

Nomina degli amministratori

La natura degli atti di nomina degli amministratori di società partecipate dallo Stato

Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 11 gennaio 2013, n. 122 - Pres. Severini - Est. Lopilato

La società I.L.-C.H. s.r.l. deve, in ragione delle modalità di costituzione *ex lege*, del peculiare assetto organizzativo, dell'attività svolta e del fine perseguito, essere qualificata come una società pubblica che svolge esternamente, attività non economica, ma di rilievo amministrativo. Tale qualificazione si riflette sull'attività interna alla società e sulla preposizione dei suoi organi. Ne consegue che, l'atto di nomina del consiglio di amministrazione di I.L.-C.H. s.r.l. è un vero e proprio atto amministrativo mediante il quale è stato dato luogo ad un organo deputato a porre in essere un'attività di rilievo amministrativo. La giurisdizione su tale atto spetta, pertanto, al giudice amministrativo.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	(seppur con riferimento all'atto di revoca): Tar Lazio, Roma, sez. III <i>ter</i> , 7 giugno, 2007, n. 2716; Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 21 settembre 2005, n. 1921
Difforme	Corte Cass., sez. un., 15 aprile 2004, n. 7799; Tar Veneto, sez. I, 4 aprile 2002, n. 1234; Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2003, n. 3346

Il commento di Sveva Del Gatto

Il Consiglio di Stato affronta il tema della natura, pubblica o privata, dell'atto di nomina degli amministratori di una società interamente partecipata dallo Stato ai fini dell'esatta individuazione del giudice competente. Il tema, che attiene a quello della *governance* delle società pubbliche, è centrale e la sua soluzione è suscettibile di generare importanti riflessi sotto il profilo della tutela degli interessi coinvolti.

La scelta degli amministratori da parte dei responsabili politici, infatti, consente, di ricondurre al circuito della responsabilità politica aree dell'amministrazione che vengono organizzate in maniera separata, ma potrebbe degenerare nell'abuso da parte dei partiti del sistema delle nomine. Una scelta interamente a favore del modello privatistico, pur non esente da critiche, al contrario, potrebbe privilegiare soluzioni maggiormente efficientistiche fondate sulla scelta dei soggetti con la maggiore esperienza e professionalità nel settore interessato, determinando nelle s.p.a. partecipate il superamento di quel sistema di rapporti tra politica e amministrazione basato, come nel caso delle nomine degli amministratori degli enti pubblici, sull'intreccio di stampo clientelare tra vertici degli enti e partiti.

Ancora sulla natura delle società partecipate e sulle conseguenze in termini di regime giuridico applicabile

Il sistema amministrativo italiano, come noto, ha subito, a partire dalla fine del secolo scorso, un profondo mutamento del suo assetto organizzativo (1).

La trasformazione principale è consistita nel progressivo abbandono dell'amministrazione per enti,

Nota:

(1) Per una recente indagine nei diversi settori della pubblica amministrazione si rinvia all'approfondita analisi svolta da L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009.

che a sua volta aveva gradualmente sostituito il modello dell'amministrazione diretta, e nell'utilizzo, da parte delle pubbliche amministrazioni, di moduli organizzativi mutuati dal diritto privato, in prevalenza società per azioni, ma anche, in alcuni casi, fondazioni o associazioni.

Lo straordinario sviluppo di società per azioni nelle quali le pubbliche amministrazioni, nazionali o locali, detengono partecipazioni totalitarie, di maggioranza o di controllo, ha determinato notevoli problemi interpretativi relativi alla natura di questi soggetti e, soprattutto, al regime giuridico applicabile (2).

Negli anni il quadro si è notevolmente complicato e anche le soluzioni via via fornite dalla giurisprudenza e dalla scienza giuridica, sia privatistica, sia amministrativistica, sono apparse più articolate rispetto a quelle iniziali, e meno interessate dall'obiettivo di affermare univocamente la natura, interamente pubblica o interamente privata, delle società partecipate (3).

L'estrema varietà delle società per azioni pubbliche, diverse per grado di partecipazione, attività svolta, modalità di istituzione, forme di *governance* e così via, ha, infatti, condotto ad abbracciare soluzioni meno estremiste e uniformanti, a favore di altre volte a contemperare, ove necessario, la forma privata, in particolare, quella societaria, con gli interessi pubblici sottesi all'attività svolta (4).

In questo nuovo quadro, tra le diverse questioni che si sono poste all'interprete nell'individuazione della disciplina applicabile alle società partecipate, particolare importanza hanno assunto quelle sulla *governance*, e, nello specifico, quelle relative alla formazione degli organi di vertice. Si è posto cioè, il problema di delineare caratteristiche e natura dei poteri di nomina e di revoca ove esercitati dal socio pubblico (in seno all'assemblea, in quanto azionista totalitario o di maggioranza, o in via derogatoria in base a previsioni statutarie) e, soprattutto, di stabilire in che modo si sostanzia il rapporto tra socio pubblico nominante e amministratori nominati.

Il tema è centrale. La scelta degli amministratori da parte dei responsabili politici, infatti, consente, in un sistema amministrativo policentrico come il nostro, di ricondurre al circuito della responsabilità politica aree dell'amministrazione che vengono organizzate in maniera separata (5), ma potrebbe degenerare nell'abuso da parte dei partiti del sistema delle nomine.

Una scelta interamente a favore del modello privatistico, pur non esente da critiche (6), al contrario, potrebbe privilegiare soluzioni maggiormente effi-

cientistiche fondate sulla scelta dei soggetti con la maggiore esperienza e professionalità nel settore interessato (7), determinando nelle s.p.a. partecipate il superamento di quel sistema di rapporti tra politica e amministrazione basato, come nel caso delle nomine degli amministratori degli enti pubblici, sull'intreccio di stampo clientelare tra vertici degli enti e partiti.

Il fatto

La questione si è posta, di recente, dinnanzi al Consiglio di Stato in relazione alla formazione del consiglio di amministrazione della società I.L.-C.H. s.r.l. partecipata in via totalitaria dallo Stato e costituita in seguito alla previsione di cui all'art. 14,

Note:

(2) In un primo momento le soluzioni che si sono succedute hanno visto l'affermarsi di due tesi principali, quella pubblicistica, secondo la quale solo la "forma" è privatistica, ma le società partecipate sono in realtà enti pubblici e in quanto tali assoggettabili interamente alle norme dello statuto pubblicistico; e la tesi, sostenuta principalmente dalla dottrina e dalla giurisprudenza privatistiche, secondo cui la veste societaria non ha solo rilevanza formale essendo tali soggetti, a tutti gli effetti società di diritto privato e come tali sottoposte al regime societario del codice civile. I contributi sul punto sono moltissimi. Senza pretesa di completezza si segnalano le ricostruzioni di G. Rossi, *Le società per azioni enti pubblici*, in AA.VV., *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, II, 1992, 1818 ss.; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici e aziende autonome statali*, Torino, 1997; F.G. Scoca, *Il punto sulle cosiddette società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239 ss.; C. Ibbi, *Le società legali*, Torino, 1992; P. Pizza, *Le società di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.

