

Jean Louis a Beccara

# Le società provinciali tra pubblico e privato



## Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.



1801. *tsm-Trentino School of Management/Studi e Ricerche*

La **tsm-Trentino School of Management** è una Scuola, costituita dalla Provincia autonoma di Trento, dalla Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Trento e dall'Università degli Studi di Trento, che opera nell'alta formazione per il settore pubblico e privato.

Per il migliore funzionamento dei Master e delle attività formative, vengono prodotti materiali di alto pregio scientifico e didattico destinati alla Pubblica Amministrazione e al comparto privato, in particolare turismo, arte e cultura. La collana raccoglie e propone questi contributi per alimentare con regolarità e garanzia di qualità la riflessione sulle problematiche del management, dell'alta formazione e dell'aggiornamento del personale in servizio, in particolare delle pubbliche amministrazioni.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it) e iscriversi nella home page al servizio "Informatemi" per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità.

Jean Louis a Beccara

# Le società provinciali tra pubblico e privato

**FrancoAngeli**

tsm-Trentino School of Management

*In copertina:* Fortunato Depero, *Alto paesaggio d'acciaio (Alba e tramonto sulle Alpi)*, 1926,  
olio su tela, 90x132 cm  
Rovereto, Mart (Museo di Arte Moderna e Contemporanea di Trento e Rovereto)

Copyright © Fortunato Depero by SIAE 2015  
Copyright © 2015 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it).*

*La stabilità richiede tre punti fermi.  
Ai miei genitori, ad Alessandra.*



# Sommario

<b>Premessa</b>	Pag.	9
<b>Prima Parte</b>		
<b>1. L'art. 2449 del codice civile</b>	»	13
<b>2. Società strumentali e società <i>in house</i></b>	»	21
2.1. Le società strumentali	»	22
2.2. Le società <i>in house</i>	»	36
<b>3. L'organismo di diritto pubblico e le imprese pubbliche</b>	»	57
3.1. L'organismo di diritto pubblico	»	57
3.2. L'impresa pubblica	»	62
<b>4. Normative “trasversali” che impattano sulle società pubbliche e principali disposizioni a livello provinciale</b>	»	65
<b>Seconda Parte</b>		
<b>1. Le responsabilità del socio/holding e dell'amministratore nel codice civile</b>	»	77
1.1. La responsabilità della capogruppo (art. 2497 c.c.)	»	77
1.2. La responsabilità degli amministratori (artt. 2392, 2394, 2395 c.c.)	»	93
<b>2. Le responsabilità della holding e dell'amministratore di società pubbliche</b>	»	99
2.1. La responsabilità della holding pubblica	»	99
2.2. La responsabilità degli amministratori pubblici	»	109
<b>3. La giurisdizione della Corte dei Conti e cenni su alcune tipologie di danno erariale</b>	»	113
<b>Conclusioni</b>	»	117



## *Premessa*

Quando arrivai alle dipendenze dell'allora *Tecnofin Trentina Spa*, storica *holding* della Provincia autonoma di Trento (e, sostanzialmente, successivamente incorporata in altra società del gruppo provinciale), una delle prime riflessioni che il Presidente mi chiese di effettuare fu quella di stabilire a quale *species* di società pubblica potesse essere ricondotta la società stessa.

Aveva colto come la stratificazione di normative sino a quel punto prodotta (e che, a breve, sarebbe stata ulteriormente aggiornata), richiedesse – al di là di facili affermazioni di principio – un'analisi approfondita della questione. Bisognava fare un po' d'ordine mentale...

Ricordo ancora la discussione finale che ne seguì con lo stesso in treno, durante un viaggio di lavoro, e la percezione di quanto fosse stata utile una domanda che – oggi posso ammetterlo – sulle prime mi sembrò, quanto meno, una perdita di tempo.

Il presente saggio nasce da quel desiderio di “far ordine” e non ha certo l'obiettivo, o l'aspirazione, di rivolgersi ad esperti e professionisti in materia; piuttosto, la trattazione si propone agli operatori pubblici impegnati sulla tematica, con lo scopo di offrire (se possibile) un rapido *vademecum* operativo, cioè una sintesi panoramica della magmatica materia delle società pubbliche, individuando alcune delle più rilevanti normative di settore, nonché raccogliendo e sintetizzando molti degli spunti dottrinali più autorevoli, oltre che gli orientamenti giurisprudenziali sull'argomento. Lo scopo principale è quello di ricondurre ad un'unità la galassia multi variegata delle società pubbliche, operando alcune fondamentali distinzioni e semplificando l'inquadramento delle diverse fattispecie concrete.

