

## LA NOMINA DEGLI AMMINISTRATORI E DEI SINDACI NELLE SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA SULLA PROROGATIO DEGLI ORGANI DEGLI ENTI PUBBLICI

Riccardo Ursi

*(Professore associato di diritto amministrativo, Università di Palermo)*

*5 maggio 2005*

SOMMARIO: 1. premessa; 2. *prorogatio* delle nomine ed indirizzo politico; 3. rapporti tra la legge n. 444/1994 e l'art. 2449 c.c.; 4. la società a prevalente capitale pubblico come modello differenziato.

1. L'applicazione della disciplina di cui alla legge 15 luglio 1994 n. 444 alle nomine degli organi delle società in mano pubblica costituisce uno dei temi sui quali si può evidenziare il carattere derogatorio che l'uso a fini pubblici della società per azioni determina sull'impianto del codice civile.

Come è noto, la legge n. 444/1994 dispone che gli organi amministrativi non ricostituiti sono prorogati per non più di quarantacinque giorni, decorrenti dal giorno della scadenza del termine medesimo; che nel periodo in cui sono prorogati, gli organi scaduti possono adottare esclusivamente gli atti di ordinaria amministrazione, nonché gli atti urgenti e indifferibili con indicazione specifica dei motivi di urgenza e indifferibilità; che gli atti non rientranti fra quelli di ordinaria amministrazione, adottati nel periodo di proroga, sono nulli; che decorso il termine massimo di proroga senza che si sia provveduto alla loro ricostituzione, gli organi amministrativi decadono e tutti gli atti adottati dagli organi decaduti sono nulli. Ai sensi di quanto previsto dall'art. 1 di tale legge, inoltre, queste disposizioni si applicano altresì alle persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica. Dunque, per il rinnovo degli incarichi di amministratore, sindaco o componente del consiglio di sorveglianza delle società per azioni con capitale pubblico maggioritario non trova applicazione la disciplina prevista dagli artt. 2385 e 2400 c.c. secondo i quali, la scadenza, degli amministratori e dei sindaci ha

effetto nel momento in cui il consiglio di amministrazione e il collegio sindacale vengano rispettivamente ricostituiti.

La norma in esame induce a riflettere in ordine alla presunta permeabilità dell'impianto codicistico a discipline speciali che diano adito a regimi differenziati e a modelli eterodossi.

In questo senso, occorre domandarsi se quello della società a partecipazione pubblica maggioritaria, preso in considerazione dall'art. 1 della legge n. 444/1994, configuri *ex se* un modello differenziato rispetto alla società per azioni di diritto comune, in ragione della prevalenza delle risorse impiegate nel capitale di rischio la cui gestione non può che essere funzionalizzata allo scopo pubblico ulteriore e, come tale coinvolta nel circuito della responsabilità politica.

L'analisi che si prospetta intende succintamente evidenziare alcuni spunti di riflessione che spingono verso una lettura del fenomeno della *governance* delle società in mano pubblica nella logica dell'indirizzo politico amministrativo ed, in questa prospettiva, nel riconoscimento anche alle norme in esame della funzione di presidio dell'interesse pubblico al corretto utilizzo delle risorse pubbliche deputate a capitale di rischio.

In via preliminare, tuttavia, occorre sottolineare che l'approccio seguito dalla presente analisi intende sfuggire al richiamo, non sempre privo di un qualche fondamento, offerto delle letture sostanzialistiche dell'ente pubblico in forma societaria, atteso che in questa sede si vuole optare per una ricostruzione del fenomeno attenta più al profilo degli interessi tutelati che alla dinamica delle figure soggettive pubbliche.

2. La dottrina ha avuto modo di porre in risalto come il potere di nomina è lo strumento per contemperare l'esigenza di unità dell'indirizzo e l'autonomia degli organismi. Tale contemperamento interessa tutti i livelli istituzionali, laddove si tratta di garantire costanza di collegamenti e un quadro comune di riferimento progettuale fra i vari soggetti del decentramento funzionale e gli indirizzi degli enti politici di riferimento.

Nell'assetto istituzionale attuale, caratterizzato da una progressiva affermazione del vincolo di mandato elettorale in ragione di un mercato politico competitivo personalizzato, l'indirizzo politico gioca il ruolo di collante tra la responsabilità politica degli organi di governo e i soggetti deputati alla cura concreta degli interessi pubblici. L'adesione da parte del legislatore degli anni novanta ad un sistema, forse definito impropriamente, di *spoils system*, che lega, anche giuridicamente, all'interno del rapporto fiduciario il nominante al

nominato, si pone come approdo di una evoluzione che, paradossalmente, intendeva operare una più nitida distinzione tra politica e amministrazione.

