



12 GENNAIO 2022

Sugli atti di nomina e revoca degli
amministratori di società a
partecipazione pubblica: natura e
giurisdizione

di Emanuele Guarna Assanti

Docente a contratto di Diritto delle società pubbliche e di Diritto dell'ambiente
Università degli Studi di Roma "Guglielmo Marconi"



Sugli atti di nomina e revoca degli amministratori di società a partecipazione pubblica: natura e giurisdizione*

di Emanuele Guarna Assanti

Docente a contratto di Diritto delle società pubbliche e di Diritto dell'ambiente
Università degli Studi di Roma "Guglielmo Marconi"

Abstract [It]: L'articolo offre un quadro completo delle interrelazioni tra pubblico e privato che vengono a crearsi nella fattispecie relativa alla nomina e alla revoca alle cariche sociali da parte del socio pubblico, prendendo posizione, sulla base del nuovo quadro sistematico delineato dal Testo unico sulle società a partecipazione pubblica, e in relazione al tipo di nomina – se diretta o indiretta – a favore della posizione pubblicistica.

Abstract [En]: The article provides a complete framework of the interrelationships between public and private that comes into being in the case of appointment and revocation of corporate officers by the public shareholder, taking a position, on the basis of the new systematic framework outlined by the novel *Testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, and in relation to the type of the appointment – whether direct or indirect – in favor of the opinion that considers the preeminent position of the public shareholder.

Parole chiave: società pubbliche, nomina e revoca degli amministratori, natura giuridica degli atti, conseguenze in termini di giurisdizione

Keywords: public-owned companies, appointment and revocation of corporate officers, juridical nature of the acts, jurisdiction

Sommario: 1. I poteri di nomina e revoca alle cariche sociali tra logiche pubblicistiche e privatistiche nelle società partecipate. 2. Le posizioni sulla natura giuridica degli atti deliberativi di nomina e revoca alle cariche sociali. Implicazioni. 3. Gli indici rivelatori della natura giuridica privatistica degli atti di nomina e revoca: ambiguità. 4. Il procedimento di nomina e revoca come fattispecie complessa: atti a monte e atti a valle nella gestione delle società partecipate. 5. Il senso della distinzione tra nomina diretta e nomina indiretta. 6. Considerazioni conclusive.

1. I poteri di nomina alle cariche sociali tra logiche pubblicistiche e privatistiche nelle società partecipate

Le disposizioni in tema di nomina e revoca degli amministratori (e degli altri membri degli organi sociali), contenute agli articoli 2449 ss. del Codice civile, e ora anche agli articoli 9, co. 7 e 11 del Testo unico in

* Articolo sottoposto a referaggio.

materia di società a partecipazione pubblica (D.Lgs. 175/2016), si prestano a duplice interpretazione, come del resto l'intero sistema del diritto delle società pubbliche¹.

Esse, da un lato, possono essere intese come un complesso di norme diretto a introdurre elementi di specialità rispetto alla disciplina generale sulle società commerciali (anche se partecipate da un socio pubblico)² oppure, al contrario, come volte a ribadire l'applicabilità del diritto comune anche nel caso di partecipazione pubblica³.

Secondo una visione pubblicistica, infatti, i poteri di nomina di cui all'art. 2449 c.c., (che l'oramai abrogato art. 2450 c.c.⁴ estendeva anche al caso in cui il soggetto pubblico non possedesse alcuna partecipazione

¹ La polarità pubblico-privato condiziona la disciplina delle società pubbliche, che rimane una disciplina frammentaria anche (e soprattutto) dopo l'emanazione del Testo unico del 2016. Esso, infatti, non fornisce un quadro normativo organico del sistema delle partecipazioni pubbliche ma va ad inserirsi nel più complesso sistema della *public corporate governance* (A. Zoppini, *La società (a partecipazione) pubblica: verso una Public Corporate Governance?*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, p. 19 ss.), in cui si articola lo statuto normativo peculiare del socio pubblico e in relazione al quale tale Testo unico tenta di porsi quale "tassello" principale. Come individuato dalla dottrina, e v. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Padova, 2016, p. 7 ss., lo statuto normativo delle società pubbliche si caratterizza per una composizione "a matrice", dove per ciascuna società in mano pubblica occorre ricostruire la disciplina complessiva, sommando e coordinando le partizioni riconducibili alle due matrici della fattispecie "società pubblica", il "socio" e il "pubblico", in considerazione di una serie di indici, tra cui, ad es., la natura dell'ente partecipante, la dimensione della partecipazione, l'oggetto sociale, le modalità di affidamento di un appalto. Ma, ancora più a monte, la polarità pubblico-privato condiziona le "lenti" con le quali filtrare il fenomeno associativo nel diritto privato: per tutti, P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971 e Id., *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, Milano, 1976, rist., 1993; nonché C. Angelici, *La società per azioni. Principi e problemi*, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e P. Schlesinger, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012. Sulla portata sistematica delle disposizioni contenute nel nuovo Testo unico in relazione al variegato e composito quadro normativo e giurisprudenziale del diritto pubblico societario, e alle conseguenti ricadute disciplinari, si vedano, all'interno dell'ampia letteratura dedicata al tema, F. Cintioli, F. Massa Felsani, *La società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Bologna, 2017; R. Garofoli, A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma-Bari, 2018; il volume a cura di R. Miccù, *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, Napoli, 2019; i due volumi a cura F. Fimmanò, A. Catricalà, R. Cantone, *Le società pubbliche*, voll. I e II, Napoli, 2020.

² La disciplina generale di diritto commerciale prevede, quanto agli amministratori, che il potere di nomina spetti alla assemblea ordinaria (art. 2383, comma 1, c.c., in combinato disposto con l'art. 2364, comma 1, n.2, c.c.), fatta salva la nomina dei primi amministratori i quali sono indicati dall'atto costitutivo (art. 2383, comma 1, c.c.). Oltre alla norma da ultimo indicata, altra deroga al principio della nomina assembleare è stabilita all'art. 2351 c.c. che contempla la possibilità di riservare la nomina di uno o più amministratori a possessori di strumenti finanziari partecipativi. Sul punto, N. Abriani, S. Ambrosini, O. Cagnasso, P. Montalenti, *La società per azioni*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2010, p. 579 ss. Quanto ai sindaci, la disciplina generale è la medesima, v. art. 2400 c.c. Sul punto, sempre N. Abriani, S. Ambrosini, O. Cagnasso, P. Montalenti, *La società per azioni*, cit., p. 704 ss.

³ La presenza di sporadiche disposizioni all'interno della Sezione XIII, Capo V, Titolo V, Libro V, dedicata alle società con partecipazione dello stato o di enti pubblici non è ritenuto indice di scarsa attenzione del legislatore nel disciplinare il fenomeno delle società pubbliche, poiché «lo scopo era quello di assoggettare le società in mano pubblica, salvo quanto disposto dalle deroghe espressamente previste dal codice, alla medesima disciplina applicabile alle società in mano privata», cfr. F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in Id. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003, p. 439.

⁴ L'art. 2450 c.c. costituiva norma «particolarmente significativa», poiché c'era «in essa l'idea dello Stato che interviene nella produzione in piena autonomia rispetto ai singoli capitalisti [...], l'idea di una autonoma azione dello Stato svincolata dalla necessità di venire a patti con il capitale privato», F. Galgano, *La società per azioni*, in Id. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 448.

azionaria e l'art. 2451 c.c. alle c.d. società di interesse nazionale⁵), costituiscono una chiara manifestazione dell'ingerenza dei pubblici poteri all'interno della compagine sociale, conducendo a una alterazione dei rapporti organizzativi tipicamente governati dal diritto societario⁶.

Non a caso, il potere di nomina e revoca degli amministratori costituisce la più alta espressione dei c.d. poteri speciali spettanti al socio pubblico, ora compendiate dalla formula del c.d. *golden power*⁷.

