

**GLI AMMINISTRATORI DI S.P.A. IN MANO PUBBLICA:  
INNOVAZIONI AL REGIME GENERALE  
APPORTATE DA LEGGI SPECIALI  
E DA DISPOSIZIONI COMUNITARIE**

*Angela Intermaggio\*\**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. Ricognizione della disciplina speciale – 3. Novità in tema di compensi – 4. Cause ostative alla nomina per la carica di amministratore – 5. Orientamenti e giurisprudenza comunitaria: i riflessi sul piano interno – 6. Il novellato art. 2449 c.c. – 7. Cenni conclusivi

1. – Il presente articolo ha ad oggetto la nuova disciplina delle partecipazioni delle pubbliche amministrazioni al capitale delle società per azioni alla luce dell'introduzione di nuove norme e principi da parte del legislatore nazionale e comunitario in materia. La riforma del diritto societario del 2003 non è intervenuta in maniera significativa sugli istituti in esame. In effetti, il contenuto dei previgenti artt. 2458 ss. è stato trasfuso negli artt. 2449 ss., con pochissime innovazioni di mero adattamento alla pluralità dei sistemi di *governance* introdotta dalla riforma<sup>1</sup>. In primo luogo, la facoltà di nomina è stata estesa ai componenti del consiglio di sorveglianza. Novità di modesto rilievo risulta, inoltre, la norma che dopo aver previsto che gli amministratori e i sindaci di nomina pubblica “hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea” aggiunge che “sono salve le disposizioni delle leggi speciali” (art. 2449, ult. co.)<sup>2</sup> in quanto non si dubita della derogabilità di una

\* Dottoranda di ricerca presso il Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente – *Università degli Studi di Palermo*.

<sup>1</sup> V. A. Pericu, *Società di Capitali*, in *Comm.*, III, *Niccolini-Stagno D'Alcontres*, sub artt.2449-2450, Napoli 2004. Si veda inoltre il rinvio alle norme appena citate contenuto nell'art.2409-*novies*, comma 3, dal quale si ricava la possibilità di nomina pubblica anche per i componenti del consiglio di gestione.

<sup>2</sup> V., in proposito, C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv.*

norma generale ad opera di una norma speciale di pari rango. Già in passato la dottrina aveva evidenziato la lacunosità di tali norme<sup>3</sup>. Il codice civile, dunque, riservava a tale fenomeno poche e scarse norme, quelle degli artt. 2449-2451; ciò denotava non uno scarso interesse legislativo ma al contrario un preciso intento degli artefici del codice di assoggettare la società in mano pubblica alla stessa disciplina applicabile alla società in mano privata<sup>4</sup>. Di contro i recenti interventi normativi vanno delineando una disciplina speciale che al di fuori delle previsioni codicistiche delinea un modello societario proprio degli enti pubblici, per cui strutturano una sorta di “statuto speciale” della società in mano pubblica, avente valenza derogatoria rispetto al corpus delle corrispondenti disposizioni di diritto comune previste dall’ordinamento societario. Ciò ha comportato il delinearci di tratti di specialità per macrocategorie di società pubbliche quali società a controllo totalitario o maggioritario, società costituite da Regioni o enti locali, società non quotate<sup>5</sup>. La materia ha avuto un primo accenno d’intervento regolativo con il d.l. “Bersani”<sup>6</sup>, poi seguito dalle norme previste dalla Finanziaria 2007<sup>7</sup>, dove ai commi da 725 a 735 vengono dettate una serie di disposizioni imperative riguardanti il contenimento dei costi delle attività riconducibili alla sfera pubblica. In particolare si tratta di disposizioni che operano in una triplice direzione: sia fissando limiti ai compensi attribuibili ai membri del consiglio di amministrazione, sia determinando il numero massimo dei componenti nominabili nell’organo amministrativo, sia, ancora, introducendo, una causa ostativa per la nomina alla carica di amministra-

soc., 2005, I.

<sup>3</sup> G.Minervini, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca borsa*, 1954, I, 716 e poi in *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 42 ss.; G. De Ferra, *In margine alla riforma della società per azioni: delle società con partecipazione dello Stato o degli enti pubblici*, in *Riv. soc.*, 1967, 809.

<sup>4</sup> F. Galgano, *Le società per azioni*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, diretto da F.Galgano, Padova, 2003.

<sup>5</sup> M. Clarich, “*Società di mercato e quasi-amministrazioni*”, relazione al Convegno “Le società tra stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina” Roma, 13 maggio 2009, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>6</sup> D.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in l. n. 248/2006.

<sup>7</sup> L. n. 296 del 2006.

tore di un qualsiasi ente a totale o parziale capitale pubblico, in relazione ai risultati di analoghi incarichi svolti in precedenza. La circolare della Presidenza del Consiglio del 13 luglio 2007<sup>8</sup> fornisce, a tal proposito, taluni chiarimenti su questioni lasciate aperte da una formulazione normativa affrettata e non troppo coordinata con l'ordinamento societario. Vincoli stringenti sono stati inoltre fissati per gli amministratori delle società non quotate partecipate da enti locali dal d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modifiche dalla l. 6 agosto 2008, n. 133. In merito alle disposizioni in oggetto la Regione siciliana ha recepito, in un primo momento, il contenuto delle disposizioni nazionali relativamente alle società a totale partecipazione della Regione o degli enti pubblici regionali, nonché per le società a partecipazione mista tra Regione ed altri soggetti, pubblici o privati<sup>9</sup>. Sotto la spinta degli organi comunitari, più di recente il legislatore italiano è intervenuto nuovamente sugli artt. 2449 ss. c.c., restringendo in misura significativa gli speciali poteri di nomina e revoca degli amministratori e dei componenti degli organi di controllo.

2. – Come già evidenziato in premessa l'attuale quadro giuridico delle società in mano pubblica è composto da diverse disposizioni speciali, spesso introdotte senza un disegno organico in risposta a esigenze contingenti perseguendo scopi eterogenei.

Le leggi finanziarie per il 2007 e per il 2008 hanno imposto vincoli stringenti all'organizzazione interna e all'operatività delle società a partecipazione pubblica, implicitamente assimilandole alle pubbliche amministrazioni, ciò ha comportato una disparità di trattamento tra imprese pubbliche e private a svantaggio delle prime. Al contempo, la giurisprudenza<sup>10</sup> ha esteso agli amministratori delle società a partecipazione

<sup>8</sup> Pubblicata nella g. u. 273 del 27 luglio 2007.