La trattazione si sofferma sul panorama normativo provinciale (trentino), scaturendo in occasione del corso in materia tenuto presso *Trentino School of Management* e rivolto ai funzionari e dirigenti della Provincia autonoma di Trento e delle società dalla stessa partecipate.

È qui un piacere ringraziare Stefano Girella, non soltanto per i consigli ed i contributi al saggio, ma soprattutto per la fiducia accordatami, nonché lo sprone costante e quasi paterno a “*buttar giù*” i pensieri; giunto per affiancarlo in ambito *privacy*, mi sono imbattuto nell’inaspettata ed imperdibile occasione di allargare gli orizzonti professionali in un campo, quello della responsabilità erariale, tanto specialistico e complesso, quanto fondamentale per una sana, corretta ed efficiente gestione della macchina pubblica. A lui, il merito di avermi appassionato.

*Jean Louis a Beccara*

## *Prima Parte*



## 1. L'art. 2449 del codice civile

La disposizione normativa da cui prendere le mosse per una disamina della materia è senz'altro l'art. 2449 c.c., che così recita: ***“Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale.***

***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. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica.***

***I sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza, restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica.***

*Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346. Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti”.*

Nella nuova formulazione, la norma distingue tra società che ricorrono al mercato del capitale di rischio (cui è dedicato il comma 4) e quelle che non vi fanno ricorso<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> L'analisi dell'articolo 2449 c.c. è effettuata anche sulla base del *Commentario breve al diritto delle società*, A. Maffei Alberti, Cedam, 2011.

Volendo soffermarci su queste ultime, possiamo affermare sin da subito che, pur non introducendo un modello societario nuovo, l'art. 2449 c.c.<sup>2</sup> costituisce una deroga (non certo estensibile ad altre fattispecie) alle consuete modalità di nomina e revoca, normalmente attribuite alla competenza assembleare.

Preme, innanzi tutto, fare chiarezza riguardo ai casi in cui lo statuto attribuisce all'ente il potere di nomina di amministratori e sindaci proporzionali alla sua partecipazione: l'ente pubblico potrà comunque concorrere in assemblea, con il proprio voto, all'elezione degli altri amministratori, avendo la norma il solo scopo (post sentenza "AEM Spa" della Corte di Giustizia 6/12/2007<sup>3</sup>) di evitare un potere di controllo sproporzionato (cd. *golden share*) dell'ente pubblico, indipendentemente dal collegamento con la partecipazione detenuta, senza per questo discriminarlo sul piano del diritto societario comune. Inoltre, la presenza della suddetta clausola statutaria attribuirà una facoltà di nomina; ciò significa che in caso d'inerzia da parte dell'azionista pubblico, la nomina potrà promanare totalmente, o parzialmente, dall'assemblea<sup>4</sup>.

Clausola statutaria, questa, che, se inserita successivamente (in sede di modifica statutaria), obbligherà il socio pubblico ad astenersi dal voto (in quanto in conflitto di interessi *ex art. 2373 c.c.*), mentre, qualora soppressa, richiederà necessariamente il suo consenso<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Articolo che ritroveremo allorché tratteremo della nozione di "gruppo societario".

<sup>3</sup> Nella fattispecie, il Comune di Milano, pur avendo ceduto la maggioranza delle azioni (passando dal 51% al 33,4%), era riuscito a mantenere il diritto di nominare la maggioranza degli amministratori mediante un'abile ricorso congiunto al (previgente) art. 2449 c.c. e ad una nuova formulazione della clausola statutaria (la cui modifica, peraltro, era stata posta come condizione per la stessa cessione della partecipazione).

In tal modo il Comune manteneva il diritto esclusivo *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 di detta società*, nonché ai sensi dello statuto (nel rispetto dell'art. 4 della legge n. 474/1994), con l'ulteriore *diritto di partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati dal Comune stesso*.