⁵ Le disposizioni contenute nell'art. 2449 c.c. si applicano, per espressa previsione dell'art. 2451 c.c. (corrispondente al precedente art. 2461 c.c.), attualmente ancora in vigore, anche alle società per azioni c.d. di interesse nazionale, compatibilmente alle disposizioni contenute in leggi speciali che disciplinino taluni particolari profili relative alla loro organizzazione e alla loro amministrazione. Si tratta dunque di società in relazione alle quali leggi speciali dispongono particolari condizioni circa la trasferibilità delle azioni, la nomina degli amministratori, dei sindaci e dirigenti e le modifiche delle norme statutarie. In particolare, si tratta, più specificamente, di una peculiare qualificazione che può essere attribuita, di volta in volta, alle più disparate società per azioni che svolgano attività ritenute di estrema importanza per l'economia nazionale e che danno dunque luogo a una categoria di società per azioni, trasversale ed eterogenea: esse non costituiscono dunque un nuovo tipo societario v. G. Rossi, *Le società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici e le società d'interesse nazionale*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XVII, Torino, 1985, p. 223 ss. L'attribuzione della qualifica avviene caso per caso ed è disposta da specifiche disposizioni di legge o da provvedimento amministrativo (es. decreto presidenziale). Tali erano, ad esempio, le banche di interesse nazionale (r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375) o alcune società di navigazione (r.d.l. 7 dicembre 1936, n. 2081). Si pensi anche alla più importante tra queste società, la RAI S.p.a., che la legge 14 aprile 1975, n. 103 qualificava espressamente come società di interesse nazionale. Sulle problematiche relative alla abrogazione della legge del 1975 ad opera dell'art. 28, legge 3 maggio 2004, n. 113, e sulla permanenza della qualifica, v. F. Santonastaso, *Le società di diritto speciale*, in V. Buonocore (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Sez. IV-Tomo X, Torino, 2009, p. 433 ss. Secondo Id., *Le società di interesse nazionale*, Milano, 2002, p. 495 ss., peraltro, l'identificazione di una società come società di interesse nazionale può avvenire anche in maniera implicita ed essere desunta dall'oggetto e dalle caratteristiche della attività svolta. In questo caso, la facoltà di nominare (o revocare), indipendentemente dalla partecipazione azionaria, è prevista non come esito di una legge singolare relativa a una determinata società per azioni ma come portato di una legge generale relativa a una intera (non tipologia ma) categoria di società per azioni e cfr. F. Galgano, *La società per azioni*, in Id. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 449. Quanto al fondamentale profilo relativo alla giurisdizione, sebbene non molte siano state le pronunce sul punto, per le società di interesse nazionale si riconosce la duplicità di giurisdizione: quella amministrativa in relazione ai profili di esercizio del potere pubblico (in considerazione del rilievo che in esse ricopre l'interesse pubblico e v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2010, n. 5379; Cass., Sez. un., 22 dicembre 2009 n. 27092 quanto alla giurisdizione della Corte dei Conti per il risarcimento del danno cagionato a RAI S.p.a.), mentre sussisterebbe la giurisdizione ordinaria per i profili riguardanti l'ordinario funzionamento della società e cfr. Cass., sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28329 secondo cui «la RAI è una società per azioni per volontà stessa del legislatore e, seppure soggetta ad una disciplina particolare per determinati aspetti ed a determinati fini, riguardanti anche la giurisdizione, chiaramente dettata da interessi di natura pubblica, per tutto quanto non diversamente previsto non può che essere regolata secondo il regime generale delle società per azioni» e deve conseguentemente «escludersi che possa applicarsi la riserva della giurisdizione del giudice amministrativo, “in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”, di cui all'art. 63, comma 4, d.lgs. n. 165 del 2001, la RAI non essendo in alcun modo annoverabile tra le pubbliche amministrazioni indicate nell'art. 1, comma 2, del citato decreto legislativo». Ai fini della nomina (e revoca) dei membri degli organi sociali, ne consegue poi che sarebbe sufficiente che la società venisse qualificata di interesse nazionale affinché siano attribuiti in maniera automatica allo Stato i poteri previsti dall'art. 2449 cc.

⁶ Ritiene che le disposizioni codicistiche sulla nomina e revoca degli amministratori «presentino chiari elementi di specialità, espressivi della ambiguità di fondo che caratterizza la posizione del socio pubblico», G.M. Caruso, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016, p. 330. Sottolinea come la deroga assuma una differente consistenza a seconda dell'entità della partecipazione pubblica all'interno della società, minima nel caso di partecipazione maggioritaria (nel qual caso la deroga consiste solamente nel sottrarre al dibattito assembleare la nomina e la revoca), notevole nel caso di partecipazione minoritaria o anche di assenza di partecipazione (nel qual caso si rompe il principio cardine del potere attribuito alla maggioranza del capitale), F. Galgano, *La società per azioni*, in Id. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, cit., pp. 446-447.

⁷ E cfr., sul punto quanto chiaramente affermato da P. Abbadessa, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di Enti pubblici*, in *Impresa ambiente*, 1975, I, p. 369 ss., secondo cui la disciplina un tempo contenuta all'articolo

Dottrina e giurisprudenza dominanti⁸, come vedremo, tuttavia, ritengono che i poteri di nomina e revoca attribuiti al socio pubblico non esulino dalle tradizionali vicende governate dal diritto societario⁹, nonostante l'esistenza di una fattispecie bifasica caratterizzata, a monte, da una deliberazione del soggetto pubblico di scelta e nomina dell'amministratore o di altro soggetto componente uno degli organi sociali (c.d. atto presupposto) e, a valle, dalla delibera societaria di nomina (recettiva del contenuto del provvedimento amministrativo).

Allo scarno nucleo codicistico originario riferibile alle società partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici¹⁰ - che ha peraltro subito una profonda modifica ad opera del diritto europeo¹¹ - si sono aggiunte

2458 c.c. (ora 2449 c.c.) «consente di attribuire rilevanza corporativa ad interessi pubblici concernenti l'amministrazione della società» e G. Cottino, *Partecipazione pubblica all'impresa privata e interesse sociale*, in *Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, vol. I, Napoli, 1968, p. 385, secondo cui la disciplina speciale contenuta agli articoli 2458 ss. non costituiva altro che «piccoli cavalli di Troia nella cittadella della società». Sui rapporti tra diritto interno ed europeo, in tema di poteri speciali (cioè che, come vedremo, ha comportato la modifica dei poteri di nomina e revoca spettanti ai soggetti pubblici), F. Gaspari, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno comunitario e comparato*, Torino, 2015.

⁸ Cass., sez. un., ord. 23 gennaio 2015, n. 1237; Cass., sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799, con nota di R. Ursi, L'ultima frontiera della privatizzazione. La giurisdizione del giudice ordinario in materia di revoca degli amministratori di nomina pubblica, in *Foro It.*, 2005, I, 2728 ss.; Cass., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4989.

⁹ Rordorf, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Le società*, 2013, p. 1330 sottolinea la rilevanza del criterio della *governance* per identificare una struttura societaria che riconduca il modello al diritto privato e dunque «se la struttura corrisponde a quella propria di una società azionaria sarà necessario ammettere [...] che quella è, appunto una società per azioni, cioè un ente di diritto privato».

¹⁰ Da integrare, oggi, con il Testo unico sulle società a partecipazione pubblica, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, come modificato dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 e, per quanto concerne gli atti di nomina e revoca da parte del sindaco e del presidente della provincia, con l'art. 50, comma 8, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali).

¹¹ Il campo applicativo della disciplina di cui agli articoli 2449-2451 c.c. è quello del libero mercato e della concorrenza (in particolare, la libertà di circolazione dei capitali), attribuita, com'è noto, dai Trattati di Roma all'Unione Europea. La violazione di tale normativa, in quanto la disciplina interna legittimava misure nazionali idonee a impedire o a limitare l'acquisizione di azioni nelle imprese interessate o comunque volte a dissuadere gli investitori degli altri Stati membri dall'investire nel capitale di queste ultime, insieme alla assenza di una disciplina che indicasse i criteri per l'esercizio dei poteri speciali di nomina e revoca, ha comportato l'apertura di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione (n. 2104 del 2006), a seguito della quale l'art. 2449 c.c. è stato modificato dall'art. 13 l. 25 febbraio 2008, n. 34 e l'art. 3 d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito nella L. 6 aprile 2007, n. 46 che ha peraltro disposto l'abrogazione dell'art. 2450 c.c. La vicenda si è conclusa con la sentenza Corte di giustizia, Sez. I, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e 464/04, *Federconsumatori*, secondo la quale «l'art. 56 CE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una disposizione nazionale, quale l'art. 2449 del codice civile, secondo cui lo statuto di una società per azioni può conferire allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di tale società la facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori, la quale, di per sé o, come nelle cause principali, in combinato con una disposizione, quale l'art. 4 della legge n. 474/1994, che conferisce allo Stato o all'ente pubblico in parola il diritto di partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati da esso stesso, è tale da consentire a detto Stato o a detto ente di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale delle detta società». V., sul punto, F. Ghezzi, M. Ventrone, *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. 668 ss.; I. Demuro, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex. 2449 cod. civ.*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 576. La riforma attuata nel 2008 ha dunque previsto, per le società chiuse, ovvero per quelle che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio - per le quali, invece, l'art. 2449, co. 4, c.c. impone la creazione di una particolare categoria di azioni o di *strumenti* finanziari che attribuiscono tali diritti allo Stato o ad altro ente pubblico - la necessità di un rapporto di proporzionalità tra il diritto di nomina e la partecipazione detenuta. Per quanto qui di interesse, è curioso che la pronuncia della Corte di giustizia sia stata esito di un rinvio pregiudiziale promosso dal Tar Lombardia, con ordinanza n. 175/2004, il quale, dunque, si reputava il giudice titolare

norme, per lo più aventi carattere procedurale¹², recepite dal T.u.s.p. che si inseriscono nel suddetto dibattito e che sembrano, come vedremo, propendere per una delle due posizioni.

