

LUISS (Libera Università Internazionale degli Studi Sociali) Guido Carli

FACOLTÀ DI ECONOMIA

**La *corporate governance* tra mutamenti normativi
ed evoluzione dei modelli aziendali**

Roma, 10 maggio 2005

**Sezione pomeridiana (ore 15.00): Tavola Rotonda
“Il ruolo degli amministratori indipendenti” (a cura di Ned Community)**

(Moderatore: Prof. Giorgio Di Giorgio (Luiss). Partecipano alla Tavola Rotonda: Prof. Avv. Giorgio Bernini (Studio Bernini associato a Baker & McKenzie), Dott. Attilio Piero Ferrari (Arca Sgr), Avv. Gianfranco Negri Clementi (Studio legale NCTM), Dott. Mario Zanone Poma (Intesa Mediocredito – Presidente Ned Community))

L'amministratore non esecutivo/indipendente nel contesto di società a capitale pubblico

Relazione del

Prof. Avv. GIORGIO BERNINI,
LL.M., S.J.D., Michigan Law School;
già Ordinario nell'Alma Mater Studiorum Università di Bologna;
Special Counsel, Studio Bernini associato a Baker & Mc Kenzie, Bologna

SOMMARIO

1.	Criteri guida del presente intervento.....	3
2.	Definizione dell'amministratore non esecutivo/indipendente.....	4
3.	L'amministratore indipendente/non esecutivo nel contesto di società a capitale pubblico.	6
4.	La società a capitale pubblico e le ripercussioni sulla figura istituzionale e sul <i>modus agendi</i> dell'amministratore non esecutivo/indipendente	9
5.	La Società per azioni in mano pubblica.....	12
6.	Il punto circa la responsabilità degli amministratori.....	16
7.	Sulla ammissibilità della giurisdizione della Corte dei Conti.....	18
8.	La collocazione di amministratori indipendenti in seno a società in mano pubblica è concepibile solo ove l'azionista-Stato ne preordini in termini sistematici e generali i criteri di scelta e le modalità di nomina.....	20
9.	Il requisito di indipendenza nel processo di nomina degli amministratori: il meccanismo del c.d. "voto di lista" delle società pubbliche privatizzate.	24
10.	Partecipazione di amministratori indipendenti alla gestione di società in mano pubblica: prospettive future.	26

1. Criteri guida del presente intervento.

Le osservazioni che mi accingo a fare esprimono anche il contributo del gruppo di lavoro costituito nel contesto del programma di studio e ricerca organizzato dalla Ned Community, associazione di amministratori indipendenti, che ha di recente visto la luce a Milano. Del gruppo di lavoro fanno parte, oltre al sottoscritto, il Prof. Giovanni Fiori nella veste di coordinatore, l'Avv. Paolo Pasini e l'Ing. Giuliano Mari. Le osservazioni stesse, inoltre, si ricollegano, nel contesto di questa Tavola Rotonda, ad alcuni interventi strettamente connessi ai temi che verranno da me affrontati.

Un primo intervento, ad opera del Dott. Dario Scannapieco, è dedicato alla “*Corporate Governance* nelle società a partecipazione pubblica: problemi e prospettive”; gli ulteriori interventi, ad opera del Dott. Attilio Piero Ferrari, dell'Avv. Gianfranco Negri Clementi e del Dott. Mario Zanone Poma, sono intesi ad identificare il punto della situazione per quanto riguarda l'apporto già maturo e qualificato, riconducibile all'attività della Ned Community in tema di amministratori non esecutivi, ovvero, per usare una terminologia più generale anche se non perfettamente coincidente con la precedente definizione, amministratori indipendenti.

L'intervento del Dott. Dario Scannapieco rappresenta la visione proprietaria del capitale: e, cioè, dello Stato che, nella veste di azionista della società organizzata secondo schemi codicistici, si pone quale interlocutore dell'amministratore che dell'azionista è espressione nel contesto istituzionale della struttura societaria. Il tema della *corporate governance*, dunque, viene così direttamente affrontato perché, nella sua più intima essenza, la *corporate governance* si colloca quale strumento operativo nel cui ambito si colloca, con precipuo rilievo, proprio il rapporto tra amministratore

ed azionista, binomio essenziale su cui riposa la gestione dell'impresa organizzata in forma societaria.

Gli interventi che si riferiscono all'attività della Ned Community costituiscono una *species* del più ampio *genus* cui si riconduce la collocazione istituzionale ed operativa di una tipologia speciale di amministratore, che impersonifica, tramite un rapporto organico, lo svolgersi della gestione imprenditoriale. La *species de qua*, infatti, è costituita dall'amministratore non esecutivo o indipendente, cui si riconduce l'esigenza, oramai generalmente riconosciuta, di una *corporate governance* trasparente ed efficace, neutrale ed impegnata al meglio di scienza e coscienza nel perseguimento dell'interesse della società, senza sviamenti di potere, conflitti di interesse o parzialità di comportamenti illegittimamente orientati a favore del particolarismo di soci o del vantaggio di terzi.

2. Definizione dell'amministratore non esecutivo/indipendente.

Per quanto riguarda la definizione dell'amministratore non esecutivo, o indipendente, nell'impossibilità di una trattazione autonoma del tema, mi limito ad un riassunto dei risultati raggiunti nella elaborazione in seno alla Ned Community.