<sup>9</sup> V., a tal proposito, l. Sicilia 8 febbraio 2007, n. 2 e Circolare 10 ottobre 2007, n. 12, in [www.gurs.regione.sicilia.it](http://www.gurs.regione.sicilia.it)

<sup>10</sup> Tale orientamento ha iniziato ad affermarsi nel 2003, quando la Cass. ha affermato la competenza della Corte dei Conti anche per i fatti commessi dai dipendenti degli

pubblica il regime di responsabilità amministrativa, sottoponendoli alla giurisdizione della Corte dei conti. Tale approccio, pur giustificato da esigenze di controllo della spesa pubblica, limita le esigenze organizzative e di mercato introducendo rigidità e distorsioni lesive dell'efficace gestione dell'impresa<sup>11</sup>.

La l. finanziaria per il 2007, l. 27 dicembre 2006 n. 296, contiene numerose novità, oggetto di analisi, in tema di compensi, numero e nomina degli amministratori di società partecipate da enti locali; disposizioni successivamente confermate dalla l. finanziaria 2008, in materia di composizione e spese degli organi delle società pubbliche.

Per espressa previsione di legge, al fine di evitare eventuali alterazioni nelle quotazioni dei titoli derivanti da interventi autoritativi sulla struttura e sul funzionamento della *governance* societaria, vengono escluse dall'applicazione delle disposizioni in disamina le società quotate in borsa, ad eccezione di quelle inerenti le "cause ostative" di cui al comma 734.

Il legislatore opera una prima e fondamentale distinzione tra società "a totale partecipazione pubblica" di comuni e province e società denominate "miste"<sup>12</sup>.

---

enti pubblici economici nello svolgimento di attività imprenditoriali (Cass., S.U., ord. 22 dicembre 2003, n. 19667). Nel 2004 la Cass. ha dichiarato che la responsabilità amministrativa e la conseguente giurisdizione della Corte dei Conti sussistono anche nei confronti degli amministratori di una società per azioni a partecipazione quasi totalitaria di un ente locale, quando tra la società e l'ente locale si stabilisce un rapporto di servizio (Cass., s. u., sentenza 26 febbraio 2004, n. 3899). Anche la Corte dei Conti si è orientata nel senso di ritenere sussistente la propria giurisdizione per i giudizi di responsabilità amministrativa nei confronti di amministratori e dipendenti di società controllate, anche indirettamente, dalle pubbliche amministrazioni (Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114 e 5 settembre 2007, n. 448).

<sup>11</sup> Cfr. Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma settembre 2008, in [www.assonime.it](http://www.assonime.it)

<sup>12</sup> V., in argomento, A. Intermaggio "Legge Finanziaria e compenso degli amministratori delle società in mano pubblica" in questa Rivista.

3. – Un primo gruppo di norme, già oggetto di analisi in un precedente articolo, è relativo all'individuazione dei limiti massimi dei compensi attribuibili ai componenti l'organo amministrativo di società partecipate da enti locali<sup>13</sup>.

I compensi massimi attribuibili, lordi annui ed onnicomprensivi, sono individuati assumendo come parametro di riferimento l'indennità annua lorda del sindaco (se il socio unico è un comune) o del presidente della provincia (se il socio unico è una provincia).

Il legislatore non fa nessuna distinzione rispetto alle singole cariche interne all'organo amministrativo, ma è ovvio che l'eventuale differenziazione dei compensi in relazione alla carica rivestita, non potrà superare il tetto massimo stabilito per i singoli membri dell'organo amministrativo, e quindi il limite del 70%.

La previsione di "onnicomprensività" della retribuzione trova una parziale deroga nel secondo periodo del comma 725, in virtù del quale è prevista la possibilità di ancorare i compensi degli amministratori ai risultati di efficienza gestionale, conseguiti dalla società.

Ne consegue che tale indennità "di risultato"<sup>14</sup> è commisurata alla produzione di risultati d'esercizio positivi ed è erogabile solo negli eser-

---

<sup>13</sup> La Corte cost., con la sentenza 20 maggio 2008, n. 159, (in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.1, commi 725, 726 e 728 della legge finanziaria 2007 nella parte in cui essi trovano applicazione agli enti locali delle province autonome di Trento e Bolzano, nonché l'illegittimità della disposizione (c. 730) che prevede, a titolo di coordinamento della finanza pubblica, un obbligo per le Regioni e le Province autonome di adeguarsi alla disciplina dei compensi già illustrata relativamente alle società da esse partecipate. Il motivo che rende fondato il ricorso è quello per il quale nella fattispecie lo Stato ha esercitato il proprio potere di coordinamento della finanza pubblica in violazione dei limiti di cui al terzo comma dell' art. 117 della Cost. La norma infatti obbliga il legislatore regionale o provinciale ad adeguare i compensi e il numero massimo degli amministratori delle società partecipate ai principi dei commi da 725 a 735, ossia a disposizioni assai particolareggiate. Vincolando Regioni e Province autonome all'adozione di misure analitiche e di dettaglio la norma ne ha illegittimamente compromesso l'autonomia finanziaria, non limitandosi ad enunciare i soli principi fondamentali della materia.

<sup>14</sup> La cui eventuale differenziazione, in ragione della carica rivestita e delle diverse competenze e responsabilità attribuite è rimessa alla medesima previsione statutaria o assembleare ed in conformità con quanto previsto dall'art. 2389 c.c.

cizi in cui questi siano stati effettivamente conseguiti.

La disposizione ora citata sembra fare riferimento al comma 2 dell'art. 2389 c.c., il quale prevede che i compensi degli amministratori di società per azioni “possono essere costituiti in parte da partecipazione agli utili<sup>15</sup>”.

Va detto, per altro, che questa scelta di limitare i compensi degli amministratori di società partecipate da enti locali non è stata l'impulso di una parte politica. Conferma di ciò è l'intervento effettuato in proposito con la manovra estiva (art. 61, c. 12, l. n. 133/2008), la quale prevede un'ulteriore limitazione, tesa sia a ridurre l'entità del compenso, da 80% a 70% per il presidente, da 70% a 60% per il consigliere di amministrazione, sia a circoscrivere quell'ultima soglia di indeterminatezza che riguardava “la possibilità di prevedere indennità di risultato solo nel caso di produzione di utili e in misura ragionevole e proporzionata” che ora si precisa va prevista “in misura comunque non superiore al doppio del compenso onnicomprensivo di cui al primo periodo”<sup>16</sup>.

