). Sulla base della disposizione in esame, l'art. 28 abroga le

A differenza della disciplina appena citata, tuttavia, l'articolo in esame estende il limite dei compensi massimi, non solo al trattamento economico da corrispondere agli amministratori, ai dirigenti e ai dipendenti, ma anche al trattamento economico dei titolari e dei componenti degli organi di controllo⁵³¹.

Per quanto riguarda, invece, il quinto periodo del comma 6 dell'articolo 11, esso rinvia allo stesso decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, non solo per l'individuazione dei requisiti dimensionali delle società a controllo pubblico, ma altresì per la definizione dei criteri ai fini della determinazione della parte variabile della remunerazione, la quale dev'essere commisurata ai risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente⁵³².

specifiche disposizioni che riguardano i compensi degli amministratori delle partecipate degli enti locali, di cui all'art. 1, commi da 725 a 728, della legge n. 296 del 1996.

⁵³¹ Per quanto riguarda i compensi dei membri del Collegio sindacale, il *Programma* Cottarelli aveva proposto che fosse l'Assemblea a predeterminarli «in maniera fissa e onnicomprensiva, escludendo, ad esempio, gettoni di presenza o rinvii a tariffari non definiti ex ante».

⁵³² Sul punto, R. RANUCCI, op. cit., p. 467 osserva che «La disposizione risulta essere di incerta interpretazione in quanto non si comprende se la previsione di una parte variabile del compenso sia obbligatoria ovvero facoltativa, né appare di agevole interpretazione la definizione della locuzione “risultati negativi”. Occorre, infatti, stabilire se i risultati negativi debbano essere valutati sulla base dei dati di bilancio ovvero avendo come riferimento l'andamento generale della società rispetto agli anni precedenti». L'A. afferma che, se si analizza la disposizione considerando «l'aggancio della variabile del compenso ai risultati di bilancio raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente», ciò induce a propendere per la prima ricostruzione.

La Corte dei conti, Sez. Regionale di Controllo per la Lombardia, 1° marzo 2016, n. 64/PAR, ritiene che «la specificità dell'oggetto sociale non muti la natura di società di capitali della società di progetto; che alla società a partecipazione pubblica maggioritaria si applichino le disposizioni previste dall'art. 1 commi 725 e 728 della legge 296 del 2006 e che nella determinazione del compenso variabile previsto a favore degli amministratori la produzione di utili coincida con l'emersione di un risultato economico positivo; che, infine, il criterio direttivo contenuto nella legge delega non costituisca, allo stato, un'innovazione legislativa in materia di corresponsione del compenso variabile a beneficio degli amministratori di società in mano pubblica, posto che si tratta di principio che si inserisce nel solco della legislazione finanziaria tesa a razionalizzare le partecipazioni pubbliche e a contenerne il peso finanziario per il socio pubblico di riferimento».

Nell'ipotesi in cui i risultati negativi conseguiti dalla società siano attribuibili alla responsabilità dell'amministratore, è previsto che non possa essere più corrisposta la parte variabile⁵³³.

Il successivo comma 8, articolo 11, contiene una previsione diretta ad evitare che si possa verificare una duplicazione delle retribuzioni: dopo aver stabilito una specifica causa di incompatibilità⁵³⁴, la norma prosegue aggiungendo che nel caso in cui gli amministratori di società a controllo pubblico siano anche dipendenti della società controllante, hanno l'obbligo di riversare i compensi alla società di appartenenza⁵³⁵.

Tra le disposizioni in materia di compensi, può essere ricompreso quanto previsto al comma 10, che stabilisce l'ulteriore divieto di corrispondere agli amministratori o ai dirigenti delle società in controllo pubblico indennità o trattamenti di fine mandato diversi o ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa vigente (legge o contrattazione collettiva), ovvero di stipulare accordi di non concorrenza anche ai sensi dell'art. 2125, c.c.

Il comma 12, invece, prevede che i soggetti che abbiano un rapporto di lavoro con una società a controllo pubblico e, al contempo, ricoprano la carica di amministratori della stessa società, sono

La consultazione integrale del testo è disponibile in http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/lombardia/pareri/2016/delibera_64_2016_par.pdf.

⁵³³ Al riguardo, comma 3 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 201 del 2011, che non risulta abrogato dall'articolo 28 del Testo unico, stabilisce che i compensi degli amministratori possono includere una componente variabile non inferiore al 30 per cento della componente fissa da corrispondere in misura proporzionale al grado di raggiungimento di obiettivi annuali, determinati preventivamente dal consiglio di amministrazione.

⁵³⁴ In base alla quale, «gli amministratori di società a controllo pubblico non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti». Per approfondimenti sulle speciali cause di ineleggibilità e di incompatibilità, v. *infra*, capitolo I, §1.2.

⁵³⁵ Viene fatto salvo il diritto alla copertura assicurativa e al rimborso delle spese documentate, nel rispetto del limite di spesa stabilito al comma 6.

collocati in aspettativa, a meno che rinuncino ai compensi dovuti a titolo di amministratore.

Infine, con specifico riferimento alle società a partecipazione locale, l'articolo 21 del Testo unico stabilisce alcune disposizioni che legano la corresponsione dei compensi degli amministratori di aziende speciali, istituzioni e società *in house* ai risultati di esercizio conseguiti dall'organismo⁵³⁶.

L'analisi delle disposizioni introdotte dall'articolo 11 in tema di compensi, al pari di quelle aventi ad oggetto la struttura e la composizione numerica dell'organo amministrativo, conduce a ritenere che queste, in sostanza, tengano conto delle proposte relative agli organi sociali delle società partecipate a controllo pubblico formulate all'interno del Programma Cottarelli.

Per quanto specificamente attiene il profilo dei compensi degli organi di amministrazione⁵³⁷ il Programma, infatti, sottolinea, per un verso, la necessità che la remunerazione percepita sia coerente con il livello di complessità della realtà societaria e con l'eventuale presenza di deleghe.

Per altro verso, invece, si auspica che si possa addivenire ad una uniformazione, per quanto possibile, dell'intera disciplina riguardante i compensi dei componenti degli organi di

⁵³⁶ Il terzo comma dell'articolo 21 stabilisce, infatti, che «Le società a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80 per cento del valore della produzione, che nei tre esercizi precedenti abbiano conseguito un risultato economico negativo, procedono alla riduzione del 30 per cento del compenso dei componenti degli organi di amministrazione. Il conseguimento di un risultato economico negativo per due anni consecutivi rappresenta giusta causa ai fini della revoca degli amministratori. Quanto previsto dal presente comma non si applica ai soggetti il cui risultato economico, benché negativo, sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante».

⁵³⁷ Le indicazioni si applicano alle società a controllo pubblico (controllo di diritto e di fatto, diretto e indiretto), mentre sono escluse le società emittenti strumenti finanziari quotati sui mercati regolamentati e le loro controllate.

amministrazione delle società partecipate dalle amministrazioni locali a quella vigente per gli amministratori delle partecipate da amministrazioni centrali, suggerendo alcuni meccanismi⁵³⁸.

4. L'APPLICABILITÀ DELLA DISCIPLINA SULLA TRASPARENZA E PUBBLICITÀ AGLI AMMINISTRATORI

4.1 I richiami in tema di trasparenza operati dal Tusp.

L'articolo 22 del decreto n. 175 del 2016 afferma che le società in controllo pubblico sono tenute ad assicurare il massimo livello di trasparenza «sull'uso delle proprie risorse e sui risultati ottenuti», alla luce di quanto previsto dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33⁵³⁹.

⁵³⁸ I meccanismi cui fa riferimento il Programma sono i seguenti: « estendere il divieto di erogazione di gettoni di presenza oggi applicato alle società controllate dallo Stato (art. 3 comma 12, legge n. 244/2007 - finanziaria 2008 - come modificato da legge n. 69 del 2009); estendere la disciplina, attualmente applicata agli amministratori delle società controllate di diritto dal MEF, che impone tetti differenziati per fasce di retribuzioni (ex art. 23-bis del d.l. n. 201 del 2011 individuate tenendo conto del valore della produzione, degli investimenti e del numero dei dipendenti). I tetti dovrebbero essere applicati alla retribuzione comprensiva della componente variabile e differenziati in funzione delle deleghe assegnate; rimane fermo il limite massimo rappresentato dalla retribuzione del Primo Presidente della Corte di Cassazione».

In aggiunta, secondo il documento si dovrebbe procedere ad una definizione delle regole per collegare la componente variabile a indicatori di performance predeterminati, chiari e riscontrabili. «Occorre valutare se prevedere come oggi già previsto per le controllate di diritto dal MEF un rapporto minimo (30 per cento) tra la componente variabile e quella fissa della retribuzione. Valutare anche l'opportunità di introdurre soglie massime per la componente variabile, sempre in proporzione alla componente fissa (ad esempio il 50 per cento). Infine, disporre che nella regolamentazione del rapporto di amministrazione non possano essere inserite clausole contrattuali che prevedano al momento della cessazione della carica benefici economici (la legislazione vigente stabilisce il divieto di erogare benefici economici superiori a una annualità di indennità per le società partecipate dal MEF e loro controllate (non quotate))».

⁵³⁹ Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, «Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni», in G.U. n. 80 del 5 aprile 2013, è stato adottato in attuazione della legge delega n. 190 del 2012. Sul tema della trasparenza

Il Testo unico, quindi, richiama l'applicazione della normativa generale sulla trasparenza, estendendola esplicitamente alle società a controllo pubblico e, dunque, non all'intero ambito della partecipazione pubblica azionaria.

Il d. lgs. n. 33 del 2013, infatti, successivamente modificato dal recente d. lgs. 25 maggio 2016, n. 97⁵⁴⁰, all'articolo 2-bis⁵⁴¹, riguardante l'ambito soggettivo di applicazione, ha chiaramente stabilito che la disciplina recata dal decreto legislativo in parola e

cfr., *inter alia*, A. NATALINI, G. VESPERINI (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; M. C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2015, p. 121 ss.; M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 8/9, 2013, p. 795 ss.

⁵⁴⁰ Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, «Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche», in G.U. n. 132 dell'8 giugno 2016, emanato in base alla delega di cui all'art. 7, comma 1, della legge n. 124 del 2016.

In dottrina, v. B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni: commento sistematico al D. Lgs. 33/2013 dopo le modifiche apportate dal D. Lgs. 25 maggio 2016, n. 97*, 2° ed., Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016; M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2016, p. 593 ss.; P. CANAPARO (a cura di), *La trasparenza della pubblica amministrazione dopo la Riforma Madia: Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97*, Roma, Dike, 2016;

⁵⁴¹ Si tratta di un articolo introdotto dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 97 del 2016. Lo stesso decreto n. 97 ha contestualmente abrogato l'articolo 11, che recava la disciplina sull'ambito di applicazione del decreto n. 33.

Tale articolo 11, in passato modificato dall'art. 24-bis del decreto-legge n. 90 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 114 del 2014, aveva stabilito che l'ambito di applicazione del citato decreto n. 33 fosse esteso anche alle società in controllo pubblico ed agli altri soggetti di diritto privato «(...) b) limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, agli enti di diritto privato in controllo pubblico, ossia alle società e agli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile da parte di pubbliche amministrazioni, oppure agli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi. 3. Alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni di cui al comma 1, in caso di partecipazione non maggioritaria, si applicano, limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, le disposizioni dell'articolo 1, commi da 15 a 33, della legge 6 novembre 2012, n. 190».

diretto alle pubbliche amministrazioni (co. 1) si applichi anche, in quanto compatibile, anche «(...) b) alle società in controllo pubblico come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera m), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Sono escluse le società quotate come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), dello stesso decreto legislativo, nonché le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche».

Tale specificazione è stata inserita nel Testo unico dal decreto correttivo n. 100 del 2017⁵⁴².

Altra norma riguardante il regime di trasparenza è rappresentata dal primo comma dell'art. 22, del citato decreto n. 33, che ha ad oggetto gli obblighi di pubblicazione dei dati relativi agli enti pubblici vigilati, agli enti di diritto privato in controllo pubblico, nonché alle partecipazioni in società di diritto privato.

Nello specifico, infatti, la norma prevede che tali soggetti debbano pubblicare e aggiornare con cadenza annuale una serie documenti riguardanti, tra gli altri, l'elenco degli enti nei quali l'amministrazione abbia il potere di nomina degli amministratori⁵⁴³.

⁵⁴² La lettera b) è stata infatti integralmente sostituita all'art. 27, comma 2-ter, d.lgs. n. 175 del 2016, introdotto dall'art. 27 del d.lgs. n. 100 del 2017), nell'ambito delle disposizioni di coordinamento con la normativa vigente.

⁵⁴³ Si tratta dei seguenti documenti: «a) l'elenco degli enti pubblici, comunque denominati, istituiti, vigilati o finanziati dall'amministrazione medesima nonché di quelli per i quali l'amministrazione abbia il potere di nomina degli amministratori dell'ente, con l'elencazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte in favore dell'amministrazione o delle attività di servizio pubblico affidate; b) l'elenco delle società di cui detiene direttamente quote di partecipazione anche minoritaria indicandone l'entità, con l'indicazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte in favore dell'amministrazione o delle attività di servizio pubblico affidate; c) l'elenco degli enti di diritto privato, comunque denominati, in controllo dell'amministrazione, con l'indicazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte in favore dell'amministrazione o delle attività di servizio pubblico affidate. Ai fini delle presenti disposizioni sono enti di diritto privato in controllo pubblico gli enti di diritto privato sottoposti a controllo da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti costituiti o vigilati da pubbliche amministrazioni nei quali siano a queste riconosciuti, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei

Il successivo comma 2 stabilisce, inoltre, che vengano pubblicati anche i dati che riguardano «gli incarichi di amministratore dell'ente e il relativo trattamento economico complessivo».

Il comma 6 chiarisce che le disposizioni in materia di trasparenza non trovano applicazione nei confronti delle società, partecipate da amministrazioni pubbliche, quotate in mercati regolamentati e loro controllate.

Successivamente, con la Circolare n. 1 del 2014⁵⁴⁴, relativa all'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione delle regole di trasparenza di cui al decreto n. 33, agli enti economici e alle società controllate e partecipate, il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione ha individuato, quale categoria generale di enti di diritto privato che risultano destinatari delle regole di trasparenza, quegli enti di diritto privato che svolgono attività di pubblico interesse⁵⁴⁵, prevedendo che essa sia applicabile anche alle società in controllo di pubbliche amministrazioni regionali e locali⁵⁴⁶.

vertici o dei componenti degli organi; d) una o più rappresentazioni grafiche che evidenziano i rapporti tra l'amministrazione e gli enti di cui al precedente comma; d-bis) i provvedimenti in materia di costituzione di società a partecipazione pubblica, acquisto di partecipazioni in società già costituite, gestione delle partecipazioni pubbliche, alienazione di partecipazioni sociali, quotazione di società a controllo pubblico in mercati regolamentati e razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche, previsti dal decreto legislativo adottato ai sensi dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124».

⁵⁴⁴ La Circolare in commento succede ad una precedente Circolare n. 2 del 2013, che recava i primi indirizzi applicativi in materia di attuazione della trasparenza.

⁵⁴⁵ Secondo quanto stabilito dalla Circolare n. 1 «Compongono tale categoria: a) gli enti che svolgono attività di pubblico interesse in virtù di un rapporto di controllo (...), che determina l'applicazione totale delle regole di trasparenza; b) gli enti che svolgono attività di pubblico interesse in virtù di un rapporto di partecipazione minoritaria, per i quali le regole di trasparenza si dovranno applicare limitatamente alle attività di pubblico interesse svolte».

⁵⁴⁶ Si afferma, infatti, che «Poiché l'Intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata il 24 luglio 2013 (...) ha espressamente qualificato le disposizioni del decreto n. 33 in materia di trasparenza come "immediatamente precettive", la presente circolare, nell'individuare i soggetti di diritto privato tenuti al rispetto della disciplina vigente in materia di trasparenza, consente la diretta applicazione di tale disciplina anche agli enti di diritto privato in controllo delle pubbliche

La citata Circolare aggiunge che, al fine di circoscrivere in modo puntuale la nozione di «attività di pubblico interesse», si può fare riferimento alla definizione di «enti di diritto privato in controllo pubblico», contenuta nel decreto legislativo n. 39 del 2013⁵⁴⁷.

In definitiva, nella Circolare in commento appare evidente la volontà del legislatore «di includere nell'ambito soggettivo delle pubbliche amministrazioni tutti quei soggetti che, indipendentemente dalla loro formale veste giuridica, perseguono finalità di interesse pubblico, in virtù di un affidamento diretto o di un rapporto autorizzatorio o concessorio⁵⁴⁸, e che gestiscono o dispongono di risorse pubbliche».

Attualmente sono in corso di aggiornamento da parte dell'Anac le Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle P.A. e degli enti pubblici economici⁵⁴⁹.

In precedenza, infatti, con determinazione 17 giugno 2015, n. 8, l'Anac aveva pubblicato un documento contenente le Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza con specifico riferimento alle società e agli

amministrazioni regionali e locali, salvo che da parte del sistema delle autonomie locali non si ritenga utile individuare, in sede di intesa, ulteriori criteri interpretativi».

⁵⁴⁷ «le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi».

⁵⁴⁸ E che, proprio in ragione di tale rapporto privilegiato con la pubblica amministrazione, possono vantare una posizione differenziata rispetto agli altri operatori di mercato.

⁵⁴⁹ Esse, infatti, andranno a sostituire quelle emanate dall'ANAC con determinazione 17 giugno 2015, n. 8. Peraltro, sullo schema di Linee guida è stata effettuata una consultazione pubblica ed è stato acquisito il parere del Consiglio di Stato (parere 29 maggio 2017, n. 1257).

enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni, nonché agli enti pubblici economici.

Attraverso tale documento, l'Anac è intervenuta fornendo uno specifico quadro applicativo in materia di obblighi di trasparenza nei confronti di tali organismi, con particolare riguardo al diverso grado di controllo esercitato dall'ente pubblico proprietario.