La Corte di Giustizia ha avuto così modo di precisare che la precedente formulazione dell'art. 2449 c.c. (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) era contraria alla disposizione di cui all'art. 56 CE (divieto di restrizione ai movimenti di capitale tra gli Stati membri) consentendo all'ente pubblico *di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale della detta società*, tale da dissuadere potenziali investitori a partecipare ad una società nella quale siano presenti simili prerogative a favore dell'ente stesso.

Sul punto vedi anche L. Scipione, "L'arma della "golden share" tra giurisprudenza comunitaria ed evoluzione normativa interna", *Innovazione e diritto*, n. 1-2/2010.

<sup>4</sup> G. Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè.

<sup>5</sup> P. Abbadessa, *Impresa, ambiente e P.A.*, Giuffrè.

Secondo una parte della dottrina, la connotazione pubblica del socio designante (pur rendendo meritevole di tutela il relativo interesse), non scalfirebbe il ruolo dei componenti nominati dallo Stato o dall'ente pubblico; in altri termini, l'amministratore di estrazione pubblica, pur essendo portatore di un interesse pubblico, dovrebbe anteporre l'interesse privatistico dei soci al punto tale che ogni eventuale direttiva da parte dell'ente potrebbe avere efficacia vincolante solo se conforme agli ordinari criteri di gestione societaria o, quanto meno, se compatibile con il perseguimento (da parte della società) di un'autosufficienza economica idonea alla realizzazione di un utile distribuibile<sup>6</sup>. Altra corrente dottrinale, invece, valorizzando il sotteso interesse pubblicistico, concluderebbe per una limitazione al libero operare dell'amministratore, vincolato ad ottemperare innanzitutto alle direttive ricevute dall'ente nominante. A voler essere puntuali, come vedremo innanzi, dovremmo forse distinguere – all'interno del *genus* società pubbliche – quelle di tipo *in house* rispetto alle altre; per le prime, tendenzialmente, la corrente “pubblicistica” potrebbe attagliarsi meglio.

È evidente l'importanza dell'adesione all'una, o all'altra teoria, per i risvolti esistenti in ambito di maggiore o minore discrezionalità degli amministratori pubblici nell'attuazione delle direttive dell'ente pubblico, nonché per le relative responsabilità dell'ente stesso; a tale riguardo, infatti, ferma la responsabilità *ex art. 2392 c.c.* dell'amministratore di nomina pubblica, si riscontrano opinioni dottrinali che limitano la responsabilità dell'ente nominante ai soli casi in cui vi siano gli estremi dell'induzione dell'amministratore all'inadempimento<sup>7</sup>, rispetto ad altre che, nel caso di danni provocati dagli amministratori alla società in esecuzione di direttive impartite dall'ente, includono anche la responsabilità di quest'ultimo.

Come si dirà di seguito, con riferimento all'ulteriore responsabilità dell'amministratore nei confronti dell'ente nominante, la Corte dei Conti ha spesso affermato la responsabilità per danno erariale nei confronti degli amministratori pubblici di enti privati (cioè, di società pubbliche).

Qualora, poi, si volesse optare per la soluzione interpretativa secondo cui gli amministratori di nomina pubblica fossero sostanzialmente portatori di interessi esclusivamente pubblicistici, per giustificare la revoca dell'amministratore stesso risulterebbe sufficiente la violazione delle direttive impartite dall'ente nominante.

<sup>6</sup> F. A. Roversi Monaco, *R. d. civ.*

<sup>7</sup> P. Abbadessa, *op. cit.*

Proprio con riferimento alla **revoca**, sebbene la stessa possa promanare solo da parte dell'ente che li ha nominati, secondo una certa dottrina, in presenza di una giusta causa e qualora l'ente non vi provveda, gli amministratori potrebbero essere rimossi anche da parte dell'assemblea (magari, mediante lo strumento della risoluzione giudiziale, onde superare l'*empasse* di un atto privatistico che incide su posizioni di diritto pubblico). Una possibile revoca *ex lege*, qualora si ammettesse l'applicabilità estensiva dell'art. 2393, co. 4, c.c., potrebbe essere quella derivante da un'azione di responsabilità verso l'amministratore deliberata con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale.