Da tutto ciò emerge l'assurdità delle disposizioni nazionali, di considerare il medesimo tetto per tutte le società controllate dall'ente locale, cioè sia per quelle strategiche e complesse che per quelle che svolgono un'attività più semplice.

A tal proposito il governo della Regione siciliana<sup>17</sup> ha introdotto relativamente alle società partecipate dalla Regione o da enti pubblici re-

<sup>15</sup> Si rinvia alla disamina di C. Tessarolo, “*Gli Amministratori delle società partecipate dagli Enti Locali: compensi, numero (le disposizioni della Legge Finanziaria 2007)*”, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it).

<sup>16</sup> D.L. n. 112, convertito in l. n. 133/2008 che all'art. 61, c. 12 all'art. 1, c. 725, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) nel primo periodo, le parole: “all'80 per cento” e le parole: “al 70 per cento” sono rispettivamente sostituite dalle seguenti: “al 70 per cento” ed “al 60 per cento”;

b) nel secondo periodo, le parole: “e in misura ragionevole e proporzionata” sono sostituite dalle seguenti: “e in misura comunque non superiore al doppio del compenso onnicomprensivo di cui al primo periodo”;

c) è aggiunto, infine, il seguente periodo: “Le disposizioni del presente comma si applicano anche alle società controllate, ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, dalle società indicate nel primo periodo del presente comma”.

<sup>17</sup> Delibera Giunta regionale del 1 ottobre 2007 n. 383.

gionali, elementi di differenziazione dei compensi degli amministratori secondo le dimensioni dell'impresa prevedendo di mantenere i compensi spettanti agli amministratori delle società minori entro limiti ancora più bassi di quelli fissati dalla legge<sup>18</sup>. Bisogna comunque sottolineare che il capitale sociale, in quanto grandezza solo nominale risulta inidoneo a sintetizzare le complessità produttive, economiche e finanziarie delle società cui si riferisce, per cui la fattispecie in esame necessita di nuovi interventi finalizzati all'individuazione di ulteriori parametri in aggiunta a quello del capitale sociale, attinenti al patrimonio, al numero dei dipendenti, alla composizione quali-quantitativa del portafoglio prodotti/servizi ovvero ancora alla dimensione territoriale della produzione magari misurata da grandezze quali il fatturato, al fine di poter evitare l'elusione delle disposizioni in oggetto.

Per quanto riguarda, invece, i compensi dei componenti degli organi delle società partecipate da enti locali la Regione siciliana ha previsto rispetto alle disposizioni nazionali, un'ulteriore riduzione del compenso dei componenti del consiglio di amministrazione che non può essere superiore al 40% delle indennità spettanti al sindaco o al presidente della provincia<sup>19</sup>.

Si ritiene, inoltre, che andrebbe in ogni caso vietata la possibilità introducendo un'apposita clausola statutaria, di ricorrere alla previsione di cui all'art. 2389, c. 3, del cod. civ., che stabilisce che il consiglio di amministrazione possa prevedere compensi aggiuntivi per i consiglieri delegati previo parere di congruità del collegio sindacale<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> La precedente delibera ha previsto che i compensi degli amministratori delle società con capitale sociale inferiore ad euro 750.000 non possono superare i limiti di legge ulteriormente ridotti del 30%.

<sup>19</sup> L. Reg. Sicilia 16 dicembre 2008, n. 22. "Composizione delle giunte. Status degli amministratori locali e misure di contenimento della spesa pubblica. Soglia di sbarramento nelle elezioni comunali e provinciali della Regione. Disposizioni varie", pubblicata nella GURS del 24 dicembre 2008, n. 59.

<sup>20</sup> In tal senso, S. Pozzoli, "Compensi degli amministratori di Società pubbliche e trasparenza", in *Azienditalia*, n. 12/2008.

In tal senso la Corte dei conti<sup>21</sup> partendo dall'individuazione di due casi di società partecipate da enti locali che, dopo avere deliberato in assemblea i compensi degli amministratori entro i tetti previsti dai commi 725 e ss., e conferito, in seguito a decisione del consiglio di amministrazione, un importo assai maggiore all'amministratore delegato, ha giudicato quello dell'ente locale un intento elusivo dei commi 725 e ss. e successive modificazioni della l. finanziaria 2007 e ha chiesto al consiglio comunale di attivarsi di conseguenza<sup>22</sup>.

4. – La circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 13 luglio 2007 chiarisce come il complessivo articolato di cui ai commi 725 ss. oltre ad essere finalizzato al contenimento dei costi della politica mira a disincentivare le “cattive” gestioni nelle società e negli enti ed organismi in mano pubblica;

In particolare, “il comma 734 ha introdotto una causa ostativa per la nomina alla carica di amministratore di un qualsiasi ente a totale o parziale capitale pubblico, in relazione ai risultati di analoghi incarichi svolti in precedenza”<sup>23</sup>. In forza di tale disposizione, quindi, si configura

<sup>21</sup> Corte dei Conti, Sez. reg. controllo per la Lombardia, 5 novembre 2008, n. 220.

<sup>22</sup> La deliberazione arriva a questa conclusione: “le società partecipate quanto alla loro struttura sono disciplinate dalle norme di diritto comune, alle quali in linea di principio occorre riferirsi per l'applicazione degli istituti societari. Peraltro, la funzione che dette società svolgono nella organizzazione complessiva dei servizi pubblici che fanno capo agli enti territoriali ha comportato l'interferenza su di un diverso piano di normative pubblicistiche sia per rendere conforme il rapporto tra ente e società ai principi comunitari sia per fissare regole delimitative ai poteri”.

<sup>23</sup> La Corte cost., con la sentenza 20 maggio 2008, n. 159 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 734 nella parte in cui esso si riferisce alle Regioni e alle Province autonome di Trento e Bolzano, in quanto è stata ritenuta fondata la censura riferita alla lesione apportata dal comma 734 alla autonomia organizzativa di Regioni e Province. Tale autonomia è, infatti, garantita non solo dalle loro speciali disposizioni statutarie, ma altresì dall'art. 117, quarto comma, della Costituzione. Peraltro, anche ove si volesse accedere all'interpretazione prospettata dall'Avvocatura di Stato, secondo cui il comma 734 atterrebbe alla materia del coordinamento della finanza pubblica, resta non superabile il rilievo, costante nella giurisprudenza di questa Corte, che disposizioni di principio in tema di coordinamento della finanza pubblica possono prescrivere solo criteri ed obiettivi, ma non imporre vincoli precisi e puntuali.

come speciale causa d'ineleggibilità alla preposizione alla carica di amministratore di parte pubblica, l'aver chiuso in perdita almeno tre esercizi consecutivi su di un periodo continuativo di cinque anni; per cui si introduce un regime speciale di ineleggibilità per gli amministratori delle società a partecipazione pubblica, in aggiunta a quelli previsti dall'art. 2382 c.c.