Prima di tutto, si è raggiunto un accordo sull'opportunità di ridurre ad un binomio i molteplici aspetti della polivalente figura dell'amministratore non esecutivo, accentuando il rilievo del "*secondary meaning*" espresso tramite l'impiego dell'aggettivo "indipendente". Coerentemente con questa premessa, si sono enucleati due criteri: il primo, fondato sulle "*caratteristiche personali*" dell'amministratore; il secondo, sui "*legami*" tra quest'ultimo e la società, i *managers* e i soci. Si è altresì ritenuto, in proposito, che i due criteri possano perfettamente operare in via

combinata senza che ciò comporti un eccesso di severità/rigidità del criterio di valutazione.

Muovendo da un altro angolo visuale, si è poi riconosciuta la rilevanza delle “modalità di presentazione” del soggetto candidato ad essere qualificato come amministratore indipendente, piuttosto che delle “modalità di nomina”. Il fatto che un amministratore sia indicato nella lista del socio di maggioranza non è, infatti, di per sé indicativo di una sua non indipendenza. Ciò che conta, invece, è la valorizzazione dei principi di trasparenza e di informazione circa le qualifiche della persona, rapportate alle caratteristiche del mercato sul quale è destinata ad operare, in linea con quanto previsto dall’ art. 7 del Codice Preda secondo il quale: “*Le proposte di nomina alla carica di amministratore, accompagnate da un’esauriente informativa riguardante le caratteristiche personali e professionali dei candidati, con indicazione dell’eventuale idoneità dei medesimi a qualificarsi come indipendenti ai sensi dell’art. 3, sono depositate presso la sede sociale almeno dieci giorni prima della data prevista per l’assemblea, ovvero al momento del deposito delle liste, ove previste*”. Da qui, dunque, la rilevanza delle “modalità di presentazione” sulle “modalità di nomina”. Accentuando, infine, l’elemento costituito dai poteri facenti capo all’amministratore, si è richiamata l’opportunità di una qualificazione concreta dell’“amministratore esecutivo”, distinguendo “... *l’ipotesi dell’amministratore dotato di mandato negoziale generale, delegato, per il triennio, alla gestione giornaliera della società con poteri di firma generali (l’amministratore esecutivo), da quella dell’amministratore al quale sono delegati uno o più incarichi specifici e temporanei (l’amministratore non esecutivo)*”.

Alla luce di quanto sopra, si è parimenti raggiunto un accordo sulla conclusione della non incompatibilità di principio tra l’incarico “esecutivo” e l’indipendenza di

giudizio dell'amministratore, talché può dunque “*configurarsi la fattispecie dell'amministratore indipendente anche se delegato a un qualche incarico esecutivo*” (punto C del paragrafo 1.3 intitolato “Le indicazioni della Ned Community” a pag. 9 del *working paper*).

Ho semplificato, a titolo di necessaria premessa, una esauriente elaborazione teorico-sistematica, che ha premiato gli sforzi di chi ha contribuito al successo dei primi lavori della Ned Community.

3. L'amministratore indipendente/non esecutivo nel contesto di società a capitale pubblico.

Ciò premesso, e venendo al tema del presente confronto di idee, occorre collocare la speciale figura dell'amministratore non esecutivo/indipendente nel contesto istituzionale e operativo di una società caratterizzata dalla proprietà pubblica del proprio capitale.

In esame del problema in termini scientemente astratti della elaborazione dottrinale che sovente attenua l'impatto di situazioni concrete gravemente pregiudizievoli sul piano operativo, si impone una prima considerazione: nel caso di società in mano pubblica, l'interesse della collettività viene inevitabilmente, anche se non esplicitamente, inserito nel contesto del perseguimento dell'interesse della società da realizzarsi, in quanto tale, mediante la sola realizzazione dell'oggetto sociale. Infatti, la proprietà pubblica del capitale inevitabilmente comporta, in capo all'amministratore, doveri, anche se non statutariamente esplicitati, che eccedono il dovere fondamentale teso al conseguimento di un lucro, posto che in tale proprietà trovano espressione interessi della comunità di respiro più ampio, come, *inter alia*, il diritto alla mobilità, la sicurezza, la tutela dell'ambiente, lo sviluppo sostenibile, il

turismo, l'integrazione a livello europeo, l'interoperabilità dei vari sistemi a rete e l'integrazione a livello transfrontaliero, per non citare che gli esempi più clamorosi.

In un contesto del genere l'amministratore dovrà essere ben conscio dell'ottica più allargata alla quale ispirare il proprio *modus operandi*. Pertanto egli dovrà travalicare, nella misura del necessario, dal più ristretto fine della gestione dell'impresa in forma societaria secondo criteri ottimali di economicità, facendosi così, almeno *lato sensu*, tutore, nell'esercizio delle proprie funzioni, anche degli interessi della collettività. E' chiaro che il problema di base rimane, in tale contesto, quello della fonte e della correttezza di questa legittimazione allargata, e che comporta la necessaria conciliazione dei diversi interessi in campo.