L'adozione di una impostazione rispetto a un'altra, avendo ricadute sulla natura giuridica degli atti di nomina e revoca e, dunque, sull'individuazione della situazione giuridica soggettiva in capo al soggetto nominato o revocato, determina, com'è intuibile, fondamentali conseguenze in punto di giurisdizione.

Non solo. Ma l'adozione di una posizione piuttosto che dell'altra conduce a rilevanti conseguenze di ordine sistematico in tema di ricostruzione teorica del fenomeno delle società a partecipazione pubblica: propendere infatti per la soluzione pubblicistica condurrebbe ad ammettere che le "società pubbliche" non siano mere società commerciali partecipate dal socio pubblico ma che, all'interno della "categoria", si staglierebbero più tipologie societarie¹³ (e ciò in senso funzionale, come proposto anche dal Consiglio

del potere di *iusdicere* nel caso concreto, quando, in realtà, dottrina e giurisprudenza maggioritaria, come vedremo, propendono per la giurisdizione ordinaria.

¹² Si pensi alla fondamentale norma di cui all'art. 4 t.u.s.p., secondo cui «le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società», da collegare al successivo articolo 5: «a eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica, anche nei casi di cui all'articolo 17 [società miste pubblico-private], o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa». In particolare, in punto di nomina e revoca degli amministratori, l'art. 9, comma 7 del T.U. dispone 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». Il successivo comma 8 precisa 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», il che, come vedremo, sembra valorizzare una logica pubblicistica.

¹³ Occorre infatti prendere in considerazione quanto stabilito dall'art. 18, comma 1, lett. a) della legge delega (124/2015) in base al quale per le società a partecipazione pubblica le deroghe all'applicazione delle disposizioni di diritto comune dovevano essere pensate in relazione «alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta». Infatti, si suole, sul punto, distinguere tra società a controllo pubblico e mere società partecipate. Le prime, alle quali si applicano, come stabilito espressamente dall'art. 11 T.u.s.p., le norme in tema di componenti degli organi amministrativi e di controllo, sono le società nelle quali le amministrazioni pubbliche esercitano il controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. (art. 2, lett. m e b). È dunque da sottolineare che a fronte di un apparente e generale divieto di acquisizione o mantenimento di partecipazioni da parte del soggetto pubblico (art. 4, comma 1), il Testo unico introduce, in realtà, modelli societari alquanto articolati e v. sul punto, in senso critico, G. Rossi, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in S. Fortunato e F. Vessia (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing. Atti del convegno di Bari 21-22 ottobre 2016 in ricordo di Luca Buttarò*, Milano, 2017, p. 31 ss.

di Stato all'interno del parere sull'emanando Testo unico¹⁴) alcune delle quali non sarebbero altro che enti pubblici in veste (solo formale) societaria¹⁵.

2. Le posizioni sulla natura giuridica degli atti deliberativi di nomina e revoca alle cariche sociali.

Implicazioni

Sulla natura giuridica degli atti di nomina (e, simmetricamente, di revoca) dei componenti degli organi sociali da parte del socio pubblico si contendono il campo due posizioni da ricondurre alla dicotomia pubblico-privato che, come abbiamo avuto modo di vedere, caratterizza l'intero sistema delle partecipazioni pubbliche.

L'impostazione pubblicistica è la più risalente¹⁶. Essa individua nell'atto di nomina e revoca un vero e proprio provvedimento amministrativo, in quanto diretta espressione di un potere discrezionale di scelta attribuito all'ente nominante. L'amministrazione, operando in veste autoritativa, e dunque *iure imperii*, determinerebbe l'insorgenza di un rapporto giuridico "di diritto pubblico", veicolando, all'interno delle dinamiche societarie l'interesse pubblico dalla stessa necessariamente perseguito¹⁷.

La rilevanza dell'interesse pubblico, e dunque della funzione amministrativa, determinerebbe la configurabilità di una situazione di interesse legittimo in capo all'amministratore (o al sindaco o al membro del consiglio di sorveglianza), soggetto legato da un rapporto organico all'ente di appartenenza, e il conseguente sindacato del giudice amministrativo¹⁸.

¹⁴ Cons. Stato, parere 21 aprile 2016, n. 968.

¹⁵ Sul tema, G. Rossi, *Enti pubblici*, Bologna, 1991; Id., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, I, p. 221 ss.; G. Gruner, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società 'legali' in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009.

¹⁶ Su tale impostazione, sviluppatasi in relazione al previgente art. 2458 c.c. (ora 2249 c.c.), v. F.A. Roversi Monaco, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1968, p. 263 ss. Si vedano anche, G. Verucci, *La revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, p. 35; G. Rossi, *Profili giuridici della società a partecipazione statale*, Milano, 1977, p. 197; F. Bonelli, *La revoca degli amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 511; V. Ottaviano, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1992, II, p. 115; G. Rossi, *Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1993; M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milanofiori, 2001, p. 129.

¹⁷ La tesi "autoritativa" prende le mosse dall'idea che la disciplina derogatoria, contenuta nell'art. 2449 c. c., renderebbe palese la natura pubblicistica della norma in questione, con ciò sottolineando il carattere funzionale e finalistico della nomina riservata all'ente pubblico: l'amministratore assumerebbe il ruolo di vero e proprio "funzionario" preposto all'esercizio di una attività di interesse pubblico, la quale andrebbe a conformare la sua attività.

¹⁸ L'orientamento è abbastanza risalente: v. Cass. 15 luglio 1982, n. 4139. Recentemente è stato accolto, per ovvi motivi, dal giudice amministrativo, e cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2017, n. 4248 che richiama Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, a tenore della quale gli atti di un ente pubblico di costituzione, modificazione ed estinzione di una società esprimono una potestà pubblica e la loro impugnazione deve avvenire innanzi al giudice amministrativo, mentre appartiene al giudice ordinario la controversia sugli atti conseguenti all'utilizzo del modello societario, attraverso i quali l'ente pubblico esercita i poteri ordinari dell'azionista. Si vedano altresì, Cons. Stato, sez. IV, 11 gennaio 2013, n. 122; Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2005, n. 178; T.a.r. Campania, Sez. II, 11 febbraio 2005, n. 963; Cons. Stato, parere 27 febbraio 2003, n. 514/bis che sottolinea la centralità dell'elemento fiduciario nel rapporto che lega l'amministratore all'ente nominante. Il punto che per il giudice amministrativo risulta essere dirimente ai fini del riparto di giurisdizione è la circostanza, come vedremo, è la circostanza che, nel caso di specie, si verifica l'esercizio di un potere amministrativo

Le tesi di stampo privatistico¹⁹, invece, sostenute più energicamente in seguito alle su viste modifiche introdotte alle norme codicistiche sulle società in mano pubblica, muovono anzitutto da quanto sostenuto dalla Relazione al Codice civile²⁰ e sottolineano l'irrilevanza della disciplina (che ha natura appunto derogatoria) che ha la finalità di attribuire un potere speciale di nomina e revoca al socio pubblico.

Al contrario, la previsione espressa di un potere di nomina e revoca in favore del soggetto pubblico, nella veste privatistica di socio, evidenzia la normale applicazione delle norme del diritto commerciale, rendendo irrilevante, quasi sterilizzando, l'elemento funzionale che surrettiziamente, mediante l'adozione delle posizioni pubblicistiche, si vorrebbe inserire nelle logiche societarie²¹.

che, in quanto, tale e nel solco delle note sentenze Corte cost. 204/2004 e 191/2006, radica quella giurisdizione, e v. Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 122.

¹⁹ Coerenti all'idea per la quale costituire una società di capitali significa «spogliarsi, per ragioni varie, di quella posizione di supremazia indubbiamente inerente alla sua qualità di persona giuridica pubblica», R. Ravà, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 340. Sulle tesi privatistiche, per le quali, essenzialmente, il fatto che la nomina avvenga da parte di un soggetto pubblico non ha alcun effetto sul rapporto di natura essenzialmente privatistica che lega gli amministratori alla società, e v. G. Minervini, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1954, p. 712 ss.; Id., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1955, p. 14 ss.; A. Graziani, *Partecipazioni pubbliche e società per azioni*, in *Riv. it. sc. econ.*, 1956, p. 404; P. Abbadessa, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi e ipotesi)*, in *Amb. impr. e p.a.*, I, 1975, p. 377; G. Scognamiglio, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458*, in *Foro amm.*, 1984, p. 565; G. Di Chio, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIV, 1997, p. 169.