La Corte cost. rileva, a tal proposito, come la norma organizzativa in esame sia riferita a tutta la pubblica amministrazione (statale, regionale e locale) illustra quindi il quadro del riparto di competenze in tale ambito materiale: lo Stato ha competenza esclusiva in tema di organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali, nonché l'organizzazione amministrativa degli enti locali presenti nelle regioni a statuto ordinario (art. 117 secondo comma lett. *g*) e *p*); mentre sull'organizzazione degli enti locali presenti nelle regioni a statuto speciale la competenza spetta alle regioni stesse, infine in merito all'organizzazione delle Regioni e delle Province autonome la competenza appartiene alle Regioni e alle Province stesse. Ciò premesso la Corte dichiara illegittimo il comma 734 relativamente alla lesione apportata all'autonomia organizzativa delle regioni e delle Province autonome, garantita non solo dalle loro speciali disposizioni statutarie, ma altresì dall'art. 117, quarto comma, della cost., da intendersi applicabile a tutte le Regioni, ai sensi dell'art. 10 della l. cost. n. 3 del 2001, il quale riserva alla potestà legislativa residuale regionale la disciplina dell'autonomia dell'organizzazione amministrativa.

Diversi, in merito alla disposizione in esame, gli interrogativi circa il coordinamento con il quadro normativo previgente. Il punto di partenza per un'analisi del fenomeno attiene al corretto inquadramento giuridico della fattispecie. Con la l. n. 296/2006 si introduce un requisito **onnicomprensività** di professionalità che deve essere posseduto al momento del conferimento del mandato. Il fine di prevedere dei requisiti di professionalità risponde all'esigenza di subordinare la carica di amministratore solo a soggetti in possesso di determinate caratteristiche di esperienza e competenza che non siano smentite da determinati eventi,

quali aver svolto negli ultimi anni funzioni di amministratore, direzione o controllo in imprese sottoposte a fallimento, a liquidazione coatta amministrativa o a procedure equiparate; l'adozione di una di tali procedure è considerata, quindi, come sintomo di mala gestione<sup>24</sup>; ma dai requisiti di professionalità devono essere distinte le situazioni impeditive. Il dato oggettivo considerato nel comma 734, e precisamente l'aver "chiuso in perdita" tre esercizi consecutivi nei cinque anni precedenti, rappresenta una novità rispetto al sistema in quanto si abbandona l'impostazione "personalistica" del requisito di professionalità prevista sia da fonti codicistiche che extracodicistiche.

In virtù del riformato art. 2387 c.c., gli statuti delle società per azioni potranno richiedere per l'assunzione della carica di amministratore il possesso di speciali requisiti di onorabilità, di professionalità ed indipendenza. La norma indica altresì la possibilità di fare riferimento ai requisiti previsti da "codici di comportamento" redatti da associazioni e categorie e da società di gestione dei mercati regolamentati. In tal senso bisogna evidenziare che si tratta di requisiti aggiuntivi rispetto a quelli previsti dall'art. 2382 c.c. il quale prevede le cause di ineleggibilità e decadenza dalla nomina ad amministratore; dall'altro canto lo statuto non può limitarsi a previsioni generiche, ma deve precisare i contenuti per ciascun requisito<sup>25</sup>.

Il requisito di professionalità incide sui profili di responsabilità degli amministratori verso la società in quanto il nuovo testo dell'art. 2392 c.c. prevede la valutazione della diligenza dell'amministratore anche alla luce dei parametri di competenza e di esperienza professionale posseduti. In quest'ottica bisogna sottolineare che mentre la professionalità, va considerata in astratto sulla base di titoli genericamente qualificati, la competenza va riscontrata e verificata in concreto.<sup>26</sup> Risulta necessario,

<sup>24</sup> Di Sabato F., *Sui requisiti soggettivi degli esponenti bancari: profili di diritto societario*, in *Banca borsa*, 1998, I, 56.

<sup>25</sup> V., in tal senso Sandulli, *Commento all'art. 2387*, in *La Riforma delle Società*, Tomo I, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino 2003, 436ss.

<sup>26</sup> V., in argomento, Di Sabato, *Sui requisiti soggettivi*, cit.; Minervini, *Gli amministratori*, cit., 100; Sanfilippo, *Funzione amministrativa*, 320.

inoltre, che i soggetti che svolgano funzioni di amministrazione e direzione, non siano coinvolti in situazioni, in genere penali, tali da ledere la loro credibilità. Onorabilità<sup>27</sup> e professionalità sono requisiti da tempo previsti da leggi speciali per tutti gli amministratori delle società che svolgono particolari attività, come quella bancaria, assicurativa, di investimento e di intermediazione finanziaria.<sup>28</sup>

In realtà, non è del tutto convincente la scelta di introdurre un requisito di professionalità fondato su un'impostazione "oggettiva": cioè l'aver "chiuso in perdita" un determinato numero di esercizi. Va premesso che, non può bastare l'aver svolto determinate attività per un

<sup>27</sup> Il requisito di onorabilità richiesto agli amministratori di società di intermediazione finanziaria, di banche, di imprese assicurative, è, al contrario di quanto sopra specificato, definito nel contenuto. "Le cariche di amministratore, sindaco e direttore generale in banche non possono essere ricoperte da coloro che: a) si trovano in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza previste dall'art. 2382 c.c.; b) sono stati sottoposti a misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria ai sensi della l. 27 dicembre 1956, n. 1423, o della l. 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni ed integrazioni, salvi gli effetti della riabilitazione; c) sono stati condannati con sentenza irrevocabile, salvi gli effetti della riabilitazione: 1) a pena detentiva per uno dei reati previsti nelle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa, e dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari, di strumento di pagamento; 2) alla reclusione per uno dei delitti previsti dal titolo XI del libro V del c.c. e nel regio decreto 16 marzo 1942, n. 267; 3) alla reclusione per un tempo non inferiore a un anno per un delitto contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'ordine pubblico, contro l'economia pubblica ovvero per un delitto in materia tributaria; 4) alla reclusione per un tempo non inferiore a due anni per un qualunque delitto non colposo".