In questo senso, si coglie il riferimento espresso della norma contenuta nell'art. 6 della legge 15 luglio 2002, n. 145 secondo la quale “le nomine degli organi di vertice e dei consigli di amministrazione (...) delle società controllate o partecipate dallo Stato, (...) conferite dal Governo o dai Ministri nei sei mesi antecedenti al scadenza naturale della legislatura (...) possono essere confermate, revocate, modificate o rinnovate entro sei mesi dal voto di fiducia al Governo”. La disposizione in esame costituisce un'obiettiva novità attesa che, all'interno di un progressivo fenomeno di personalizzazione del sistema amministrativo, impone la necessaria presenza di un rapporto di fiducia tra vertice politico e soggetti preposti al vertice delle società in mano pubblica. Strettamente interpretata, la norma sembra indirizzata ad evitare che la nomina degli amministratori, quando avvenuta a ridosso della scadenza del mandato dell'esecutivo precedente, possa ingenerare seri dubbi in ordine alla loro capacità di realizzare gli obiettivi politici del nuovo Governo. Ma proprio tale rilievo non può che segnalare l'emersione, a livello normativo, dell'indirizzo politico anche nella gestione delle società in mano pubblica. La novità della disposizione si apprezza alla luce della considerazione che in passato si è sempre ritenuto che la permanenza in carica del titolare degli organi di vertice delle società pubbliche fosse indifferente all'eventuale cambiamento dell'autorità che lo aveva nominato. La nuova disciplina, al contrario, segna l'emersione di un rapporto fiduciario, o meglio, determina l'effetto peculiare che, con l'insediamento del nuovo Governo, gli incarichi di questo tipo debbano subire il vaglio di una peculiare valutazione sulla base del rapporto fiduciario. Infatti, l'art. 6 non ha previsto alcun meccanismo di automatica cessazione, ma, al contrario, dispone un apprezzamento dell'operato degli amministratori secondo parametri di natura tecnica relativi alla capacità del titolare dell'ente di svolgere l'incarico in coerenza dell'indirizzo politico. Vi è, in altri termini, una necessaria valutazione, da parte del nuovo Governo, dei presupposti soggettivi che lo legittimano a procedere all'eventuale ricambio del vertice dell'ente. In sostanza, nel rapporto tra amministratori di nomina pubblica ed ente pubblico, si inserisce una variabile in più, che accresce l'area della dipendenza, non più in ragione della capacità di svolgere il proprio mandato secondo gli scopi pubblicistici sottesi alla corretta gestione dell'attività imprenditoriale della società ma, altresì, in ragione di una “compatibilità politica”. Ciò sulla base della considerazione che, in un sistema policentrico, la scelta degli amministratori degli enti da parte di organi politici è uno dei modi per ricondurre al circuito della responsabilità politica aree dell'amministrazione che vengono organizzate in maniera separata.

A tale processo evolutivo non può che ricondursi anche la disciplina che regola la proroga degli organi scaduti, escludendo il meccanismo della c.d. *prorogatio sine die* che, come si è detto, costituisce invece la regola prevista dal codice civile.

Infatti, una volta connotata in senso fiduciario la nomina degli amministratori e dunque, avendo riconosciuto un alto tasso di politicità anche nella scelta dell'amministratore di società in mano pubblica, occorre stabilire alcuni contrappesi che garantiscano il rispetto dei principi di imparzialità e legalità correlati agli interessi che la società stessa intende soddisfare. In quest'ottica, vengono oggettivamente predeterminati i requisiti professionali necessari per ricoprire un incarico dotato di particolare tecnicismo e, soprattutto, viene imposta una durata temporalmente circoscritta della carica.

Alla luce di quanto segnalato anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 208/1992, sembra corretto ritenere che la norma sulla *prorogatio* si pone quale meccanismo di garanzia in ordine alle basi di legittimazione dei titolari degli organi, al fine di evitare il consolidarsi di interessi a carattere individualistico scorporati dal circuito della responsabilità politica. Dunque, se il sistema della *prorogatio sine die* si fonda sul criterio efficientistico della continuità dell'organo, la predeterminazione della durata della proroga rispetto alla scadenza sembra essere, invece, lo strumento per contemperare l'esigenza di flessibilità della gestione societaria e il principio di legalità connesso alla funzionalizzazione dell'attività – *rectius* delle risorse gestite- ad interessi pubblici.