(3) Cfr. G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. delle società*, 2006, 999 ss.; Id., *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 25 ss.; L. Torchia, *I limiti del controllo pubblico sull'autonomia privata*, in *Il Ponte*, 2003, 63 ss.

(4) Sulla necessità di deroghe al regime privatistico per la tutela di particolari interessi di rango superiore, i quali verrebbero compromessi dalla sola applicazione della disciplina civilistica, C. Marzuoli, *Tutela del cittadino e "privatizzazione" dell'amministrazione*, in E. Rozo Acuna (a cura di), *Cittadino e amministrazione nel diritto comparato*, Napoli, 2000.

(5) È quanto è accaduto in passato per la nomina dei componenti degli organi di vertice degli enti di gestione. In argomento la disanima di G. Endrici, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Bologna, 2000, spec., in tema di nomina nelle società partecipate, 149 ss.

(6) Questa soluzione, escluderebbe secondo alcuni, la possibilità di porre limiti ai poteri di nomina e revoca da parte del socio pubblico. R. Ursi, *L'ultima frontiera della privatizzazione: la giurisdizione del giudice ordinario in materia degli amministratori di nomina pubblica*, in *Foro It.*, 2005, 10, pt. 1, 2728 ss.

(7) Sul ricorso alle privatizzazioni per contenere l'intrusione dei partiti politici nell'economia cfr. A. Macchiati, *Privatizzazioni tra economia e politica*, Roma, 1996, 65 ss. In argomento già A. Massera, *Nuovi aspetti dell'uso della società per azioni con partecipazione pubblica*, in *Studi in onore di Ottaviano*, Milano, 1993, 566.

c. 6, del decreto legge n. 98/2011 (8), per lo svolgimento delle attività e delle funzioni svolte dalla società Cinecittà Holding s.p.a. (9) posta in liquidazione.

In primo grado il Tar Lazio, chiamato a sindacare della legittimità dell'atto di nomina dell'amministratore della società, declinava la propria giurisdizione a favore di quella del giudice ordinario, sulla base dell'affermazione per cui «il potere di nomina degli amministratori di società a capitale pubblico deve - nella fattispecie sottoposta all'attenzione del Collegio - intendersi attribuito all'ente pubblico nella sua qualità di socio e, conseguentemente, il potere *de quo* viene esercitato non nella veste di pubblica amministrazione, ma al pari di qualsiasi altro socio privato» (10).

Il Codacons e l'Associazione per la tutela degli utenti dell'informazione, della stampa e del diritto di autore impugnavano davanti al Consiglio di Stato la pronuncia del Tar sostenendo, sotto il profilo della giurisdizione, la competenza del giudice amministrativo e riproponendo, nel merito, le censure di illegittimità nei confronti dell'atto di nomina, per la violazione dei principi di buon andamento dell'azione amministrativa (in quanto la nomina avrebbe riguardato soggetti che si trovavano in una situazione di conflitto di interessi), e di ragionevolezza, logicità e trasparenza, nonché per eccesso di potere e incongruità delle scelte dell'amministrazione.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello sotto il profilo della giurisdizione, affermando la competenza del giudice amministrativo a conoscere della questione. Ad avviso dei giudici di Palazzo Spada, infatti, l'atto impugnato, ovvero l'atto di nomina del consiglio di amministrazione di I.L.-C.H. s.r.l. «è un *vero e proprio atto amministrativo* (11) mediante il quale è stato dato luogo ad un organo deputato a porre in essere, [...], un'attività di rilievo amministrativo» (12) e come tale rientrante nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo.

Il potere di nomina (e quello di revoca) pubblica degli amministratori di società partecipate: le previsioni del codice civile

Il dibattito sulla natura dell'atto di nomina, e di quello di revoca, da parte del socio pubblico, degli amministratori di società partecipate è risalente (13) e, in parte, svincolato dalle odierne dimensioni e caratteristiche assunte dal fenomeno delle s.p.a. partecipate. La ragione risiede nel fatto che le uniche due disposizioni del codice civile dedicate alle società pubbliche riguardano da sempre proprio

la possibilità che, in deroga alla previsione che assegna il potere di nomina all'assemblea dei soci, gli statuti delle società partecipate prevedano che tale potere sia esercitato dal socio pubblico.

L'art. 2449 c.c., in particolare, stabilisce, nella sua attuale formulazione (14), che se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, «lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori [...], proporzionale alla partecipazione del capitale sociale. Gli amministratori [...] possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati» e hanno gli stessi «diritti e obblighi dei membri nominati dall'assemblea».

La disposizione richiamata, secondo un'interpretazione rimasta minoritaria, conterrebbe una norma di diritto pubblico che, in virtù di interessi pubblici connessi all'attività di impresa, disciplinerebbe una

Note:

(8) Decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111.

(9) A sua volta derivante dalla trasformazione dell'Ente autonomo di gestione per il Cinema disposto dall'art. 5 *bis* del decreto legge 25 aprile 1993, n. 118, aggiunto dalla legge di conversione del 29 giugno 1993, n. 202.

(10) Tar Lazio, Roma, sez. II *quater*, 17 febbraio 2012, n. 1686.

(11) Corsivo di chi scrive.

(12) Punto 5.3. della sentenza in commento.

(13) In argomento già F.A. Roversi Monaco, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1968, 263 ss.

(14) L'attuale formulazione dell'art. 2449 c.c. è il frutto di due successivi interventi normativi. Il testo originario della norma era contenuto nell'art. 2458 c.c. il quale stabiliva: «Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, l'atto costitutivo può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci.

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

Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea». La norma è stata sostituita a seguito della riforma del diritto societario disposta dall'art. 1 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6. Il testo approvato, confluito nell'art. 2449 c.c. stabiliva che: «Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza.

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

Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Sono salve le disposizioni delle leggi speciali». Il testo è stato in seguito, nuovamente modificato dall'art. 13, legge 25 febbraio 2008, n. 34 (per dare vita all'attuale disposizione), in quanto ritenuto illegittimo dalla Corte di giustizia Ue, 6 dicembre, 2007, C-463 e 464/04. Su queste ultime modifiche si rinvia a R. Rossotto, *La governance delle società partecipate: focus sull'art. 2449 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2009, 36 ss.

eccezionale dipendenza pubblicistica sugli amministratori al fine di generare un influsso costante sull'attività dell'organo gestorio della società per azioni (15). La nomina da parte del socio pubblico degli amministratori di società partecipate ai sensi del codice civile, conseguentemente, sarebbe da ricondurre nel novero dei provvedimenti amministrativi e il rapporto amministratore - ente pubblico azionista dovrebbe ritenersi regolato e ispirato ai principi che reggono l'attività amministrativa di interesse generale (16).

La sussistenza di un interesse pubblico nella società è, tuttavia, negata dai fautori della tesi privatistica (17), tra cui la giurisprudenza ordinaria e parte di quella amministrativa (18), che, dunque, escludono la configurazione stessa di una dipendenza pubblicistica dell'amministratore nei confronti dell'ente nominante.