²⁰ Nella Relazione del Ministro Guardasigilli, n. 998 si legge che «la disciplina comune della società per azioni deve applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di altri enti pubblici»: «nelle ipotesi in cui lo Stato o gli enti pubblici facciano ricorso allo schema della società per azioni per la creazione di imprese che lo Stato intende sottrarre all'iniziativa privata o gestire in unione con questa, è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici». Queste posizioni sono, oggi, confortate da ulteriori dati normativi. Si è trattato, in primo luogo, dell'art. 4, co. 13, ult. periodo, d.l. 95/2012 (sulla c.d. *spending review*), 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 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», poi abrogato dall'art. 1, co. 2 T.u.s.p. ai sensi del quale «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 di diritto privato».

²¹ Il tema delle relazioni tra interesse sociale e interesse pubblico nelle società partecipate è determinante e non può essere sottaciuto. La irrilevanza, attribuita da dottrina e giurisprudenza, allo scopo di lucro quale elemento costitutivo dell'organizzazione imprenditoriale in forma societaria ai sensi dell'art. 2247 c.c., giacché questa si caratterizza per il particolare tipo di organizzazione (connotata da una dissociazione tra proprietà e controllo, da una distinzione tra organizzazione, beni e situazioni soggettive dei partecipanti), ha condotto a interpretare lo schema societario come un semplice modulo organizzativo; con la ulteriore conseguenza che non si verifica alcuna incompatibilità logico-giuridica tra la struttura della società per azioni e perseguimento di interessi di natura pubblicistica. «L'interesse pubblico può servirsi del diritto privato», con l'ulteriore precisazione per cui lo stesso «non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare del diritto privato ciò che gli è essenziale», G. Oppo, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 41. Sul punto va detto però che l'interesse pubblico rivela una naturale multipolarità, abbracciando l'interesse dei consociati tutti e non ponendosi come mero limite esterno all'interesse sociale al pari, ad es., degli interessi degli altri *stakeholders*. Ne è esempio eclatante *in house providing* e cfr. F. Massa Felsani, *Partecipazioni pubbliche e "tipi" sociali*, in R. Garofoli, A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma, 2018, p. 181 secondo cui le ragioni alla base di alcune pronunce giurisprudenziali (soprattutto in materia di *in house*) «sembrano poggiare su un equivoco di fondo che nasce dalla sovrapposizione, che arriva finanche alla totale identificazione, tra interesse del socio pubblico (e dunque tra la funzione dell'azione amministrativa) e interesse della società». L'interesse pubblico, in virtù del quale viene previsto il controllo contabile, piuttosto che una disciplina societaria speciale (es. *in house providing*) o anche speciali poteri di indirizzo nel caso di servizi pubblici, va necessariamente a conformare l'organizzazione societaria

Le più strette implicazioni giuridiche dell'adozione di una o dell'altra posizione consistono nella consequenziale individuazione della situazione giuridica soggettiva configurabile in capo al soggetto nominato (non è un caso che la questione si ponga spesso su ricorso dell'amministratore revocato).

Ne deriva dunque che dalla configurazione privatistica del potere di nomina e revoca del socio pubblico discenda la sussistenza di una situazione giudica di diritto soggettivo e la giurisdizione ordinaria; al contrario, allorchè si accolga l'opposta posizione, il potere autoritativo della pubblica amministrazione condurrà alla individuazione di una posizione di interesse legittimo e dunque alla giurisdizione amministrativa²².

È opportuno rilevare come alle due opposte tesi si siano affiancate posizioni via via più articolate²³, tra le quali non può non ricordarsi quella di chi, nella scomposizione della fattispecie, individua tanto i profili pubblicistici quanto quelli privatistici, riscontrando nel procedimento di nomina e revoca degli amministratori di società partecipata, una fattispecie funzionalmente complessa²⁴.

3. Gli indici rivelatori della natura giuridica privatistica degli atti di nomina e revoca: ambiguità

La logica privatistica alla base della attuale, maggioritaria, interpretazione del sistema societario pubblico²⁵ e dunque anche dell'art. 2449 c.c., con la conseguenza per cui la società, sebbene partecipata in misura,

alle sue esigenze, con deroghe alla disciplina privatistica che possono inquadarsi secondo un principio di gradualità. Sul punto, F. Cintioli, *Società in mano pubblica: interesse sociale e nuove qualificazioni nella giurisprudenza e nella riforma del d.lgs. 175 del 2016*, in F. Cintioli, F. Massa Felsani, *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Bologna, 2017, p. 221 ss. e F. Massa Felsani, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 197 ss.

²² In tal senso, Cass., Sez. un., ord. 14 settembre 2017, n. 21299 che conferma la giurisdizione ordinaria anche nel caso in cui la p.a. sia socio unico; Cass., Sez. un., 1 dicembre 2016, n. 24591, ove si è posto in rilievo che ai sensi dell'art. 12 d.lgs. 175/2016 la giurisdizione spetta alla Corte dei Conti per il danno erariale causato dai loro amministratori e dipendenti delle società *in house* ma non anche per quel che attiene alla nomina o revoca dei relativi organi sociali designati dal socio pubblico, non rinvenendosi una disposizione specifica al riguardo; App. Milano, Sez. I, 5 aprile 2016, n. 1299; Cass., Sez. un., ord. 23 gennaio 2015, n. 1237; Cass., Sez. un., ord. 27 maggio 2008, n. 13638; Cass., Sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799. Di tale avviso anche alcune pronunce del giudice amministrativo, Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2017, n. 4435; Cons. Stato, Sez. IV, 28 novembre 2016, n. 5011.

²³ Su cui, V. Donativi, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, in V. Buonocore (fondato da) e R. Costi (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2010, p. 150 ss.

²⁴ Riconducibile, secondo una certa posizione, a un «contratto di preposizione organica di diritto privato speciale» non assoggettato però a procedure che abbiano carattere autoritativo, v. V. Donativi, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, cit., p. 239 ss. Dello stesso avviso è R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2013, p. 180 ss., secondo il quale tanto l'orientamento privatistico, quanto quello pubblicistico non si pongono come esenti da critiche poiché «sembrano, altresì, estremizzare un fenomeno complesso in cui convivono, invece, fattispecie di diritto pubblico e di diritto privato»: sembra dunque maggiormente condivisibile l'ipotesi ricostruttiva di chi intravede nell'art. 2449 c.c. una fattispecie di preposizione organica, ponendosi l'ente pubblico investito del potere di nomina come «vero e proprio organo di nomina della società». Si veda, ancora, sul punto, in relazione alla formulazione previgente della norma (art. 2458 c.c.), S. Cassese, *Azionariato di Stato*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959 p. 774 ss.

²⁵ La struttura societaria non muta la sua natura, così come non mutano le sue regole di funzionamento per la sola presenza di un socio pubblico, anche se di natura totalitaria. Si tratta di una considerazione comune all'interno della giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., Sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799; Cass., Sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209; e, recentemente, Cass., Sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196. V., anche, R. Rordorf, *Le società partecipate fra pubblico e privato*, cit., p. 1326 ss. È emblematica, come abbiamo avuto modo di vedere *supra*, l'interpretazione sistematica basata sull'art. 1, co.

anche totalitaria, da un soggetto pubblico rimane una società commerciale di diritto privato²⁶, è espressa da diversi indici “rivelatori”, di tipo normativo e interpretativo, che ricondurrebbero i poteri (a monte) di nomina e revoca all’interno delle tradizionali vicende societarie.

Considerazione preliminare e assorbente è quella per la quale a rilevare, nel fenomeno in esame, è la volontà delle parti come consacrata nel contratto sociale, il quale si pone come elemento attributivo del potere di nomina e revoca al socio pubblico²⁷. Dunque, i poteri di nomina e revoca spettanti al socio pubblico, previsti dalle disposizioni in esame, ma consacrati anche dalle norme convenzionali, rimangono poteri attribuiti all’organo assembleare, la cui facoltà di scelta del soggetto, o di rimozione del medesimo, è delimitata da una proposta vincolante del soggetto pubblico partecipante²⁸. La fonte statutaria del potere di nomina e revoca consentirebbe di ricondurre la volontà del socio pubblico all’interno delle regole di formazione della volontà sociale tipiche del procedimento assembleare; tale circostanza, sommata alla previsione del principio di partecipazione proporzionale al capitale sociale, rafforzerebbe la convinzione della applicabilità delle tradizionali norme di diritto comune²⁹.

Si tratterebbe, dunque, dell’esercizio di poteri privati, quelli tipicamente operanti nelle società per azioni³⁰, e non di esercizio del potere amministrativo.