Come evidenziato in precedenza con riferimento alla disciplina in materia di corruzione, le Linee guida in commento erano state precedute da un documento condiviso approvato tra l'Autorità anticorruzione e il Ministero dell'economia e delle finanze, nel dicembre 2014 e volto al rafforzamento dei meccanismi di prevenzione della corruzione e di trasparenza nelle società partecipate e controllate dallo stesso Ministero.

In aggiunta al richiamo alla generale disciplina sulla trasparenza effettuata dal Testo unico, l'art. 1, comma 675, della legge di stabilità per il 2016, ha previsto alcuni obblighi di informazione in capo alle società controllate direttamente dalle amministrazioni pubbliche, nonché di quelle in regime di amministrazione straordinaria⁵⁵⁰, prevedendo che le stesse pubblichino una serie di documenti, entro 30 giorni dal conferimento di incarichi di collaborazione, di consulenza o di incarichi professionali, inclusi quelli arbitrali, e per i due anni successivi alla loro cessazione⁵⁵¹.

Inoltre, con riferimento agli incarichi per i quali è previsto un compenso, è stabilito al successivo comma 676 che la pubblicazione di tali informazioni sia condizione di efficacia per il pagamento. In caso di omessa o parziale pubblicazione, il responsabile della

⁵⁵⁰ Sono escluse le società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e loro controllate.

⁵⁵¹ In particolare, si tratta degli estremi dell'atto di conferimento dell'incarico, la ragione e la durata dello stesso, nonché l'oggetto della prestazione; il curriculum vitae; i compensi relativi a tali rapporti e la procedura seguita per la selezione del contraente.

pubblicazione e chi ha effettuato il pagamento sono soggetti ad una sanzione pari alla somma corrisposta.

4.2 L'assolvimento degli obblighi di comunicazione di incarichi e compensi degli amministratori di società pubbliche

Accanto all'applicazione della generale disciplina sulla trasparenza recata dal decreto n. 33 del 2013, gli amministratori di società pubbliche continuano ad essere sottoposti anche ad una serie di altri obblighi contenuti in disposizioni che il Testo unico non ha abrogato e che, per tale motivo, ad oggi risultano vigenti.

Si tratta, innanzitutto, dell'articolo 3, commi 44⁵⁵² e 52-bis⁵⁵³, della legge n. 244 del 2007 e dell'articolo 5 del relativo regolamento di attuazione, approvato con d.p.r. n. 195 del 2010⁵⁵⁴.

La normativa in questione innanzitutto si rivolge alle società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica, nonché alle loro controllate, e si applica altresì agli emolumenti⁵⁵⁵ che possono

⁵⁵² Nello specifico, il Tusp ha abrogato, all'art. 28, lett. f), solamente l'ottavo periodo del comma 44, a norma del quale si stabiliva che «Per le amministrazioni dello Stato possono essere autorizzate deroghe con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, nel limite massimi di 25 unità, corrispondenti alle posizioni di più elevato livello di responsabilità».

⁵⁵³ Tale comma è stato aggiunto dall'articolo 4-quater, comma 1, del decreto-legge n. 97 del 2008, «Disposizioni urgenti in materia di monitoraggio e trasparenza dei meccanismi di allocazione della spesa pubblica, nonché in materia fiscale e di proroga dei termini», in *G.U.* n. 128 del 3 giugno 2008.

⁵⁵⁴ Si tratta del d.p.r. 05 ottobre 2010, n. 195, «Regolamento recante determinazione dei limiti massimi del trattamento economico onnicomprensivo a carico della finanza pubblica per i rapporti di lavoro dipendente o autonomo», in *G.U.* n. 276 del 25 novembre 2010.

⁵⁵⁵ Non rientrano all'interno della sfera di applicazione della disciplina in parola, quelli disciplinati dall'articolo 2389, co. 3, c.c. È lo stesso d.p.r. n. 195 del 2010, all'articolo 4, co. 3, a specificare che «Le attività soggette a tariffa professionale, le attività di natura professionale non continuativa, i contratti d'opera di natura non continuativa ed i compensi determinati ai sensi dell'articolo 2389,

essere riconosciuti “ai presidenti e componenti di collegi ed organi di governo e di controllo”.

Il quarto ed il quinto periodo del comma 44 prevedono che non possa essere data attuazione a nessun atto che comporti un esborso monetario, se non sia stato prima reso conoscibile e pubblicato stabilendo, in caso di violazione del precetto, una sanzione pecuniaria a carico dell'amministratore che abbia disposto il pagamento e del destinatario⁵⁵⁶.

Si deduce, dunque, che la norma in commento potrebbe in linea di principio essere intesa nel doppio significato, ossia come disposizione che mira a non poter formalizzare il conferimento dell'incarico e/o non poter deliberare l'attribuzione del compenso, ovvero quale precetto che non consente di procedere al pagamento del compenso. Tale ultima statuizione, in realtà, troverebbe il proprio fondamento in quanto stabilito al quinto periodo con riferimento alla sanzione, che è specificamente diretta alla circostanza del pagamento avvenuto⁵⁵⁷.

Inoltre, l'articolo 5 del d.p.r. n. 195 del 2010 specifica che è il soggetto conferente ad essere tenuto alla comunicazione e alla pubblicazione *on line* degli atti di conferimento⁵⁵⁸, che sono

terzo comma, codice civile, degli amministratori delle società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica e le loro controllate investiti di particolari cariche, non sono assoggettati al rispetto del limite di cui al presente regolamento».

⁵⁵⁶ La norma dispone che «Nessun atto comportante spesa ai sensi dei precedenti periodi può ricevere attuazione, se non sia stato previamente reso noto, con l'indicazione nominativa dei destinatari e dell'ammontare del compenso, attraverso la pubblicazione sul sito web dell'amministrazione o del soggetto interessato, nonché comunicato al Governo e al Parlamento. In caso di violazione, l'amministratore che abbia disposto il pagamento e il destinatario del medesimo sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare eccedente la cifra consentita».

⁵⁵⁷ È di questo avviso V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 821 ss.

⁵⁵⁸ Si prescrive, dunque, che debbano essere soddisfatte entrambe le prescrizioni, e cioè la pubblicità attraverso la pubblicazione sul sito web dell'amministrazione ovvero del soggetto interessato, oppure anche nel proprio sito

disciplinati dallo stesso regolamento⁵⁵⁹, aggiungendo che qualora il compenso debba essere riversato, il regime di pubblicità si applica a quella parte di compenso direttamente erogata dal soggetto conferente.

La medesima norma prosegue affidando al soggetto destinatario il compito di comunicare al soggetto conferente gli altri eventuali incarichi in corso.

A tale disciplina si affiancano alcune norme dettate dalla legge n. 441 del 1982⁵⁶⁰, il cui articolo 12 stabilisce che le disposizioni contenute ai precedenti articoli 2, 3, 4, 6, e 7, aventi ad oggetto l'obbligo di comunicazione della situazione patrimoniale e reddituale, siano estese⁵⁶¹ anche ad alcune cariche di vertice di società a partecipazione pubblica, seppur con le modifiche previste ai successivi articoli.

L'ambito applicativo della norma in commento non ha un carattere "generale", ma risulta invero essere circoscritto alle figure di

istituzionale, e la comunicazione da effettuarsi a Governo, Parlamento e sicuramente alla Corte dei Conti, ai sensi del settimo periodo del medesimo comma, in cui si stabilisce che «Le amministrazioni, gli enti e le società di cui al primo e secondo periodo del presente comma per i quali il limite trova applicazione sono tenuti alla preventiva comunicazione dei relativi atti alla Corte dei conti».

⁵⁵⁹ Articolo 5 – Regime di pubblicità. «1. Salvo quanto previsto dall'articolo 3, comma 44, quarto periodo, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, il soggetto conferente è tenuto a rendere noto, attraverso la pubblicazione sul proprio sito istituzionale, ciascun atto di conferimento soggetto alla disciplina di cui al presente regolamento, con specifica indicazione del tipo, della durata, del compenso previsto e del nominativo del destinatario, nonché tutti gli altri eventuali incarichi, rapporti o simili, con l'indicazione dei compensi spettanti, comunicati dal destinatario ai sensi del comma 2, ove non già resi noti ai sensi dell'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. In caso di incarico il cui compenso va riversato, integralmente o parzialmente, in fondi, l'obbligo di pubblicità riguarda solo la parte di compenso direttamente erogata dal soggetto conferente al destinatario. 2. Il soggetto destinatario è tenuto a comunicare al soggetto conferente tutti gli altri incarichi in corso rilevanti ai fini del limite di cui all'articolo 4, comma 1, sulla base del modello di comunicazione allegato al presente regolamento».

⁵⁶⁰ Legge 05 luglio 1982, n. 444, «Disposizioni per la pubblicità della situazione patrimoniale di titolari di cariche elettive e di cariche direttive di alcuni enti», in G.U. n. 194 del 16 luglio 1982.

⁵⁶¹ Tale disciplina, infatti, si applica in via principale alle seguenti cariche: senatori, deputati, presidente del consiglio dei ministri, ministri, sottosegretari, consiglieri regionali, consiglieri provinciali e quelli di comuni capoluogo di provincia o con popolazione superiore a 50.000 abitanti.

presidente, vicepresidente, amministratore delegato e direttore generale⁵⁶² di «società al cui capitale concorrano lo Stato o enti pubblici, nelle varie forme di intervento o di partecipazione, per un importo superiore al venti per cento».

Secondo l'articolo 2, i soggetti facenti parte delle società specificate nella norma in commento, entro tre mesi dalla proclamazione, devono depositare due documenti: una dichiarazione contenente una serie di dati sui beni posseduti, azioni e partecipazioni, e copia dell'ultima dichiarazione dei redditi. Tale prescrizione riguarda anche la parentela entro il secondo grado.

La comunicazione sulla situazione patrimoniale e reddituale dev'essere rinnovata, ai sensi dell'articolo 3, con cadenza annuale e si deve altresì procedere ad una comunicazione di chiusura nel caso in cui vi sia la cessazione dell'incarico.

L'articolo 7 prevede alcune regole applicabili in caso di inadempimento⁵⁶³, ed il successivo articolo 8 sancisce, invece, il diritto di tutti i cittadini a conoscere delle dichiarazioni di cui all'articolo 2.

Allo scopo di adattare la disciplina contenuta agli artt. 2, 3, 4, e 6 ai soggetti indicati al primo comma dell'articolo 12, i successivi articoli 13 e 14 stabiliscono, rispettivamente, l'obbligo di trasmissione dei documenti prescritti dalle sopracitate norme, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, ed attribuisce la competenza relativa alla

⁵⁶² La disciplina non trova quindi applicazione né per i consiglieri di amministrazione che siano privi di deleghe, né per i componenti degli organi sociali. Sotto questo profilo, dunque, sembra che la volontà del legislatore sia stata quella di individuare specificamente quelle cariche di vertice che determinano nel concreto la gestione della società.

⁵⁶³ È previsto che «1. Nel caso di inadempimento degli obblighi imposti dagli articoli 2, 3, e 6 il Presidente della Camera alla quale appartiene l'inadempiente lo diffida ad adempiere entro il termine di quindici giorni. 2. Senza pregiudizio di sanzioni disciplinari eventualmente previste nell'ambito della potestà regolamentare, nel caso di inosservanza della diffida il Presidente della Camera di appartenenza ne dà notizia all'Assemblea»

diffida, in caso di mancata trasmissione dei documenti, a seconda dei casi, al Presidente del consiglio dei ministri, al sindaco ovvero al presidente dell'amministrazione locale interessata, i quali, constatata l'inadempienza, ne danno notizia tramite la pubblicazione «nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica o nell'albo comunale o provinciale».

Infine, l'articolo 15, introduce l'obbligo per le regioni che contribuiscano al capitale delle società di cui all'articolo 2, di adottare leggi che contengano i principi espressi nella stessa legge n. 441 del 1982.

In conclusione, anche con riferimento al regime di trasparenza e pubblicità emerge, dunque, un assetto normativo composito, in cui i profili di disciplina di diritto comune “cedono il passo” a norme che stabiliscono specifici adempimenti in riferimento agli incarichi, ai compensi nonché alla situazione patrimoniale e reddituale degli amministratori di società pubbliche.

5. LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI PRIMA DEL TESTO UNICO

1.1 Considerazioni circa la natura della responsabilità degli amministratori di società pubbliche: un inquadramento generale della questione

Gli aspetti sino a qui esaminati, e le questioni affrontate, denotano l'indubbia peculiarità che caratterizza diversi aspetti della disciplina propria delle società a partecipazione pubblica.

Come si è già avuto modo di approfondire nel corso della trattazione, il fenomeno delle partecipate risulta caratterizzato da un

coinvolgimento diretto dello Stato nel mercato, atteso lo svolgimento da parte del soggetto pubblico di attività economica, in genere principalmente demandata al settore privatistico⁵⁶⁴.

Fondamento della legittimità della partecipazione di soggetti pubblici a società è stato dalla dottrina rinvenuto nell'ambito della generale capacità di diritto privato delle persone giuridiche pubbliche⁵⁶⁵.

Si ha pertanto che, gli enti pubblici economici perseguono finalità di interesse generale – pubbliche – agendo nelle forme di diritto privato; ed è proprio tale aspetto che caratterizza la relativa normativa e che ha posto rilevanti problemi in ordine, tra l'altro, alla qualificazione giuridica della responsabilità di coloro i quali all'interno di tali strutture societarie operino quali amministratori.

Invero, questione fortemente dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza è stata quella relativa alla natura della responsabilità in cui possono incorrere i soggetti che ricoprono la carica di amministratori in società partecipate da enti pubblici e del connesso riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e Corte dei Conti in tale materia.

In sostanza, il problema che si è posto è stato quello relativo alla questione se agli amministratori e dipendenti di una s.p.a. in “mano

⁵⁶⁴ Al riguardo, F.R. FANTETTI, *La responsabilità degli organi delle società a partecipazione pubblica*, in *Resp. civ.*, 2012, 459-465, osserva che «l'evoluzione recente ha visto la progressiva affermazione, a livello nazionale, di provvedimenti legislativi istitutivi di singole società con soci e scopi pubblici e, a livello locale, di società a partecipazione pubblica nel settore dei servizi pubblici e in ambiti propri delle amministrazioni locali [...], avrebbero inteso quale obiettivo il perseguimento di flessibilità decisionale e operativa, una maggiore trasparenza e distinzione di responsabilità tra politici e gestori, la possibilità di acquisire all'esterno, da parte di altri soci, risorse finanziarie, esperienza, capacità tecnica, etc.».

⁵⁶⁵ Sulle posizioni in dottrina, G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 69ss., il quale afferma che la regola per cui la pubblica amministrazione «agisce secondo le norme del diritto privato salvo che la legge non disponga diversamente», rappresenta «la norma-base dell'attività della pubblica amministrazione assoggettata al diritto privato».

pubblica” si applichino le norme di diritto societario o se dalla presenza di capitali pubblici consegua invece l’assoggettamento di questi soggetti alle norme proprie della responsabilità amministrativa, con la conseguente giurisdizione della Corte dei Conti⁵⁶⁶.

Infatti, in tale quadro, se fino a una decina di anni fa era pacifico che gli amministratori delle società a partecipazione pubblica soggiacessero alle ordinarie azioni di responsabilità previste nel codice civile e non all’azione di responsabilità erariale, successivamente, sia il dibattito dottrinario sia importanti pronunce della Corte di Cassazione hanno rovesciato il predetto orientamento, riconoscendo, per come si dirà meglio nel proseguo, la soggezione degli amministratori di società pubbliche alla responsabilità amministrativa ed alla giurisdizione della Corte dei Conti⁵⁶⁷.

Sul punto, infine, è intervenuto il legislatore il quale, in un’ottica di riorganizzazione della disciplina, ha dettato all’art. 12 del TUSPP una normativa specifica in tema di responsabilità degli amministratori di società pubbliche.

1.2. Società per azioni quotate a partecipazione pubblica e giurisdizione ordinaria (art. 16-bis, d.l. n. 248/2007).

Punto di partenza ai fini di una corretta e completa disamina della normativa in esame e dei suoi sviluppi successivi, risulta senza alcun dubbio essere l’art. 16-bis d.l. 31/12/2007, n. 248, rubricato

⁵⁶⁶ Giova specificare che, il problema non è quello di definire se, come e quanto una s.p.a. “pubblica” risponda come persona giuridica per un danno erariale ad una p.a., ma si tratta di stabilire sulla base di quale statuto gli amministratori o dipendenti della stessa rispondano per i danni direttamente prodotti nei confronti della società ed indirettamente verso la p.a. titolare di una partecipazione azionaria. Per una migliore puntualizzazione del problema, cfr. G. COTTINO, *Diritto Commerciale*, in *Giur. It.*, aprile 2010, pag. 853-861.

⁵⁶⁷ Cass. 22 dicembre 2003, n. 19667; Cass. 26 febbraio 2004, n. 3899.

“Responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche”, norma in base alla quale per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario.

L’ambito esplicito di applicazione della norma, pertanto, risulta delimitato, atteso che, ai fini della sua applicazione, si ha riguardo alle alla particolare tipologia di società di capitali, la società con azioni quotate in mercati regolamentari, in cui la partecipazione pubblica (dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici) sia inferiore al cinquanta per cento.

Ciò che viene messo in risalto, quindi, non è l’esistenza di una posizione di controllo dell’ente pubblico, ma l’entità della stessa partecipazione, anche indiretta, complessivamente valutata: potrà pertanto ritenersi perfezionato il requisito in esame, qualora la partecipazione pubblica sia di controllo ma, al contempo, inferiore al cinquanta per cento del capitale⁵⁶⁸.

Quanto detto, vale infine anche per le società dalle stesse controllate.

Nonostante il tenore chiaro della norma, la stessa ha posto rilevanti dubbi interpretativi in ordine alla sua portata⁵⁶⁹: infatti,

⁵⁶⁸ Tale situazione, invero, può certamente aversi, nell’ipotesi prevista dall’art. 2359, comma 1 n. 2), c.c., norma questa che riconosce il c.d. controllo azionario di fatto: «Sono considerate società controllate [...] le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; [...]».