Da rammentare, poi, è il fatto che, anche in presenza di una revoca *ad nutum* da parte dell'ente, all'amministratore non spetti alcun risarcimento (altrimenti previsto dal diritto societario comune *ex art. 2383 c.c.*); tale teoria, per quanto contrastata da coloro che affermano la posizione "privatistica" degli amministratori, parrebbe quella maggiormente seguita in giurisprudenza. Peraltro, alcuni di coloro che negano ogni risarcimento del danno, ritenendo altresì inammissibile qualsivoglia valutazione da parte del giudice ordinario sulla giusta causa (in quanto si tradurrebbe in un sindacato sulla discrezionalità amministrativa), ammettono la possibilità che l'ente revocante possa essere tenuto ad una qualche forma di indennizzo<sup>8</sup>.

Quanto alla revoca del sindaco, invece, è da rilevare come la giurisprudenza abbia ritenuto parzialmente applicabile l'art. 2400 c.c. che richiede, per la validità del provvedimento di revoca, la giusta causa, senza però ritenerlo assoggettato all'approvazione del Tribunale.

È evidente, poi, che tanto il meccanismo della cooptazione<sup>9</sup> (art. 2386, co. 1, c.c.), quanto quello di un'eventuale rinvio al principio *simul stabunt simul cadent* (art. 2386, co. 4, c.c.), si rendono inapplicabili agli amministratori di nomina pubblica, finendo altrimenti con il vanificare in gran parte la *ratio* stessa del potere (di nomina e revoca) attribuito all'ente. Quanto al sindaco, opererà il disposto di cui all'art. 2401, co.1, solo in quanto vi sia un supplente di nomina pubblica; diversamente, l'ente dovrà provvedere alla relativa designazione.

Altro argomento interessante, è senz'altro quello relativo ad un'eventuale **preminenza** all'interno del consiglio di amministrazione **del membro di nomina pubblica**; qualche opinione dottrinale, infatti, si è spinta al punto di consentire l'impugnazione delle deliberazioni assembleari autonomamente

<sup>8</sup> F. A. Roversi Monaco, op. cit.

<sup>9</sup> G. Minervini, op. cit.

all'amministratore pubblico, senza dover partecipare necessariamente ad un processo deliberativo del consiglio stesso.

Ciò detto, oltre ai consueti requisiti soggettivi ed alle ordinarie **cause di ineleggibilità**, la L. 296/2006 (art. 1) prevede altresì come non possano essere nominati amministratori di società (totalmente o parzialmente) pubbliche coloro che, avendo ricoperto cariche analoghe, abbiano chiuso in perdita tre esercizi consecutivi. Con norma di interpretazione autentica (art. 3, co. 32 bis, L. 244/2007) è stato chiarito come per "perdita" debba intendersi un *progressivo peggioramento dei conti* (quindi, una sensibile riduzione degli utili rispetto alla situazione anteriore).

A questo si aggiunga il più recente **D. Lgs. 39/2013**, con cui sono state previste anche **cause di incompatibilità**, normativa che doveva essere coordinata armonicamente con le disposizioni di cui al **D.L. 95/2012**. In forza dell'art. 4<sup>10</sup> del decreto legge, infatti, i consigli di amministrazione delle società controllate dalle P.A., dovevano essere composti, in parte, da "dipendenti" dell'amministrazione titolare della partecipazione, mentre ai sensi dell'art. 12 del decreto legislativo è stabilito che gli incarichi dirigenziali nelle P.A. e nelle società pubbliche siano incompatibili con il ruolo di presidente (o A.D.) nella stessa società; più precisamente, le incompatibilità sono relative agli "*organi di indirizzo*", volendosi con ciò riferire ai *soggetti con delega di gestione diretta*, per cui anche in relazione alla figura del presidente deve intendersi quello munito di delega.

Ebbene, tenendo conto delle finalità (del D. Lgs. 39/2013) di prevenire possibili casi di corruzione derivanti dall'assunzione, in capo alla stessa persona, di funzioni gestorie e di amministrazione sia presso l'ente conferente l'incarico che nell'ente controllato (ed anche cercando di contemperare tali scopi con quelli di contenimento della spesa del D.L. 95/2012), possiamo concludere che i dirigenti possano cumulare la carica di consigliere purché privo di delega<sup>11</sup>. Analogamente, la dottrina si è interrogata in merito alla figura (astrattamente concepibile nel diritto societario) del direttore generale e amministratore delegato in un unico soggetto, ritenendola in linea teorica ammissibile ove *il ruolo di direttore generale e di dirigente non si sovrappongano*<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Articolo successivamente sostituito dall'art. 16 del D.L. 90/2014. Sul punto, vedi anche la sentenza della Corte dei Conti Toscana, n. 263/2014 e la circolare n. 6/2014 del Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione.