A ciò potrebbe agilmente obiettersi che la fonte statutaria del potere di nomina e revoca potrebbe essere intesa come semplice presupposto per l’efficacia dell’atto di esercizio del potere di nomina e revoca che

3, T.u.s.p.: «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 di diritto privato», salvo però, come dispone il successivo comma 4, prevedere che: «restano ferme: a) le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l’esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse; b) le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni».

²⁶ Cfr. Cass., Sez. un., 1 dicembre 2016, n. 24591: «In tema di società partecipata da un ente locale, pur quando costituita secondo il modello del cd. *in house providing*, le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e sindaci, ai sensi dell’art. 2449 c.c., spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, non di quello amministrativo, perchè investono atti compiuti dall’ente pubblico *uti socius*, non *jure imperii*, e posti in essere “a valle” della scelta di fondo per l’impiego del modello societario, ogni dubbio essendo stato sciolto a favore della giurisdizione ordinaria dalla clausola ermeneutica generale, in senso privatistico, prevista dall’art. 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, conv., con modifiche, dalla l. n. 135 del 2012, oltre che dal principio successivamente stabilito dall’art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175 del 2016 (...) a tenore del quale, per tutto quanto non derogato dalle relative disposizioni, le società a partecipazione pubblica sono disciplinate dalle norme sulle società contenute nel codice civile».

²⁷ F. Galgano, *La società per azioni*, in Id. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 448 ss.

²⁸ V. Salafia, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo stato o dagli enti pubblici*, in *Società*, 2001, p. 773.

²⁹ Previsione che deve essere intesa come limite massimo e non come esigenza di carattere assoluto. Per le implicazioni del principio di proporzionalità tra seggi riservati e partecipazione al capitale sociale, V. Donativi, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, cit., p. 12 ss.

³⁰ Secondo la ricostruzione accolta da P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971 e Id., *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all’atto costitutivo*, Milano, 1976, rist., 1993; nonché C. Angelici, *La società per azioni. Principi e problemi*, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e P. Schlesinger, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012.

troverebbe, invece, la sua vera fonte in una specifica norma attributiva di un potere (amministrativo), l'art. 2449 c.c. e - come avremo modo di vedere - nel provvedimento amministrativo presupposto.

Senza contare, poi, che la previsione di un potere "speciale" (perché attribuito al socio pubblico) ma ordinario (perché ricondotto alle logiche societarie) sarebbe del tutto superflua: se il socio pubblico detenesse già la maggioranza delle partecipazioni sociali, tale soggetto avrebbe già, secondo le stesse norme di diritto commerciale, il potere (privatistico) di nomina e revoca degli amministratori senza che alcuna norma debba prevederlo espressamente.

Il senso, quindi, dell'articolo 2449 c.c. sembrerebbe essere proprio quello di prevedere un potere di nomina e revoca "sganciato" dai meccanismi propri della partecipazione sociale.

Altro indice rivelatore della natura privatistica del potere di nomina e revoca è costituito dalla previsione di cui all'art. 2449, comma 2, secondo periodo, che stabilisce che gli amministratori (o altri soggetti) nominati dal socio pubblico hanno «gli stessi diritti e obblighi dei membri nominati dall'assemblea». Ciò starebbe a significare che l'amministratore nominato dal socio pubblico non è soggetto all'influenza di quest'ultimo.

Se il potere di nomina e revoca fosse quello ordinario del socio privato, la disposizione sarebbe superflua, in quanto non vi sarebbe alcun dubbio circa la identità della posizione giuridica complessiva (e operativa) di amministratori e sindaci nominati dal socio pubblico rispetto ai membri di nomina assembleare³¹.

Eppure, tale diversità è dimostrata dalla presenza di non poche disposizioni speciali volte a introdurre regole specifiche nella disciplina applicabile ai soggetti preposti dal socio pubblico.

Tra queste, assume particolare importanza quella contenuta all'interno dello stesso art. 2449, 2 comma, primo periodo, c.c. secondo cui «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».

La previsione di tale ulteriore potere, legato a doppio filo al peculiare potere di nomina, e non alternativo ma cumulativo rispetto al potere generalmente riconosciuto all'assemblea societaria di revocare gli amministratori per giusta causa *ex* art. 2449 c.c., è volto a dare rilievo al carattere tipicamente fiduciario dell'incarico³².

³¹ Quanto, ad esempio, alla disciplina ordinaria riguardante la durata in carica, la responsabilità, la cessazione dall'incarico, ecc..., v. F. Galgano, *La società per azioni*, cit., p. 446.

³² Per ciò che concerne le società pubbliche, molto spesso (ma non solo) di rilievo nazionale, oltre all'art. 2449 c.c., opera il sistema dello *spoil system*, alla stregua del quale il socio pubblico ha il diritto di sostituire i vertici delle imprese, qualora ritenga che altri soggetti possano svolgere la funzione in maniera maggiormente conforme all'indirizzo politico-amministrativo dell'ente di riferimento: v., sul punto, l'art. 6, co. 1, L. 145/2002 e quanto affermato da Corte cost. con sentenza 16 giugno 2006, n. 233, secondo cui, con riguardo alle nomine degli organi di vertice degli enti regionali effettuate dagli organi rappresentativi della Regione, tali nomine «sono tutte caratterizzate dall'*intuitus personae*, nel senso che si fondano su valutazioni personali coerenti all'indirizzo politico regionale». Se, dunque, la legge, anche anteriormente rispetto alle pronunce europee che hanno imposto la modifica delle disposizioni ora contenute agli articoli 2449 cc. e ss., prevede poteri di revoca così incisivi, indipendentemente dalla proporzionalità della partecipazione al

Altro indice, questa volta ermeneutico-sistematico, è costituito da un importante recente arresto giurisprudenziale³³ che, muovendo da una norma contenuta in un atto legislativo di carattere finanziario, ha concluso per la qualificazione privatistica del potere di nomina e revoca e per la conseguente giurisdizione ordinaria. La norma in questione è quella di cui all'art. 4, comma 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (c.d. decreto sulla *spending review*), poi trasposta nel Testo unico sulle società partecipate, all'art. 1, co. 3 ai sensi delle quali, per quanto non diversamente disposto, al fenomeno delle società a partecipazione pubblica si applicano le norme del diritto privato³⁴.

Di qui in poi verrà sempre sostenuto che «una società non muta la sua natura di soggetto privato solo perché un ente pubblico ne possiede, in tutto o in parte, il capitale», posto che il socio pubblico può incidere sul funzionamento e sull'attività della società non già attraverso l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei componenti degli organi sociali di sua nomina³⁵.

capitale sociale (salvo volere ermeneuticamente ritenere che anche in questo caso debba applicarsi il principio di proporzionalità stabilito più volte dalla giurisprudenza europea), pare legittimo ritenere che anche il potere di nomina trovi la sua *ratio* in questa accentuata singolarità che, con riferimento ancora una volta alla revoca per giusta causa, si esprime anche nella mancanza di una pretesa risarcitoria in capo agli amministratori revocati e v. quanto affermato da Cons. Stato, parere 514-*bis*/2003: «essendosi in presenza di una giusta causa legale di revoca, devono escludersi azioni risarcitorie da parte degli interessati, purché il potere di revoca sia stato esercitato nel rispetto dei limiti oggettivi, soggettivi e temporali sanciti dalla norma in commento». Tutto ciò deriva dalla premessa per cui gli amministratori sono soggetti nominati (e revocati) in considerazione delle proprie qualità personali e del rapporto fiduciario con l'organo politico.

³³ Cass., Sez. un., ord. 23 gennaio 2015, n. 1237, la quale molto efficacemente statuisce che il potere attribuito al socio pubblico è «sostitutiv[o] della generale competenza dell'assemblea ordinaria, trovando la sua giustificazione nella peculiarità di quella tipologia di soci, e 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».

³⁴ In tal modo, un atto avente forza di legge e diretto al raggiungimento di un obiettivo ben specifico, quello relativo al contenimento della spesa pubblica, è venuto ad assumere, secondo la giurisprudenza di legittimità, una chiara e pervasiva valenza sistematica. E cfr. quanto chiaramente affermato da A. Blandini, *Sui diritti speciali societari dello stato e dell'ente pubblico*, in R. Garofoli, A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma-Bari, 2018, p. 282: «Certo è che la qualificazione e la considerazione meramente privatistica di queste società, sulla base dell'affermazione dell'applicabilità della ordinaria disciplina societaria "salvo quanto diversamente disposto", è una formula per certi versi, vuota, e per altri, insoddisfacente, avuto riguardo a una realtà così complessa, e variegata», come dimostrato dalla "vita" delle società a partecipazione pubblica e, segnatamente, dalle fasi della costituzione, gestione e alienazione delle partecipazioni pubbliche.