⁵⁶⁹ Per un approfondimento della questione nonché dei rilievi critici sollevati anche in merito alla legittimità costituzionale, cfr. G. DI GASPARE, *La giurisdizione della Corte dei Conti nell’art. 16 bis, della legge n. 31/08 sulla responsabilità amministrativa e contabile degli amministratori e dirigenti di imprese con capitale*

precipitato della disposizione di cui all'art. 16-bis in commento, è la regola espressa secondo la quale nelle società pubbliche di cui si è detto, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice ordinario.

Purtuttavia, da tale assunto, c'è chi ha inteso ricavare un ulteriore precetto, questa volta implicito, applicabile alle società diverse da quelle enunciate nella norma, in cui, invece, la responsabilità degli amministratori sarebbe regolata da norme di carattere pubblicistico, con la relativa competenza del giudice contabile.

Invero, la questione dibattuta relativa alla portata di tale precetto implicito ha riguardato, innanzitutto, l'ampiezza del disposto normativo, nel senso se ritenere applicabile *esclusivamente* le norme pubblicistiche con la competenza *esclusiva* del giudice contabile, oppure solo *eventualmente anche* le norme di carattere pubblicistico con una *eventuale* giurisdizione *anche* della Corte dei Conti.

In proposito, autorevole dottrina ha osservato che, delle due letture sopra prospettate, la seconda sia quella da preferire, atteso che l'accento del disposto esplicito è da rinvenirsi, stante anche l'utilizzo dell'avverbio "esclusivamente", nell'intenzione del legislatore di concentrare responsabilità e giurisdizione nel regime ordinario e di diritto comune in presenza dei presupposti della quotazione della società sul mercato, nonché della partecipazione privata maggioritaria⁵⁷⁰.

pubblico operanti nei servizi di pubblica utilità, 2008, 10, in www.amministrazioneincammino.it.

⁵⁷⁰ Cfr. C. IBBA, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, cit., p. 590 ss.; G. ROMAGNOLI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2008, p. 151 ss.

Infatti, si è ritenuto più opportuno intendere il precetto nel senso che, al di fuori del ristretto ambito soggettivo espressamente contemplato dalla norma, non vige il regime di esclusività dalla stessa imposto.

L'individuazione della natura pubblica o privata della responsabilità e della conseguente giurisdizione civile o contabile delle relative controversie è rimessa pertanto, all'ordinaria attività interpretativa e ai presupposti specifici dei singoli casi concreti che ne condizionano la soluzione⁵⁷¹.

Ulteriore conseguenza di tale assunto, è l'individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione del precetto esplicito, il quale andrà pertanto a coprire tutta l'ampia area delle società non quotate con partecipazione pubblica di qualunque entità (minoritaria o maggioritaria), quale che sia la relativa attività.

1.3 Le posizioni assunte dalla giurisprudenza: il sistema della doppia responsabilità.

In via generale, la responsabilità degli amministratori di società è disciplinata nelle possibili direzioni che essa può assumere – verso la società, i soci, i terzi e i creditori – da un complesso di regole che trova il proprio fondamento nel Codice civile⁵⁷²; le relative

⁵⁷¹ Quanto alla «funzione meramente sottrattiva dell'art. 16-bis» si veda Mauro; nel senso che la norma in questione, in quanto inserita in una legge di conversione e avulsa da un contesto sistematico, mal si presta ad un'interpretazione letterale, per di più a contrario, avendo pertanto la norma probabilmente una volenza positiva, v. A. ROSSI, *La responsabilità degli amministratori delle società «pubbliche»*, in *Giur. comm.*, 2009, 3, p. 529 ss.

⁵⁷² V. artt. 2392 ss. c.c. per le s.p.a. e art. 2476 c.c. per le s.r.l. In dottrina, tra gli altri, cfr. G. BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, 2006, p. 581 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, 2006, 377 ss. e 571 ss.

controversie connesse a tale responsabilità, vedono quale giudice naturale l'autorità giudiziaria ordinaria.

Il r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 costituisce invece, il primo fondamento normativo della responsabilità c.d. amministrativa per danni arrecati all'erario da funzionari pubblici nell'esercizio delle proprie funzioni, sancendo, tra l'altro, la giurisdizione della Corte dei Conti in tale materia⁵⁷³.

A caratterizzare tale forma di responsabilità è il fatto che la stessa si riferisca tradizionalmente ai dipendenti pubblici sulla base del rapporto di servizio che lega tali soggetti all'amministrazione pubblica.

Tuttavia, nel corso degli anni, si è assistito ad un'importante espansione, soprattutto per il dibattito giurisprudenziale che ne è scaturito, dell'ambito di applicazione della responsabilità amministrativa che ha trovato quali soggetti destinatari anche gli amministratori di società a partecipazione pubblica.

Si è così, in sostanza, realizzata una duplicazione del regime di responsabilità in capo agli amministratori di società partecipate da soci pubblici, atteso da un lato il ricorso alla tradizionale responsabilità civilistica, dall'altro l'applicazione del differente regime della responsabilità amministrativa, al ricorrere di differenti presupposti.

Il percorso che ha portato all'affermazione di due distinte ipotesi di responsabilità, attribuite a seconda del danno di cui si rivendichi il risarcimento, ha visto in origine il contrapporsi di opposti orientamenti

⁵⁷³ La responsabilità amministrativa trae origine dalla responsabilità c.d. «contabile», ossia la responsabilità in cui possono incorrere i soggetti tenuti a svolgere compiti attinenti alla gestione finanziaria delle amministrazioni pubbliche per violazione delle regole di contabilità pubblica, la quale trova fondamento nel r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, cfr. D. SORACE, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, in *Dir. amm.*, 2006, 2, p. 249 ss.

e pronunce, risolti da ultimo, con un importante e ormai consolidato orientamento, di cui si dirà, della Suprema Corte.

Tale evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di riparto tra giurisdizione amministrativa e ordinaria, in mancanza di prescrizioni normative, ha portato la giurisprudenza della Corte di Cassazione all'individuazione del perimetro della responsabilità amministrativa sulla base di diversi indici relativi alla natura pubblica dell'ente.

Infatti, in una prima pronuncia⁵⁷⁴, la Suprema Corte affermava il principio generale per cui dovesse riconoscersi la giurisdizione contabile in presenza di due concomitanti elementi: la natura pubblica dell'ente cui il soggetto agente risulta legato da un rapporto di impiego o servizio; la qualificazione pubblica del denaro o del bene oggetto della gestione nel cui ambito si sia verificato l'evento dannoso.

Successivamente, altre pronunce hanno specificato, ampliato ed approfondito l'orientamento e, con pronuncia del 2004 la Cassazione ha riconosciuto la giurisdizione contabile nei confronti degli amministratori di una società legata all'ente pubblico da un rapporto di servizio, intendendo per tale la relazione funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo⁵⁷⁵.

Pertanto, l'affidamento della gestione di un servizio pubblico da parte della P.A. a un soggetto esterno ad essa comporta l'instaurazione di una relazione funzionale tra questo e l'amministrazione pubblica,

⁵⁷⁴ Cass. 5 febbraio 1969, n. 363, in *Foro it.*, 1969, I, 2962.

⁵⁷⁵ Cass. 26 febbraio 2004, n. 3899, in *Giur. it.*, 2004, 1946. Per la prima volta la giurisprudenza della Cassazione considera l'ipotesi della responsabilità di amministratori di società con soci pubblici, ricollegandola all'esistenza di un rapporto di servizio tra il soggetto che pone in essere la condotta dannosa e l'amministrazione pubblica.

con il suo inserimento in tale organizzazione e con la conseguente sottoposizione di tale soggetto alla giurisdizione della Corte dei Conti.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha costantemente affermato la propria giurisdizione in materia di responsabilità di amministratori di società controllate, anche indirettamente, dalle pubbliche amministrazioni, per i danni causati al patrimonio sociale⁵⁷⁶.

Tuttavia, in tale prospettiva, era dubbio se il danno erariale consistesse nella lesione al patrimonio della società, da risarcire interamente alla società danneggiata, oppure nel danno arrecato all'ente pubblico quale socio, e pertanto da risarcire *pro quota*, così come dubbio era se l'azione del p.m. contabile fosse esclusiva (precludendo pertanto le azioni di responsabilità ex artt. 2392 ss. c.c. innanzi al giudice ordinario o contabile qualora fondate sui medesimi illeciti) ovvero, se l'azione contabile si cumulasse con quelle ordinarie ex artt. 2392 e 2395 c.c. con il rischio di determinare duplicazione di risarcimenti per i medesimi danni ⁵⁷⁷.

Un successivo ed importato arresto delle Sezioni Unite ha innovato e meglio specificato il criterio utilizzato al fine di individuare i casi i cui ricorra la giurisdizione del giudice ordinario piuttosto che quella del giudice amministrativo in materia di azione di responsabilità verso gli amministratori di società a partecipazione pubblica.

Al riguardo, con sentenza 19.12.2009, n. 26806, la Cassazione ha fissato un criterio di riparto della giurisdizione incardinato sull'oggettiva direzione del pregiudizio, distinguendo a seconda che il

⁵⁷⁶ Tra gli altri, cfr. Corte conti 3 dicembre 2008 n. 532, in *Riv. Corte Conti*, 2008, 6, 66; Corte conti 23 gennaio 2008, n. 25, in *Foro amm.*, CDS, 2008, 1, 207; Corte conti 3 novembre 2005 n. 356, in *Foro amm.*, CDS, 2005, 11, 3428.

⁵⁷⁷ Cfr. G. DONGIACOMO, *Giurisdizione e responsabilità nelle società pubbliche*, in Treccani, *Il libro dell'anno del Diritto*, 2015, 12.

danno sia arrecato direttamente al patrimonio sociale ovvero al patrimonio del socio pubblico.

La distinzione tra responsabilità in cui gli amministratori possono incorrere nei confronti della società e quella in cui possono incorrere nei confronti dei soci, ha portato, quindi, ad affermare la regola secondo la quale se il danno riguarda il patrimonio della società, l'azione volta ad ottenere il relativo risarcimento spetta alla giurisdizione del giudice ordinario; viceversa, sarà di competenza della Corte dei conti l'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno arrecato direttamente all'ente pubblico, atteso l'insorgere di una responsabilità degli amministratori in termini di responsabilità amministrativa.

Ed è proprio il riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario nel caso di danno diretto verso la società partecipata a rappresentare l'essenza dell'innovazione di quest'ultimo orientamento delle Sezioni Unite; l'affermazione di questo nuovo criterio di riparto della giurisdizione consente inoltre di superare i diversi problemi derivanti dalle precedenti impostazioni, tra cui, soprattutto, il mancato coordinamento tra le due forme di responsabilità e del conseguente rischio di duplicazione del regime di responsabilità in capo agli amministratori.

La sentenza in commento ha quindi sovvertito l'orientamento giurisprudenziale dominante negli anni precedenti, ammettendo la giurisdizione della Corte dei conti solamente nell'ipotesi in cui il danno sia stato procurato direttamente al socio pubblico e negandola, invece, in tutti i casi in cui il danno sia stato arrecato al patrimonio sociale.

Gli interventi in materia della Suprema Corte dal 2009 sono stati numerosi e quasi sempre conformi all'impostazione e alle conclusioni

della sentenza n. 26806 del 2009, che si possono ormai ritenere consolidate.

A seguito della citata sentenza, dunque, si è ritenuto sussistere la responsabilità civile con la conseguente giurisdizione del giudice ordinario nel caso di richiesta di risarcimento danni arrecati al patrimonio sociale, qualora quindi il pregiudizio subito dal socio pubblico costituisca mero riflesso della perdita di valore della partecipazione sociale a causa del danno cagionato alla società.

Tale impostazione parte dall'assunto secondo cui la società ha natura di ente privato con autonomia giuridica e patrimoniale rispetto al socio pubblico con conseguente impossibilità di configurare un rapporto di servizio tra l'agente/amministratore e l'ente pubblico titolare della partecipazione, e quindi di un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idoneo a radicare la giurisdizione della Corte dei conti.

Nell'affermare la giurisdizione del giudice ordinario per il caso in cui la responsabilità degli amministratori deriva da danno verso la società, le Sezioni Unite, nella nota sentenza del 2009, individuavano in sostanza una serie di ragioni ed elementi a sostegno della tesi: innanzitutto, la permanenza della natura di ente di diritto privato anche in presenza di conferimenti pubblici; l'assenza di un rapporto di servizio tra gli amministratori della società partecipata e il socio ente pubblico; la non configurabilità di una lesione all'erario in caso di danno arrecato alla società partecipata; l'impossibilità di realizzare un coordinamento tra l'azione di responsabilità erariale e l'azione di responsabilità civile; infine, la piena tutela dell'interesse pubblico nonostante la negazione della giurisdizione contabile.

Il riconoscimento della disciplina civile in tale ipotesi, in mancanza di espressa normativa specifica, comporta l'applicazione dell'ordinario regime civilistico della responsabilità degli

amministratori di società di capitali di cui al codice civile, prevista nei confronti di quattro categorie di soggetti: la società per la quale il soggetto svolge la funzione di amministratore, i creditori della società, i soci e i terzi in generale⁵⁷⁸.

Quanto alla responsabilità degli amministratori verso la società, è una responsabilità da inadempimento delle obbligazioni, derivanti dal rapporto di amministrazione con la società ai fini del funzionamento dell'organizzazione societaria e della gestione di impresa. Il codice civile, inoltre, assegna agli amministratori in via esclusiva il compito di gestione dell'impresa (art. 2380-bis) e prevede la possibilità che l'assemblea autorizzi il compimento di determinati atti, restando ferma comunque la responsabilità degli amministratori verso la società per gli atti compiuti (art. 2364, co. 5).

Presupposti della responsabilità degli amministratori verso la società sono, innanzitutto la violazione di uno degli obblighi imposti dalla legge o dallo statuto⁵⁷⁹, l'aver causato un danno alla società; il rapporto di causa-effetto tra la violazione e il danno (art. 2392 c.c.).

A ciò si aggiunga il generale dovere degli amministratori di agire con diligenza⁵⁸⁰, e il dovere di perseguire l'interesse sociale⁵⁸¹, clausole queste generali che indicano i parametri cui l'amministratore deve attenersi nella gestione della società.

⁵⁷⁸ V. artt. 2392 ss. c.c. per le s.p.a. e art. 2476 c.c. per le s.r.l.

⁵⁷⁹ Vi rientrano in generale, tutte le norme che regolano l'attività sociale e pongono nell'interesse dei soci e dei terzi, presupposti e limiti allo svolgimento di queste attività, posto che costituiscono limitazioni all'azione degli amministratori e pertanto pongono altrettanti obblighi la cui violazione è fonte per essi di responsabilità.

⁵⁸⁰ Si tratta, nello specifico, della «diligenza richiesta per la natura dell'incarico, in modo informato, sulla base delle loro specifiche competenze», e quindi sulla base sia di parametri oggettivi, sia di parametri soggettivi.

⁵⁸¹ Nonostante l'assenza di una espressa previsione normativa in tal senso, la dottrina ritiene comunque esistente tale obbligo; cfr. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in G. E. COLOMBO, G. B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, Utet, 1991, p. 372 ss.

Esula invece, dall'ambito di applicazione della responsabilità degli amministratori la valutazione sul merito delle scelte imprenditoriali, riservata invero alla sfera insindacabile degli amministratori stessi; in quanto scelte imprenditoriali, contengono in sé elementi di rischio e di conseguenza, la possibilità di un esito negativo.

Le decisioni che si rivelano erranee, dannose o inopportune possono solo essere considerate ai fini della violazione dell'obbligo di diligenza⁵⁸².

La violazione degli obblighi suddetti determina l'insorgere di responsabilità per l'amministratore nel caso in cui si verifichi un danno per la società e vi sia un nesso tra condotta e danno; nel caso in cui non si verifichi un danno non sussiste una responsabilità in termini civilistici degli amministratori verso la società.

Al riguardo, come è stato precisato dalla Corte di Cassazione, «il danno che l'amministratore responsabile è tenuto a risarcire è quello causalmente riconducibile in via immediata e diretta alla sua condotta colposa o dolosa, ed entro tale limite ricomprende, secondo i principi generali, sia il danno emergente sia il lucro cessante; e va in concreto commisurato al pregiudizio che la società non avrebbe subito se un determinato comportamento illegittimo, attivo o omissivo, non fosse stato posto in essere dall'amministratore»⁵⁸³.

La peculiare posizione dell'amministratore di società partecipata, fa sì che qualora il danno sia stato arrecato al patrimonio

⁵⁸² Si parla al riguardo, del principio di insindacabilità dell'opportunità e convenienza delle scelte gestionali; alcune pronunce della giurisprudenza, tra le altre cfr. Trib. Milano 26 giugno 1989, sono arrivate a valutare la condotta degli amministratori sulla base di criteri di ragionevolezza imprenditoriale, prudenza ed avvedutezza nella gestione. In dottrina, secondo F. VASSALLI, *Commento all'art. 2392 c.c.*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, cit. p. 682, la prudenza è cosa diversa dalla cautela che rientra nella nozione di diligenza.

⁵⁸³ Cfr. Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488.

della società partecipata dai pubblici poteri, lo stesso non dà luogo ad un danno erariale perché il danno è riferibile unicamente al patrimonio di un soggetto privato – la società – e non a quello dei singoli soci, pubblici o privati, che sono semplicemente titolari delle rispettive quote di partecipazione.

In particolare, nella nota sentenza del 2009, la Cassazione osservava come lo stesso sistema del diritto societario imponesse di distinguere nettamente i danni direttamente arrecati al patrimonio del singolo socio da quelli che sono il riflesso di un danno sofferto dalla società; per la prima tipologia di danni legittimato a dolersi è il socio, mentre per i secondi, legittimata è la sola società.

La responsabilità degli amministratori verso la società è una responsabilità solidale *ex art. 2392 c.c.*, per colpa e per fatto proprio, che prende in considerazione la posizione di ciascun amministratore nell'ambito dell'organo collegiale e delle funzioni in concreto agli stessi specificamente attribuite⁵⁸⁴.