In base a questa seconda tesi, nella disposizione del codice civile, in sostanza, si riscontrerebbe soltanto la possibilità di attribuire, per via statutaria, un privilegio all'ente pubblico in virtù della sua partecipazione societaria. Tale privilegio si concreta nell'attribuzione di un potere privato, che viene sottratto all'assemblea dei soci al quale spetta ordinariamente. Si tratterebbe, dunque, unicamente, di un caso, normativamente previsto, di sostituzione di un soggetto ad un altro nello svolgimento di un'attività di relazione con i terzi, in virtù del quale l'imputazione giuridica dell'atto rimane in capo alla società, ma la titolarità del relativo potere viene traslata dall'organo assembleare ad un soggetto diverso, il socio pubblico (19).

Analogamente il rapporto che si instaura a seguito dell'atto di nomina e di revoca degli amministratori è riconducibile ad un rapporto di diritto privato, all'interno del quale la posizione degli amministratori di nomina pubblica non differisce da quella degli amministratori nominati secondo le forme ordinarie. Sia nell'ipotesi di nomina pubblica, sia nel caso di nomina da parte dell'assemblea, infatti, sebbene diverso sia il soggetto che esercita il potere, analogo è il tipo di atto che viene compiuto e analoghi sono gli effetti giuridici che esso produce (20).

La previsione di cui all'art. 2449 c.c., in sostanza, non divergerebbe da quella di cui all'art. 2468 c.c. in materia di società a responsabilità limitata, in cui il legislatore fa 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» (21).

I poteri di nomina e revoca nel caso della società I.L.-C.H. s.r.l.

Il caso affrontato dal Consiglio di Stato presenta,

Note:

(15) F.A. Roversi Monaco, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, cit.; F. Bonelli, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Giur. comm.*, 1983, II, 511.

(16) *Ibidem*.

(17) Tra questi P. Abbadessa, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi e ipotesi)*, in *Ambiente, impresa e pubblica amministrazione*, 1975, 377 ss.; A. Rossi, *Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. giur., ad vocem*, Roma, 1993, XXIX; V. Salafia, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, in *Società*, 2001, 773 ss. Tra le due tesi esposte, quella pubblicistica e quella privatistica, si segnala, inoltre la ricostruzione intermedia secondo la quale la fattispecie contenuta nell'art. 2449 c.c. potrebbe essere inquadrata nell'ottica di una preposizione organica nella quale, in virtù della norma statutaria, l'ente pubblico nominante si sostituisce all'assemblea nella determinazione in ordine alla produzione del rapporto che lega l'amministratore alla società alla quale tale rapporto viene imputato. Il profilo pubblicistico, inoltre, non si esaurisce con l'atto di nomina, ma influisce sull'intero rapporto intercorrente tra l'amministratore e l'ente pubblico nominante in virtù del preciso ruolo di *governance* che si attua attraverso due elementi di collegamento individuabili nell'attività di direzione e coordinamento e nel rapporto fiduciario che lega l'amministratore all'organo di governo dell'ente pubblico socio. In questo senso R. Ursi, *L'ultima frontiera della privatizzazione*, cit. 2728 ss. L'A. a sua volta riprende alcune intuizioni di G. Minervini, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1954, I, 719 ss., S. Cassese, *Azionariato di Stato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, 778 ss., V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1981, III, 218 ss. e A. Massera, *Nuovi aspetti dell'uso delle società per azioni con partecipazione pubblica*, cit., 556 ss., citati dallo stesso A. nel testo.

(18) Cfr. *ex multis* Corte Cass., sez. un., 15 aprile 2004, n. 7799; Tar Veneto, sez. I, 4 aprile 2002, n. 1234; Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2003, n. 3346.

(19) Per questa ricostruzione in particolare, V. Donativi, *Amministratori e sindaci di nomina pubblica nelle società per azioni*, Milano, 2003, 129 ss.

(20) È irrilevante, infatti, che il regime speciale della nomina degli amministratori da parte degli enti pubblici trovi il suo fondamento nelle finalità pubblicistiche, comunque ravvisabili, e nella conseguente esigenza di un controllo più pregnante degli amministratori che rappresentano la quota associativa del socio pubblico. Sul punto interessanti le considerazioni svolte da Cons. Stato, n. 3346/2003 cit. (in *Foro amm.*, *CdS.*, 2003, 3020 ss., con nota di M. Spinozzi, *Revoca degli amministratori di società mista*). Il Consiglio di Stato ha osservato che gli atti di nomina e di revoca da parte del socio pubblico, pur giustificati dall'esigenza di cura dei pubblici interessi sottesi all'attività della società, si riflettono sulla vita di quest'ultima solo indirettamente, non condizionandone l'operatività e non modificando il presupposto rapporto convenzionale. «Tale [...] categoria di atti risulta, in sintesi, priva della necessaria preordinazione, per la loro catalogazione come provvedimenti amministrativi, alla realizzazione dell'interesse pubblico [...]».

(21) In argomento E. Fazzuti, *Commento sub art. 2468*, in M. Sandulli, V. Santoro (a cura di), *La riforma delle società*, III, Torino, 2003, 58; P. Reviglione, *Commento sub art. 2468*, in *Il nuovo diritto societario*, *Commentario* diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, II, Bologna, 2004, 1809.

tuttavia, alcune peculiarità rispetto alla fattispecie disciplinata dal codice civile.

L'art. 8 - relativo all'organo assembleare - dello statuto della società I.L.-C.H. s.r.l., stabilisce che è riservata in ogni caso alla competenza del socio unico la nomina dell'amministratore unico o del Consiglio di amministrazione, nonché la determinazione dei relativi compensi.

La distanza rispetto alle forme di nomina degli amministratori di società per azioni contenute nel codice, dunque, in questo caso, non deriva dalla sottrazione del potere all'organo assembleare, che qui coincide con il socio unico, ma dal fatto che i diritti del socio unico non sono esercitati dal titolare delle azioni, ma da un altro soggetto, il Ministero per i beni e le attività culturali (MiBAC), in virtù di una previsione di legge. In base alla norma istitutiva della società (22), infatti, socio unico della società è il Ministero dell'economia e delle finanze il quale tuttavia, non esercita direttamente i diritti dell'azionista la cui titolarità è invece, assegnata al MiBAC in ragione, ovviamente, della materia interessata.

È con riferimento a tale specifico potere di nomina che il Consiglio di Stato si è posto il problema della natura pubblicistica o meno dell'atto, svolgendo poi considerazioni anche sul rapporto che ne consegue tra amministratori e socio pubblico, ai fini dell'esatta individuazione del giudice competente.

Per risolvere tale problema, i giudici hanno ritenuto di dovere preliminarmente indagare sulla reale natura, pubblica o privata, della società e a tal fine, hanno proceduto ad individuare quegli elementi la cui compresenza determinerebbe deroghe al codice civile tali da escludere che la società possa ragionevolmente ricondursi allo schema civilistico (23).