³⁵ *Ex multis*, Cass., Sez. Un., 16335/2019; Cass., Sez. Un., ord. 2129972017; Cass., Sez. Un., ord. 19676 e 24591 del 2016. Non assume, infatti, alcun rilievo «la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico: il rapporto tra la società e l'ente locale è di assoluta autonomia, in quanto la posizione dell'amministrazione all'interno della società è unicamente quella di socio di maggioranza, derivante dalla prevalenza del capitale da esso conferito e soltanto in tale veste l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società», cfr. Cass., Sez. un., ord. 1 dicembre 2016, n. 24591.

La prevalenza della tesi privatistica comporta la configurabilità di una situazione giuridica di diritto soggettivo in capo all'amministratore (o al sindaco) e la sussistenza della giurisdizione ordinaria, soluzione che in giurisprudenza domina, come visto, quasi incontrastata³⁶.

4. Il procedimento di nomina e revoca come fattispecie complessa: atti a monte e atti a valle nella gestione delle società partecipate

Mutando l'angolo visuale del fenomeno e adottando, invece, un approccio olistico al fenomeno della nomina e revoca dei componenti degli organi sociali si può notare che, anche in questo caso, la vicenda sia scomponibile in due parti, quella pubblicistica, a monte, di scelta (della nomina o della revoca) del soggetto e quella privatistica, a valle, di consacrazione della volontà del socio pubblico in un atto privatistico.

La fattispecie è dunque a formazione progressiva, o complessa, come del resto appare guardando a tutte le vicende che caratterizzano il fenomeno delle società pubbliche: dalla costituzione, alla alienazione e, infine, alla gestione delle partecipazioni sociali.

Dall'analisi delle disposizioni contenute nel Testo unico è agevole verificare che a essere dominata da fattispecie complesse, caratterizzate da procedure bifasiche (a monte, di tipo pubblicistico e, a valle, di tipo privatistico, quasi a mutuare il sistema previsto per la scelta del contraente in tema di contratti pubblici³⁷), è l'intera "vita" delle società pubbliche: all'atto deliberativo a monte che consacra la scelta della pubblica amministrazione di costituire o partecipare a una società commerciale, e che costituisce innegabilmente espressione di discrezionalità amministrativa, segue, molto spesso, un atto deliberativo a valle da parte dell'organo assembleare (o altro organo competente), che assume natura negoziale, in

³⁶ La dottrina, soprattutto quella amministrativistica, tende a sottolineare la specialità del fenomeno in commento e la maggiore coerenza di una attribuzione delle controversie di tale portata al giudice amministrativo. Per G.M. Caruso, *Il socio pubblico*, cit., p. 334 sarebbe più coerente la previsione di una giurisdizione amministrativa in sede esclusiva sulla scorta o dell'articolo 133, comma 1, lett. *z-quinquies*) che devolve a tale tipo di giurisdizione le controversie relative ai poteri speciali oppure sulla base dello stesso articolo, lett. *c*) in materia di servizi pubblici, ove vengono richiamati i poteri di vigilanza e controllo nei confronti del gestore cui sembrerebbero iscriversi i poteri di cui all'art. 2449 c.c.

³⁷ Il parallelo è proposto per la prima volta da Cons. Stato, Ad. Plen. 10/2011, che fa leva su alcune argomentazioni per qualificare in senso pubblicistico gli atti "prodromici" della p.a. rispetto alle successive vicende societarie, con la conseguenza di radicare la giurisprudenza amministrativa. In primo luogo, il Consiglio di Stato individua una certa distinzione logico-giuridica, e anche banalmente cronologica, rispetto ai successivi atti negoziali; quando si discorre di formazione della volontà della p.a., il processo decisionale consiste sempre in un vero e proprio procedimento amministrativo; conseguentemente, gli atti prodromici, proprio come avviene nel settore dei contratti pubblici, sono veri e propri provvedimenti amministrativi; infine, gli atti prodromici sono inquadrabili tra gli atti c.d. di organizzazione che, nel solco della tradizione amministrativistica, costituiscono norme di azione alle quali sono tradizionalmente collegabili gli interessi legittimi. Sul punto, cfr. A. Maltoni, *Gli atti "prodromici" delle p.a. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate: una categoria da definire. considerazioni in tema di limiti dell'autonomia negoziale delle p.a.*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 151 ss.

quanto espressione del sistema previsto e regolato dal Codice civile e accettato dal socio pubblico che a tali regole si assoggetta³⁸.

Si pensi alla fase della costituzione di una società pubblica, qualora non sia di fonte legale. Secondo la disciplina dell'art. 7 T.u.s.p. la fase della costituzione della società pubblica si snoda lungo un procedimento composito. A monte è necessario, pena la liquidazione delle partecipazioni, la delibera, atto amministrativo, di scelta da parte della p.a. di costituire la società (o di parteciparvi), che deve assumere le forme indicate all'art. 7, co. 1, e che deve contenere «l'indicazione degli elementi essenziali dell'atto costitutivo, come previsti dagli articoli 2328 e 2463 del Codice civile», che verrà successivamente posto in essere, in esecuzione della delibera, secondo le norme di diritto commerciale (art. 1, co. 3).

L'atto deliberativo deve poi essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali (art. 4 T.u.s.p.), nonché in relazione alle ragioni e finalità che giustificano la scelta del modello organizzativo societario, sul piano della convenienza economica e delle sostenibilità finanziaria³⁹.

Nessuno dubita che l'atto di costituzione della società o di acquisto delle partecipazioni sociali sia impugnabile e dunque annullabile⁴⁰, anzi prevedendo l'art. 7, co. 6 T.u.s.p. che nel caso in cui una società a partecipazione pubblica sia costituita senza l'atto deliberativo o questo sia dichiarato nullo o annullato, le partecipazioni devono essere liquidate. Se la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo riguarda una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 2332 c.c., che riguardano i casi di nullità della società.

³⁸ In questi termini, come visto *supra*, la Relazione al Codice civile n. 998.

³⁹ Obbligo già previsto dall'art. 192 del Codice dei contratti pubblici che, in relazione all'*in house*, statuisce la necessità per le stazioni appaltanti di dare atto «delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche», nonché dall'art. 34, co. 20, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito, con modificazioni, nella legge 17 dicembre 2012, n. 221), il quale richiede «l'indicazione delle “ragioni” dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, il rispetto della parità degli operatori e l'adeguata informazione alla collettività di riferimento, e ciò non può che essere letto come necessità di rendere palesi (anche) i motivi che hanno indotto l'amministrazione a ricorrere all'*in house* invece di rivolgersi al mercato». La questione rientra nella più ampia tematica della equiparazione o subordinazione tra *in house providing* (internalizzazione) o procedure ad evidenza pubblica (esternalizzazione), che non può trattarsi esaustivamente in questa sede. Si vedano, sul punto, le ordinanze nn. 138, 293 e 296 del 2019 con cui il Consiglio di Stato ha sollevato dei dubbi sulla compatibilità della disciplina nazionale, più restrittiva rispetto alle direttive europee circa l'applicabilità dell'istituto dell'*in house providing* (si tratterebbe dunque di un caso di c.d. *gold plating*), con il principio di autoproduzione delle pubbliche amministrazioni, che si estrinseca nella libertà di scelta circa le modalità organizzative ritenute maggiormente conformi allo svolgimento del servizio e la sentenza n. 100 del 2020 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la questione non fondata.

⁴⁰ «In tema di riparto della giurisdizione, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto l'attività unilaterale e prodromica, di natura pubblicistica, con la quale un ente pubblico delibera di incidere sulle vicende societarie mentre sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto gli atti societari che si pongono a valle della scelta di utilizzare o meno lo strumento societario», cfr. Cons. Stato, 22 giugno 2020, n. 3969; Id., 12 dicembre 2018, n. 7030; Id., 24 aprile 2017, n. 1894; Cass., Sez. Un., 20 settembre 2013, n. 21588.

Così è anche per ciò che concerne la gestione delle partecipazioni (art. 9) e la loro alienazione (art. 10). Quanto alle norme specificamente previste dal T.u.s.p. in relazione alla nomina e alla revoca degli amministratori, l'art. 9, co. 7, dispone: «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». Prosegue, poi, il comma 8: «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»⁴¹.

Questa disciplina completa quella prevista dal Codice civile e, a un primo sguardo, sembrerebbe risolvere mere problematiche procedurali relative alla forma, alla efficacia e alla invalidità degli atti di nomina e revoca.

Essa in realtà, a uno sguardo attento, lascia intravedere una vera e propria presa di posizione del legislatore, coerente peraltro con l'intenzione di limitare il fenomeno delle società partecipate e legarne l'esistenza a specifiche condizioni normative, tra le quali il necessario vincolo di scopo e la precisazione del vincolo di attività⁴², dunque con una pervasività delle istanze del socio pubblico che travalica il mero modello organizzativo prescelto.