Secondo quanto previsto dall'art. 2393-bis c.c., l'azione sociale di responsabilità può essere esercitata anche dai soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale (nei casi di società facenti ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un quarantesimo dello stesso) ovvero la diversa misura prevista nello statuto.

Quanto al regime della responsabilità degli amministratori di società per azioni verso i creditori, la stessa si fonda su un duplice presupposto: la violazione degli obblighi inerenti la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale e l'insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento dei loro crediti. Spetterà ai creditori

⁵⁸⁴ Al riguardo, giova sottolineare che, in caso di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad un amministratore, gli amministratori sono ugualmente solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

provare la violazione degli obblighi degli amministratori inerenti la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, il danno per i creditori consistente nell'insufficienza del patrimonio al soddisfacimento dei debiti, e il nesso di causalità.

Infine, come si è detto, sussiste una responsabilità degli amministratori verso i soci e i terzi, disciplinata dall'art. 2395 c.c., che deriva dal compimento da parte degli amministratori di atti di natura dolosa o colposa che danneggiano direttamente il patrimonio del socio o dei terzi⁵⁸⁵.

La responsabilità amministrativa con la conseguente giurisdizione della Corte dei Conti viene riconosciuta ed affermata, dunque, qualora l'azione di responsabilità verso gli amministratori miri al risarcimento di un danno che sia stato arrecato al socio pubblico direttamente, e non quale mero riflesso della perdita di valore della partecipazione sociale conseguente ad un pregiudizio arrecato alla società.

Nella più volte citata sentenza della Suprema Corte del 2009, si è osservato come proprio la presenza di un ente pubblico all'interno della compagine sociale e il fatto che tale presenza sia strumentale al perseguimento di finalità pubbliche e comporti l'impiego di risorse pubbliche implichi, di conseguenza, per gli amministratori «una peculiare cura nell'evitare comportamenti tali da compromettere la ragione stessa di detta partecipazione sociale dell'ente pubblico o che possano comunque direttamente cagionare un pregiudizio al patrimonio di quest'ultimo»⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ Cfr. Cass. 28 febbraio 1998, n. 2251, in cui si afferma che il danno, pertanto, non colpisce il patrimonio della società e di riflesso quello del socio o terzo, ma incide direttamente sul patrimonio di quest'ultimi a causa del comportamento dell'amministratore.

⁵⁸⁶ Al riguardo, ipotesi di danno diretto al socio ente pubblico da cui derivi responsabilità amministrativa dell'amministratore e la conseguente giurisdizione della Corte dei Conti, viene dalla Cass. individuato espressamente a titolo

Altre ipotesi ancora posso integrare un danno diretto all'ente pubblico, quali ad esempio il caso della distrazione di risorse pubbliche e dell'illegittimo impiego di fondi o finanziamenti pubblici erogati con vincolo di scopo, ove la distrazione del denaro pubblico dalla sua destinazione stabilita, ad opera degli amministratori della società, si ripercuote direttamente sul patrimonio del soggetto pubblico che eroga i fondi, con la conseguente competenza della giurisdizione amministrativa.

È stato, inoltre, ritenuto sussistere un danno diretto al socio pubblico nel caso in cui il perseguimento dell'interesse sociale da parte degli amministratori della società partecipata non tenga adeguatamente in conto, in fase di bilanciamento degli interessi, l'opzione più rispondente, fra le varie legittime, anche all'interesse pubblico.

La Cassazione, tuttavia, nell'affermare la sussistenza della giurisdizione contabile in caso di responsabilità per danno arrecato direttamente al socio ente pubblico, fornisce due importanti precisazioni riguardo alla responsabilità amministrativa.

Innanzitutto, si attribuisce la responsabilità per danno erariale del soggetto, funzionario pubblico, che in qualità di rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di

esemplificativo nel caso di danno arrecato all'immagine dell'ente, lesivo del senso di affidabilità e credibilità dell'istituzione (Cass. n. 26806/2009 cit.).

Per una ricostruzione del tema generale del danno all'immagine, cfr., *inter alia*, L. CIRILLO, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione: sua configurazione dogmatica alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Foro amm.*, CDS, 2003, 6, p. 2035 ss.; R. URSI, *Danno all'immagine e responsabilità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2/3,2001, p. 309 ss.; M.A. VISCA, *In tema di danno all'immagine dell'ente pubblico*, in *Giust. civ.*, 10, 2004, p.2289 ss.

socio o li abbia comunque esercitati in modo tale da pregiudicare il valore della partecipazione⁵⁸⁷.

Infatti, su tali soggetti graverebbe un compito rafforzato di vigilanza sull'operato degli amministratori di quelle società in cui lo Stato o altri enti pubblici hanno immesso denaro proveniente dall'erario.

Ulteriore precisazione offerta dalla Corte di cassazione, è data dall'assunto secondo il quale, fondamento dell'azione della responsabilità per danno erariale è la sussistenza del rapporto di servizio⁵⁸⁸, presupposto questo essenziale ai fini dell'imputabilità dell'evento dannoso in capo al soggetto agente.

In particolare, si ritiene che l'esistenza del rapporto di servizio non sia limitata al rapporto organico o al rapporto di impiego pubblico, ma «è configurabile anche quando il soggetto, benché estraneo alla Pubblica Amministrazione, venga investito, anche di fatto, dallo svolgimento, in modo continuativo, di una determinata attività in favore della Pubblica Amministrazione, con inserimento nell'organizzazione della medesima, e con particolari vincoli ed obblighi diretti ad assicurare la rispondenza dell'attività stessa alle esigenze generali cui è preordinata»⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Cfr. Corte dei conti reg., Lazio, sez. giurisd., 17/02/2015, n. 118, secondo cui «Il socio di maggioranza di una società di capitali è responsabile per il danno erariale provocato alla p.a. dai fatti illeciti posti in essere dalla società, qualora sia rimasto inerte dinanzi all'approvazione di bilanci falsi della stessa».

⁵⁸⁸ Secondo la Cass. civ. S.U. 26 febbraio 2004, n. 3899, si ha rapporto di servizio ogni qualvolta si instauri una relazione funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come partecipante dell'attività ai fini pubblici di quest'ultimo.

⁵⁸⁹ Cfr. Cass. n. 26806/2009 cit.

2. IL REGIME DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI EX ARTICOLO 12, TUSP: UNA “NORMATIVIZZAZIONE” DEI RECENTI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

L'articolo 12 del Testo unico affronta il tema della responsabilità degli amministratori di società pubbliche prevedendo, al primo comma che, in linea di principio, i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate siano soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali.

La norma prosegue specificando che è fatta salva la giurisdizione della Corte dei conti per l'eventuale danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*.

In quest'ultimo caso, infatti, i diritti speciali di amministrazione che sono conferiti al socio pubblico, sono tali da escludere una qualsivoglia autonomia della società rispetto all'ente pubblico titolare della partecipazione. Da qui ne discende la considerazione per cui l'amministratore che cagioni un danno al patrimonio della società partecipata determina, appunto, un danno al patrimonio dell'ente pubblico.

Infine, lo stesso comma 1 stabilisce che la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale sia attribuita alla Corte dei conti nei limiti della quota di partecipazione pubblica.

È il successivo comma 2 a chiarire, tuttavia, la nozione di danno erariale che si configura, dunque, come danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per esso,

che abbiano, con dolo o colpa grave, trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione⁵⁹⁰.

Analizzando le disposizioni contenute nell'articolo in commento, emerge chiaramente come il legislatore abbia tenuto in considerazione le posizioni che sono state assunte sia dalla giurisprudenza contabile che di legittimità, in merito all'individuazione della giurisdizione competente a conoscere del danno erariale causato dai membri degli organi sociali delle società pubbliche.

Come si è avuto modo di evidenziare in precedenza, tali posizioni, hanno assunto nel corso del tempo un andamento oscillante privilegiando, talvolta, la natura giuridica privata delle società pubbliche, con la relativa attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario. Altre volte, invece, si è affermata la natura pubblica delle risorse gestite dalle stesse società, riconoscendone la relativa competenza alla Corte dei conti⁵⁹¹.

⁵⁹⁰ Il Consiglio di Stato, nel parere più volte citato sullo schema di decreto legislativo recante il Testo unico, si era espresso sul comma 2, suggerendo di aggiungere, dopo la parola «subito», la parola «direttamente», così da precisare, anche alla luce dei citati indirizzi giurisprudenziali, che la giurisdizione della Corte dei conti sussiste esclusivamente in presenza di una lesione diretta e immediata subita dai soci, che sia ascrivibile al comportamento degli amministratori sociali.

⁵⁹¹ Peraltro, tale ultimo orientamento risulta coerente con gli approdi della giurisprudenza, costituzionale e di legittimità, in materia di controllo: la Corte costituzionale, infatti, nella sentenza n. 466 del 1993, ha asserito la legittimità del controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici trasformati in società per azioni a capitale totalmente pubblico.

A tal proposito, sembra utile ricordare che il sistema sanzionatorio della Corte dei conti, rispetto al sistema di responsabilità previsto dal codice civile, è caratterizzato da prescrizione più brevi e per una limitazione della responsabilità ai soli fatti commessi con dolo o colpa grave.

Ne discende, tuttavia, che demandare alla sola competenza della giurisdizione ordinaria i fatti illeciti riscontrati nelle società partecipate, potrebbe condurre a scarsi risultati, in quanto si possono verificare delle omissioni di attivazione da parte dei rappresentanti del socio pubblico.

Attualmente, anche sulla base di alcune disposizioni normative in materia, la giurisprudenza contabile e di legittimità è pervenuta a distinguere le seguenti fattispecie: innanzitutto, la Corte conti è sempre competente nelle ipotesi di società *in house*⁵⁹².

In secondo luogo, la giurisdizione ordinaria, ai sensi dell'art. 16-*bis* del decreto-legge n. 248 del 2007, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 31 del 2008, è competente per i danni cagionati dagli amministratori di società quotate partecipate, anche indirettamente, dallo Stato o da altre amministrazioni o enti pubblici in misura inferiore al 50 per cento, e loro controllate⁵⁹³.

Con riferimento alle citate società, dunque, l'azione sociale di responsabilità attivata dal rappresentante dell'ente socio rappresenta, pertanto, la sede nella quale possono essere conosciuti eventuali danni

⁵⁹² Considerando sempre fondamentale accertare preliminarmente la presenza dei tre requisiti per l'affidamento senza gara, ossia: la partecipazione pubblica totalitaria; l'attività prevalente nei confronti del socio pubblico e la sussistenza del controllo analogo. In questi casi, infatti, come chiarito dalla Cass., S.U., sentenza n. 26283 del 2013, i diritti speciali di amministrazione conferiti al socio pubblico sono tali da escludere qualsivoglia autonomia della società.

Tuttavia, in merito alla possibile estensione dell'ambito di competenza della giurisdizione contabile, si segnala la recente sentenza della Corte dei conti, Sez. I Giur. Centr. d'Appello n. 178 del 2015, con la quale il Collegio di Appello, senza entrare nel merito della fattispecie ha annullato la sentenza di primo grado che aveva escluso, sin dall'inizio, la giurisdizione contabile, richiamando le pronunce delle Sezioni unite, in tema di responsabilità degli organi sociali delle partecipate pubbliche.

In particolare, secondo il giudice d'Appello, non sarebbe la qualificazione *in house* della società da parte dell'ente pubblico a costituire l'elemento discriminante per l'identificazione del giudice competente, ma piuttosto la riconducibilità del patrimonio leso all'ente pubblico. In caso contrario, secondo lo stesso giudice, «sarebbe sufficiente, a qualsiasi amministrazione o ente pubblico, creare altrettante S.p.A., con quote infinitesimali di partecipazione privata (o addirittura, in ipotesi, anche a partecipazione pubblica totalitaria), cui far gestire servizi pubblici con risorse anch'esse completamente pubbliche, per eludere la giurisdizione di responsabilità erariale (e quindi, in buona sostanza, il precetto costituzionale di cui all'art. 103, comma 2 Cost.): ciò che in ambito civilistico potrebbe far parlare, addirittura, di negozio in frode alla legge (art. 1344 c.c.)».

⁵⁹³ Si stabilisce, infatti, che «la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario».

cagionati dagli amministratori al patrimonio sociale, ai sensi degli artt. 2392 e ss., c.c.

Nei danni al patrimonio sociale non si ravvisa alcuna ipotesi di danno erariale ricadente nella competenza della Corte dei conti, fatta eccezione per l'ipotesi di omesso, ovvero ritardato esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte del rappresentante dell'ente socio.

Sul punto, il comma 2 dell'articolo in commento sembra essere in linea con la pronuncia della Cass., sez. un., 15 gennaio 2010, n. 519, ove la Suprema Corte ha ritenuto che, di regola, il diritto comune è in grado di tutelare gli interessi del socio pubblico; solo qualora subisca un danno alla propria partecipazione, in termini di perdita di valore, si può immaginare la competenza del giudice contabile a giudicare sulla responsabilità dell'amministratore che abbia arrecato un danno alla partecipazione stessa⁵⁹⁴.

Dunque, ai fini dell'identificazione della giurisdizione, il discrimine non è rappresentato dalla quotazione della società a partecipazione pubblica minoritaria, ma dal soggetto il cui patrimonio è pregiudicato dal danno. Ne discende che la Corte dei conti conosce dei danni subiti dal socio pubblico, il giudice ordinario dei danni patiti dalla società.

⁵⁹⁴ La Corte ha affermato testualmente che « “trattandosi di società a partecipazione pubblica, il socio pubblico è di regola in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio delle suindicate azioni civili. Se ciò non faccia e se, in conseguenza di tale omissione, l'ente pubblico abbia a subire un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, è sicuramente prospettabile l'azione del procuratore contabile nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione. Ed è ovvio che, con riguardo ad un'azione siffatta, vi sia piena competenza giurisdizionale della Corte dei conti».

Anche nelle altre società pubbliche non quotate e quotate maggioritarie, di conseguenza, il giudice competente è individuato in relazione alla tipologia del danno: nel caso in cui questo si riferisca al patrimonio del socio pubblico, sarà competente il giudice contabile⁵⁹⁵.

Nell'ipotesi in cui, invece, il danno si riferisca al patrimonio della società, è competente l'autorità giurisdizionale ordinaria⁵⁹⁶.

Ad ogni modo, si ritiene competente la Corte dei Conti a conoscere dell'omesso ovvero ritardato esercizio di tale azione da parte del rappresentante dell'ente socio, così come negli altri casi di *mala gestio*.

⁵⁹⁵Un esempio è rappresentato dal danno all'immagine della pubblica amministrazione, che viene ricondotto all'interno dei parametri della giurisdizione contabile dall'art. 17, comma 30-ter, del decreto-legge n. 78 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, come modificato dal decreto-legge 3 agosto 2009, n. 103, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 ottobre 2009, n. 141.

Lo stesso articolo 30-ter stabilisce che «Le procure della Corte dei conti possono iniziare l'attività istruttoria ai fini dell'esercizio dell'azione di danno erariale a fronte di specifica e concreta notizia di danno, fatte salve le fattispecie direttamente sanzionate dalla legge. Le procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97. A tale ultimo fine, il decorso del termine di prescrizione di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è sospeso fino alla conclusione del procedimento penale. Qualunque atto istruttorio o processuale posto in essere in violazione delle disposizioni di cui al presente comma, salvo che sia stata già pronunciata sentenza anche non definitiva alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, è nullo e la relativa nullità può essere fatta valere in ogni momento, da chiunque vi abbia interesse, innanzi alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti, che decide nel termine perentorio di trenta giorni dal deposito della richiesta».

⁵⁹⁶ Il riferimento è all'azione sociale di responsabilità ex art. 2392 e ss., c.c.

CONCLUSIONI

L'analisi sin qui svolta permette di svolgere due ordini di considerazioni, una di carattere più generale, attinente il complesso della riforma introdotta dal d. lgs. n. 175 e l'altra, più specificamente riferita ad un suo segmento, ossia alla disciplina degli amministratori, oggetto del presente lavoro.

In primo luogo, può ragionevolmente affermarsi che, rispetto alla pluviale legislazione intervenuta negli anni sulle società a partecipazione pubblica, il Testo unico, seppur non esente da incertezze interpretative, rappresenta il primo reale tentativo di sistematizzazione organica della materia. È sicuramente certo e visibile lo sforzo definitorio e di razionalizzazione che il legislatore delegato ha compiuto per tentare di ricondurre a sistema un fenomeno molto complesso e non esente da contraddizioni.

Nel contesto attuale in cui sono diffusi e dilaganti i fenomeni corruttivi, ed in cui il senso della cosa pubblica viene dimenticato, il Testo Unico vuole perseguire l'obiettivo di combattere le storture del sistema, sistematizzando l'intera disciplina sulle società a partecipazione pubblica e riconducendola, in modo più preciso ed esplicito, nell'alveo della disciplina di diritto comune, adottata per le altre società di capitali, così da evitare che tra le "pieghe" di disposizioni legislative generali o imprecise, si possano insinuare tendenze elusive.

Per quanto specificamente attiene il campo d'indagine oggetto del presente lavoro, lo studio e l'analisi degli ambiti che concorrono a disciplinare gli amministratori delle società a partecipazione pubblica, sembrano condurre con un certo grado di sicurezza ad affermare che il risultato cui l'ordinamento è pervenuto, in sostanza, è quello di uno "statuto composito" della disciplina degli amministratori delle società

pubbliche in cui, rispetto al passato, il tentativo è quello di valorizzare la disciplina di diritto comune ad essi applicabile, circoscrivendo conseguentemente le deroghe a determinati ambiti, sulla base del principio di proporzionalità.