Posto in questi termini generali, il discorso vale, ovviamente, sia per le società non quotate, che per quelle quotate in borsa, articolandosi diversamente a seconda della generalità o della specialità degli interessi collettivi perseguiti tramite lo strumento della società pubblica. Ad esempio, per non citare che le più importanti, l'ENI, l'ENEL, le Ferrovie dello Stato, l'Alitalia e le Poste, società ove giocano interessi proprietari che coinvolgono intuitive istanze globali della collettività, si distinguono dalle società municipalizzate, ove il valore aggiunto che travalica i confini della patrimonialità dell'interesse perseguito è più agevolmente identificabile caso per caso.

In tale contesto diventa sempre più importante individuare, definendole, le ripercussioni derivanti dalla proprietà pubblica del capitale sulle qualità professionali, nonché sul *modus agendi* dell'amministratore in genere, e di quello non esecutivo, o indipendente, in particolare. Ciò, tenendo soprattutto in considerazione la plausibilità, a fronte di una proprietà pubblica del capitale, dell'attribuzione

all'amministratore di un margine di discrezionalità e poteri sufficiente a giustificare la qualifica di indipendente.

L'istanza di cui sopra va verificata tenendo soprattutto conto della peculiarità che caratterizza la relazione tra amministratore ed azionista, rappresentata, nel nostro caso, dallo Stato. In passato, lo Stato azionista esprimeva i propri orientamenti all'amministratore di società pubbliche attraverso un meccanismo istituzionalizzato, il cui vertice era costituito dal Ministero delle Partecipazioni Statali, del quale, peraltro, non sento il rimpianto, nel perseguimento di una personale vocazione liberalizzatrice. Tuttavia, per dare a Cesare quello che è di Cesare, non posso esimermi dal riconoscere che, per quanto riguarda l'amministratore pubblico, la situazione risultava, all'epoca, più lineare: le direttive dell'azionista erano esplicite e ad esse poteva ispirarsi l'amministratore stesso, pur nel rispetto del suo inalienabile margine di discrezionalità. Oggi, il rapporto tra l'azionista/Stato e l'amministratore/manager pubblico è certamente meno cristallino, talché quest'ultimo può incontrare difficoltà nell'interpretare, talvolta addirittura divinare, il pensiero dell'esecutivo quanto al doveroso bilanciamento tra scopo di lucro e soddisfacimento degli interessi generali della collettività.

Il problema è tanto vero e reale che il Presidente Manin Carabba, allora in carica presso la Corte dei Conti, ebbe a denunciare la confusione esistente nei rapporti tra Stato e management pubblico. Di ciò egli indicava i rischi anche sotto il profilo della responsabilità degli amministratori pubblici.

A scopo illustrativo di quanto sopra sommariamente accennato, senza alcuna pretesa di completezza, in termini volutamente non legali mi riservo di aggiungere, nel prosieguo, diverse considerazioni di ordine tecnico-giuridico circa temi che mi

appaiono oggi particolarmente “aperti”, chiedendo sin d’ora venia per le inevitabili generalizzazioni imposte dalla sinteticità della trattazione.

4. La società a capitale pubblico e le ripercussioni sulla figura istituzionale e sul *modus agendi* dell’amministratore non esecutivo/indipendente

E’ noto come il ruolo ed il *modus operandi* degli amministratori di nomina pubblica, considerato il rapporto che li lega agli enti preponenti, sono estremamente diversi a seconda delle funzioni e della genesi della società. Al riguardo mi preme sottolineare preliminarmente come solo una recente linea interpretativa del Consiglio di Stato a favore della connotazione privatistica del rapporto tra ente pubblico ed amministratori (nel caso di società mista a capitale pubblico maggioritario) si sia sforzata di liquidare cent’anni di dibattito dottrinale e giurisprudenziale, non esaurendo, tuttavia, la multidimensionalità dei modelli di relazione tra ente ed amministratori e, così, limitando la portata esaustiva della soluzione proposta. Mi riferisco, in particolare, alla sentenza del Consiglio di Stato del 25 marzo 2003, n. 3346 ove i giudici, con riguardo al tema del rapporto tra ente pubblico preponente e amministratore nel caso di società mista a capitale pubblico maggioritario, hanno affermato che: “L’inconfigurabilità nella specie di un potere pubblico si fonda (...) sul rilievo che, mentre quest’ultimo postula la sua diretta derivazione da una disposizione legislativa, la facoltà di nomina degli amministratori non risulta costituita in capo agli enti pubblici direttamente dall’art.2458 c.c. (che contempla la sola possibilità che tale potestà venga attribuita a quel tipo di soci in sede statutaria) ma dalla conforme (e libera) determinazione costitutiva della società. La genesi pattizia e convenzionale del potere nella specie esercitato impone, in definitiva, di negare qualsiasi suo carattere pubblicistico ed impedisce, al contempo, di ravvisare

nella relativa determinazione gli estremi della cura dell'interesse generale, che esigono la diretta finalizzazione del provvedimento al perseguimento di un bisogno pubblico”.