Questi elementi riguardano la fase della costituzione, l'organizzazione, l'attività e lo scopo. Quanto al momento genetico, il Consiglio di Stato rileva, con riferimento alla società I.L.-C.H., che si tratta di un caso di costituzione *ex lege* dunque, al di fuori degli schemi negoziali alla base della costituzione delle ordinarie società per azioni.

Quanto all'assetto organizzativo, invece, si richiama la circostanza, sopra ricordata, per cui i diritti dell'azionista non sono esercitati da colui che è titolare della partecipazione azionaria (totalitaria), ovvero il Mef, ma da un altro soggetto, il MiBAC, seppur sempre rientrando nell'amministrazione statale.

In materia di attività, il Consiglio di Stato osserva poi, che I.L.-C.H. s.r.l. non svolge attività di impresa in quanto ne manca il carattere essenziale dell'assunzione del rischio: il fatto che il MiBAC attribuisca alla società le risorse in grado di consentirne

l'ordinario funzionamento, escluderebbe, infatti, il contenuto minimo dell'economicità che deve caratterizzare l'impresa (24).

La società I.L.-C.H. s.r.l., infine, perseguirebbe un interesse pubblico consistente nel promuovere lo sviluppo, in ambito nazionale e internazionale, delle forme di espressione artistica, di promozione culturale e di comunicazione sociale di rilevante interesse per la collettività.

In ragione di queste considerazioni, I.L.-C.H. s.r.l., non può dirsi privata, ma è, al contrario, per il Consiglio di Stato, «una società pubblica che svolge, esternamente, attività non economica ma di rilievo amministrativo corrispondente agli interessi pubblici del MiBAC». Questa qualificazione «si riflette sull'attività interna alla società e sulla preposizione dei suoi organi. Le pubbliche amministrazioni agiscono attraverso propri organi che [...] vengono in concreto costituiti con un'investitura che avviene mediante procedimenti amministrativi elettivi o di nomina, tali da instaurare un rapporto d'ufficio con l'ente. [...]. Questo assetto, seppur con i necessari adattamenti, opera analogamente in presenza di una società pubblica che svolge attività amministrativa, quando si deve provvedere alla costituzione degli organi sociali» (25).

La natura pubblica o privata dell'atto di nomina. Quale tutela per gli interessi coinvolti?

Gli elementi utilizzati dal Consiglio di Stato per affermare la natura pubblica di I.L.-C.H. s.r.l. non sono nuovi. La loro rilevanza ai fini della qualificazione

Note:

(22) Art. 14, c. 6, cit.

(23) È interessante notare come nonostante il Consiglio di Stato parta dalla distinzione tra società di mercato e società c.d. semi-amministrazioni (su cui cfr. *infra*), per legare la soluzione del problema della natura dell'atto di nomina a quella della natura dell'attività svolta e dunque della natura della società, esso non resista alla tentazione di ricadere in passate ricostruzioni volte ad indagare la natura pubblica della società basandosi sulla compresenza di deroghe al codice civile così intense da far dubitare della reale natura privatistica del soggetto (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303; Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206). Ciò appare evidente quando si afferma che per decidere se si tratti di una società che svolge attività amministrativa è necessario avere riguardo non, come sembrerebbe ovvio, alla sola natura dell'attività svolta e al fine perseguito, ma, anche, «alle modalità di costituzione» e «alla fase di organizzazione» della società.

(24) La provvista finanziaria ministeriale cioè, escluderebbe l'elemento essenziale dell'impresa rappresentato dal fatto che i costi di produzione siano compensati dalla cessione dei beni e dei servizi prodotti. Per una argomentazione *a contrario* cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2011, n. 1305 richiamata nella stessa decisione in commento.

(25) Punti da 4.5 a 5.2. della sentenza in commento.

ne in termini pubblicistici di una società partecipata è stata da tempo sottoposta a revisione critica, soprattutto per quanto attiene il profilo genetico e quello organizzativo (26).

Anche il percorso logico seguito ricalca quello già in precedenza svolto in altre pronunce - si pensi ai casi Enel.it o Poste s.p.a. (27) - sollevando analoghe obiezioni. Oggi, come allora, infatti, i giudici mostrano di considerare le deroghe al diritto comune esistenti nella disciplina istitutiva e nello statuto, e relative al momento genetico, a quello organizzativo e, infine a quello dell'attività, come elementi dirimenti nella scelta se qualificare o meno in senso pubblicistico forme soggettive pur ordinate nelle forme tipiche del diritto comune; e su questa base, con un ulteriore passaggio logico, si avvalgono di tali deroghe per legittimare l'applicazione di discipline pubblicistiche di tipo generale.

E così, il Consiglio di Stato trae, come si è visto, dalla ritenuta natura pubblica della società, conseguenze in ordine alle modalità di formazione degli organi sociali e soprattutto in ordine al rapporto che lega gli amministratori di quest'ultima al vertice politico rappresentato dal Ministero dei beni culturali. Ma al di là della condivisibilità o meno delle argomentazioni del Consiglio di Stato o delle conclusioni a cui, in base ad esse, il giudice amministrativo arriva, ciò che maggiormente rileva sono le conseguenze, anche in termini pratici, che l'affermazione della natura pubblicistica (e conseguentemente, dell'atto di nomina degli amministratori), di una società partecipata che svolge la sua attività non solo nei confronti dell'amministrazione, ma anche nei confronti di soggetti terzi, è suscettibile di determinare.

La qualificazione offerta dal Consiglio di Stato, infatti, si riflette, più o meno direttamente, almeno su quattro aspetti tra loro strettamente connessi: sui criteri di scelta degli amministratori, sulla possibilità di impartire direttive più o meno dettagliate agli amministratori da parte del socio pubblico, sulla configurazione del potere di revoca degli amministratori e sul relativo sindacato. In termini più ampi, poi, la qualificazione pubblicistica dell'atto di nomina degli amministratori di società partecipate e del relativo rapporto che ne deriva, si riflette sul tipo e sulle forme di tutela riconosciuti ai diversi interessi coinvolti, tra cui quello dell'amministratore, quello del socio pubblico e quello della società. Il primo aspetto riguarda i criteri alla base della nomina degli amministratori. In un'ottica privatistica dovrebbe prevalere la funzione di preposizione all'ufficio della nomina ed essere superata o minimiz-

zata quella di veicolo della funzione di indirizzo, ferma restando la pacifica riconducibilità degli atti di nomina agli atti di indirizzo organizzativo. Dovrebbe quindi, assumere rilievo prevalente la competenza professionale in luogo di criteri di rappresentanza di interessi pubblici o di particolari categorie (28).