Da questo punto di vista, partendo dall'indagine sui vari ambiti di disciplina degli amministratori di società pubbliche, cercando di evidenziare quale ambito, di diritto comune ovvero speciale, risulti applicabile, è emerso come vi siano, innanzitutto, ambiti lasciati pressoché al diritto comune – seppur con minime deroghe – e ciò in sostanziale tendenza e continuità con l'obiettivo generale della riforma, ossia diminuire il grado di specialità e le deroghe in un'ottica di maggiore concorrenzialità, apertura al mercato e sostanziale parità con gli altri soggetti societari posti in esso.

A questi si affiancano aree in cui la soglia della specialità aumenta, gli “spazi” di deroghe si fanno più ampi in ragione dell'interesse pubblico sotteso alla costituzione della società pubbliche.

Considerate, dunque, le inefficienze e gli sprechi che la gestione di tali società spesso ha comportato, il decreto n. 175 ha delineato una figura di amministratore pubblico certamente assimilata a quella delle società di capitali, mantenendo, tuttavia, per le considerazioni sopra esposte, diversi profili di specialità.

Ciò è testimoniato da fatto che, una parte dell'intera disciplina dell'amministratore di società pubblica è stata ricondotta in maniera più decisa dal Testo unico verso quella di matrice civilistica: è il caso degli atti di nomina e di revoca pubblica; della disciplina sulla *prorogatio* – espressamente richiamata solo per le società *in house* – nonché del regime di responsabilità.

Tuttavia, in ragione della peculiarità degli interessi di cui risulta portatore il socio pubblico, e dei quali inevitabilmente risente

l'organo amministrativo, il Testo unico ha previsto la permanenza di alcuni segmenti di disciplina di carattere derogatorio, sostanzialmente con riguardo a tre aspetti.

In primo luogo, il rafforzamento della figura dell'amministratore delle società partecipate, rispetto a quelli di società di capitali, viene operato non solo richiamando la vigenza delle cause di inconferibilità ed incompatibilità, ma introducendo ulteriori requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, non solo per salvaguardare l'immagine del socio pubblico ma, soprattutto, per limitare le cause di *mala gestio* e favorire la tutela degli interessi pubblici di cui è portatore lo stesso socio pubblico.

Il Testo unico, dunque, conferma per l'amministratore di società pubblica, non solo la soggezione alla disciplina di diritto comune prevista in tema di requisiti per l'assunzione dell'incarico gestorio nelle società di capitali, ma aggiunge che su di lui grava un onere di rispetto, da un lato, della disciplina generale sulle incompatibilità ed inconferibilità e, dall'altro, lato degli ulteriori requisiti rimandati a successiva determinazione ministeriale.

In secondo luogo, la disciplina dei compensi, rispetto alla quale, accanto alla conferma del principio di onnicomprensività della retribuzione già previsto dalla normativa precedente, sono ulteriormente inaspriti i limiti.

In terzo luogo, la conformazione dell'organo amministrativo che impone, in deroga a quanto previsto per le società di capitali, nonché per le s.r.l., una struttura monocratica, facendo salva la possibilità di optare per una diversa tipologia di strutturazione dello stesso organo, in ragione di specifiche esigenze organizzative.

Discorso a sé rappresenta la disciplina riguardante gli amministratori delle *in house* che, rispetto alla normativa riferibile

all'organo amministrativo delle società a partecipazione pubblica, risulta caratterizzata da più ampi segmenti normativi speciali, in forza delle peculiari caratteristiche che assume la stessa società *in house*.

L'analisi della disciplina degli amministratori delle società pubbliche alla luce del più ampio contesto di riordino delle società pubbliche operato dal decreto n. 175 del 2016, permette di evidenziare, dunque, due linee di tendenza: la prima, di carattere generale e sistemico, riguardante la disciplina delle società a partecipazione pubblica, rispetto alla quale è chiara l'intenzione del legislatore, nonostante la permanenza di regimi derogatori in alcuni ambiti, di ridurre la differenziazione tra le società pubbliche e le società private.

La seconda linea di tendenza, specificamente riferita all'analisi della disciplina riguardante gli amministratori sembra mostrare, anche in questo caso, l'esplicita volontà legislativa di una maggiore equiparazione con gli amministratori di società di capitali privata, temperando, tuttavia, tale impostazione con il mantenimento di diversi segmenti di disciplina specifica e derogatoria alla normativa civilistica che, per le varie ragioni evidenziate nel corso della trattazione, si è reso necessario al fine di garantire lo svolgimento dell'incarico gestorio avendo certamente riguardo al perseguimento dello scopo sociale della società ed avendo comunque presenti gli interessi di cui è portatore il socio pubblico.

Sotto questo profilo dunque, l'esame delle norme del Testo unico permettono di concludere affermando che non si è assistito ad uno sviluppo e consolidamento di una legislazione "di settore", autonoma ed autosufficiente nell'ambito della quale individuare un organico "statuto speciale" degli amministratori ma, semmai, ad una decisa politica legislativa diretta a ricondurre l'intera disciplina applicabile agli amministratori di società pubbliche all'interno del

diritto comune, imponendo specifiche deroghe giustificate e proporzionate al peculiare assetto di interessi che caratterizza la società pubblica.

BIBLIOGRAFIA

- ABBADESSA P., *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi e ipotesi)*, in *Impresa amb. pubbl. amm.*, 1975, I, 369;
- ABBADESSA P., CESARINI F. (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, Giappichelli 2009;
- ABRIANI N., *Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli*, in AAVV, *Diritto delle società*, 3 ed., Milano, Giuffrè, 2012, 330;
- AGOSTA S., *Nel segno della continuità (più che della vera e propria svolta) l'apertura alla leale collaborazione tra Stato e Regioni della sent. n. 251/2016 sulla delega in materia di riorganizzazione della P.A.*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1, 2017, 1;
- ALEMAGNA E., CIURLO G., *Amministrazione e controllo delle s.p.a. e delle s.r.l. Le nuove funzioni di amministratori, sindaci e revisori*, Esselibri S.p.A., Napoli, 2005;
- AMBROSINI S., *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in ID. (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, Giappichelli, 2003, 59;
- AMBROSINI S., *Nomina pubblica delle cariche sociali e nullità della delibera assembleare per carenza di potere*, nota a sentenza App. Milano, 18 maggio 2001, in *Giur. it.*, 2002, 123;
- AMBROSINI S., *Nomina pubblica delle cariche sociali e nullità della delibera assembleare per carenza di potere*, in *Giur. it.*, 2002, 124;
- AMMANNATI L., *Servizi pubblici locali, società per azioni a partecipazione pubblica locale e concorrenza*, in AMMANNATI L., ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2003;

- ANCI, *La nuova disciplina delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni. Istruzioni tecniche, linee guida, note e modulistica*, 8 giugno 2017;
- ANTONIOLI M., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, Giuffrè, 2008;
- ARRIGONI R., *Responsabilità “amministrativa” e società pubbliche*, in FIMMANÒ F. (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2011, 634;
- ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma il 13 maggio 2009 da Assonime e dall’Università Luiss “Guido Carli” di Roma su *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione*;
- ASSONIME, *Guida alla riforma delle società di capitali. Principali novità e regole di transizione*, Roma, 2003;
- ASTEGIANO G., *Le linee guida della riforma*, in *Azienditalia*, 10, 2016, 841;
- BALBONI E., *La Corte richiede e tutela la leale collaborazione tra Stato e Regioni...e l’intendenza seguirà*, in www.forumcostituzionale.it, 1, 2017, 1;
- BARBIERI E. M., *L’art. 2449 comma 1 c.c. davanti alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 373;
- BARZAZI G., *La forza espansiva dei principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di golden share (riflessioni a margine delle sentenze della Corte di giustizia relative alla vicenda Volkswagen e A.E.M. Milano)*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2008, 3, 151;
- BASSI G., *Servizi pubblici locali e società di gestione. Aspetti ordinamentali e opzioni strategiche nell’ottica della liberalizzazione*, Rimini, Maggioli Editore, 2010, 290;

BASSI G., *Cause di inconferibilità e di incompatibilità degli incarichi. Guida all'applicazione del d.gs. 39/2013*, 2013, e-book, Maggioli Editore;

BAUDINO A., *La nomina degli amministratori delle società a capitale pubblico e misto*, in D. DI RUSSO, L. FALDUTO (a cura di), *Governo, controllo e valutazione delle società partecipate dagli enti locali*, Torino, edizioni MAP, 2009, 305;

BAUDINO A., *L'amministrazione delle società a capitale pubblico di gestione dei servizi pubblici locali, dopo le novità introdotte dal d.l. 95/2012, in tema di contenimento della spesa pubblica e dal d.lgs. 39/2013 in tema di incompatibilità degli incarichi*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 7, 2014, 1;

BAUDINO A., *L'amministrazione delle società a capitale pubblico per a gestione dei servizi pubblici locali*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2, 2015, 1;

BAUDINO A., *L'amministrazione delle società a capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali: "lo stato dell'arte", dopo le modifiche introdotte dal D.L. 95/2012 in tema di contenimento della spesa pubblica, dal D. Lgs. 39/2013 in tema di incompatibilità degli incarichi, dalla legge di stabilità per il 2014 e dal D.L. 90/2014, contenente misure urgenti per l'efficienza della p.a.*, in *NDS*, 6, 2015, 68;

BAUDINO A., *La nomina degli amministratori delle società a capitale pubblico e misto*, in D. DI RUSSO, L. FALDUTO (a cura di), *Governo, controllo e valutazione delle società partecipate dagli enti locali*, Torino, edizioni MAP, 2009, 305;

BAUDINO A., *L'amministrazione delle società a capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali, dopo le novità introdotte dal d.l. 95/2012, in tema di contenimento della spesa pubblica, dal d. lgs.*

39/2013 in tema di incompatibilità degli incarichi e dalla legge di stabilità per il 2014, in *NDS*, 5, 2015, 48;

BAUDINO A., *La nomina degli amministratori delle società a capitale pubblico e misto*, in D. DI RUSSO, L. FALDUTO (a cura di), *Governo, controllo e valutazione delle società partecipate dagli enti locali*, Torino, edizioni MAP, 2009, 305;

BENAZZO P., *La governance nelle società a partecipazione pubblica tra diritto comune e diritto speciale*, in *Rivista di Diritto Societario Interno, Internazionale, Comunitario e Comparato*, n. 1, 2011, 39;

BENAZZO P., *“Condizioni d’uso” del sistema dualistico*, in *Giur. comm.*, 2009, 702;

BERNABÒ L., CASAVECCHIA M., REDI G., *Società pubbliche, società di interesse nazionale, servizi pubblici, privatizzazioni, servizi pubblici locali, società in house. Elenco di testi normativi. Parte I e II*, in *NDS*, 8/9, 2013;

BERTUZZI M., G. BOZZA, G. SCIUMBATA, *Patrimoni destinati, partecipazioni statali, S.A.A.*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, 2003, sub artt. 2449-2450, 223;

BEVILACQUA F.C., *I presupposti della responsabilità da reato degli enti*, in C. MONESI (a cura di), *I modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231/2001: etica d’impresa e punibilità degli enti*, Milano, Giuffrè, 2005, 119;

BIANCHI G., *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, Cedam, 1998, 54;

BIANCHI G., *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, 2006, 581;

BIANCHINI R., *Testo unico partecipate: in Gazzetta il decreto correttivo*, su www.altalex.it, 28 giugno 2017;

BIFULCO R., *L’onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 3, 2017, 1;

- BIN R., *Alla ricerca della materia perduta*, in *Le Regioni*, 2008, 398;
- BLANDINI A., *La nomina e la cessazione dell'organo amministrativo di società pubblica*, in M. CAMPOBASSO, V. CARIELLO, V. DI CATALDO, F. GUERRERA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, Banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, II, Torino, Utet, 2014, 927;
- BOCCHINI E., *Rai. La «società per azioni»*, Napoli, 1983, p. 188 ss.;
- BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2004;
- BONELLI F., *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Giur. comm.*, 1983, II, 511;
- BONELLI F., *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, nota a sentenza Cass., sent. 15 luglio 1982, n. 4139, in *Giur. comm.*, 1983, IV, 509;
- BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in G. E. COLOMBO, G. B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, Utet, 1991, 372;
- BONURA H., G. FONDERICO, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2016, 722;
- BREA L.B., CASAVECCHIA M., REDI G., *Società pubbliche, società di interesse nazionale, servizi pubblici, privatizzazioni, servizi pubblici locali, società in house. Elenco dei testi normativi. Parte I e II*, in *NDS*, 8/9, 2013;
- BREIDA M.C., *Del sistema dualistico*, Sub art. 2409-terdecies, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario, Commentario*, vol. II, Bologna, Zanichelli, 2004, 1182;
- BREIDA M.C., Sub art. 2409-duodecies, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario, Commentario*, vol. II, Bologna, Zanichelli, 2004, 1094;

- BUONOCORE V. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Commento ai d. lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, Torino, Giappichelli, 2003;
- BUONOCORE V., *Le nuove forme di amministrazione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 389;
- BUSANI A., *Massimario delle operazioni societarie*, II ed., Milano, Wolters Kluwer Italia, 2016;
- BUSANI A., MANELLA G.O., “*Quote rosa*” e voto di lista, in *Società*, 2012, p. 53 ss.;
- CABIDDU M.A., P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, Giuffrè, 2001, 59;
- CABRAS G., *Prorogatio e spoils system per gli amministratori nelle società in mano pubblica*, in *www.federalismi.it*, 29 novembre 2006, 3;
- CAGNASSO O., IRRERA M., *Società con partecipazione pubblica – Società in accomandita per azioni – Società a responsabilità limitata – Trasformazione e fusione di società – Società estere*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, II ed., Torino, 1990, 23;
- CAGNASSO O., *La società a responsabilità limitata*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, CEDAM, 2007, vol. V;
- CAGNASSO O., *La disciplina codicistica delle società in mano pubblica*, in *Nuovo dir. soc.*, 2011, 11;
- CALANDRA BUONAURA V., *Funzione amministrativa e interesse sociale*, in AA.VV., *L’interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger – Atti del Convegno, Milano, 9 ottobre 2009*, 101;
- CALANDRA BUONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 540;

- CALANDRA BUONAURA V., *Funzione amministrativa e interesse sociale*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger – Atti del Convegno, Milano, 9 ottobre 2009*, Giuffrè, Milano, 2010;
- CALCAGNILE M., *Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Foro amm. TAR*, XI, 11, 2012, 3713;
- CALCAGNILE M., *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2017, 441;
- CALVIERI C., *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero, il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope...allo specchio*, in *www.osservatorioaic.it*, 1, 2017, 1;
- CAMERIERO L., *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'Iri alle società pubbliche*, in R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO (a cura di), *Le società pubbliche in house e miste*, 1;
- CAMMELLI M., ZIROLDI A., *Le società a partecipazione pubblica. Comuni, province e regioni*, Maggioli, Rimini, 1989, 74;
- CAMMELLI M., DUGATO M., *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, 1;
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, 2, 2006, 377 ss. e 571 ss.;
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto delle società*, in M. CAMPOBASSO (a cura di) *Diritto commerciale*, II, VI ed., Torino, Giappichelli, 2006;
- CAMPOFILONI F., *Interesse pubblico e causa societaria*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di) *Le società pubbliche*, vol. I, Universitas Mercatorum Press, 2016, 373;

- CAMPORESI R., GALANTI A., *L'organo amministrativo delle società a partecipazione pubblica nel nuovo Testo unico*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 16 febbraio 2016;
- CAMPORESI R., *La disciplina introdotta dal "Testo unico" in materia di società a partecipazione pubblica quotate*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di) *Le società pubbliche*, vol. I, Universitas Mercatorum Press, 2016, 507;
- CANAPARO P. (a cura di), *La trasparenza della pubblica amministrazione dopo la Riforma Madia: Decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97*, Roma, Dike, 2016;
- CAPALBO F., *Le società partecipate dagli enti pubblici: un problema di teoria generale*, in LexItalia.it, 3, 2013;
- CAPALBO F., *Le società a partecipazione pubblica in Italia e all'estero: numeri e incidenza sull'economia*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di) *Le società pubbliche*, vol. I, Universitas Mercatorum Press, 2016, 117;
- CAPO G., *Il governo dell'impresa e la nuova era della società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 506;
- CARIELLO V., *Organizzazione "strutturale" e organizzazione "procedimentale" del consiglio di sorveglianza*, in *RDS*, 2, 2008, 262;
- CARIELLO V., *Sulle responsabilità del consiglio di sorveglianza*, in *Riv. dir. soc.*, 1, pt. 1, 2011, p. 55 ss.; Id., *Consiglio di sorveglianza della capogruppo e "unificazione e supervisione strategica del gruppo*, in M. CERA, G. PRESTI (a cura di), *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*, in *AGE*, II, 2007, 285;
- CARIELLO V., *Il sistema dualistico*, in N. Abriani, V. CarIELlo (diretto da) *Diritto dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, Torino, Giappichelli, Vol. I, 2012;

- CARIELLO V., *L'organizzazione interna del Consiglio di sorveglianza*, in P. ABBADESSA, F. CESARINI (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, Giappichelli, 2009, 90;
- CARMINATI D., *Revoca degli amministratori per giusta causa e validità della delibera di nomina di nuovi amministratori*, nota a sentenza Cass. 14 maggio 2012, n. 7425, in *Soc.* 2013, 386;
- CASAVECCHIA M., *Le società in mano pubblica*, in *NDS*, 10, 2014;
- CASELLI G., *Vicende del rapporto di amministrazione*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, IV, Torino, 1991, 8;
- CASSESE S., *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2004, 909;
- CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, V ed., Bari, Editori Laterza, 2015;
- CASTELLANI V., BIGOLARO S., *Le società in-house negli enti locali e nella sanità. Dal quadro normativo al caso pratico*, Rimini, Maggioli Editore, 2012;
- CATELANI E., S. PANIZZA, R. ROMBOLI (a cura di), *Profili attuali di diritto costituzionale*, Pisa University Press, Pisa, 2016, 307;
- CAVALLARO G., *Società partecipata da enti pubblici ex art. 2449 c.c.: revoca degli amministratori ed insussistenza della giusta causa per mancanza del rapporto fiduciario*, nota a sentenza di Cass. civ., 15 ottobre 2013, n. 23381, in *Dir. fall.*, 2015, II, 398;
- CAVALLI G., *I sindaci*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Vol. 5, *Controlli – Obbligazioni*, Torino, Utet, 1988, 9;
- CAVAZZA C., *Golden share, giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell'art. 2450 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 5, 1707;