La scelta netta a favore della connotazione privatistica del rapporto tra ente pubblico ed amministratori è, a mio modo di vedere, aperta a perplessità, se non addirittura a rilievi critici, in quanto non accompagnata dalle doverose motivazioni in merito alla sopra accennata multidimensionalità del fenomeno. Il tema in questione è, infatti, molto discusso sia in giurisprudenza che in dottrina con un dibattito aperto da Ascarelli già nel 1933. Fin dalle osservazioni di Ascarelli in *Controllori e amministratori nell'anonima di Stato*, del 1933, e in *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, del 1959, e dalla sentenza della Corte di Cassazione *Ente Siciliano per la Promozione Industriale (E.S.P.I.)*, n. 4139 del 1982, infatti, si è discusso della differente ragione della partecipazione pubblica e della differente natura del rapporto ente-amministratore. E' in questo contesto problematico che si colloca l'ulteriore sfaccettatura del rapporto tra amministratore ed ente, caratterizzato dalla specificazione che si tratta, nell'ottica di questa indagine, di un amministratore indipendente.

Ciò implica una duplice considerazione di natura preliminare. In primo luogo, e in ottica generale, che a fronte della natura pubblica dell'azionista, in rapporto al quale è difficile distinguere poteri di imperio di natura *lato sensu* politica da poteri di ordine giuridico scaturenti dalla disciplina societaria, è lecito (*rectius* doveroso) domandarsi se, e in caso positivo in quale misura, esista uno spazio di azione per l'amministratore indipendente. In secondo luogo che, a fronte di una risposta positiva al primo quesito, nell'accertare compiti e funzioni dell'amministratore indipendente

nell'ambito di società pubblica, non si potrà prescindere dalla tipologia di società volta per volta posta sotto esame.

A fronte di una duplicità di domande è inevitabilmente simmetrica una duplicità di argomentazione, e, in ultima analisi, di risposta. Ancora in primo luogo, si impone la constatazione che quando la direttiva dell'azionista-Stato affonda le radici nel terreno politico, è inevitabile lo spostamento della relativa problematica sul terreno regolatorio. Pertanto, la doppia veste pubblico-privato, dagli incerti confini nella realtà operativa della gestione societaria da parte degli amministratori, pervade di se l'insieme dei poteri che agli amministratori stessi fanno capo. Nell'impossibilità di tracciare un confine con pretese analitiche, resta parimenti doverosa la, peraltro ovvia, constatazione di un'inversa proporzionalità tra spessore dell'interesse pubblico, consacrato nella regolamentazione, e spazio di autonomia lasciato all'amministratore indipendente. Viceversa, tanto più ampio sarà il margine di operatività lasciato alla gestione imprenditoriale, altrettanto più esteso risulterà il campo in cui l'amministratore indipendente potrà esprimere al meglio i propri poteri-doveri istituzionali intesi al perseguimento dell'oggetto sociale riguardato nel suo più intenso spessore imprenditoriale.

Questa dicotomia trova un'esatta, e peraltro comprensibile, corrispondenza, sul piano della qualificazione della responsabilità degli amministratori, della individuazione dei soggetti nei confronti dei quali tale responsabilità è dovuta, nonché degli organi istituzionali competenti ad accertarne gli estremi, irrogando, quando del caso, le relative condanne e sanzioni.

Ecco dunque profilarsi, quale risultato, una responsabilità di natura pubblica dell'amministratore verso l'azionista-Stato nell'ottica della disciplina regolatoria, che

si affianca alla responsabilità di natura civilistica, dello stesso amministratore, così come sancita dalle norme societarie. Anche il quadro degli organi istituzionali verrà così ad arricchirsi: accanto all'Autorità Giudiziaria Ordinaria, in sede civile e penale, e alla Magistratura Amministrativa, comparirà, infatti, la Corte dei Conti quale giudice attento nel sanzionare le conseguenze di ogni danno erariale.

Puntando, invece, il microscopio sugli operatori a livello gestionale, è doveroso segnalare situazioni in cui un soggetto formalmente di diritto privato si trova a compiere atti e a perseguire attività che producono, per legge, il massimo degli effetti autoritativi in forza dell'esercizio di poteri attribuiti al soggetto stesso da fonti estranee all'*humus* civilistico in cui lo *status* istituzionale di detto soggetto affonda le radici. Poteri, per di più, sottoposti, in diversi settori, al vaglio di Autorità amministrative indipendenti con funzioni di garanzia e penetranti poteri di intervento. Sembra superfluo evidenziare i molteplici riflessi che tale contesto regolatorio è in grado di produrre in capo agli amministratori e, come conseguenza, i relativi campi di indagine che si aprono in ordine alla funzione ed al *modus operandi* degli amministratori non esecutivi di società a capitale pubblico.

5. La Società per azioni in mano pubblica.

E' chiaro come l'assommarsi di poteri di diversa fonte (pubblicistica *versus* privatistica) in capo agli amministratori, oltretutto a rendere sovente evanescente la linea di confine tra detti poteri, riveli una persistente incertezza quanto alla natura stessa della società per azioni in mano pubblica. Infatti, nonostante la citata giurisprudenza del Consiglio di Stato che, almeno in termini di principio, sembra far pendere la bilancia verso il fronte privatistico, rimangono fermi, nella loro portata

non certo atto a semplificare la vita dell'interprete, alcuni punti di contraddizione che mette conto di sintetizzare come in appresso.

5.1. *La disciplina privatistica o pubblicistica applicabile alla SpA in mano pubblica non dipende dalla forma societaria.*

Dopo un iniziale contrasto tra i fautori della tesi privatistica e quelli della tesi pubblicistica, dottrina e giurisprudenza, si sono orientate nel senso di escludere che la semplice veste formale di s.p.a. sia idonea a trasformare la natura pubblicistica di soggetti che, in mano al controllo maggioritario dell'azionista pubblico, continuano ad essere affidatari di rilevanti interessi pubblici.