<sup>28</sup> Quanto ai requisiti di professionalità per Sim, Sgr e Sicav, è previsto che i consiglieri di amministrazione e sindaci vengano scelti secondo criteri di professionalità e competenza fra persone che abbiano maturato una esperienza complessiva di almeno un triennio (un quinquennio per la carica di presidente del consiglio di amministrazione) attraverso l'esercizio di: a) attività di amministrazione o di controllo ovvero compiti direttivi presso imprese; b) attività professionali in materia attinente al settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo o comunque funzionali all'attività della Sim, della Sgr, o della Sicav; c) attività d'insegnamento universitario in materie giuridiche o economiche; d) funzioni amministrative o dirigenziali presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni aventi attinenza con il settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo o presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni che non hanno attinenza con i predetti settori purché le funzioni comportino la gestione di risorse economico-finanziarie (D.M. 11 novembre 1998, n. 468); si vedano poi, per la professionalità di soggetti che rivestano ruoli gestori in istituti bancari, gli artt. da 1 a 3 del D.M. 18 marzo 1998, n. 161, in relazione all'art. 26 D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

certo tempo, ma occorre anche una valutazione dell'attività svolta, che se negativa presuppone una carenza dei requisiti attitudinali; ma ciò non deve però condurre a ritenere che le ricorrenti "chiusure in perdita" si pongono sullo stesso piano del possesso di titoli di studio, esperienze professionali e quant'altro. Da ciò emerge che la fattispecie in oggetto potrebbe essere collocata tra le situazioni impeditive che si distinguono nettamente dai requisiti di professionalità. Ancora, da un raffronto con la disciplina previgente potrebbe emergere che l'intento sia stato quello di intervenire non tanto sul criterio di "professionalità", quanto su quello di "onorabilità" ai sensi del quale in base all'art.2382 c.c. si considera causa di ineleggibilità lo status di fallito.<sup>29</sup>

Nella circolare, comunque, si ribadisce che si tratti proprio di "professionalità" e non di "onorabilità" per cui si potrebbe ritenere che tale condizione attenga più a "requisiti di capacità professionale" del nominando che non invece a condizioni soggettive, peraltro afferenti a precise declaratorie giudiziali (art.2382); il possesso dei predetti requisiti, infatti, costituisce possesso di specifica capacità giuridica soggettiva all'assunzione della carica, posto da norma di legge speciale ed operante nei confronti dei soli amministratori di nomina pubblica, o comunque di parte pubblica ai sensi e per gli effetti dell'art.2387 del c.c.

Secondo un recente orientamento<sup>30</sup> riguardo alla corretta interpretazione del concetto di "incarichi analoghi"<sup>31</sup> del comma in oggetto si ritiene che debba essere fornita un'interpretazione che si estende ai soli incarichi relativi alla sfera della nomina pubblica, indipendentemente dalla natura giuridica (pubblica o privata) dell'ente in cui il soggetto nominato ha operato. Inoltre, appare essere coerente con la stessa ratio ricavabile dalla norma considerare ineleggibili, per difetto di presupposti speciali di professionalità, amministratori che non abbiano dimostrato

<sup>29</sup> V., in proposito, D. Fracchia, *Una prima lettura del comma 734 della L.27/12/2006, n. 296 e della Circolare 13 luglio 2007*, in *Soc.*, n. 2/2008.

<sup>30</sup> G. Bassi, *Il contenimento dei "costi della politica" nelle società degli Enti locali*, Maggioli Editore, 2007.

<sup>31</sup> *Si rammenta che, il comma 734 così prescrive: "non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica chi, avendo ricoperto nei cinque anni precedenti incarichi analoghi, abbia chiuso in perdita tre esercizi consecutivi".*

un'idonea capacità manageriale, rispetto al conseguimento del fondamentale canone "dell'economicità gestionale", intesa quale capacità di garantire l'integrale copertura dei costi, anche mediante gli eventuali trasferimenti pubblici, oltre alla reintegrazione degli investimenti attuati e la congrua remunerazione del capitale investito<sup>32</sup>. Risulta interessante, inoltre, operare una lettura dell'art. 2382 c.c. in ordine ai requisiti ed alle condizioni per la assunzione della carica di amministratore. In particolare la nomina ad amministratore di un soggetto ineleggibile in quanto interdetto, inabilitato o fallito radicalmente è nulla.<sup>33</sup> Se invece la mancanza anche di uno dei requisiti è successiva si ha decadenza dalla carica, per cui in questo caso non ci si riferisce alla situazione conseguente alla nomina di un soggetto già inidoneo<sup>34</sup> ma piuttosto, all'ipotesi in cui dopo la nomina sopravvenga una causa di incapacità determinando l'immediata cessazione della carica.<sup>35</sup>

Ciò considerato, bisogna sottolineare la dissonante compresenza, nel medesimo articolato normativo, di un irrigidimento sul piano della professionalità quale quello che si è esaminato (comma 734), a fronte di quanto previsto dal comma 725, vale a dire una delimitazione dei compensi massimi spettanti agli amministratori, sulla base di parametri estranei sia alla professionalità che ai risultati ottenuti. Conclusivamente, infatti, occorre mettere in luce come l'onerosità della carica rappresenti un incentivo all'intraprendenza dei manager; tale è certamente la retribuzione sotto forma di partecipazione agli utili o di assegnazione di diritti di opzione, ma tale è pure il compenso in forma fissa, che in ogni caso costituisce un riconoscimento ed un premio per la diligenza che il gerente profonde nell'esercizio della sua funzione. Ciò premesso non sempre l'obiettivo di contenimento della spesa risulta compatibile con il perseguimento di determinati obiettivi.

<sup>32</sup> La questione, ben sottolineata da Bassi, *Il contenimento*, cit..

<sup>33</sup> V., in tal senso, Minervini, *op. cit.*, 93; Caselli, *Vicende*, 31.

<sup>34</sup> "non si può decadere da una carica che per difetto di capacità non si è mai ricoperta": così Caselli, *Vicende*, cit., 31.

<sup>35</sup> Bonelli, nota a Trib. Milano 1 aprile 1976, 909; Trib. Genova, 14 maggio 1960, in Dir. fall., 1960, II, 700.

5. - Negli ultimi anni, la giurisprudenza comunitaria ha sviluppato una certa avversità nei confronti dei poteri speciali previsti dagli ordinamenti nazionali in favore dello Stato e degli enti pubblici, attraverso i quali si attribuiscono all'esecutivo prerogative d'intervento o di veto sulla struttura proprietaria e sul governo delle imprese.