- CAVAZZA C., *Prerogative speciali e società partecipate dai pubblici poteri: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2, 2009, 381;
- CAVAZZA C., *Artt. 2449-2450 c.c.*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, vol. II, Padova, Cedam, 2005, 1706;
- CELOTTO A., *La “legge di Kirschmann” non si applica al codice degli appalti*, in www.neldiritto.it;
- CERRATO S., *Sub art. 2359*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario – d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6; d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61 – Commentario*, Bologna, 2004, 440;
- CERULLI IRELLI V., *“Ente pubblico”*: *problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, Giappichelli 1994, 89;
- CHITI M.P., *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giornale dir. amm.*, 10, 2009, 1115;
- CIAN M., *Investitori non azionisti e diritti amministrativi nella “nuova” s.p.a.*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Vol. I, Torino, Utet, 2006, 737;
- CIRILLO L., *Il danno all’immagine della pubblica amministrazione: sua configurazione dogmatica alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Foro amm.*, CDS, 2003, 6, 2035;
- COSTI R., *Strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Vol. I, Torino, Utet, 2006, 729;
- CIAVARELLA D., *Revoca e responsabilità degli amministratori di società nominati dallo Stato*, in *Nuovo dir.*, 1975, 431;

- CINGARI F. (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze University Press, 2013;
- CIRENEI M.T., *Osservazioni in tema di revoca dell'amministratore nominato da ente pubblico*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 1983, 2, 43;
- CIRENEI M.T., *Le società a partecipazione pubblica*, in G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle s.p.a.* diretto da, VIII, Torino, 1992, 1;
- CIRENEI M.T., *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni.*, Torino, Utet, 1992, VIII, 1;
- CIRENEI M.T., *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. int.*, 1996, 771;
- CIRENEI M.T., *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni.*, Torino, Utet, 1992, VIII, 133;
- CIRENEI M.T., *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, 53;
- CIVETTA E., *Finanziaria 2010 – Guida all'applicazione della manovra finanziaria negli enti locali*, Rimini, Maggioli Editore, 2010, 197;
- CLARICH M., *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2, 2009, 253;
- CLARICH M., *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010, 7;

- CODAZZI E., *La società tra professionisti e il regime di responsabilità dei soci per l'esercizio dell'attività professionale. Qualche considerazione sul tema alla luce dei principi sulle liberalizzazioni dei servizi professionali*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 2, 2013, 313;
- CODAZZI E., *Le “nuove” società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e “proporzionalità delle deroghe”*, VII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale “Orizzonti del Diritto Commerciale”, *“Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti”*, Roma, 17-18 febbraio 2017, 1;
- COLACURCI M., *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Dr. pen. cont.*, 2, 2016, 66;
- COLOMBARI S., *«Delegazione interorganica» ovvero «in house providing» nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 4, 1136;
- CONSOLE F., Sub art. 2382, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, vol. 2/I, Torino, Giappichelli, 2003, 414;
- CONZ A., LEVITA L., *La legge anticorruzione*, 2013, Roma, Dike Giuridica Editrice;
- CONFORTI C., *Nomina e revoca degli amministratori di società*, Milano, Giuffrè, 2007;
- COPPOLA M., *Sulla natura privatistica degli atti di nomina e revoca di amministratori e sindaci di società a partecipazione pubblica*. Commento a Cass. civ., Sez. Unite, 1° dicembre 2016, n. 24591, in *Società*, 4, 2017, 486;
- CORAPI D., *I sistemi di amministrazione e controllo nella riforma delle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 195;
- CORRADI M.C., *La proporzionalità tra partecipazione e “potere di controllo” nell'art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, 5, 2008, 925;

- COSMAI P., P.A.: *divieti di incarico ai pensionati*, in *Dir. prat. lav.*, 3, 2015, 157;
- COSMAI P., *Società partecipate: documento Anac – Mef per rafforzare i controlli anticorruzione*, in *Il Quotidiano giuridico*, Wolters Kluwer, 7 gennaio 2015;
- COSMAI P., *La nuova disciplina delle incompatibilità dopo la legge anticorruzione*, in *Aziendaitalia, Il Personale*, 1, 2013, 5;
- COSSU M., *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, I, 2008, 630;
- COSSU M., *La prorogatio dell'amministratore di nomina pubblica nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2013, 260;
- COSSU M., *La prorogatio dell'amministratore di nomina pubblica nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2013;
- COSSU M., *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, I, 2008, 633;
- COSTANTINO S., CUVA A. (a cura di), *Le radici istituzionali della corruzione sistemica e dell'azione di contrasto*, in *Sicurezza e scienze sociali*, Franco Angeli, 2016;
- COTTARELLI C., *Il programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, Roma, 7 agosto 2014, consultabile su http://revisionedellaspesa.gov.it/documenti/Programma_partecipate_locales_master_copy.pdf, 7;
- COTTINO G., *Diritto Commerciale*, in *Giur. It.*, aprile 2010, 861;
- CRISARI L., *Giurisdizione del G.O. e società per azioni a partecipazione pubblica*, nota a sentenza TAR Calabria, sez. II, 10 novembre 2006, n. 1984, in *Corr. merito*, 2007, 665;
- CRISMANI A., *Crisi e insolvenza delle società partecipate tra bisogni essenziali e finanza locale*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2015, 273;

- D'AMICO G., *La sentenza sulla legge Madia, una decisione (forse) troppo innovatrice*, in *www.questionegiustizia.it*, 23 gennaio 2017;
- D'AMICO G., *Il seguito della sent. n. 251/2016 della Corte costituzionale fra "suggerimenti", "correzioni" e nuove impugnative*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2017, 287;
- D'ARIES C., *Commento all'articolo 5*, in D'ARIES C., GLINIANSKI S., TESSARO T., *Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica. Commento articolo per articolo del D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Rimini, Maggioli editore, 2016, 45;
- D'ATTORRE G., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione*, in *Società*, 2005, 876;
- D'ORAZIO G., *Prorogatio (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, 428;
- DANOVI R., *Etica e controlli nel nuovo diritto societario*, in R. DANOVI (a cura di), *La riforma del diritto societario. Il parere dei tecnici. Atti del Convegno (Milano, 2 dicembre 2002)*, Milano, Giuffrè, 8;
- DE ANGELIS L., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, 475;
- DE CAMPO V., *Società partecipate da enti pubblici ex art. 2449 c.c.: mutamento della maggioranza politica quale giusta causa di revoca*, nota a sentenza App. Milano 5 maggio 2010, in *Soc.*, 3, 2011, 262;
- DE CICCIO O., *Commento sub articolo 2449 c.c.*, in L. ABRIANI (a cura di), *Codice delle società, Codice Civile*, ed. II, 2016, Torino, UTET Giuridica, 1720;
- DE MARZO G., DE SANTIS F., *Codice dei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 411;
- DE NICTOLIS R., CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, Giuffrè, 2008; G. GUZZO, *Società miste e affidamenti* in

- house, *nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2009;
- DE VIDO S., *La recente giurisprudenza comunitaria in materia di golden shares: violazione delle norme sulle libera circolazione dei capitali o sul diritto di stabilimento?*, in *Dir. comm. int.*, 2007, 885;
- DEL GATTO S., *La natura degli atti di nomina degli amministratori di società partecipate dallo Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2013, 613;
- DEL VECCHIO A., SEVERINO P., *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2014;
- DELLO SBARBA F. (a cura di), *I servizi pubblici locali: modelli di organizzazione e di gestione*, Torino, Giappichelli, 2009;
- DEMURO I., *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, II, 576;
- DEMURO I., *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in COTTINO G., BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P. (diretto da), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009, Commentario*, Bologna, 2009, 874;
- DI CHIO G., *Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. comm.*, XIV, Utet, Torino, 1997, 168;
- DI CRISTINA F., *La prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (Legge 190/2012)*, in *Studium iuris*, 6, 2013, 662;
- DI FALCO S., *Conferimento di incarichi esterni ad ex dipendenti pubblici in quiescenza*, in *Aziendaitalia, Il Personale*, 12, 2015, 635;
- DI GASPARE G., *La responsabilità amministrativa degli amministratori di società di capitale partecipate da enti pubblici o società dagli stessi controllate (art. 16 bis legge n. 31/2008) e la giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, vol. 2, Luiss Guido Carli. Dipartimento di scienze giuridiche Collana di studi, Padova, CEDAM, 2010, 1013;

DI GASPARE G., *La giurisdizione della Corte dei Conti nell'art. 16 bis, della legge n. 31/08 sulla responsabilità amministrativa e contabile degli amministratori e dirigenti di imprese con capitale pubblico operanti nei servizi di pubblica utilità*, 2008, 10, in www.amministrazioneincammino.it;

DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, Giuffrè, II ed., 2005;

DONATIVI V., *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica «diretta» alle cariche sociali*, in *Riv. soc.*, 1998, 1258;

DONATIVI V., *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, *Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, IPSOA, 2016, 83;

DONATIVI V., *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;

DONATIVI V., *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica "diretta" delle cariche sociali (artt. 2458-2459 c.c.)*, in *Riv. soc.*, 1998, I, 1258;

DONATIVI V., *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;

DONATIVI V., *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica «diretta» alle cariche sociali*, in *Riv. soc.*, 1998, 1258;

DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, IPSOA, 2016;

DONGIACOMO G., *Giurisdizione e responsabilità nelle società pubbliche*, in Treccani, *Il libro dell'anno del Diritto*, 2015, 12;

- DUGATO M., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Quaderni-Giorn. dir. amm.*, Milano, Giuffrè, 2001, 130;
- ENRIQUES L., *La corporate governance delle società quotate: sfide e opportunità*, in *Giur. comm.*, 2012, 493;
- FANTETTI F.R., *La responsabilità degli organi delle società a partecipazione pubblica*, in *Resp. civ.*, 2012, 459;
- FAUCEGLIA G., Sub art. 2449, in G. FAUCEGLIA, G. SCHIANO DI PEPE (diretto da), *Codice commentato delle s.p.a.*, Torino, Utet, 2007;
- FAZZUTTI E., *La nomina dei sindaci nelle società «quotate» (e non)*, in *Giur. comm.*, I, 2000, p. 39 ss.;
- FERRARI G.F., *La golden share nella governance delle imprese locali di servizi*, in *Dir. pubbl. com. eur.*, 2008, 884;
- FERRARO F., GAMBACURTA S., *Anticorruzione, Commento alla riforma, La legge 6 novembre 2012, n. 190 e i provvedimenti attuativi*, Rimini, Maggioli Editore, 2013;
- FERRI G., *Le società*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, X, Torino 1989, 404;
- FIDONE G., RAGANELLI B., *Il partenariato pubblico privato per la realizzazione delle opere pubbliche tra incentivi ai privati e tutela della concorrenza*, in *Società italiana di diritto ed economia*, SIDE-ISLE, Working papers, 2006, 12;
- FIGORILLI F., *I servizi pubblici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, 634;
- FIMMANÒ F., *La crisi delle società di calcio professionistico a 10 anni dal caso Napoli*, in *Gazz. forense*, 4, 2014, 8;
- FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle “società in house providing”*, in *Soc.*, 2014 p. 62 che, riprendendo le considerazioni svolte in ID., *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. not.*, 2009, 897;

- FIMMANÒ F., CATRICALÀ A., *Introduzione. Profili generali della riforma*, in FIMMANÒ F., CATRICALÀ A. (a cura di) *Le società pubbliche*, vol. I, Universitas Mercatorum Press, 2016, 20;
- FLICK G.M., *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato (artt. 7 e 18 della Legge 124/2015)*, Intervento per il seminario su “*Legalità e prevenzione della corruzione – Il ruolo e la responsabilità dei liberi professionisti*”, Auditorium Camera di Commercio, Prato, 6 novembre 2015, 6;
- FORTUNATO S., *I controlli nella riforma delle società*, in *Soc.*, 2003, 2, 303;
- FRACCHIA F., *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Il dir. econ.*, 2004, 614;
- FRACCHIA F., *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, nota a sentenza TAR Lombardia, sez. I, 13 ottobre 2014, n. 175, in *Foro it.*, 2005, III;
- FRANZONI M., Sub art. 2382, in *Società per azioni. Dell'amministrazione e del controllo*, 470;
- FRANZONI M., *Gli amministratori e i sindaci*, in F. GALGANO (diretto da), *Le società*, Torino, Utet, 2002, 18;
- FRANZONI M., Sub artt. 2380-2396, in *Società per azioni. Dell'amministrazione e del controllo*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, III, Bologna-Roma, 2008, 243;
- FRÈ G., SBISÀ G., *Società per azioni*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, XXIX, 1997, 113;
- FRENI E., *Le trasformazioni degli enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004, 259;
- GALANTI E., *La proroga degli organi amministrativi: dalla Corte Costituzionale al legislatore e ritorno*, in *Riv. amm.*, 1995, II, 681;

- GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XIX, Padova, Cedam, 2003, 439;
- GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in F. GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, XXIX, III ed., Padova, CEDAM, 2006, 33;
- GALGANO F., *La società per azioni*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto dell'economia*, VII, II ed., Padova, Cedam, 1988, 453;
- GALGANO F., SBISA' G. *Direzione e coordinamento di società*, in DE NOVA G. (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano, Libro V, Art. 2497-2497 septies*, Bologna, Zanichelli, II ed., 2014, 85;
- GAROFOLI R., *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 1998;
- GAROFOLI R., *Servizio pubblico e società pubbliche: implicazioni in punto di giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2001, 636;
- GAROFOLI R., *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in *Astrid, Rassegna*, 25 marzo 2013, n. 177 (numero 6/2013);
- GENINATTI SATÈ L., *La nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica: temi e problemi*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 3, 2016, 8;
- GHEZZI F., VENTORUZZO M., *Golden share e diritto comunitario: la Corte di Giustizia delle Comunità Europee afferma l'incompatibilità dell'art. 2449 c.c. con il principio di libera circolazione dei capitali nel caso AEM*, in *Riv. soc.*, 2008, 252;
- GHEZZI F., VENTORUZZO M., *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. soc.*, 2008, 671;

- GIANNELLI G.C., MONTICELLI A., *Capitale umano e finanziamento dell'impresa. Considerazioni tra economia e diritto sulla riforma delle s.r.l.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 241;
- GIGANTE M., *Verso la ripubblicizzazione di Poste italiane s.p.a.*, in *Giust. civ.*, 2002, 2323;
- GIURDANELLA C., *Le società per azioni a partecipazione pubblica: profili sostanziali e processuali*, Halley Editrice, 2005;
- GOISIS F., voce *Società a partecipazione pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Milano, 2006, 5600;
- GOISIS F., *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in *Riv. Corte conti*, 2014, 1;
- GOISIS F., *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, I, 396;
- GOISIS F., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004;
- GOISIS F., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. econ.*, 2013, 41;
- GOISIS F., *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.*, 1, 2014;
- GRECO G., *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, Giuffrè, 1986, 53;
- GUACCERO A., *Le limitazioni della libertà decisionale dell'organo rappresentativo delle istanze «proprietarie» nelle società a partecipazione pubblica*, in C. BRESCIA MORRA, G. MEO, A. NUZZO (a

cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 421;

GUACCERO A., *Il diritto societario a dieci anni dalla riforma tra classico e moderno*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2014, 419;

GUACCERO A., *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 857;

GUACCERO A., Sub art. 2409-octies-2409-quinquiesdecies c.c., in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di Capitali. Commentario*, II, (artt. 2380-2448), Napoli, 2004, 874;

GUACCERO A., sub art. 2409-septiesdecies, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, vol. II, Napoli, Jovene, 2004, 918;

GUACCERO A., *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 842;

GUERRA F., *Il "controllo analogo"*, in *Giur. comm.*, 2011, 774;

GUERRERA F. (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2010;

GUERRERA F., *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, Giappichelli, 2004;

GUIZZI G., *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, 4a ed., Milano, Giuffrè, 2008, 331;

IAIONE C., *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, Jovene, 2012;

IBBA C., *Le società "legali"*, Torino, Giappichelli, 1992;

IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 2;

- IBBA C., *Le società a partecipazione pubblica, oggi*, in *NDS*, 3, 2010, 20;
- IBBA C., *L'impresa pubblica in forma societaria fra diritto privato e diritto pubblico*, in C. BRESCIA MORRA, G. MEO, A. NUZZO (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2015, 409;
- IBBA C., *Gli statuti singolari*, in G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle s.p.a.* diretto da, VIII, Torino, 1992, 591;
- IBBA C., *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Rivista di diritto privato*, 1999, 22;
- IBBA C., *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001, vol. 28, 4, I, 464;
- IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2005, vol. 50, 1;
- IBBA C., *Le società "legali" per la valorizzazione, gestione e alienazione dei beni pubblici e per il finanziamento di infrastrutture: Patrimonio dello Stato e Infrastrutture s.p.a.*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, 51, 4, II, 447;
- IBBA C., *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, II, 145;
- IBBA C., *Servizi pubblici e diritto societario*, in *Forma societaria, servizi pubblici locali, circolazione della ricchezza imprenditoriale*, Torino, 2007, 179;
- IBBA C., *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in "Rivista di diritto civile", 2008, II, 571;
- IBBA C., *Le società a partecipazione pubblica, oggi*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2010, vol. 8, 3, 18;
- IBBA C., *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, I, 365;