In particolare il CdS (cfr., Cons. Stato, VI, Caringella c. Interporto toscano Vespucci n. 1478/98 – Foro it, III, 178) ha affermato che:

“ai fini dell'identificazione degli organismi di diritto pubblico .. il requisito della funzionalizzazione dell'ente al soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale va verificato con riguardo alla struttura ed alle attività esercitate dal soggetto, e può ritenersi soddisfatto, sul versante strutturale, dal carattere totale della partecipazione pubblica e, sul piano strutturale, dal fine della gestione, in via esclusiva, di un servizio pubblico, mentre è irrilevante la forma societaria assunta dal soggetto: infatti il perseguimento di uno scopo pubblico non è in contraddizione con il fine sociale lucrativo descritto dall'art. 2247 c.c., dal momento che la presenza di un utile di gestione è del tutto compatibile con la gestione dei servizi pubblici”.

5.2. *Con il sopra citato orientamento giurisprudenziale, il Consiglio di Stato giustifica la propria giurisdizione a decidere su quasi tutte le controversie riguardanti la SPA in mano pubblica. Questo orientamento è criticato dalla recente dottrina giuspubblicista.*

Con tali argomentazioni del Consiglio di Stato, infatti, si perde di vista il fatto che l'ente pubblico e la società per azioni sono due figure giuridiche del tutto distinte fra loro, che non possono essere ricondotte ad unità ed alle quali l'ordinamento ricollega discipline normative diverse¹.

5.3. *La natura pubblica o privata di una SpA in mano pubblica deve essere accertata alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di diritto comunitario degli appalti pubblici.*

Secondo l'attuale orientamento della giurisprudenza comunitaria il fatto che un dato soggetto persegua una finalità generale non è più sufficiente ad attribuire al medesimo natura di organismo di diritto pubblico e la presenza di tale finalità non è più l'unico elemento condizionante la configurazione della figura dell'organismo di diritto, essendo necessario verificare l'effettiva natura (imprenditoriale oppure no) dell'attività esercitata dal soggetto stesso.

In altri termini, l'organismo di diritto pubblico si caratterizza proprio in ragione del suo non essere un soggetto imprenditoriale che, in quanto tale, può eludere le regole del mercato e le logiche imprenditoriali, non essendo condizionato né al perseguimento del lucro, né alla sopportazione del rischio di impresa².

Il *discrimen* fra l'una e l'altra categoria (l'essere "organismo di diritto pubblico" o meno) deve, così, ricondursi al carattere dell'attività e del modello gestionale proprio del soggetto considerato, il quale: (i) se opera al di fuori delle regole della concorrenza, non ha finalità lucrative, può falsarle o eluderle e non obbedisce alle regole dell'imprenditorialità o meglio della autosufficienza economica, e deve, dunque, essere considerato organismo di diritto pubblico; (ii) se, invece, opera nel

¹ M.G. Roversi Monaco, *Forma e funzione nelle società controllate dallo Stato*, in *GiustAmm.it*, Anno VII n. 8/2004, 9.

² M.G. Roversi Monaco, *op.cit.*, 23.

pieno rispetto delle regole della concorrenza, con finalità di lucro e come un'impresa privata che ne sopporta il rischio, sia pure partecipata dal pubblico potere, potrà al più essere considerato, ai fini dell'applicazione della normativa sugli appalti, un'impresa pubblica ma non organismo di diritto pubblico.

5.4. *Il punto cruciale rimane, dunque, quello di accertare se il sopra citato criterio della imprenditorialità (fondato sulla gestione, attività, rischio d'impresa) elaborato dalla giurisprudenza comunitaria in tema di diritto comunitario degli appalti pubblici, può applicarsi anche nell'ambito del c.d. "diritto delle privatizzazioni" per la soluzione della problematica qui in oggetto (natura privata o pubblica di una SpA in mano pubblica).*

Qui il dibattito è aperto. Il problema diventa, dunque, quello di verificare volta per volta la compatibilità fra l'esercizio di un'attività industriale o commerciale per fini lucrativi e l'utilizzazione, in astratto deviante, della società stessa per finalità immediatamente pubblicistiche.

Riprendendo le considerazioni dottrinali a favore della prevalenza della connotazione privatistica della società di interesse nazionale³, ricordo come l'orientamento del Consiglio di Stato di escludere la natura privata dell'ente organizzato in SpA che è stato costituito con un atto di potere legislativo ed in assenza di una pluralità di soci, risulti in frontale contrasto con l'intento perseguito dal legislatore con le leggi sulle privatizzazioni: e cioè sostituire allo Stato dei soci privati nel rispetto dello schema societario⁴.

³ Secondo *inter alia* Galgano, dall'art 2461 del codice civile (ora 2451) "... Emergono i limiti di compatibilità tra la norma della società per azioni e le deroghe di diritto comune dettate da leggi speciali o singole: la società resta tale – ossia un ente di diritto comune - nonostante la particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti" [Galgano F., *Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica*, in *Contratto e impresa*, 1985, I, 364]

⁴ M.G. Roversi Monaco, *op.cit.*

6. Il punto circa la responsabilità degli amministratori.

Come anticipato, la cartina al tornasole circa l'impatto operativo delle teorie sopra riportate, si incentra *in primis* sul tema della responsabilità degli amministratori.