In altre parole, ritenendo la società in mano pubblica, in quanto modulo organizzativo, uno strumento di governo, la predeterminazione della durata della proroga offre, sul piano della legittimazione dei titolari degli organi sociali, la necessaria certezza in ordine al compimento delle scelte gestionali e all'imputazione politica delle stesse.

Al contrario, la disciplina tracciata dall'art. 2385 c.c. è esponentiale di un sistema di rapporti focalizzato sull'elemento della continuità dell'organo, più che sull'emersione delle dinamiche istituzionali nascoste dietro il potere di scelta. Al riguardo, si può sicuramente sottolineare la natura eterodossa della normativa di cui alla legge n. 444/1994, la quale mira ad evidenziare un nesso di consequenzialità tra scelta dell'amministratore ed attività dello stesso in seno agli organi sociali, seppur all'interno di uno specialissimo ambito di autonomia gestionale, perimetrato dall'oggetto sociale e dalla funzionalizzazione dell'attività di impresa a scopi pubblici.

Le premesse tracciate conducono a ritenere che l'amministratore di nomina pubblica sia portatore, in termini oggettivi, dell'interesse pubblico *alla* società – in ragione del corretto e funzionalizzato utilizzo delle risorse pubbliche investite nel capitale di rischio - e, perciò

stesso, egli sia legato da un rapporto di soggezione con l'ente pubblico che lo nomina; anche se, a ben vedere, il rapporto fiduciario si connota, in maniera più puntuale, in termini soggettivi, in ordine alle dinamiche politico-istituzionali dell'ente pubblico stesso. Proprio in ragione del rapporto soggettivo connesso all'incarico, il legislatore ha prestabilito una disciplina che, sanzionando la condotta omissiva di chi deve procedere alla nomina, intende garantire che gli organi di governo siano sempre, in ultima istanza, politicamente responsabili delle scelte gestionali maggiormente rilevanti.

Se in epoca antecedente alle rilevanti riforme degli anni novanta, le nomine pubbliche nelle società erano oggetto di mediazione politica anche attraverso convenzioni che regolavano il potere di nomina tra i vari attori (in questo senso il sistema previsto dal codice civile era congeniale a tutelare la vita societaria rispetto alle prassi dilatorie scaturenti dalla contrattazione politica), con il riferimento alle società di cui all'art. 1 della legge n. 444/1994, il legislatore ha inteso procedere all'adeguamento di questo delicatissimo settore al nuovo sistema politico-istituzionale, in modo tale da approntare strumenti di tutela chiari al fine di eliminare forme di crisi decisionale le quali mal si concilierebbero con l'attuale modello di responsabilità politica diretta del governo.

3. La ricostruzione fornita muove dalla inclusione del fenomeno della regolazione delle *prorogatio* degli organi dopo la scadenza all'interno del fenomeno della eterogenesi della nomina degli amministratori a cui fa riferimento l'art. 2449 c.c. Anzi, come autorevolmente sostenuto, le norme contenute nella legge n. 444/1994 costituirebbero la disciplina specifica del potere di nomina extra-assembleare solo previsto nel codice.

Tale affermazione è condivisibile in linea di principio, poiché il meccanismo previsto dall'art. 2449 è lo strumento che consente la configurazione di un potere di indirizzo in capo all'organo di governo dell'ente socio; anche se, giova ribadirlo, nell'ambito del perimetro dell'oggetto sociale e della natura necessariamente imprenditoriale dell'attività.

Tuttavia, occorre rilevare che, in termini generali la legge n. 444/1994 non riferisce al potere di nomina nelle sue forme più variegate, bensì più correttamente alla disciplina della ricostituzione degli organi: in questa prospettiva, il riferimento, di cui all'art. 1, alle persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica, quando alla nomina dei componenti di tali organi concorrono lo Stato o gli enti pubblici, non implica una stretta identità con la previsione contenuta nell'art. 2449 c.c. Infatti, si può verificare il caso di una nomina assembleare alla quale ha "concorso" – attraverso la semplice designazione "vincolata" – l'ente pubblico, o gli enti pubblici, detentori della maggioranza delle azioni. Ciò posto,

sembra che le regole di *prorogatio* per gli organi sociali scaduti siano, anche in questo caso, quelle previste dalla legge n. 444 anziché quelle stabilite nell'art. 2385 c.c. In linea con tale ipotesi ricostruttiva si ritiene che il consiglio di amministrazione debba convocare l'assemblea per il rinnovo delle cariche sociali in un tempo congruo tale da consentire che la scelta avvenga non più tardi dei 45 giorni dalla scadenza, pena il verificarsi di una delle cause di scioglimento previste dall'art. 2484 e conseguente avviamento delle procedure di liquidazione.