Tali poteri, infatti, sono giudicati incompatibili con il principio di libera circolazione dei capitali in mancanza di ragioni imperative di interesse generale e, in ogni caso, qualora non vi fosse una relazione di proporzionalità tra gli interessi tutelati e l'ampiezza dei diritti speciali.

Già, alla luce di tali orientamenti, parte della dottrina aveva sollevato dubbi riguardo alla compatibilità degli artt. 2449-2450 c.c. con il diritto comunitario<sup>36</sup>, questione che è stata affrontata in maniera diretta dalla Ceg con sentenza 6 dicembre 2007 C-462/04 e C-464/04, in seguito ad un ricorso pregiudiziale (rinvio d'interpretazione), ai sensi dell'art. 234 del Trattato, proposto dal T.A. R. della Lombardia con decisione 29 settembre 2004<sup>37</sup>.

La sentenza in esame riguarda la compatibilità con l'art.56 del tr. UE di alcune disposizioni dello statuto di A.E.M.( Azienda Elettrica Milanese SpA), introdotte a seguito della sua privatizzazione e della sua successiva quotazione in borsa e sostanzialmente finalizzate a garantire uno stabile controllo della società al Comune di Milano pur in presenza di una partecipazione minoritaria al capitale<sup>38</sup>.

La Ceg è pervenuta alla conclusione che l'art 56 del tr. UE risulta incompatibile con l'art.2449 c.c. in quanto tale norma consente allo Stato

<sup>36</sup> In tal senso, M.T. Cirenei, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario:brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica* in *Dir. comm. int.*, 2005, 41 s.

<sup>37</sup> Si veda l'ord. di rimessione del Tar Lombardia 13 ottobre 2004, n. 175, in *Foro it.*, 2005, II, c.34 s.

<sup>38</sup> La Corte, in particolare, si è soffermata su una clausola che ai sensi dell'art.2449 c.c. assegnava un diritto esclusivo a favore del Comune di Milano di procedere alla nomina diretta di un numero di amministratori, proporzionato all'entità della propria partecipazione, nei limiti di un quarto dei membri del consiglio di amministrazione della A.E.M.

o all'Ente pubblico di "godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società".

La Corte parte dal presupposto che l'art.2449 c.c. costituisca una deroga al diritto societario comune in quanto la possibilità di nomina diretta potrebbe essere attribuita solamente ad un socio pubblico e non anche ad un socio privato determinando una sproporzione di poteri del socio pubblico tale da dissuadere chi vorrebbe acquisire il controllo della società<sup>39</sup>.

Oggetto di censura non è stato tanto il potere speciale di nomina ma solo un utilizzo ingiustificato dello stesso in quanto la deroga al diritto societario comune dovrebbe essere giustificata da un interesse superiore che non pare sussistere nel caso dei poteri speciali introdotti nello statuto dell'AEM<sup>40</sup>.

L'esame del testo dell'art.2449 evidenziava come la disposizione non sottoponesse affatto l'inserimento di un diritto speciale di nomina nello statuto, a favore dello Stato o dell'ente pubblico, ad alcuna condizione specifica<sup>41</sup>.

L'art. 2449 c.c. non pone alcun limite riguardo il numero degli amministratori che possono essere nominati direttamente dallo Stato o dall'ente pubblico partecipanti al capitale sociale, ed è ciò che si pone in contrasto con il principio comunitario di libera circolazione dei capitali<sup>42</sup>.

Per pervenire a questa conclusione la Corte evidenzia che l'art. 56

---

<sup>39</sup> Ceg C-483, 4 giugno 2002, Commissione/Francia, in G.U.C.E., Raccolta,2002, I-04781.

<sup>40</sup> V. I. Demuro, *L'incompatibilità con l'ordinamento comunitario di poteri speciali in capo a soci pubblici*, in *Giur. comm.*, 2008 II.

<sup>41</sup> Cfr F. Fracchia - M. Occhiena, ad avviso dei quali, i privilegi pubblici sono accettabili nella misura in cui le riserve a favore della componente pubblica e la conseguente limitazione alla libera circolazione di capitali si giustificano sulla scorta dell'idoneità, dell'adeguatezza e della necessità della stessa in ragione degli interessi pubblici coinvolti. La censura dell'art. 2449 c.c. scaturirebbe dal fatto che la norma si innesta in una logica di applicazione generale, non a situazioni eccezionali specificamente previste e tipizzate dalla legge.

<sup>42</sup> V., in tal senso, F. G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 256.

del Trattato vieta le restrizioni ai movimenti di capitale<sup>43</sup> tra gli Stati membri, ed in particolare agli investimenti diretti tra il finanziatore e l'impresa, tali da consentire effettivamente la partecipazione alla gestione dell'impresa o al suo controllo<sup>44</sup>.

La pronuncia appare ancora più significativa se confrontata con il fatto che la Corte aveva già dichiarato la contrarietà ai principi comunitari dell'art.2450 del c.c.<sup>45</sup>, che in virtù dell'art.3 comma 1 del d.l. 10/2007 che ha recepito gli orientamenti comunitari in tema di poteri speciali (l'Unione Europea aveva avviato una procedura di infrazione) è stato abrogato.

Con un secondo intervento e precisamente con l'art.13 della l. 25 febbraio 2008, n. 34<sup>46</sup> il legislatore ha profondamente modificato il testo dell'art.2449 c.c. prevedendo una disciplina del tutto innovativa in materia di facoltà di nomina dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate dallo Stato o dagli enti pubblici<sup>47</sup>.

#### 6. – La nuova formulazione dell'articolo in oggetto prevede esclusiva-

---

<sup>43</sup> Si intendono restrizioni quelle misure nazionali idonee a impedire o a limitare l'acquisizione di azioni nelle imprese interessate o che possono dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'investire nel capitale di queste ultime.

Cfr. Ceg, 23 ottobre 2007, Commissione c. Repubblica federale di Germania.

<sup>44</sup> Ceg, sentenza 6 dicembre 2007, in Soc., 2008, 247.

<sup>45</sup> La norma attribuiva allo Stato o agli enti pubblici il potere di nominare amministratori e componenti degli organi di controllo anche in mancanza di alcuna partecipazione al capitale, a condizione che ciò fosse previsto dalla legge o dallo statuto. Il riconoscimento di siffatto "potere speciale" risolvendosi in un'alterazione del funzionamento del modello s.p.a. ed in una compressione delle libertà fondamentali riconosciute dal Tratt. U.E. è lecito per la Ceg solo qualora riferibile ad esigenze imperative di interesse generale e nel rispetto dei principi di necessità, adeguatezza e proporzionalità e non di discriminazione.