L'interpretazione del Consiglio di Stato, invece, porterebbe a ritenere che la potestà di nomina (così come quella di revoca) sia attribuita all'ente pubblico non in quanto socio, ma in quanto pubblica amministrazione nella sua veste autoritativa. L'interesse pubblico, dunque, non potrebbe essere soddisfatto dall'esistenza di una mera relazione fiduciaria tra l'ente e l'amministratore, ma esigerebbe, al contrario, che sia riconosciuta all'ente la possibilità di un

Note:

(26) Sul punto sia consentito rinviare alle considerazioni svolte e alla dottrina citata in S. Del Gatto, *La privatizzazione degli enti pubblici non economici e il mutato rapporto pubblico-privato anche alla luce della riforma dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990*, in *Serv. pubbl. e appalti*, 2006, 35 ss. La stessa argomentazione relativa alla natura non imprenditoriale dell'attività non convince. Posto che l'Istituto Luce è iscritto regolarmente nel registro delle imprese, dalla lettura dello statuto emerge che la società svolge, tra l'altro, «l'esercizio di attività editoriale nel campo della musica, nella più ampia accezione, e cioè, a titolo esemplificativo, produrre, pubblicare, editare ed essere cessionaria di diritti e relativi proventi di opere musicali e di brani musicali, curarne [...] la riproduzione in più esemplari, la pubblicazione, la commercializzazione, il pagamento dei corrispettivi agli autori e ai titolari connessi, agendo direttamente e/o in coedizione e/o in subedizione con terzi». Con riferimento alla ricordata iscrizione nel registro delle imprese delle società ad altri fini considerate pubbliche e non esercenti attività di impresa di I.L.-C.H., nonostante il Consiglio di Stato ne affermi la natura non imprenditoriale dell'attività, si rileva, come da altri già in precedenza osservato, come non possa trascurarsi che «le così dette semi-amministrazioni sono iscritte al registro delle imprese esattamente come tutte le altre società, e sono iscritte come società e non come semi-amministrazioni. Esse dunque attraverso un sistema di pubblicità legale appositamente istituito, dichiarano ai terzi la loro natura societaria e, conseguentemente, suscitano nei terzi un legittimo affidamento circa l'applicazione di un regime conforme al *nomen iuris* dichiarato [...]». C. Ibbia, *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 365 ss., spec. 371.

(27) Cfr. *sub nota* 23.

(28) Interessante notare, tuttavia, che, sebbene tale interpretazione si giustifichi in ragione delle finalità di efficiente gestione della società, il c.c. nulla dica al riguardo, salvo ammettere, ex art. 2387 c.c., che lo statuto può richiedere particolari requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza (a differenza di quanto è previsto per la nomina dei componenti del collegio sindacale che devono essere scelti nel rispetto dei requisiti di professionalità di cui all'art. 2397 c.c.). Sulla nomina degli amministratori come svincolata da ogni possibile sindacato nel merito cfr. P. Benazzo, *Azione sociale di responsabilità, revoca ex lege degli amministratori in carica e nomina dei nuovi amministratori*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 529 ss., spec. 540). In attuazione di quanto previsto dall'art. 2397 citato, lo statuto della società I.L.-C.H. stabilisce che l'assunzione della carica di amministratore è subordinata al possesso di alcuni requisiti tra cui quello di professionalità, competenza e esperienza pluriennale nello svolgimento di funzioni analoghe (art. 13).

influsso costante sull'organo amministrativo della società per azioni (29).

Questa considerazione ci ricollega al problema dell'ammissibilità di atti, più o meno dettagliati, di indirizzo da parte del ministro e a quello, consequenziale della corretta delimitazione del potere di revoca e, in particolare, del concetto di 'giusta causa', specie nel caso di inadempimento degli indirizzi ricevuti.

Nel caso di specie, è la stessa legge che, in deroga al codice civile, assegna al MiBAC, nella sua qualità di socio, il potere di indirizzare la gestione della società in base ad alcune linee guida (30) il cui contenuto è stabilito dalla norma (31). Si tratta di una evidente distonia con il nuovo assetto delle società per azioni definito dalla riforma del libro V del codice civile, il quale, al contrario, si fonda sull'autonoma competenza degli organi amministrativi e che tratta l'attività di direzione e coordinamento da parte del socio come una vera e propria patologia sanzionata con un apposito regime di responsabilità (art. 2497 c.c.).

In questo, così come in altri casi, la deroga, prevista direttamente dalla legge, è chiaramente il prodotto di una diversa vocazione che caratterizza questa società 'speciale' rispetto a quelle ordinarie. Ma fino a che punto può spingersi l'ingerenza del ministro? E quale deve essere il contenuto di tali indirizzi? Ci si chiede, in sostanza, in che modo la garanzia che tale previsione vuole accordare al ministro, di influire sulla gestione delle società di cui è socio unico, si contempererà con la garanzia delle persone preposte agli organi sociali e, ancor prima, con quella dell'interesse della società e dei terzi che vi entrano in contatto.

Una qualificazione pan-pubblicistica dell'intera fattispecie potrebbe condurre a ritenere che tali direttive possano spingersi al punto tale da far diventare gli amministratori meri strumenti in mano alla politica (32). D'altra parte, anche nel diritto societario il rapporto che lega amministratori e società è un rapporto fiduciario revocabile *ad nutum* nel caso in cui venga meno l'elemento della fiduciarità, e che dà diritto al risarcimento del danno nei confronti dell'amministratore revocato in caso di mancanza di giusta causa.

Il problema dunque, si sposta sul concetto di giusta causa (33) e soprattutto sul tipo di tutela che, in caso di revoca, è riconosciuta all'amministratore. Laddove l'intera fattispecie sia qualificata in termini privatistici, l'amministratore avrà diritto, si è detto al risarcimento, in mancanza di giusta causa, ma non alla reintegrazione. Risarcimento che, graverebbe in questo caso, sulla società e non sul socio pubblico. In caso di riconducibilità dell'atto alla ca-

Note:

(29) Si configurerebbe in questi termini un vero e proprio interesse pubblico nella società e non semplicemente alla società. In questo senso, già, F. Roversi Monaco, *op. cit.* Per la tesi per cui, una volta nominato l'amministratore non agirebbe più nell'interesse del soggetto nominante, anche se pubblico, ma solo nell'interesse della società, si veda, tuttavia, F. Merusi, *Le direttive*, cit.; argomentazioni analoghe sono state in seguito sviluppate dall'A. con riferimento alla nomina dell'organo di amministrazione delle fondazioni bancarie. Al riguardo il rinvio è a Id., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 78 ss.

(30) In attuazione di tale previsione il MiBAC ha adottato l'atto di indirizzo del 4 dicembre 2012 all'interno del quale il ministro ribadisce i compiti societari già previsti nello statuto indicando, seppur in termini non puntuali, alcune ulteriori attività da compiere per il perseguimento di tali obiettivi.