- IBBA C., “Generale” e “speciale” nel diritto dell’iniziativa economica, nel pensiero di Giorgio Oppo, in *Rivista di diritto civile*, 2010, I, 473;
- IBBA C., *Tipologia e “natura” delle società a partecipazione pubblica*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 13;
- IBBA C., MALAGUTI M.C., MAZZONI A. (a cura di), *Le società “pubbliche”*, Torino, Giappichelli, 2011;
- IBBA C., *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società “pubbliche”*, Torino, Giappichelli, 2011, 1;
- IBBA C., voce *Società legali*, in IIRTI N. (a cura di), *Dizionari del diritto privato promossi*, da N. IIRTI, *Diritto commerciale*, a cura di N. Abriani, Giuffrè, 2011, 889;
- IBBA C., *Dall’ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in CERRINA FERONI G. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato – Modelli e strumenti*, Torino, Giappichelli, 2011, 87;
- IBBA C., *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, in *Munus*, 2011, 2, 427;
- IBBA C., *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti nella giurisprudenza*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, 39, 5, I, 641;
- IBBA C., *Liberalizzazioni, efficienza del sistema economico e qualità della produzione legislativa*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, 40, 2, I, 242;
- IBBA C., *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica*, in *Rivista delle società*, 2015, 1, 95;
- IBBA C., *L’impresa pubblica in forma societaria tra diritto privato e diritto pubblico*, in C. BRESCIA MORRA-G. MEO-A. NUZZO (a cura di),

- Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 2, 409;
- IBBA C., *Società a partecipazione pubblica e fallimento* (Nota a sentenza: Tribunale di Sassari, 7 dicembre 2012), in *Rivista giuridica sarda*, 2015, 30, 1, I, 24;
- IBBA C., *Società a partecipazione pubblica e responsabilità erariale*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, 61, 2, 443;
- IBBA C., *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 151;
- IBBA C., *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 590;
- IBBA C., *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 370;
- IEVA L., *Il diritto di accesso agli «atti privatistici» dei gestori di pubblici servizi*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2002, 1027;
- IMPARATO L., *La revoca degli amministratori pubblici. Nota a sentenza n. 7063/2013 resa dal Tribunale di Napoli*, in *Gazz. For.*, nov.-dic. 2013, 37;
- IRTI N., in V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011;
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 162;
- IULIANO F., *Disciplina anticorruzione e legge n. 231/2001: riflessioni su due sistemi a confronto*, in *amministrativamente*, 6, 2013, 3;
- LAMANDINI M., *Sub artt. 2359-2359quinquies*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, Commentario, Napoli, Jovene Editore, 2004;

- LAMANDINI M., *Il "controllo". Nozioni e "tipo" nella legislazione economica. Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 1995;
- LIBERTINI M., *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 232;
- M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni, con particolare riguardo ai cd. sistemi alternativi*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, p. 2 ss.;
- LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *Federalismi*, 8, 2010, 1;
- LORENZONI A., *Il comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 66;
- LUGARÀ R., *Sentenze additive di procedura...legislativa? Il problematico seguito della sent. n. 251 del 2016*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 5 marzo 2017;
- LUPU N., *La lunga crisi del procedimento legislativo e l'impossibile qualità delle regole*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2013, 421;
- MAGNANI P., *Sub art. 2409-duodecies*, in MARCHETTI P., BIANCHI L.A, GHEZZI F., NOTARI M. (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2005, 107;
- MARASÀ G., *La s.r.l. come società di capitali e suoi caratteri distintivi dalla s.p.a.*, in *Studium iuris*, 2005, 301;
- MARCHETTI C., *Composizione e nomina degli organi sociali: ovvero, la missione dei consigli di gestione e di sorveglianza*, in CERA M., PRESTI G. (a cura di), *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*, in *AGE*, II, 2007, p. 301 ss.;

- MAROTTA S., *La prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (Legge 190/2012)*, in *Studium iuris*, 6, 2013, 662;
- MARTINI G., *Aspetti pubblicistici della nomina extra-assembleare di amministratori e sindaci nelle imprese cooperative*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 275;
- MARTUCCI K., *Revoca degli amministratori nominati dall'ente pubblico azionista e giurisdizione*, nota a sentenza di Cass., sez. un., 23 gennaio 2015, n. 1237, in *Giur. comm.*, 2016, II, 1015;
- MARSHALL J., *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2016, 705;
- MASSERA A., *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 889;
- MASSONE E., *L'attività della società per azioni mista*, in E. MELE (a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 211;
- MATTARELLA B.G., *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2017, 179;
- MATTARELLA B.G., *Prevenzione della corruzione: i profili amministrativistici*, in A. DEL VECCHIO, P. SEVERINO, *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, 310;
- MATTARELLA B.G., *La prevenzione della corruzione in Italia*, *Giorn. dir. amm.*, 2, 2013, 2, 125;
- MATTARELLA B.G., PELISSERO M., *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013;
- MATTARELLA B.G., *La prevenzione della corruzione in Italia*, *Giorn. dir. amm.*, 2, 2013, 2, 123;
- MAUGERI M., *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2004, 1514;

- MELE E., *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2003;
- MELE E. (a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2003;
- MENICHELLI S., *Sull'opportuno combinarsi di misure cautelari tipiche ed atipiche in tema di impugnazione di deliberazioni assembleari*, nota a sentenza Trib. Frosinone, ord. 14 gennaio 1995, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 271;
- MERLONI F., *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi (art. 1, commi 49 e 50)*, in MATTARELLA B.G., PELISSERO M., *La legge anticorruzione*, 191;
- MERLONI F., *Le misure amministrative di contrasto alla corruzione*, ASTRID F. *Rassegna*, 18, 2013, 3;
- MERLONI F., *Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 8/9, 2013;
- MERLONI F., *I Piani anticorruzione e i Codici di comportamento, misure specifiche di contrasto alla corruzione delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pen. e proc.*, 8, 2013, 4;
- MILAZZO P., *Illegittimità della legge delega (per mancata previsione del corretto modulo di leale collaborazione) e destino dei decreti delegati già approvati. Appunti sulla sentenza n. 251/2016 della Corte Costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2017, disponibile su www.osservatoriosullefonti.it, 3;
- MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1956, 44;
- MINERVINI G., *Amministratori e sindaci di società cooperative nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Foro it.*, 1959, IV, 716;

- MINERVINI G., *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca, borsa, tit., cred.*, 1954, I, 719;
- MIRONE A., *Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedimentali*, in ABBADESSA P., PORTALE G.B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, *Liber Amicorum G.F. Campobasso*, Vol.3, Torino, Utet, 2007, 475;
- MOAVERO MILANESI E., *I servizi di interesse generale e d'interesse economico generale*, in F. BESTAGNO-L.G. RADICATI DI BRONZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano Giuffrè, 2007, 98;
- MONACO G., *La pronuncia della Corte Costituzionale sulla "riforma Madia" incide sul sistema delle fonti del diritto. Il commento*, in *Urb. app.*, 3, 2017, 366;
- MONTALENTI P., *La società a partecipazione pubblica: spunti di riflessione*, in *Il nuovo diritto delle Società*, vol. 8, 2010, 3, 10;
- MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. Soc.*, 2013, 42;
- MONTALENTI P., *Il sistema dualistico: il Consiglio di sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in M. CERA, PRESTI G. (a cura di), *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*, 269;
- MONTALENTI P., *La società per azioni a dieci anni dalla riforma: un primo bilancio*, in *Riv. Soc.*, 2014, 403;
- MONTALENTI P., *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 689;
- MONTALENTI P., *Il diritto societario a dieci anni dalla riforma: bilanci, prospettive, proposte di restyling*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1068;
- MORANDI P., *sub art. 2475 c.c.*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, vol. II, Padova, Cedam, 2015, 1366;

- MORERA U., RANGONE N., *Sistema regolatorio e crisi economica*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2013, 383;
- MORETTI F., *Il TU Partecipate alla luce delle novità recate dal decreto correttivo*, in *Azienditalia*, 8-9, 2017, 723;
- MOSCO G.D., REGOLI D., RESCIGNO M., SCOGNAMIGLIO G., *L'amministrazione. La responsabilità gestoria*. Vol. V, in C. IBBA, G. MARASÀ (diretto da), *Trattato delle società a responsabilità limitata*, Padova, Cedam, 2012;
- MUSACCIO V., *Prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione nella pubblica amministrazione*, in *Gazzetta Amministrativa*, I, 2012, 305;
- NAPOLITANO G., voce *Servizi pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2006, 5517;
- NAPOLITANO G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Rivista delle società*, 2006, 999;
- NAPOLITANO G. (a cura di), *Il capitalismo municipale*, Rapporto Irpa n. 1 del 2012, Editoriale Scientifica, 2013;
- NATALINI A., VESPERINI G. (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; M. C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2015, 121;
- NAZZICONE L., Sub art. 2382, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario, Società per azioni-amministrazione e controlli*, 41;
- NAZZICONE L., Sub art. 2387, in G. LO CASCIO (a cura di), *Il nuovo diritto societario, Amministrazione e controlli nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2010, 117;
- NAZZICONE L., Sub art. 2385, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario, 5, Società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2003, 615;

NAZZICONE L., PROVIDENTI S., Sub art. 2409-duodecies, in G. LO CASCIO, *La riforma del diritto delle società*, 369;

NESPOR S., *Conferimento di incarichi dirigenziali presso l'Amministrazione dello Stato: criteri e limiti secondo la giurisprudenza della Corte dei Conti*, in *Riv. critica del dir. del lav. Pubbl. e priv.*, 2005, in http://www.datalexis.it/Archivio/impiegopubblico/nespor_incarichi_dirig.htm;

NICO M., *Le società partecipate dagli enti locali: guida alla nuova disciplina dopo il regolamento attuativo (D.P.R. 168/2010) e la manovra economica (L. 122/2010): controlli, responsabilità, scelte strategiche*, Maggioli, 2010;

NOTARI M., BERTONE J., Sub art. 2359, in M. NOTARI (a cura di) *Azioni*, in P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2008, 668;

NOTARI M., *Le categorie speciali di azioni*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Vol. I, Torino, Utet, 2006, 593;

NOVELLI P., *Le società pubbliche*, in P. NOVELLI, L. VENTURINI (a cura di), *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 2008, 347;

OCCORSIO V., *La decadenza degli organi amministrativi delle società pubbliche*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di) *Le società pubbliche*, vol. I e II, Universitas mercatorum, 500;

OCCORSIO V., *Gli adempimenti societari necessari per l'adeguamento alla disciplina delle società pubbliche contenuta nel d.lgs. 175/2016*, in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di) *Le società pubbliche*, vol. I, 327;

- OLIVIERI G., PRESTI G., VELLA F. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Società di capitali e cooperative*, Associazione Disiano Preite, Bologna, Il Mulino, 2003;
- OLIVIERI G., *Costi e benefici dei nuovi modelli di amministrazione e controllo*, in G. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2003, 69;
- OPPO G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 159;
- OPPO G., *Scritti giuridici, VII, Vario Diritto*, Padova, Cedam, 2005, p. 341;
- OPPO G., *Quesiti in tema di azioni e strumenti finanziari*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Vol. I, Torino, Utet, 2006, 715;
- OTTAVIANO V., *Sull'impiego a fini pubblicitici della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2, 1960, 105;
- PADULA C., *Riflessioni sparse sulle autonomie territoriali, dopo la (mancata) riforma, in corso di pubblicazione*, in *Le Regioni*, 5-6, 2016, 857;
- PALAZZO F. (a cura di) *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, Firenze University Press, 2011;
- PANINI G.M., Sub Art. 2449, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, vol. 2/II, Torino, 2003, 1039;
- PATRONI GRIFFI F., *Prefazione al volume, A.A.V.V., Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento alla legge 6 novembre 2012, n. 190 ed ai suoi decreti attuativi*, Roma, Eurilink Edizioni, 2013;

- PECORARO C., *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, 570;
- PERFETTI L., *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 478;
- PERICU A., *Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, Giuffrè, 2001;
- PERICU A., *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici. Amministratori e sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Aa. Vv.*, Società di capitali. Commentario, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Jovene Editore, Napoli, 2004, vol. III, 1291;
- PERICU A., *La gestione dei servizi pubblici locali in forma societaria: profili privatistici*, in *Studi in tema di forma societaria, servizi pubblici locali, circolazione della ricchezza imprenditoriale*, Collana del Dipartimento di Economia Impresa Regolamentazione dell'Università degli Studi di Sassari, Sezione Studi e Ricerche, Giappichelli, Torino, 2007, 187;
- PERICU A., *Gli organi sociali nelle società*, in *Aa. Vv.*, Il nuovo diritto societario, a cura di S. Ambrosini, G. Giappichelli, Torino, 2005, vol. I, 281;
- PERICU A., *Sub artt. 2449-2450*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, vol. III, Napoli, 2004, 1291;
- PERICU A., *La giurisdizione sulle controversie in materia di nomina o revoca di amministratori o sindaci di società ex artt. 2449 e 2550, cod. civ. Brevi note*, nota a sentenza Tar Sardegna, 21 novembre 2015, in *Riv. giur. sarda*, 2006, 787;
- PETRAZZINI B., *Sub artt. 2449-2450 c.c.*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo*

- diritto societario. Commentario*, vol. II, Bologna, Zanichelli, 2004, 1696;
- PETRI V., *Gli appalti, la concorrenza e la necessità di un'interpretazione maggiormente collaborativa*, in *www.giustamm.it*, 11, 2007;
- PETTITI P., *Nomina, revoca e «prorogatio» degli amministratori pubblici*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2015, 455;
- PETTITI P., *Nomina revoca e «prorogatio» degli amministratori pubblici*, in C. BRESCIA MORRA, G. MEO, A. NUZZO (a cura di), *Le imprese pubbliche. A volte ritornano*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 2, p. 469;
- PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001) (parte I)*, in *Cass. Pen.*, 1, 2013, 376;
- PIERGALLINI C., *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 571;
- PIZZA P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2007;
- POGGI A., BOGGERO G., *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto. Nota alla sentenza n. 251/2016*, in *www.federalismi.it*, 25, 2016, 1;
- POLICE A., *Spigolature sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *Dir. amm.*, 2007, 79;
- PONTI B., *Il d.lgs. n. 39 del 2013. Vigilanza e sanzioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 8/9, 2013;
- PONTI B. (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni: commento sistematico al D. Lgs. 33/2013 dopo le modifiche apportate dal D. Lgs. 25 maggio 2016, n. 97, 2° ed.*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016;

- PRESTI G., *Di cosa parliamo quando parliamo di controlli?*, in M. BIANCHINI, C. DI NOIA (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010, 141;
- PUGLIELLI E., RUOTOLO A., *Nomina e revoca degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica (il nuovo testo dell'art. 2449 c.c.)*, in *Studi e materiali del Consiglio del Notariato*, 2009, 227;
- QUADRO CURZIO A., FORTIS M. (a cura di), *Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino, 2000;
- QUINTO P., *La legge anticorruzione e "buoni propositi"*, in *www.lexitalia.it*, 4, 2013;
- RAGUSA MAGGIORE G., *La revoca dell'amministratore unico nominato dall'ente di gestione in una società da esso dominata*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2, 1982, 1396;
- RAINELLI P., *Sub art. 2385*, in *Il nuovo diritto societario*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario – d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6; d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61 – Commentario*, Bologna, 2004, 704;
- RAINELLI P., *Sub art. 2382*, in COTTINO G., BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P. (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, 684;
- RANUCCI R., *Gli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, in FIMMANÒ F., CATRICALÀ A. (a cura di) *Le società pubbliche*, vol. I, cit., 443;
- RAVÀ R., *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 340;
- RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, Giappichelli, 1997;
- RESCIGNO M., SCIARRONE ALIBRANDI A., (a cura di), *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, Milano. Giuffrè, 2004;

- RESCIGNO M., *Le regole organizzative della gestione delle s.r.l.*, in G. CIAN (a cura di), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova, Cedam, 2004, 327;
- RESCIO G.A., *La nuova disciplina della s.r.l.: l'autonomia statutaria e le decisioni dei soci*, in N. DI CAGNO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Bari, Cacucci Editore, 2004, 169;
- RESTUCCIA A., *I patti parasociali nelle società miste*, in FIMMANÒ F., CATRICALÀ A. (a cura di) *Le società pubbliche*, vol. I, 393;
- RISCOSSA M., Sub art. 2359, in FAUCEGLIA G., SCHIANO DI PEPE G. (diretto da), *Codice commentato delle s.p.a.*, I, Torino, 2006, 297;
- RIVOLTA G.C.M., *La società a responsabilità limitata*, in CICU A., MESSINEO F. (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXX, tomo I, Milano, 1982, 63;
- RIVOSECCHI G., *Sulla riorganizzazione della P.A. la leale collaborazione viene "imposta" nella delegazione legislativa (con indicazione dei possibili rimedi)*, in www.forumcostituzionale.it, 2, 2017, 1;
- ROCCO DI TORREPADULA N., *Aspetti di diritto societario delle società con partecipazione comunale*, in *Riv. soc.*, 1997, 132;
- ROMAGNOLI G., *La responsabilità amministrativa dei componenti degli organi di gestione delle società a partecipazione pubblica. Tra "brusche frenate" e annunciate accelerazioni"*, in *Rivista di Diritto Societario Interno, Internazionale, Comunitario e Comparato*, 1, 2011, 170;
- ROMAGNOLI G., *Il socio pubblico, le società di capitali e l'impresa: prospettive ed interferenze*, in *NGCC*, II, 2008, 85;
- ROMAGNOLI G., *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2008, 151;

- RODORF R., *“Le società “pubbliche” nel codice civile*, in *Società*, 2005, 423;
- RORDORF R., *Dell’amministrazione e del controllo. Introduzione*, in BONFANTE G., CORAPI D., MARZIALE G., RORDORF R., SALAFIA V. (a cura di), *Codice commentato delle nuove società*, Milano, Ipsoa, 2004, 347;
- RORDORF R., Sub art. 2409-duodecies, in BONFANTE G., CORAPI D., MARZIALE G., RORDORF R., SALAFIA V. (a cura di), *Codice commentato delle nuove società*, 671;
- RORDORF R., *La società per azioni dopo la riforma: il sistema dei controlli*, in *Foro it.*, 2003, V, 184;
- RORDORF R., *Le società «pubbliche» nel codice civile*, in *Società*, 4, 2005, 425;
- ROSINA S., *Società di gestione dei servizi pubblici locali. La nuova governance, tra spending review, quote rosa e anticorruzione*, in *Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 1, 2013, 134;
- ROSSI A., *I Piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in *Dir. pen. e proc.*, 8, 2013, 44;
- ROSSI A., voce *Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, 1;
- ROSSI A., *Le società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici e le società di interesse nazionale*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, Utet, Vol. XXVII, Tomo III, 1985, 222;
- ROSSI A., *Profili giuridici delle società a partecipazione statale*, Milano, Giuffrè, 1977, 123;
- ROSSI A., *Le società a partecipazione pubblica ancora a metà del guado: spoil system e giusta causa di revoca*, nota a sentenza App. Milano 5 aprile 2016, n. 1299, in *Soc.*, 11, 2016, 1252;