6.1. Quali sono i problemi derivanti dalla nomina degli amministratori di società da parte dello Stato?

La nomina diretta degli amministratori di società da parte dello Stato pone due distinti ordini di problemi. Da un lato, si tratta di stabilire gli esatti termini del coordinamento tra l'intervento pubblico e il regime dell'organizzazione cui lo stesso si riferisce (rapporto amministratore società); dall'altro, di precisare la strumentazione giuridica dei profili extrasocietari (extracorporativi per usare una terminologia in vigore) dell'intera vicenda (atto di nomina e di revoca, rapporto amministratore - ente pubblico nominante). Sul secondo punto la disciplina codicistica è completamente muta, anche sul piano dei semplici indizi.

6.2. Gli artt. 2449 e 2450 c.c. e la tesi di Ascarelli.

Tramite le norme oggi contenute agli artt. 2449 e 2450 c.c. (ante riforma 2458 e 2459 c.c.), il legislatore consente di attribuire rilevanza più immediatamente societaria (corporativa) ad interessi pubblici concernenti l'amministrazione della società. Ciò vale non soltanto per la fattispecie ex. art. 2450, ma anche per l'ipotesi in cui il "privilegio" del soggetto pubblico è correlato alla titolarità di una partecipazione statale (art. 2449)⁵.

Ciò risulta confermato dal noto *revirement* di Ascarelli che ha finito per riconoscere la diretta finalizzazione pubblicistica di entrambe le fattispecie regolate (oggi) dagli artt. 2449 e 2450.

⁵ [P. Abbadessa, op. cit., pg. 370-371]

In un primo tempo Ascarelli aveva affermato la netta distinzione dell'ipotesi in cui la nomina procede dallo Stato azionista (in forza della partecipazione capitalistica posseduta, o indifferentemente, di una speciale riserva legislativa) da quella in cui l'amministratore è designato dal soggetto pubblico indipendentemente dalla sua qualità di socio. Solo nella seconda ipotesi si sarebbero prodotti gli effetti ricollegabili alla venuta in evidenza di un autonomo interesse pubblico separato dalla causa tipica del contratto di società⁶. In un secondo scritto tale conseguenza è significativamente estesa a tutte le ipotesi in cui l'ente pubblico è autorizzato ad intervenire *“indipendentemente dalla propria partecipazione azionaria o indipendentemente da quel concorso alla nomina di amministratori e sindaci che è assicurato dalla partecipazione azionaria”*⁷. Il che significa riconoscere la diretta finalizzazione pubblicistica della regola espressa dall'art. 2449, oltre che naturalmente da quella dell'art. 2450.

6.3. *La responsabilità degli amministratori che disattendono le c.d. “direttive” del socio pubblico o le c.d. “osservazioni” del Ministero: tesi privatistica e tesi pubblicistica.*

La tesi privatistica può così riassumersi: *“...Anche per le SpA in mano pubblica deve (...) permanere un rapporto fiduciario con gli amministratori: pertanto, se costoro disattendono, anche se motivatamente, le “direttive” dei soci o le “osservazioni” del Ministero delle quali devono tener conto, la strada corretta (e che comunque è l'unica concretamente percorribile) non è quella di ritenere vincolanti tali “direttive” o tali “osservazioni” – sovvertendo così il sistema legale, per il quale gli amministratori hanno esclusiva ed inderogabile competenza e responsabilità della gestione sociale -, ma è quella della revoca o sostituzione degli amministratori (con risarcimento danni se la revoca è senza giusta causa)”*⁸.

⁶ [Ascarelli, *Controllori e amministratori nell'anonima di Stato*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1933, I, p.284 ss]

⁷ [Ascarelli, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. Soc.*, 1959, pp.1012 s., nota 20]

⁸ [ex multis F. Bonelli, *Direttive ad amministratori di SpA in mano pubblica*, in *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1985, 12-21]

Secondo la tesi pubblicistica l'atto di nomina instaura, "accanto al rapporto di diritto privato tra la società e l'amministratore, un rapporto continuativo tra l'ente e l'amministratore che è di carattere amministrativo, perché esso partecipa lo Stato o un'altro ente pubblico nell'esercizio di una potestà pubblica che si concretizza nella emanazione di direttive che l'amministratore ha l'obbligo di eseguire e tale obbligo trova sanzione nel potere di revoca attribuito in via esclusiva all'ente (ex art. 2458 comma 2 c.c.)"⁹.

7. Sulla ammissibilità della giurisdizione della Corte dei Conti.

7.1. *L'importanza della sentenza della Corte di Cassazione n. 19667/03 che dichiara la giurisdizione della Corte dei Conti anche per gli atti, non autoritativi, di amministratori e dipendenti degli Enti Pubblici Economici, che siano stati posti in essere nell'esercizio dell'attività imprenditoriale.*

La sentenza deve essere sottolineata perché, di fatto, introduce criteri che estendono la responsabilità amministrativa in capo agli amministratori di società in mano pubblica, e sancisce (seppure implicitamente) il principio della doppia responsabilità, civile e amministrativa, degli amministratori pubblici.