(31) Il MiBAC, infatti, insieme ai diritti dell'azionista è titolare *ex lege* del potere/dovere di adottare annualmente, un atto di indirizzo contenente, con riferimento a tre esercizi sociali, gli obiettivi strategici della società e i cui contenuti di massima sono delineati dallo stesso art. 14, al c. 9: «L'atto d'indirizzo riguarda attività e servizi di interesse generale, fra le quali sono ricomprese: a) le attività di conservazione, restauro e valorizzazione del patrimonio filmico, fotografico e documentaristico trasferito alla società ai sensi del c. 8; b) la distribuzione di opere prime e seconde e cortometraggi sostenute dal Ministero per i beni e le attività culturali ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 28, e successive modificazioni, nonché la produzione documentaristica basata prevalentemente sul patrimonio di cui alla lettera a). Nell'atto di indirizzo non possono essere ricomprese attività di produzione cinematografica ovvero di distribuzione di opere filmiche diverse da quelle indicate nel punto b) e possono essere ricomprese attività strumentali, di supporto, e complementari ai compiti espletati nel settore cinematografico dalle competenti strutture del Ministero per i beni e le attività culturali, con particolare riferimento alla promozione del cinema italiano all'estero, alla gestione, per conto dello Stato, dei diritti filmici da quest'ultimo detenuti a qualunque titolo, nonché l'eventuale gestione, per conto del Ministero, del fondo e della annessa contabilità speciale di cui all'articolo 12, comma 7, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 28, e successive modificazioni».

(32) La connessione tra potere di nomina e potere direttivo non è, tuttavia, necessaria e viene infatti negata da chi evidenzia (e ha evidenziato) a proposito del rapporto tra nominante e nominato, che l'elemento della fiducia gioca un ruolo determinante al momento della scelta mentre una volta nominato il soggetto entra a far parte di un autonomo sistema normativo che prescinde dall'originaria scelta fiduciaria. Sul punto, seppur con specifico riferimento agli enti di gestione, F. Merusi, *Le direttive*, cit. In argomento, si segnala, inoltre, la previsione contenuta nell'art. 6 della l. n. 145/2002 in base al quale nel rapporto tra amministratori di nomina pubblica ed ente pubblico si inserisce una variabile in più che accresce l'area della dipendenza, non più in ragione della capacità di svolgere il proprio mandato secondo gli scopi pubblicistici sottesi alla corretta gestione dell'attività imprenditoriale della società, ma altresì in ragione di una compatibilità politica. Sulla *ratio* dell'estensione dell'art. 6 agli organi di vertice delle società partecipate e sulla sua applicabilità cfr. Cons. St., sez. VI, 22 novembre 2010, n. 8123. In argomento, si rinvia per un approfondimento, all'analisi di V. De Campo, *Società partecipate da enti pubblici ex art. 2449 c.c.: mutamento della maggioranza politica quale giusta causa di revoca*, in *Le Società*, 2011, 264 ss.

(33) Al riguardo si richiama l'opinione giurisprudenziale secondo la quale, in caso di revoca di amministratori pubblici, si è di fronte ad una nozione di giusta causa allargata che impone una valutazione, non in termini di fiducia politica, ma di fiducia tecnica che si dovrebbe basare su una valutazione personale dell'amministratore e delle sue qualità, dalla quale si possa pervenire a una ragionevole previsione che la sua azione sarà coerente con gli obiettivi di indirizzo politico perseguiti dal governo, sempre
(segue)

tegoria degli atti amministrativi, invece, la tutela sarà quella di tipo impugnatorio riconosciuta dal giudice amministrativo (34).

Si deve, tuttavia, osservare come in caso di revoca, a rilevare non sia solo l'interesse dell'amministratore, ma anche, e soprattutto, l'interesse della società: che il buon amministratore non venga sottratto alla guida della società è, infatti, una regola per mezzo della quale si assicura alla società un buon livello di gestione, sia nell'interesse dei soci (in questo caso *del socio*), sia nell'interesse generale allo sviluppo e al consolidamento delle buone amministrazioni aziendali (35).

Forma societaria, diritto amministrativo e problemi di compatibilità

Il panorama, sempre più articolato, delle società per azioni partecipate ha notevolmente complicato il compito dell'interprete nell'indagine sul regime, processuale e sostanziale, ad esse applicabile.

Quello della natura dell'atto di nomina degli amministratori da parte del socio pubblico, e quello, consequenziale, delle regole, pubblicistiche o privatistiche, che disciplinano la relazione tra l'ente pubblico socio e gli amministratori, sono chiari esempi di questo cambiamento. Un tempo, quando la disciplina delle società pubbliche era, quasi sempre, rappresentata dagli allora articoli 2458 e 2459 del c.c. (36), la domanda che ci si poneva atteneva unicamente alla natura, pubblica o privata, dell'atto di nomina (o di quello di revoca) degli amministratori. Nessun dubbio invece, che nei rapporti contrattuali e in quelli di mercato le società, seppur partecipate, operassero come vere imprese. Oggi la stessa domanda sembra non poter essere posta se non dopo la riconduzione della società ad un tipo determinato e dopo averne analizzato i parametri sostanziali di funzionamento. Le diverse tipologie di società partecipate esistenti, allora, non rappresentano più solo realtà in sé differenti, ma si traducono in regimi distinti (37), che, in materia di *governance*, attengono in particolare, alle relazioni tra l'ente e gli amministratori di nomina pubblica (38).

Il problema è complesso ed ha, come si è visto, non solo riflessi teorici, ma anche importanti riflessi pratici sotto il profilo della tutela degli interessi coinvolti. I poteri di controllo e di direzione sono oggi, infatti, il nucleo intorno al quale è costruita la relazione tra lo Stato e le società c.d. speciali o di diritto singolare e non a caso, forse, le due uniche norme derogatorie contenute nel codice civile con riferimento alle società partecipate riguardano proprio tale aspetto.

Note:

(segue nota 33)

che questi siano coerenti con i fini pubblici connessi nell'attività imprenditoriale svolta dalla società. In tal senso Tar Lazio, sez. II, 8 aprile 2003, n. 3276. Ad avviso dei giudici amministrativi, in particolare, l'art. 6, della l. n. 145/2002 va interpretato nel senso che è illegittimo un provvedimento che dispone la revoca senza un'adeguata motivazione in ordine all'accertamento della inidoneità tecnica del soggetto a garantire, nel rispetto dei principi della imparzialità e del buon andamento, continuità all'azione amministrativa, pure in occasione del cambiamento del programma e degli obiettivi che sono da raggiungere come impegno politico del nuovo Governo. In materia, R. Ursi, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 749 ss. Cfr. anche V. De Campo, *Società partecipate da enti pubblici ex art. 2449 c.c.*, cit., 264 ss. Sul concetto di giusta causa per la revoca dell'amministratore di società per azioni ai sensi del nuovo art. 2383 c.c. cfr. *ex multis*, Corte Cass., sez. lav., 7 agosto 2004 n. 15322; Corte Cass., sez. I, 12 settembre 2008 n. 23557.

(34) Sul punto cfr. le osservazioni di R. Ursi, *L'ultima frontiera della privatizzazione*, cit., 2728 ss., secondo il quale la qualificazione in termini privatistici del rapporto diminuirebbe la tutela dell'amministratore il quale in caso di revoca dell'incarico sarebbe privato della tutela specifica. Secondo l'A., anzi, la configurabilità dell'atto di revoca come atto di diritto privato e dunque riconducibile all'art. 2383 c.c., «amplia oltre misura i poteri decisionali dei vertici politici degli enti pubblici ampliando l'ambito del merito, e dunque, l'insindacabilità della scelta, in ordine alla revoca dell'amministratore effettuata anche solo per ragioni di compatibilità politica». D'altra parte si potrebbe osservare che l'azione dell'amministrazione, anche ove utilizzi moduli privatistici, debba comunque essere improntata al rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento e dunque, sindacabile sotto tale profilo. Spunti in questo senso sono contenuti in V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 ss.