- ROSSI A., *La responsabilità degli amministratori delle società «pubbliche»*, in *Giur. comm.*, 2009, 3, 529;
- ROTTA S., *Le privatizzazioni e i pregiudizi del piano Cottarelli*, 20 settembre 2014, in www.economiaepolitica.it;
- ROVERSI MONACO F., *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato (Osservazioni sugli artt. 2458 ss. del codice civile)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 258;
- ROVERSI MONACO F., *Gli enti di gestione. Struttura – funzioni – limiti*, Milano, Giuffrè, 1967, 59;
- ROVERSI MONACO F., *Gli interventi pubblici in campo economico*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, IV ed., vol. II, Bologna, 2005, 1049;
- SABLONE S., *Commento all'art. 17*, in G. MEO, A. NUZZO (a cura di), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, 249;
- SACCHI R. (coord.), *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di giurisprudenza commerciale, Atti del Convegno, Milano, 13-14 giugno 2015*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, Giuffrè, 2015;
- SALA G., *La società «pubblica» locale tra diritto privato e diritto amministrativo*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo, Atti del Convegno, Padova, 8 giugno 2007*, Cedam, 2008, 9;
- SALA G., *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell'ambito del diritto dell'amministrazione (della cosa) pubblica*, in V. DOMENICHELLI, G. SALA (a cura di), *Servizi pubblici e società private. Quali regole?*, Padova, Cedam, 2007, 31;

- SALA G.A., *La società «pubblica» locale tra diritto privato e diritto amministrativo*, in DOMENICHELLI V. (a cura di), *La società “pubblica” tra diritto privato e diritto amministrativo. Atti del Convegno, Padova, 8 giugno 2007*, Padova, Cedam, 2008, 9;
- SALAFIA V., *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato e dagli enti pubblici*, in *Società*, 7, 2001, 773;
- SALANITRO N., *Cenni tipologici sugli strumenti finanziari diversi dalle azioni*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Vol. I, Torino, Utet, 2006, 721;
- SALANITRO N., *Profili sistematici della società a responsabilità limitata*, Milano, Giuffrè, 2005, 73;
- SALANITRO N., *Cenni tipologici sugli strumenti finanziari diversi dalle azioni*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Vol. I, Torino, Utet, 2006, 721;
- SALERNO L., *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;
- SALINAS F., *Società di capitali a partecipazione pubblica, revoca di amministratori ed interesse sociale*, in *Giur. comm.* 2014;
- SALINAS F., *Società pubbliche. Sussiste la giurisdizione ordinaria sulla revoca di amministratori di società pubbliche*, in *Giur. it.*, 8-9, 2015, 1914;
- SALINAS F., *Sub art. 2409-octiesdecies*, in G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti (diretto da), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009, Commentario*, 1222;
- SALINAS F., *Sub art. 2409-sexiesdecies*, in G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo*

- diritto societario – d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6; d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61 – Commentario*, Bologna, Zanichelli, 2004, 1209;
- SALINAS F., *Società di capitali a partecipazione pubblica, revoca di amministratori ed interesse sociale*, con nota di Cass. civ., 15 ottobre 2013, n. 23381, in *Giur. comm.* 2014, 1014;
- SALVATORE L., *L'organizzazione corporativa nella nuova s.r.l.: amministrazione, decisioni dei soci e ruolo dell'autonomia statutaria*, in *Contr. Impr.*, 2003, 1342;
- SANDULLI M., SANTORO V., (a cura di), *La riforma delle società. La società per azioni e la società in accomandita per azioni. Le nuove leggi del diritto e dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2003;
- SANDULLI M., Sub art. 2387, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, 435;
- SANFILIPPO P.M., *Cessazione degli amministratori. Commento all'art. 2385 c.c.*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (a cura di), *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, I, Milano, Giuffrè, 2016, 1265;
- SANNA V., *La nomina diretta degli amministratori da parte dello Stato o di enti pubblici ed il problema della giurisdizione*, nota a sentenza Cass. civ., sez. un., ord. 3 ottobre 2016, n. 19676, in *Nuova, giur. civ. comm.*, 3, 2017, 385;
- SANTONASTASO F., sub art. 2449 c.c., in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, in D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle società – Dell'azienda – Della concorrenza*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2015, 1548;
- SANTONASTASO F., *Le società di diritto speciale*, in BUONOCORE V. (diretto da), *Trattato di Diritto Commerciale*, sez. VI, vol. X, Torino, Giappichelli, 2009;

- SANTOSUOSSO D.U., *I sistemi di amministrazione e controllo delle società partecipate da enti pubblici*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2010, 133;
- SANTOSUOSSO D.U., *La Riforma del diritto societario. Autonomia privata e norme imperative nei dd. Lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, Giuffrè, 2003;
- SAVINO M., *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 8/9, 2013, 795;
- SAVINO M., *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2016, 593;
- SBISÀ G., *Società controllate e società controllate*, in *Contr. e impresa*, 1997, 344;
- SCOGNAMIGLIO A., *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458*, in *Foro amm.*, 1984, 565;
- SCIULLO G., *L'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, 71;
- SCIUTO M., *L'atto costitutivo della società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2009, 659;
- SCHIUMA L., *Sub artt. 2409-octies-2409-quinquiesdecies c.c.*, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, I, Torino, Utet, 2003, 665;
- SCHIUMA L., *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, II, Torino, Utet, 2006, 683;
- SCHIUMA L., *sub art. 2409-duodecies*, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, 694;
- SCHIUMA L., *sub art. 2409-undecies*, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, 684;

- SCOCA F.G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 256;
- SCOGNAMIGLIO A., *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458 c.c.*, in *Foro amm.*, 1984, 569;
- SCOGNAMIGLIO G., *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458*, in *Foro amm.*, II, 1984, 571;
- SIRIANNI G., *Incompatibilità ed inconfiribilità: la necessaria distanza tra cariche politiche e incarichi amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 8/9, 2013;
- SORACE D., *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, in *Dir. amm.*, 2006, 2, 49;
- SPADA P., *Cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 801;
- STANZIONE D., *In tema di «equilibrio tra i generi» negli organi di amministrazione e controllo di società quotate*, in *Giur. comm.*, 2013, 190;
- STERPA A., *Sentenza n. 251/2016: può la Corte costituzionale ampliare il contenuto necessario della legge di delega ex art. 76 Cost.?*, in *www.federalismi.it*, 10, 2017, 1;
- TAMBURRANO A., VALLETTA A., *I servizi di interesse economico generale*, in G. CASSANO, R. MARRAFFA (coord.), P. CENDON (a cura di), *La concorrenza*, 2005, Torino, UTET, 2005, 476;
- TESSARO T., *Commento art. 17. Società a partecipazione mista pubblico-privata*, in D'ARIES C., GLINIANSKI S., TESSARO T., *Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica*, cit., p. 150 ss.;
- TOMBARI U., *Sistema dualistico e potere di "alta amministrazione"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 709;
- TORSELLO M.L., *Le funzioni consultive del Consiglio di Stato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2011;

- URBANO G., *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 24 maggio 2012, 1;
- URSI R., *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 4, 2004, 747;
- URSI R., *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 171;
- URSI R., *La nomina degli amministratori e dei sindaci nelle società in mano pubblica alla luce della disciplina sulla prorogatio degli organi degli enti pubblici*, in www.federalismi.it, 9, 5 maggio 2005;
- URSI R., *L'ultima frontiera della privatizzazione: la giurisdizione del giudice ordinario in materia di revoca degli amministratori di nomina pubblica*, nota a sentenza Cass., sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Foro it.*, 2005, 2726;
- URSI R., *Danno all'immagine e responsabilità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2/3,2001, 309;
- VALAGUZZA S., *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 2012;
- VALENSISE P., sub *art. 2409-septiesdecies*, in M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, 729;
- VANNUCCI A., *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in F. MERLONI, L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi*, Astrid, Firenze, Passigli Editore, 2010;
- VASSALLI F., *Commento all'art. 2392 c.c.*, in G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, 682;
- VERUCCI G., *La revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 35;

- VIETTI M., AULETTA F., LO CASCIO G., TOMBARI U., ZOPPINI A. (a cura di), *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori. Testi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2006;
- VIETTI M., *Nuove società per un nuovo mercato: la riforma delle società commerciali*, Roma, 2003;
- VIETTI M. (diretto da), P. MARCHETTI, D.U. SANTOSUOSSO (coord. scient.), *La governance nelle società di capitali: a dieci anni dalla riforma*, Milano, Egea, 2013;
- VIGO R., *Decisioni dei soci: competenze*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum G.F. Campobasso*, 451;
- VILLATA R., *Pubblici Servizi*, V ed., Milano, Giuffrè, 2008;
- VISCA M.A., *In tema di danno all'immagine dell'ente pubblico*, in *Giust. civ.*, 10, 2004, 2289;
- VITALE C., *La Corte di Giustizia "boccia" l'articolo 2449 del codice civile*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 521;
- ZANARDO A., *L'amministrazione disgiuntiva e congiuntiva nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2009, 717;
- ZANARONE G., *Società a responsabilità limitata*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. VIII, Padova, 1985, 171;

ALTRI RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Relazione sui dati relativi alla partecipazione da parte delle amministrazioni pubbliche a consorzi e società – anno 2012 – trasmessa al Parlamento dal Ministro per la pubblica amministrazione e semplificazione il 7 marzo 2013;

Dossier della Camera dei deputati, sulla legge 7 agosto 2015, n. 124, Schede di lettura, n. 303/3, 15 ottobre 2015;

Rapporto 2013 sul coordinamento della finanza pubblica, approvato dall'adunanza delle Sezioni riunite in sede di controllo del 23 maggio 2012 (Del. n. 6SSRRCO/RCFP/13);

Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 10 novembre 2015, n. 4, *Interpretazione e applicazione dell'articolo 5, comma 9, del decreto-legge n. 95 del 2012*, come modificato dall'articolo 17, comma 3, della legge 7 agosto 2015, n. 124. Integrazione della Circolare del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione n. 6 del 2014;

CORTE DEI CONTI, Sez. riun., del. n. 9/SSRRCO/AUD/16 del 14 giugno 2016 (Audizione sull'Atto di Governo 297 riguardante gli organismi partecipati);

CORTE DEI CONTI, Sez. riun., del. n. 10/SSRRCO/AUD/15 del 3 giugno 2015 (Audizione nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul disegno di legge in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche - AC 3098);

CORTE DEI CONTI, Sez. riun., del. n. 10/SSRRCO/AUD/14 del 9 ottobre 2014 (Audizione della Corte dei Conti nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul disegno di legge in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche);

Relazione sugli Organismi partecipati dagli Enti territoriali (Del. n. 15/SEZAUT/2014/FRG, 6 giugno 2014);

CORTE DEI CONTI, *Relazione* (Del. n. 24/SEZAUT/2015/FRG), in http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/sez_autonomie/2015/20150720_20150722_Deln024_FRG_Organismi_Partecipati_Linkrelto.pdf;

CORTE DEI CONTI, Sezione delle autonomie, *Gli organismi partecipati dagli Enti territoriali, Osservatorio sugli organismi*

partecipati/controllati dai Comuni, Province e Regioni e relative analisi - Relazione 2016, Roma 20 settembre 2016, in [https://cortedeiconti.it.](https://cortedeiconti.it;);

CORTE DEI CONTI, *Gli organismi partecipati dagli Enti territoriali, Relazione 2016* (Del. n. 27/SEZAUT/2016/FRG);

CORTE DEI CONTI, *Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di Comuni e Province* (Del. n. 14/SEZAUT/2010/FRG), adunanza del 22 giugno 2010;

OECD, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises – A survey of OECD Countries*, 2005;

OECD, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises: A Survey of OECD Countries*, Oecd Publishing, 2005;

Direttiva Ministero dell'economia e delle finanze del 24 aprile 2013, prot. n. 5646;

Direttiva Ministero dell'economia del 24 giugno 2013, n. 15656;

CAMERA DEI DEPUTATI, SENATO DELLA REPUBBLICA, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. Dossier*, maggio 2016;

CAMERA DEI DEPUTATI, SENATO DELLA REPUBBLICA, *Dossier sullo Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive sul decreto legislativo n. 175 del 2016 (TU società partecipate)*, Schede di lettura, aprile 2017;

CAMERA DEI DEPUTATI, Servizio Studi, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi. Decreto legislativo 39 del 2013. Dossier di documentazione*, 4 giugno 2013, in documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/AC0126.htm;

CONTRIBUTI GIURISPRUDENZIALI

Consiglio di Stato, parere n. 83 del 17 gennaio 2017;

Consiglio di Stato, comm. spec., 14 marzo 2017, n. 638;

Cassazione, 18 luglio 2017, n. 17705, in *cortedicassazione.it*;
Cass. 15 aprile 2016, n. 7587, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Società*, n. 41;
Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574;
Corte dei conti reg., Lazio, sez. giurisd., 17/02/2015, n. 118;
Cass. civ. S.U. 26 febbraio 2004, n. 3899;
Corte dei conti, Sez. I Giur. Centr. d'Appello n. 178 del 2015;
Cons. Stato., 9 dicembre 2004, n. 7900, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.;
Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2003, n. 708, in *Foro amm.- Cons. St.*, 2003, p. 582;
Cons. St., sez. V, 13 giugno 2003, n. 3346, in *Foro amm.- Cons. St.*, p. 1984;
Corte dei conti, Sez. Regionale di Controllo per la Lombardia, 1° marzo 2016, n. 64/PAR, in http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/lombardia/pareri/2016/delibera_64_2016_par.pdf.;
Consiglio di Stato, comm. spec., 14 marzo 2017, n. 638, parere sullo schema di decreto legislativo concernente “Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mday/ndi2/~edisp/7jb2tza2oryztlafwi6iet7u6y.html>.;
Consiglio di Stato, Ad. gen. 6 luglio 2007, parere n. 1750 del 2007, *sullo schema di d.lvo contenente modifiche al d.lvo 12 aprile 2006 n. 163, recante il Codice di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, in www.giustizia-amministrativa.it.;
Cass., sez. I, 12 aprile 2005, n. 7536, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, p. 488;

Tar Molise 5 giugno 2008 n. 555, in *www.giustizia.amministrativa.it*;
Tar Catania, Sez. III, 25 gennaio 2010 n. 89, in *Foro Amm. TAR*,
2010, p. 309 ss.;

Cons. St., Sez. V, 11 febbraio 2003 n. 708, in *Foro Amm. C.d.S.*,
2007, p. 582 ss. e 13 giugno 2003 n. 3346, *ivi* 2003, p. 3020 ss.;

Tar Veneto, sez. I, 4 aprile 2002, n. 1234;

Cass. 22 dicembre 2003, n. 19667; Cass. 26 febbraio 2004, n. 3899;

Cassazione, Sez. Unite, 15 aprile 2005, n. 7799, ampiamente
richiamata dalla successiva sentenza della Cassazione, Sez. Unite, 23
gennaio 2015, n. 1237;

Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in *Foro amm-CDS*,
2012, 3, p. 696 ss.;

Tribunale Terni, 22 agosto 2011, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 253 ss.;

Cass., sez. I, 12 settembre 2008, n. 23557 in *Foro. it.*, 2009, I, p. 1525
ss.;

Corte Cost., sentenza 4 maggio 1992, n. 208, in *Giur. amm. sic.*, 1992,
p. 320 ss.;

Corte Cass., 26 febbraio 2004, n. 3899;

Cass. 28 febbraio 1998, n. 2251;

Corte Costituzionale, con sentenza n. 251 del 2016;

Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488;

Corte conti 3 dicembre 2008 n. 532, in *Riv. Corte Conti*, 2008, 6, 66;

Corte conti 23 gennaio 2008, n. 25, in *Foro amm., CDS*, 2008, 1, 207;

Corte conti 3 novembre 2005 n. 356, in *Foro amm., CDS*, 2005, 11,
3428;

Cass. 5 febbraio 1969, n. 363, in *Foro it.*, 1969, I, 2962;

Cass. 26 febbraio 2004, n. 3899, in *Giur. it.*, 2004, 1946.

App. Milano 2016, cit., punto 60, p. 1261;

Cass. civ., sez. lav., 18 ottobre 2013, n. 23702, in *Guida al diritto*, 46,
2013, p. 45 ss.;

- Trib. Napoli, 7 agosto 2015, n. 3161, in *red. Giuffrè*;
- TAR Lazio, 9 gennaio 2013, n. 17, in *Giur. merito*, p. 441 ss.;
- Cons. Stato, parere 27 febbraio 2003, n. 514bis/2003, in *Foro it.*, 2003, p. 445 ss.;
- Trib. Milano 16 ottobre 2012, in Banca Dati Juris Data Giuffrè;
- Cass. civ., S.U., ordinanza 1 dicembre 2016, n. 24591, in *Foro it.*, 2017, I, p. 154 ss.,
- Cass. civ., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283;
- Cass. 5 agosto 2005, n. 16526, in *Foro it.*, Rep., 2005, voce *Appello civile* n. 91;
- Cass. civ. 21 novembre 1998, n. 11801, in *Giur. it.*, 1999, p. 562 ss.;
- App. Milano 30 aprile 1991, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 95 ss.;
- Trib. Roma 4 dicembre 1995, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 1819 ss.;
- Trib. Udine 13 giugno 1994, in *Soc.*, 1995, p. 98 ss.