La Cassazione delle Sezioni Unite afferma infatti che:

"Dal momento che l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto od in parte dal diritto privato deve allora ritenersi che, ancorché in forme privatistiche, gli enti pubblici economici – soggetti pubblici per definizione e che perseguono fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura – svolgono dunque anch'essi attività amministrativa, rispetto alla quale tali forme costituiscono nient'altro che lo strumento a tali

⁹ [ex multis Roversi Monaco, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato o dagli enti pubblici*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1965, II, pg. 262 e ss]

fini utilizzabile ed utilizzato. Pertanto, se in ordine alla giurisdizione, che continua ad essere attribuita al giudice ordinario, sulla responsabilità extracontrattuale di amministratori e dipendenti pubblici in danno di soggetti diversi da amministrazioni od enti pubblici, quel che rileva, ai sensi dell'art. 2043 c.c., è che la condotta dell'agente sia contrassegnata da dolo o colpa ed abbia prodotto un danno ingiusto ad essa casualmente collegato (vedasi, da ultimo, Cass. nn. 9260/97, 1045/99, 3132/01 e 3983 e 7630 del 2003), altrettanto è a dirsi per la stessa responsabilità dei medesimi soggetti in danno invece di amministrazioni ed enti diversi da quelli di appartenenza, devoluta invece alla Corte dei conti”

Per delimitare i confini della giurisdizione della Corte dei Conti a seguito della sentenza n. 19667/03 della Cassazione, si devono, volta per volta, individuare gli atti espressione di pubblici fini adottando un criterio di massima che:

“...distingua gli atti di attuazione dello statuto del soggetto privato (statuto, atto costitutivo, norme di funzionamento) che in sostanza riguardano il funzionamento interno del soggetto che dovrebbero essere attribuiti al giudice ordinario; e gli atti di attuazione del contratto di servizio o degli obblighi comunque imposti al soggetto gestore che, invece, denotano finalità pubbliche e che dovrebbero, se dannosi, essere giudicati dalla Corte dei conti”¹⁰

7.2. *La responsabilità dell'ente Stato ex art. 2497 c.c. verso i privati rischia, nei fatti, di essere resa inefficace per via della sopra citata tendenza della giurisprudenza amministrativa a “riscrivere” le norme sulle privatizzazioni.*

La considerazione espressa da Napolitano secondo cui *“la penetrazione dei moduli privatistici nell'organizzazione amministrativa determina ...una reazione inversa dell'ordinamento, che si traduce nell'estensione di discipline pubbliche”*¹¹, risulta in piena sintonia con le argomentazioni svolte da Romagnoli che individua i vari percorsi che

¹⁰ [P.Crea, magistrato della Corte dei conti, *Organizzazione in forma privata di funzioni e servizi pubblici e responsabilità erariale* http://www.amcorteconti.it/articoli/crea_funzioni.htm]

¹¹ Napolitano G., *Soggetti privati <<enti pubblici>>?*, in *Dir. Amm.*, 2003, 801

potrebbe seguire il giudice amministrativo per giungere alla sostanziale esenzione, dei soggetti pubblici, da tale tipo di responsabilità¹².

8. La collocazione di amministratori indipendenti in seno a società in mano pubblica è concepibile solo ove l'azionista-Stato ne preordini in termini sistematici e generali i criteri di scelta e le modalità di nomina.

Già si è visto come l'incertezza che tuttora regna circa i principali temi connessi alla natura delle società in mano pubblica, abbia un impatto determinante sulla qualificazione del procedimento di nomina degli amministratori, sui compiti che gli stessi sono chiamati a svolgere, sui rapporti con l'azionista, sull'ambito di libertà comportamentale e sulla responsabilità che a detti amministratori fanno capo. Abbiamo anche visto, quale interfaccia della stessa problematica, come nel comportamento dell'azionista-Stato che si estrinseca nelle direttive agli amministratori, il momento politico non sia sempre distinguibile dal momento giuridico-economico rilevante nel contesto civilistico dell'universo societario.

Come già premesso, l'amministratore indipendente necessita *inter alia* di uno speciale grado di autonomia, competenza professionale, immunità dal conflitto di interessi e libertà di comportamento per quanto riguarda il perseguimento dell'oggetto sociale. Occorre, quindi, che l'azionista-Stato riconosca queste esigenze di qualità e parimenti garantisca un *plafond* minimo di diritti di libertà. Occorre, inoltre, ed in ultima ed imprescindibile analisi, un'auto-regolamentazione, da parte dello Stato, nel senso della chiarificazione preventiva dell'interesse generale, e quindi dell'atto politico, che intende riversare sulla gestione, e quindi sull'amministratore, di una società pubblica.

¹² [G.Romagnoli, *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *NGCC*, 2004, parte seconda, 214-220]

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze, cui fa capo la rappresentanza degli interessi proprietari dello Stato nel campo azionario, appare conscio delle su menzionate esigenze, come risulta dai criteri guida in tema di scelta degli amministratori contenuti nell'importante documento che si trascrive in appresso.

“DETERMINAZIONE MEF RELATIVA AI REQUISITI RICHIESTI PER L'ACCETTAZIONE DELLA CARICA DI AMMINISTRATORE NELLE SOCIETA' PER AZIONI PARTECIPATE.