<sup>46</sup> Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (l. comunitaria 2007), pubblicata in G.U. n. 56 del 6 marzo 2008 – Suppl. Ordinario n. 54.

<sup>47</sup> V., in tal senso, F. Ghezzi- M. Ventoruzzo "La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici ne capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?" in Riv. soc., 2008 fasc. IV.

mente nell'ambito delle società per azioni<sup>48</sup>, una distinzione tra quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e quelle che non vi fanno ricorso applicando alle due tipologie societarie discipline differenti.

Per quanto riguarda queste ultime viene confermata, nel primo comma, la possibilità per lo statuto di attribuire al socio pubblico la facoltà di nominare uno o più amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, ma viene introdotto il principio di proporzionalità tra partecipazione al capitale sociale e numero di amministratori o sindaci nominati. In tal caso possono essere revocati solo dagli enti nominanti al fine di sottrarre gli organi di nomina pubblica ai poteri di revoca discrezionali dell'assemblea e contribuire a rafforzare la stabilità della carica<sup>49</sup> in quanto per la rimozione degli amministratori è necessario un motivato provvedimento amministrativo<sup>50</sup>; inoltre, hanno i medesimi diritti ed obblighi dei membri nominati dall'assemblea e durano in carica per un periodo non superiore a tre esercizi. Prima della modifica del testo, l'art. 2449 c.c. non prevedendo alcun limite alla nomina degli organi di amministrazione e controllo della società consentiva ad un azionista pubblico di minoranza di nominare la maggioranza o addirittura tutti i componenti di tali organi<sup>51</sup>, fattispecie non più possibile con l'introduzione del tetto massimo fondato sul principio della proporzionalità.

La precedente formulazione degli articoli in esame, non fissando limiti quantitativi al numero dei componenti degli organi sociali di nomina pubblica, ne metteva in rilievo la funzione eminentemente organiz-

<sup>48</sup> Come evidenzia I. Demuro il fatto che l'art.2449 c.c. continui a fare riferimento alle società per azioni "confermerebbe così l'esclusione dell'applicazione dell'art.2449 c.c. alle società a responsabilità limitata".

<sup>49</sup> V. in argomento, Bonelli, "La revoca", 514.

<sup>50</sup> V. in tal senso, Pericu, *Società di capitali*, sub. artt. 2449-2450, cit.

<sup>51</sup> Sulla questione le soluzioni degli interpreti sono contrastanti: opinione negativa è stata originariamente espressa da Minervini, *op. cit.*, 715. Ma, contro, tra gli altri P. Abbadessa, *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello stato e di enti pubblici*, in *Impresa, ambiente, p.a.*, 1975, I; F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in Tratt. Galgano, 2003, 451 ss. ed infine per quanto riguarda i sindaci A. Patroni Griffi, *La presidenza del collegio sindacale in caso di nomina pubblicistica di uno o più sindaci*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 899 ss.

zativa, la cui applicazione si prestava ad essere modulata in base alla rilevanza dell'interesse pubblico in tale contesto<sup>52</sup>.

Un'eventuale "sproporzione" potrebbe derivare, comunque, dalla mancanza di coordinamento della norma in questione con altre norme "speciali"; a tal proposito, non si è tenuto conto del fatto che al socio pubblico spetterebbero gli ordinari diritti sociali, che cumulati a quelli speciali farebbero venir meno la proporzionalità. Ciò potrebbe essere ancora, oggetto di future censure da parte della Comunità europea, per cui sarebbe stato più opportuno ancorare la facoltà di nomina a dei presupposti oggettivi<sup>53</sup>.

Più complesso è il contenuto delle disposizioni che si applicano alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

Per tali società la facoltà di nomina può essere attribuita o attraverso la previsione di strumenti finanziari partecipativi, o in alternativa attraverso la creazione di una particolare categoria di azioni. Nel primo caso è prevista, dunque, l'applicazione del co. 6° dell'art. 2346 c.c., per cui si ritiene che l'Ente pubblico non debba necessariamente effettuare nuovi apporti e che possa essere nominato più di un amministratore, in deroga a quanto previsto dall'art. 2351 c.c., purché in numero proporzionale alla partecipazione al capitale. In questo caso i diritti spettanti ai possessori dei suddetti strumenti finanziari potranno essere i più vari e comprendere anche il diritto di conversione in altri strumenti finanziari, mentre fra i diritti partecipativi è escluso quello di votare nell'assemblea generale degli azionisti.

Non si riesce a comprendere come mai in queste società, in cui l'unica deroga al diritto societario comune dovrebbe riguardare la nomina di un certo numero di componenti degli organi sociali, si ribadisca con l'applicazione del 6° comma dell'art. 2346 c.c., una cosa già prevista<sup>54</sup>, cioè non esclusa dalla legge.

A ciò si aggiungerebbe la possibilità, su proposta del consiglio di amministrazione all'assemblea, che i diritti previsti dallo statuto a favore

<sup>52</sup> A. Pericu, *op. cit.*

<sup>53</sup> I. Demuro, *Il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, II, 2008.

<sup>54</sup> *Ibidem.*

dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni.

L'intervento modificativo sull'art. 2449 c.c. prevede anche una disciplina transitoria, di non facile comprensione ed oggetto di numerose questioni interpretative, che sembrerebbe destinata esclusivamente alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio<sup>55</sup>.

Uno degli aspetti della disciplina transitoria che desta maggiori perplessità è relativo a quella parte in cui si richiede che "i diritti amministrativi" siano rappresentati da strumenti finanziari; l'espressione, infatti, non risulta per niente denotativa, in quanto non dice se si tratti di tutti i diritti amministrativi di cui lo Stato o l'ente pubblico può essere titolare, cioè anche quelli derivanti dal fatto di essere azionista, ovvero solamente di quelli che permettono la nomina diretta.

Sembrando assurda la prima soluzione si deve ritenere che lo Stato o l'ente pubblico diverrà contemporaneamente titolare di azioni e di strumenti finanziari emessi ex art.2449 c.c.

Nella seconda parte della disciplina transitoria, in maniera non coerente con il contenuto dell'art.2449 c.c., si prevede la perdita di efficacia delle disposizioni non adeguate.