(35) Sulla relazione tra la configurazione della revoca in termini privatistici o pubblicistici e i suoi riflessi sugli interessi coinvolti nella società, più ampiamente V. Salafia, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli enti pubblici*, in *Le Società*, 7, 2001, 773 ss., spec. 775.

(36) Poi, come ricordato, sostituiti dagli art. 2449 e 2450 a loro volta modificati per renderli compatibili con le prescrizioni provenienti dall'Unione europea. Per un commento sull'originaria disciplina si rinvia, per tutti, a F. Galgano, *La società per azioni in mano pubblica*, in *Pol. Dir.*, 1972, 681 ss.

(37) Su queste riflessioni un approfondimento in M. Cammelli, M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura degli stessi Autori, Torino, 2008, 1 ss. Cfr. anche, più recentemente, R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate dalle Regioni e dagli Enti locali*, Napoli, 2013.

(38) Si pensi al caso emblematico del c.d. controllo analogo nelle società *in house*. In questo caso, affinché possa parlarsi effettivamente di società *in house* e, dunque, come noto, possa giustificarsi l'affidamento diretto in ragione del carattere strumentale e pubblicistico di tali soggetti nonostante la natura societaria, la giurisprudenza della Corte di giustizia e del Consiglio di Stato richiede che i consigli di amministrazione di tali società siano in concreto privi di significativi poteri gestionali in quanto *longa manus* degli organi di *governance* dell'ente pubblico di riferimento i quali, per contro, saranno titolari di poteri più incisivi di quelli normalmente riconosciuti dal diritto societario alla maggioranza sociale. In questi termini Corte giustizia Ue, 13 novembre 2008, C 324-07; Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; Cons. Stato, sez. (segue)

Quello della natura del potere di nomina degli amministratori di società pubbliche da parte del socio pubblico (unico o di maggioranza) e della configurazione del rapporto tra amministratore della società e socio pubblico è, ad ogni modo, solo un esempio, tra i tanti, delle difficoltà e delle inevitabili distorsioni determinate dall'uso dello strumento societario da parte delle pubbliche amministrazioni, soprattutto quando tale strumento è utilizzato, non per l'esercizio di attività economica e per il perseguimento di finalità lucrative, ma per il perseguimento di interessi pubblici e per lo svolgimento di attività amministrative o strumentali agli interessi delle amministrazioni (39).

Da tempo, l'affermata neutralità del modello societario ha cominciato ad essere intesa dal legislatore e dalla giurisprudenza come illimitata possibilità di forzare lo schema tipico delle società per azioni, non solo, per introdurre l'interesse pubblico come oggetto sociale principale o esclusivo, ma anche, per definire, come mostra il caso preso in esame, meccanismi di *governance* fortemente alternativi a quelli del codice civile, capaci, almeno potenzialmente, di garantire un ordinario e generale potere di controllo dell'ente pubblico sulla società partecipata.

In questo caso, si è detto, si parla, ad indicare la profonda deviazione dal modello societario e la maggiore vicinanza con gli enti pubblici, di "semi-amministrazioni", distinguendole dalle società partecipate c.d. "di mercato" (40).

La ragione di questa ripartizione è senz'altro comprensibile e la logica che ne è alla base, condivisibile (41). Essa, tuttavia, non tiene conto delle numerose vie di mezzo esistenti: di quelle società per azioni, cioè, partecipate in varia misura dal socio pubblico, non interamente riconducibili né all'una né all'altra tipologia e che conseguentemente richiedono una maggiore attenzione nel modulare la disciplina applicabile (42), che in parte potrà essere derogatoria rispetto al codice civile, e in parte, non dovrà, invece, discostarsi dalle ordinarie previsioni del diritto societario, soprattutto quando la deroga non è legislativa, ma di fonte giurisprudenziale (43).

Note:

(segue nota 38)

V, 26 agosto 2009, n. 5082; Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5; CGA, sez. giurisd., 4 settembre 2007, n. 719; Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316. In chiave ricostruttiva dell'istituto dell'*in house*, ex. multis, Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1. In dottrina, G. Piperata, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, in *questa Rivista*, 2008, 11, 1126 ss.; M.M. Gaeta, *Riflessioni in tema di società in house, controllo analogo e discrezionalità gestoria*, in *Giur. di merito*, 2012, 6,

1349 ss.; S. Capacci, F. Moretti, *Il requisito del "controllo analogo" nella gestione dei servizi pubblici locali. Aspetti interpretativi del vincolo di subordinazione*, in *Appalti e contratti*, 2007, 3, 1377 ss.; M. Urso, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urb. e app.*, 2006, 12, 1420 ss.

(39) Per un quadro di insieme sull'uso distorto degli strumenti privatistici (in particolare delle s.p.a.) da parte delle pubbliche amministrazioni, sia nuovamente consentito il rinvio all'analisi e alle considerazioni svolte in S. Del Gatto, *L'uso degli strumenti privatistici da parte delle pubbliche amministrazioni: organismo di diritto pubblico, società pubbliche e «in house providing»*, in L. Torchia, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*², Bologna, 2012.

(40) La distinzione poi, frequentemente ripresa (per tutti cfr. M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253 ss.), è stata, inizialmente, introdotta nel Rapporto Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, settembre, 2008. La separazione tra società pubbliche partecipate che svolgono attività di impresa e società pubbliche che svolgono funzioni amministrative è stata, inoltre, alla base della pronuncia della Corte costituzionale, 1 agosto, 2008, n. 326 (con il commento di R. Ursi, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani in questa Rivista*, 2009, 1, 11 ss.). La Corte, in un giudizio riguardante un conflitto di attribuzione tra lo Stato e alcune regioni, ha confermato la legittimità dei limiti imposti dal legislatore nazionale alle società partecipate dagli enti regionali e locali a capitale interamente pubblico o misto. In particolare, l'art. 13 del decreto Bersani (decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, conv. con legge 4 agosto 2006, n. 248), dichiarato legittimo dalla Corte, prevede che tali società costituite «per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, [...] [e] per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative» siano ad oggetto sociale esclusivo, e che non possano operare se non con gli enti stessi che le hanno istituite. Al riguardo la Consulta ha affermato che «[l]e disposizioni impugnate [...] sono fondate sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività di impresa di enti pubblici. L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti) in regime di concorrenza. Le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività di impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione» (punto 8.3.). Ad avviso della Corte, dunque, agli enti pubblici è permesso esercitare attività di impresa, ma non possono farlo attraverso gli stessi moduli organizzativi con cui attendono alle proprie funzioni amministrative, poiché tali moduli (società totalmente pubbliche o società miste) godrebbero di benefici ricollegibili alle posizioni proprie della pubblica amministrazione, non coerenti con la tutela della concorrenza. In senso conforme anche Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 439.