<sup>11</sup> Vedi delibera n. 47/2013 e orientamento n. 12/2015 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

<sup>12</sup> *Le nomine nelle società degli enti locali: "quarantena" per i politici*, S. Pozzoli, C. Bonaduce e N. Sergeeva, *Il Sole 24 Ore diritto e pratica amministrativa*, giugno 2013.

Al solo scopo di chiudere il cerchio del discorso, si è lasciata per ultima una tematica che, in realtà, ben potrebbe essere affrontata per prima: la natura da attribuire all'atto di nomina. Come si comprende, infatti, gran parte delle problematiche sopra descritte affondano le proprie radici (e, di conseguenza, trovano la propria soluzione) in tale questione. Lungi dall'essere una riflessione meramente teorica, quindi, la qualifica di "provvedimento amministrativo" oppure di atto di natura privatistica (espressione del diritto assegnato all'ente quale socio), permette di risolvere anche i dubbi circa l'attribuzione, o meno, delle relative controversie al giudice ordinario (e le relative facoltà di sostituzione con un amministratore giudiziario *ex art. 2409 c.c.*), ovvero la risarcibilità, o meno, in caso di revoca per giusta causa.

Ebbene, a fronte di un prevalente orientamento dottrinale tendente ad inquadrare l'atto di nomina nell'alveo amministrativistico, si è successivamente sviluppata un'opinione di segno opposto. In tempi più recenti, infatti, la dottrina prevalente sembra orientata verso un restringimento della contaminazione pubblicistica del modello societario, in forza (a) dell'avviato processo di privatizzazione delle imprese in mano pubblica, (b) del richiamo al principio di eguaglianza di cui al comma 2 del presente art. 2449, nonché (c) delle interpretazioni restrittive in tema di *in house providing* da parte della Corte di Giustizia<sup>13</sup>.

Ciò nonostante, ai fini di una corretta individuazione e qualificazione della natura societaria, sarebbe opportuno soffermarsi su alcuni elementi, quali la fase di costituzione della società e la sua organizzazione, unitamente all'attività svolta ed allo scopo sociale; gli stessi, infatti, sono determinanti nello stabilire – caso per caso – se propendere per la natura amministrativa, o per quella privata<sup>14</sup>. Il fatto che la società fosse stata costituita con un atto legislativo e che non svolgesse attività d'impresa (mancando il carattere dell'assunzione del rischio, anche in forza dell'attribuzione delle risorse finanziarie per il normale funzionamento) perseguendo un interesse pubblico<sup>15</sup>, congiuntamente al fatto che i diritti dell'azionista fossero esercitati da un soggetto terzo (cioè non titolare della partecipazione, seppur rientrante nell'alveo dell'amministrazione socia), ha consentito al giudice amministrativo<sup>16</sup> di concludere che "una società pubblica che svolge, esternamente, attività non economica ma

<sup>13</sup> Cavazza, *N.L.C.C.*

<sup>14</sup> *La natura degli atti di nomina degli amministratori di società partecipate dallo Stato*, S. Del Gatto, *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 6, 613.

<sup>15</sup> Sulla distinzione tra società pubbliche operanti come "società di mercato" e quelle operanti come "semi amministrazione", v. anche A. Massera, *Le Società pubbliche*, *Giornale Dir. Amm.*, 2009, 8, 889.

<sup>16</sup> Cons. Stato, Sez IV, n. 122/2013.

*di rilievo amministrativo corrispondente agli interessi pubblici... non può qualificarsi come privata. Tale qualifica, pertanto, si riflette sull'attività interna alla società e sulla preposizione dei suoi organi. Le pubbliche amministrazioni agiscono attraverso propri organi che... vengono in concreto costituiti con un'investitura che avviene mediante procedimenti amministrativi elettivi o di nomina, tali da instaurare un rapporto d'ufficio con l'ente."*

Considerazioni, queste, da tenere bene a mente quando tratteremo il tema dell'abuso della personalità giuridica, ove si ripresenteranno specificamente tutti i suddetti concetti.