Ma dall'esame del riformulato art. 2449 c.c. si ricava che non vi è alcun adeguamento da effettuare in quanto non risulta dalla norma nessun obbligo di adeguamento; per cui non vi è alcuna perdita di efficacia delle disposizioni statutarie non adeguate mancando proprio nel dettato normativo una disposizione a cui adeguarsi<sup>56</sup>.

In connessione con quanto appena rilevato un adeguamento sarebbe stato invece necessario per le società che non ricorrono al mercato del ca-

---

<sup>55</sup> Dispone l'art. 13, c.2 : *"Il consiglio di amministrazione, nelle società che ricorrono al capitale di rischio e nelle quali sia prevista la nomina di amministratori ai sensi dell'art.2449 del codice civile, nel testo vigente anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge, adegua lo statuto entro otto mesi da tale data, prevedendo che i diritti amministrativi siano rappresentati da strumenti finanziari, non trasferibili e condizionati alla persistenza della partecipazione dello Stato o dell'ente pubblico, ai sensi dell'art.2346, sesto comma, del codice civile. Scaduto il predetto termine di otto mesi, perdono efficacia le disposizioni statutarie non conformi alle disposizioni dell'art.2449 nella nuova versione.*

<sup>56</sup> In questo senso Demuro, *op. cit.*

pitale di rischio, al fine di rendere proporzionale il potere di nomina del socio pubblico alla partecipazione al capitale sociale. Per cui, diversamente a quanto è stato disposto per le società quotate ed in quelle con azioni diffuse, dal secondo comma dell'art.13 l. 34/2008, per le società "chiuse" non è prevista nessuna disposizione transitoria volta a consentire l'adeguamento degli statuti al nuovo principio della "proporzionalità".

Per quanto riguarda le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio non è previsto nessun richiamo al principio di proporzionalità, in tale prospettiva si pone, quindi, il rischio che si riproponga la sproporzione tra partecipazione e controllo in quanto mentre il problema non dovrebbe porsi qualora il diritto di nomina diretta sia contenuto in strumenti finanziari, che al limite danno diritto a nominare un amministratore indipendente, un componente del consiglio di sorveglianza o un sindaco (art.2351 c.c., 5° comma), lo stesso non può dirsi qualora si scelga l'alternativa delle categorie speciali di azioni, rispetto alle quali non sussiste la limitazione di cui all'art.2351 c.c.<sup>57</sup>.

Secondo alcuni autori<sup>58</sup> il fatto che il primo comma dell'art. 2449 c.c., il cui ambito di applicazione è relativo alle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, consente allo statuto la nomina di amministratori e componenti l'organo di controllo proporzionale alla partecipazione al capitale sociale, non esclude tale possibilità per le società aperte. La disposizione, infatti, può essere intesa nel senso che, nella prima tipologia di società, il potere di nomina può essere attribuito direttamente dallo statuto al socio pubblico, mentre nel secondo, tale potere deve essere incorporato in strumenti finanziari o speciali categorie di azioni.

Non sembra, quindi, che nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio debba escludersi la possibilità di riconoscere allo Stato o all'ente pubblico azionista una rappresentanza proporzionale negli organi di *governance* della società.

Dall'esame del nuovo testo dell'art. 2449 c.c., scaturisce quindi, che

<sup>57</sup> M. C. Corradi, *Il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.*, II, 2008.

<sup>58</sup> F.Ghezzi- M. Ventrone, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici*, cit.

la nuova formulazione può essere oggetto di future ed inevitabili censure da parte della Ceg. Sono state, infatti, diverse le occasioni in cui la Corte ha censurato la presenza attiva del pubblico nell'economia che hanno portato quest'ultimo ad intervenire con soluzioni spesso azzardate al fine di sfuggire al vincolo comunitario; i risultati di tali tentativi, non sempre positivi, e spesso destinati ad ulteriori censure, dovrebbero dunque indurre "il legislatore a prendere atto della ormai limitatissima compatibilità tra il ruolo attivo dello Stato e degli enti pubblici nell'attività d'impresa e le regole della concorrenza e del mercato".

7. – Negli ultimi due anni, il legislatore si è ripetutamente rivolto alle società partecipate nel tentativo di ridimensionarne gli aspetti più problematici e perseguire alcune finalità principali quali la riduzione dei costi della politica arginando l'utilizzo dello strumento societario e l'introduzione di profili di specialità con finalità "antielusive" delle regole che caratterizzano la loro attività.

Alcuni autori evidenziano, a tal proposito, come il miglioramento dell'efficienza del sistema si ottiene intervenendo non soltanto riducendo i costi visibili della politica ma eliminando e ottimizzando i costi occulti "da inefficienza". Occorre altresì tener conto di un approccio di analisi costo-beneficio in quanto non è per nulla scontato che riducendo i compensi o il numero degli amministratori a tre o a cinque possa migliorare la performance del sistema.

Disposizioni legislative così restrittive denotano una sfiducia soprattutto nei confronti delle amministrazioni locali e si pongono in controtendenza in una prospettiva di riforma federalista e con il riconoscimento a tali enti di una maggiore autonomia anche in attuazione dei principi costituzionali (art. 114, comma 2, Cost.).

Dall'attuale quadro giuridico delle società pubbliche appena delineato risulta elevato il rischio di incoerenze ed emerge la necessità di un riordino, di un chiarimento sul piano normativo al fine di fondare il sistema su principi chiari e stabili nel tempo. Bisogna chiedersi se e in quale misura l'interesse pubblico sotteso alla loro costituzione possa

giustificare le diverse deroghe al diritto comune. In tal senso, il rapporto dell'OCSE sulla *governance* delle *State Owned Enterprises* (SOE)<sup>59</sup> evidenzia un criterio di riferimento che dovrebbe essere rappresentato dall'applicabilità alle società pubbliche, delle regole comuni del diritto societario, salvo le deroghe indispensabili per il perseguimento di interessi pubblici e giustificate in termini di stretta proporzionalità.

Risulta necessaria una riflessione sui criteri fondamentali cui deve ispirarsi il regime delle regole per le società a partecipazione pubblica.

Il riordino della disciplina dovrebbe, tenendo conto dei principi generali di diritto, soprattutto di derivazione comunitaria e i diversi criteri di *governance*, combinare in modo più efficace il perseguimento degli obiettivi pubblici con l'efficiente gestione societaria e consentire alle imprese a partecipazione pubblica di operare sul mercato in condizione di parità con le imprese private.

---

<sup>59</sup> Cfr. OECD, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises – A survey of OECD Countries*, 2005.