Da un lato, si stabilisce che gli atti di nomina e revoca sono atti unilaterali recettizi, che dispiegano i loro effetti con la mera comunicazione alla società, dalla quale decorre il termine per la loro efficacia. Dall'altro, si stabilisce che i vizi dell'atto a monte si ripercuotono sull'(eventuale) atto a valle – che appunto non sembra essere necessariamente richiesto dalla disposizione⁴³ – prevedendo che la mancanza o invalidità

⁴¹ Quanto alla revoca, essa è presa in considerazione dal T.u.s.p. all'art. 21, comma 3, che prevede una ipotesi di giusta causa: «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».

⁴² Già previsto, ancor prima dell'art. 4, co. 1 del Testo unico sulle società partecipate, dall'articolo 3, comma 27, L. 24 dicembre 2007, n. 244, ai sensi del quale al fine della tutela della concorrenza, i soggetti pubblici «non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società».

⁴³ In tali termini, N. Abriani, S. Della Rocca, *La gestione delle partecipazioni pubbliche*, in R. Garofoli, A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma-Bari, 2018, p. 251; M. Rossi, *Nomina, revoca e prorogatio degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, in R. Garofoli, A. Zoppini (a cura di), *Manuale delle società*, cit., p. 385 ss., il quale conclude però nel senso che tale unico atto non sembra sottrarsi al sindacato del giudice ordinario; nonché V. Sanna, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica e l'acquisto di partecipazioni in società già costituite*, in *Ibid.*, p. 214 ss.

dell'atto amministrativo «rileva come causa di invalidità dell'atto di nomina o di revoca *anche* nei confronti della società»⁴⁴.

Le norme del Testo unico sembrano propendere, anche per ciò che concerne la nomina e la revoca alle cariche sociali, per lo meno quando trattasi di nomine qualificabili come “dirette”, per la tesi pubblicistica: l'atto volto a produrre effetti, a partire dal momento della (mera) comunicazione, è solo quello amministrativo e l'amministrazione, in tal caso, non agisce certo *uti socius*, bensì in veste autoritativa.

Dunque, la necessità di un atto deliberativo a valle nelle forme del diritto societario, che non sembra essere richiesto dalla disposizione del Testo unico, sembra porsi più come mera formalistica osservanza delle norme del diritto commerciale in relazione ai rapporti con i terzi, creando però in tal modo una apparente duplicità di posizioni giuridiche soggettive⁴⁵.

5. Il senso della distinzione tra nomina diretta e nomina indiretta

Non si è mai posto in dubbio che, nella situazione antecedente alla riforma del diritto societario⁴⁶, l'art. 2449 c.c. prevedesse una fattispecie, derogatoria della generale competenza di nomina (e revoca) attribuita all'assemblea, di nomina e revoca diretta ed extra-assembleare dei membri degli organi sociali, che non necessitasse di alcun atto di recepimento da parte della società⁴⁷. Ciò sebbene la giurisprudenza, soprattutto quella civile, tendesse ad attrarre nell'orbita della giurisdizione ordinaria le relative controversie⁴⁸.

⁴⁴ Sottolineano N. Abriani, S. Della Rocca, *La gestione delle partecipazioni pubbliche*, cit., che nei casi di cui ai commi 7 e 8 [nomina e revoca degli amministratori ex art. 2449 c.c.], a differenza di quanto previsto invece dal comma 6, in relazione alla incompetenza dei soggetti di cui ai commi 1-5, «la carenza o patologia dell'atto interno travolge immediatamente gli atti sociali; d'altra parte, il regime delineato è coerente con l'impostazione per cui i secondi costituiscono mere prese d'atto dei primi, per cui – in difetto di un valido atto di nomina o di revoca – verrebbe istantaneamente meno l'unico presupposto del conseguente e necessitato atto societario che ha doppiato la decisione pubblica». Significativo quanto dispone l'art. 9, co. 6, secondo cui «la violazione delle disposizioni di cui ai commi da 1 a 5 e il contrasto con impegni assunti mediante patti parasociali non determinano l'invalidità delle deliberazioni degli organi della società partecipata, ferma restando la possibilità che l'esercizio del voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme generali di diritto privato», con ciò confermando che, in mancanza di una norma espressa derogatoria, che tuteli i terzi nel senso di consentire l'applicazione delle sole norme di diritto privato, l'invalidità degli atti a monte avrebbe determinato una invalidità conseguente degli atti a valle.

⁴⁵ A monte, a fronte dell'esercizio del potere, l'interesse legittimo; a valle, a fronte dell'atto di recepimento di tipo negoziale, il diritto soggettivo.

⁴⁶ Avvenuta, com'è noto, con il d.lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003.

⁴⁷ Che, quand'anche vi fosse, avrebbe avuto mero carattere ricognitivo e v. F.A. Roversi Monaco, *Revoca e responsabilità dell'amministratore*, cit., p. 271 ss.

⁴⁸ *Ex multis*, Cass. Sez. Un., n. 5812 del 1985; Cass. n. 1920 del 1990; Cass., Sez. Un., n. 7799 del 2005.

Tale tesi, a seguito degli interventi legislativi necessitati dalla incompatibilità della previgente disciplina con l'ordinamento europeo, nonché sulla scia della “fuga dal diritto amministrativo” e del “rifugio nel diritto privato”, è successivamente divenuta recessiva, nonostante parte della dottrina continuasse a ritenerla pacifica e v. V. Donativi, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, in V. Buonocore, R. Costi, *Trattato di diritto commerciale*, Sez. 4, Tomo 4.VII, Torino, 2010, p.63 ss.

Gli indici normativi esaminati nel paragrafo precedente⁴⁹ sembrano condurre verso la considerazione per la quale il legislatore non abbia accantonato tale tesi e, anzi, abbia colto l'occasione, con il Testo unico sulle società partecipate, di valorizzare la distinzione tra nomina diretta e nomina indiretta, dove la prima è caratterizzata dall'esercizio di un potere discrezionale della pubblica amministrazione.

La peculiarità della fattispecie consiste in un meccanismo di produzione di effetti giuridici rientrante nella peculiare sequenza “norma-potere-fatto-effetto”⁵⁰, dove la norma attribuisce il potere alla pubblica amministrazione di “nominare” (dunque di delineare l'assetto di interessi), e non semplicemente designare o segnalare, il soggetto alla carica sociale.

Appare dunque come la posizione privatistica, che ritiene, nella specie, la sussistenza di un potere espressione delle prerogative della pubblica amministrazione *uti socius*, con conseguente giurisdizione ordinaria, possa essere sostenuta solamente in relazione alla diversa fattispecie della nomina indiretta, ovvero laddove la nomina alla carica sociale avvenga in sede assembleare, nell'esercizio delle ordinarie facoltà di socio da parte del socio pubblico ex art. 2364 c.c. e dove la deliberazione a monte, se esistente, provvede semplicemente a designare o segnalare il soggetto.

Questa considerazione suggerisce allora un approccio molto diverso al tema della nomina e revoca alle cariche sociali da parte del socio pubblico, che imponga, non tanto di considerare il caso concreto e la specificità della singola società pubblica oggetto di giudizio⁵¹, ma di verificare piuttosto se si tratti di nomina “diretta” o “indiretta” da parte del socio pubblico.

Quello disciplinato all'art. 2449 c.c. è allora un potere di nomina diretta ed extra-assembleare di matrice pubblicistica⁵² che, in deroga all'art. 2364 c.c., è destinato a produrre effetti indipendentemente dalla sua consacrazione all'interno di un atto di natura privatistica, come precisato dalle norme integratrici introdotte dal Testo unico sulle società a partecipazione pubblica.

⁴⁹ V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 578 che individua diversi indici normativi a supporto della tesi; G. Sanna, *La nomina diretta degli amministratori di società da parte dello Stato o di enti pubblici ed il problema della giurisdizione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, p. 385 ss.

⁵⁰ Ricorda E. Capaccioli, *Riserve e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1960, p. 157 che «nella qualificazione degli atti giuridici va attribuito rilievo decisivo non solo agli effetti ma alle modalità della loro produzione, ossia al rapporto genetico fra atti ed effetti», dove, nella sequenza norma-potere-fatto, la norma non disciplina compiutamente il fatto ma demanda a un potere il compito di completare la fattispecie e dunque di scegliere tra più soluzioni, tutte ugualmente conformi all'ordinamento nel rispetto di vincoli di legge, v. Id., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, p. 267 ss.

⁵¹ Non è da dimenticare che il Testo unico sulle società partecipate costituisce solamente uno dei tasselli della variegata e composita disciplina delle società pubbliche, all'interno delle quali possono annoverarsi le più disparate tipologie distinte secondo criteri insieme strutturali e funzionali, e v. *retro* nota 1.