Un ulteriore profilo appare interessante rilevare: l'applicazione dell'art. 3, comma 2, della legge n. 444/1994 determinerebbe in capo agli amministratori in regime di proroga legale lo stesso vincolo previsto dall'art. 2486 c.c. quando si verifica una causa di scioglimento.

La legge n. 444, allora, non fornirebbe solo una disciplina che l'art. 2449, ma, in maniera più ampia, fisserebbe dei principi validi per le società a capitale pubblico prevalente.

4. La dottrina ha guardato con perplessità ad una disciplina che limita l'ambito applicativo della legge in esame solo alle società il cui capitale è in maggioranza pubblico. In particolare, attesa la rilevanza del profilo strutturale anziché di quello funzionale, si preclude una regolamentazione della scadenza degli organi di società a partecipazione pubblica minoritaria (art. 116 del D.lgs. n. 267/2000) i quali svolgono attività di rilevante interesse pubblico; in altri termini, si regolerebbe il rinnovo delle cariche per società a responsabilità limitata che svolgono funzioni di scarsa incidenza sul piano degli interessi della collettività (ad es. servizio pulizia).

In realtà, la spiegazione è facilmente rinvenibile proprio nel dato strutturale rinvenibile nella natura delle risorse che sono utilizzate per l'organizzazione sociale. Infatti, è il carattere pubblico delle risorse, in quanto provenienti soprattutto dalla fiscalità, che impone un regime differenziato anche con riferimento alla durata degli organi.

In altra sede, si è avuto modo di sottolineare come nell'impresa pubblica la funzionalizzazione alla cura degli interessi pubblici non sia predicato dell'attività, bensì delle risorse impiegate per il suo svolgimento. L'assunzione del rischio di impresa in capo alla collettività determina la necessaria finalizzazione delle risorse, sul piano operativo, alla prestazione di utilità di rilievo collettivo. Dal punto di vista dell'imprenditore pubblico la discrezionalità nelle scelte gestionali deriva dalla circostanza che questi utilizzi risorse destinate alla cura di interessi pubblici. La regolamentazione della sua attività da parte dell'ente esponenziale della collettività di riferimento connota, dal punto di vista esterno, la

quantità e la qualità della produzione, ma non ne permea la gestione interna, la quale, per diritto comune, dovrebbe rispettare solo le regole proprie dell'economicità. Infatti, ai fini della regolamentazione del servizio pubblico vi è dunque una sostanziale indifferenza rispetto alla natura pubblica o privata del soggetto gestore del servizio. Al contrario, dal punto di vista delle risorse impiegate, ossia del capitale di rischio, la natura pubblica o privata delle stesse assume preminente rilevanza proprio in ordine alla responsabilità delle scelte imprenditoriali, le quali, giova ribadirlo, non sono libere, ma appunto discrezionali.

In questo senso, si può ritenere che quando sussiste la prevalenza del capitale sociale, il regime previsto dal codice civile subisce delle deroghe, giustificate dalla garanzia del corretto e discrezionale uso delle risorse pubbliche impiegate. Tali deroghe alterano il tipo società per azioni (ammesso che di tipicità si possa parlare), configurando un modello *sui generis* caratterizzato dalla permeabilità delle regole privatistiche alla dinamica degli interessi politico-istituzionali ed agli strumenti di garanzia dei principi di legalità e imparzialità che connotano le organizzazioni pubbliche.

A conferma di tale ricostruzione vi è, con riferimento alla *governance* societaria oltre il regime della *prorogatio* degli organi, la sussistenza del controllo della Corte dei Conti (Corte Cost., 28 dicembre 1993, n. 466), e la sottoposizione alla giurisdizione del giudice contabile per gli amministratori (Cass. S.U., 26 febbraio 2004, n. 3899).