(41) Essa ha, inoltre, il merito di non legare la pubblicità della società e del relativo regime applicabile alla natura pubblica del socio, ma alla natura di interesse generale dell'attività svolta. Contrariamente a quanto sostenuto, soprattutto in passato, la natura pubblica del socio non determina, infatti, necessariamente la natura pubblica della società e, di conseguenza, non si traduce né nella pubblicità degli atti adottati né nell'automatica applicabilità della disciplina pubblicistica.

(42) Come rilevato da M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, cit.

(43) Analoghe critiche sono state svolte, con specifico riferimento all'estensione in via giurisprudenziale, dell'istituto della responsabilità amministrativa e della conseguente giurisdizione contabile alle società partecipate, da L. Torchia, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipata* (segue)

Tale distinzione, inoltre, fondandosi sul presupposto dell'esercizio o meno dell'attività di impresa, si basa su una nozione, quella del carattere imprenditoriale dell'attività che, in quanto soggetta essa stessa a diverse interpretazioni - soprattutto laddove l'impresa è esercitata da un soggetto pubblico - è suscettibile di condurre a soluzioni non sempre uniformi, con conseguenze negative in termini di certezza del diritto.

La ripartizione tra società di mercato e società c.d. semi-amministrazioni, infine, se non correttamente intesa nella sua unica valenza descrittiva, può dare adito a forzature. Se ne trae, infatti, erroneamente, che le ultime sono enti pubblici e come tali assoggettate (o assoggettabili) *in toto* allo statuto pubblicistico.

Non è così. Se infatti, da un lato, è vero che nel caso delle semi-amministrazioni il legislatore ha una maggiore discrezionalità nella previsione di regimi derogatori rispetto al codice civile, in ragione della funzionalizzazione dell'attività o di particolari interessi pubblici sottesi (mentre ciò non sarebbe consentito quando la società opera nel mercato in concorrenza con altri soggetti privati), tale distinzione non può, dall'altro, essere il veicolo per legittimare l'introduzione di nuove deroghe sul presupposto che si tratta di "quasi-amministrazioni", soprattutto quando a farlo è la giurisprudenza.

Il legislatore, in conclusione, pur incontrando, senza dubbio, meno limiti nel derogare alla disciplina civilistica in ragione della tutela dell'interesse pubblico e della particolare rilevanza dell'attività, amministrativa svolta, non può, nell'individuazione della disciplina delle società 'speciali', considerare l'opzione per il modello societario come irrilevante (44), ma dovrebbe, al contrario, riflettere sulle ragioni che lo inducono a scegliere il modello di società per azioni (45).

Al di là della disputa sulla natura delle società partecipate non bisognerebbe, infatti, mai ignorare, come da altri rilevato, che la «società è un organismo associativo (o comunque, a voler tenere conto delle società unipersonali, un organismo potenzialmente associativo), destinato ad operare sul mercato e dotato di una disciplina che di ciò tiene conto, tutelando gli interessi di tutti coloro che, dal di dentro o dal di fuori, risentono degli effetti dell'agire sociale» (46).

Con riferimento alle società partecipate, e in particolare, con riguardo a quella categoria di società definite semi-amministrazioni, si deve porre, dunque, un problema di compatibilità tra forma societaria e regime pubblicistico, specie quando non espressamente e ragionevolmente giustificato da un concreto interesse pubblico.

Tale regime, infatti, in particolare se frutto di pronunce giurisprudenziali, riflette scelte contraddittorie

e conduce a conseguenze negative sotto il profilo istituzionale-operativo (47) che mortificano sostanza e forma giuridica e ancor peggio determinano incertezze ed alterazioni tra soggetti giuridici (48).

Note:

(segue nota 43)

zione pubblica: una pericolosa sovrapposizione, in *Serv. pubbl. e appalti*, 2006, 223 ss. Per una critica analoga, ma da parte di un civilista, 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, 145 ss., e più di recente Id., *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, *ivi*, 2008, I, 584 ss.

(44) Un iniziale (seppur minimo, in ragione dei limiti posti dalla stessa norma) cambio di impostazione sembrerebbe discendere dall'art. 4, c. 13, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95 (come modificato dalla legge di conv. 7 agosto 2012, n. 135), il quale ha disposto che le disposizioni contenute nella stessa legge, 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.

(45) In questa direzione va, senz'altro, la già citata pronuncia della Corte costituzionale n. 326/2008 cit. e le decisioni che sono seguite (cfr. *infra*). Secondo l'insegnamento della Corte, infatti, le società partecipate in via totalitaria o maggioritaria da un ente pubblico non sono strumenti a disposizione della pubblica amministrazione per lo svolgimento di una serie indefinita di compiti. Ferma restando la possibilità dell'utilizzo dello strumento societario nella 'attività di impresa degli enti pubblici', dunque, le società partecipate possono essere considerate, ove si faccia riferimento allo svolgimento di funzioni amministrative, uno tra i modelli organizzativi possibili, purché nel rispetto di determinati limiti e condizioni, tra cui quelli fissati dalla Corte. La pronuncia della Corte ha dato seguito ad una serie di decisioni conformi del giudice amministrativo. Si vedano al riguardo, *ex multis*, CGA, sez. giurisd., 13 dicembre 2010, n. 1461; Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214; Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603; Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080. In dottrina cfr. l'analisi svolta da F.G. Albinini, *Il Consiglio di Stato conferma i limiti al ricorso alle società miste*, in *questa Rivista*, 2009, 4, 394 ss.; cfr. anche R. Ursi, *La Corte costituzionale*, cit., 13.

(46) C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica, oggi*, in *Il nuovo diritto delle società*, 3, 2010, 18 ss. Interessante sul punto rilevare non solo, come già fatto (cfr. *supra sub* nota 26), che la società I.L.-C.H. s.r.l. è regolarmente iscritta nel registro delle imprese, ma anche, volendosi ricollegare agli argomenti di cui sopra, che ai sensi dell'art. 1 dello Statuto, la società ai fini del perseguimento dell'oggetto sociale può contrarre mutui di qualsiasi natura, concedere garanzie mobiliari e immobiliari e assumere partecipazioni in società, imprese e altre organizzazioni sia pubbliche che private.

(47) Il riferimento è, ad esempio, alla questione della responsabilità amministrativa degli amministratori di società pubbliche e alle disfunzioni che essa produce. In argomento, si richiamano nuovamente le considerazioni svolte da L. Torchia, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, cit., e, con riferimento al più recente orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite di Cassazione, Id., *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *questa Rivista*, 2012, 3, 323 ss.

(48) Come osservato da G. Oppo, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 25 ss., «un uso normativamente distorto degli istituti mortifica il pubblico e il privato, attenua le garanzie, suscita questioni di legittimità costituzionale e nuoce alla coerenza e al prestigio dell'ordinamento».