⁵² Cfr. V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 578 il quale conclude che la fattispecie si ponga non già quale deroga al principio di maggioranza, che domina la dialettica assembleare, ma quale «eccezione al principio della competenza assembleare», una eccezione dunque «immanente e tutt'altro che eventuale».

6. Considerazioni conclusive

Ogni istituto concernente il diritto delle società a partecipazione pubblica ci consente di svolgere “un viaggio” tra pubblico e privato, dove la matrice pubblicistica del rapporto introduce innegabili elementi di complessità.

Come abbiamo avuto modo di vedere, è costante nella giurisprudenza l’affermazione per la quale «una società non muta la sua natura di soggetto privato solo perché un ente pubblico ne possiede, in tutto o in parte, il capitale»⁵³. Di qui, si sostiene che l’autonomia dello strumento organizzativo societario necessita di prevedere, come diretta conseguenza della premessa, la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative alla nomina e alla revoca degli amministratori di società partecipate da soggetti pubblici.

Al giudice amministrativo andrebbero attribuite solo le controversie nelle quali si faccia uso di potere (amministrativo) e, segnatamente, quelle relative alla costituzione, partecipazione, gestione o alienazione delle partecipazioni; al giudice ordinario, andrebbero invece attribuite tutte le controversie aventi ad oggetti atti societari “a valle” della “scelta di fondo” dell’utilizzo dello strumento societario.

Si individua dunque un discrimine tra la fase della “scelta di fondo” dello strumento societario e scelte connesse, afferenti la vita della società medesima, e scelte di gestione, che implicano l’esercizio di poteri *uti socius*, benchè derivanti anche da scelte amministrative discrezionali⁵⁴.

Occorre tuttavia sottolineare che il carattere autonomo delle società pubbliche è più un postulato che un dato di fatto. Intanto, l’esistenza di questo carattere necessita di essere dimostrata, caso per caso; ed è chiaro che, ad esempio, una società *in house* non sia strutturalmente soggetto autonomo – per espressa previsione di legge che impone la mancanza di autonomia dal socio pubblico come condizione di legittimazione del modello – rispetto all’ente partecipante. Così come potrà darsi il caso di una società non interamente partecipata dal socio pubblico ma nella quale nondimeno quest’ultimo eserciti una influenza determinante in concreto.

In questo senso, l’utilizzo dello strumento societario da parte dei pubblici poteri costituisce una mera scelta organizzativa⁵⁵.

⁵³ Cass., Sez. Un., 16335/2019; Cass., Sez. Un., ord. 21299/2017; Cass., Sez. Un., ord. 19676 e 24591 del 2016.

⁵⁴ Si veda, ad esempio, il classico caso dell’esercizio del potere ex art. 50, co. 8, d.lgs. 267/2000 (T.u.e.l.), che prevede che «sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio il sindaco e il presidente della provincia provvedono alla nomina, alla designazione e alla revoca dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni».

⁵⁵ La domanda attorno alla quale ci si è inizialmente interrogati è se possa conciliarsi la funzione del socio pubblico, che dovrebbe consistere nel perseguimento dell’interesse pubblico, con l’organizzazione societaria, pensata invece per lo scopo di lucro (art. 2247 c.c.). A tale interrogativo ha risposto la stessa dottrina commercialistica e v. A. Asquini, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 617 ss.; G. Santini, *Tramonto dello scopo di lucro nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 151 ss.; G. Cottino, *Diritto commerciale*, vol. I, Padova, 1976, p. 771 ss.; G. Marasà, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984. La conclusione cui si è giunti è che i modelli organizzativi possono assumere un connotato di per sé neutrale: essi sono, in un certo senso, piegabili e permeabili a seconda delle diverse esigenze e degli interessi da perseguire: «*si può affermare a*

Neppure può sostenersi che la tesi privatistica si sia imposta al fine di evitare una discriminazione tra amministratori di nomina pubblica e amministratori di nomina privata, poiché la giurisdizione ordinaria garantisce unicamente una tutela obbligatoria o generica (la c.d. “monetizzazione della funzione”: risarcimento del danno per revoca ingiustificata), mentre il giudice amministrativo è in grado di garantire anche la tutela reale (reintegrazione nella carica per illegittimità dell’atto), in tal modo dando prevalenza all’art. 2449, 2 comma, secondo periodo, (gli amministratori di nomina pubblica «hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall’assemblea») invece che al primo periodo («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»). Si imporrebbe, come si vede, in tal modo, una scelta non proprio conforme al dettato normativo.

Occorre dunque domandarsi se non sia più coerente con il sistema composito delle società a partecipazione pubblica applicare la tesi privatistica nel caso di nomine qualificabili come indirette e la tesi pubblicistica, con le relative conseguenze in termini di giurisdizione, laddove invece si sia in presenza di nomine dirette da parte del socio pubblico⁵⁶.

*chiare lettere (...) che la società per azioni e la società di capitali in genere, nell’attuale fase del loro sviluppo, sono già diventate pura struttura, destinate di volta in volta a servire scopi diversi e si prestano a corrispondere non solo alla funzione tipica lucrativa (...) ma ad altre funzioni diverse ed eterogenee tra loro», cfr. G. Santini, Tramonto dello scopo di lucro nelle società di capitali, cit., p. 163. Dottrina e giurisprudenza, infatti, sono giunte a negare rilevanza allo scopo di lucro quale elemento costitutivo dell’organizzazione imprenditoriale in forma societaria ai sensi dell’art. 2247 c.c.: ciò che caratterizza la società per azioni è il particolare tipo di organizzazione, connotata da una dissociazione tra proprietà e controllo, da una distinzione tra organizzazione, beni e situazioni soggettive dei partecipanti. Per la giurisprudenza si veda, tra le tante, Tar Veneto, I, 29/7/2009, n. 2247 secondo cui il riconoscimento di uno scopo pubblico non è, di per sé, in contrasto con il fine societario lucrativo (art. 2247 c.c.) e come la veste formale di società per azioni non sia, di per sé, sufficiente a modificare la natura pubblicistica di detti soggetti che, in mano al controllo maggioritario dell’azienda pubblica, continuano ad essere affidatari di rilevanti interessi pubblici. Lo schema societario, secondo questa visione, può essere interpretato come un semplice modulo organizzativo: il che sarebbe dimostrato dalla previsione legislativa di società senza scopo di lucro, oltre che dalla non menzione della mancanza dello scopo di lucro tra le cause di nullità della società. Si è giunti dunque alla conclusione che non c’è incompatibilità logico-giuridica tra la struttura della società per azioni e perseguimento di interessi di natura pubblicistica. Si ottiene una figura di società per azioni neutra (rispetto al fine di lucro), un modello organizzativo che, per la sua ordinata distribuzione dei poteri interni, può essere scelto per perseguire i più svariati interessi. La conclusione è che «l’interesse pubblico può servirsi del diritto privato», con l’ulteriore precisazione per cui lo stesso «non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare del diritto privato ciò che gli è essenziale», come evidenziato da G. Oppo, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 41. L’interesse sociale, su cui, per tutti, P. Jaeger, *L’interesse sociale*, Milano, 1964 «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 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». Ne deriva che l’interesse pubblico si innesta all’interno di una logica istituzionale ulteriore, distaccandosi dalla sua dimensione generale, assumendo i connotati dell’interesse particolare del socio pubblico, e convivendo con ulteriori interessi a vario titolo attratti nell’orbita societaria: della società, degli altri soci, dei vari *stakeholders*.*

⁵⁶ Anche volendo riscontrare l’esistenza di un nodo inestricabile tra diritti soggettivi e interessi legittimi nella fattispecie in esame, la soluzione non potrebbe essere che quella di valorizzare il disposto di cui all’art. 133, co. 1, lett. z-*quinquies* (controversie sui poteri speciali) d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, oppure lett. c (controversie sui servizi pubblici). Sul punto si veda anche G.M. Caruso, *Il socio pubblico*, cit., p. 334 ss. Oppure, ancora, viste le peculiarità della fattispecie, caratterizzata com’è dall’utilizzo di forme appartenenti sia al diritto commerciale, sia al diritto amministrativo, come si è visto lungo



tutto il corso dell'analisi, potrebbe azzardarsi l'ipotesi, sostenuta in via teorico-generale ma isolata – che necessiterebbe, tuttavia, di adeguata base normativa – dell'adozione dell'antico criterio del *petitum*, che consente al soggetto interessato di “scegliere” la giurisdizione e, dunque, il tipo di tutela più funzionale ai suoi interessi (risarcimento o reintegra). Sul tema, in via generale e critica nei confronti dell'attuale sistema di giustizia amministrativa, A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005.