L'assunzione della carica di amministratore è subordinata al possesso dei requisiti di seguito specificati. In particolare:

1. I consiglieri di amministrazione devono essere scelti secondo criteri di professionalità e competenza tra persone che abbiano maturato un'esperienza complessiva di almeno un triennio attraverso l'esercizio di:
 - a) attività di amministrazione o di controllo ovvero compiti direttivi presso imprese, ovvero,
 - b) attività professionali o di insegnamento universitario in materie giuridiche, economiche, finanziarie e tecnico-scientifiche, attinenti o comunque funzionali all'attività di impresa, ovvero,
 - c) funzioni amministrative o dirigenziali, presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni, operanti in settori attinenti a quello di attività dell'impresa, ovvero presso enti o pubbliche amministrazioni che non hanno attinenza con i predetti settori purché le funzioni comportino la gestione di risorse economico-finanziarie.
2. **Gli amministratori cui siano state delegate in modo continuativo, ai sensi dell'articolo 2381, comma 2, c.c., attribuzioni gestionali proprie del consiglio di**

amministrazione, possono rivestire la carica di amministratore in non più di due ulteriori Consigli in società per azioni; gli amministratori cui non siano state delegate tali attribuzioni possono rivestire la carica di amministratore in non più di cinque ulteriori Consigli in società per azioni. Ai fini del calcolo di tali limiti, non si considerano gli incarichi di amministratori in società controllate o collegate.

3. La carica di amministratore non può essere ricoperta da colui che:
- a) si trovi in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza previste dall'art. 2382 del codice civile;
 - b) sia stato sottoposto a misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria ai sensi della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni ed integrazioni, salvi gli effetti della riabilitazione;
 - c) sia stato condannato con sentenza irrevocabile, salvi gli effetti della riabilitazione;
 - I. alla reclusione per uno dei delitti previsti nel titolo XI del libro V del codice civile e nel regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;
 - II. 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;
 - III. alla reclusione per un tempo non inferiore a due anni per un qualunque delitto non colposo;

d) sia stato soggetto all'applicazione su richiesta delle parti di una delle pene indicate alla lettera c), salvo il caso di estinzione del reato; le pene previste dalla precedente lettera c), numero I, non rilevano se inferiori ad un anno.

Il difetto dei requisiti determina la decadenza dalla carica. Essa è dichiarata dal consiglio di amministrazione entro trenta giorni dalla nomina o dalla conoscenza del difetto sopravvenuto.

4. Costituiscono cause di sospensione dalle funzioni di amministratore:

- a) la condanna con sentenza non definitiva per uno dei reati di cui al precedente punto 3, lettera c);
- b) l'applicazione su richiesta delle parti di una delle pene di cui al precedente punto 3, lettera d) con sentenza non definitiva;
- c) l'applicazione provvisoria di una delle misure previste dall'articolo 10, comma 3, della legge 31 maggio 1965, n. 575, come sostituito dall'articolo 3 della legge 19 marzo 1990, n. 55, e successive modificazioni e integrazioni;
- d) l'applicazione di una misura cautelare di tipo personale.

Il consiglio di amministrazione iscrive l'eventuale revoca dei soggetti, dei quali ha dichiarato la sospensione, tra le materie da trattare nella prima assemblea successiva al verificarsi di una delle cause di sospensione indicate al precedente punto 4. La revoca è dichiarata, sentito l'interessato, nei confronti del quale è effettuata la contestazione almeno quindici giorni prima della sua audizione. L'esponente non revocato è reintegrato nel pieno delle funzioni. Nelle ipotesi previste dalle lettere c) e d) del precedente punto 4, la sospensione si applica in ogni caso per l'intera durata delle misure ivi previste.

Per gli amministratori in carica alla data di inserimento della presente clausola, la mancanza dei requisiti di cui ai punti precedenti non rileva per il mandato residuo, se verificatasi antecedentemente alla data stessa”.

9. Il requisito di indipendenza nel processo di nomina degli amministratori: il meccanismo del c.d. “voto di lista” delle società pubbliche privatizzate.

Un secondo spunto per la discussione di oggi è certamente rappresentato dall’esperienza acquisita in Italia con il meccanismo del c.d. “voto di lista” previsto all’art. 4 della legge 474/94¹³ in tema di privatizzazioni di società pubbliche. Si tratta, come noto – e come evidenziato da Attilio Piero Ferrari nel suo intervento al primo incontro della Ned Community il 2 luglio 2004¹⁴ - , di un meccanismo di *corporate governance* destinato a tutelare gli azionisti di minoranza non esplicitamente previsto nella disciplina del Testo unico della finanza né nella nuova disciplina codicistica (in quest’ultima, infatti, è solo regolato il voto di lista per la nomina dei sindaci delle minoranze). Esso prevede, in particolare, per le società in cui vi sono tetti ai possessori azionari – si tratta della facoltà prevista dalla legge 474/94 delle società quotate (parzialmente) privatizzate di inserire, nei loro statuti, clausole che impediscono ai soggetti privati l’acquisizione di quote azionarie superiori a determinate soglie¹⁵ - , l’obbligo di inserire clausole statutarie per l’elezione degli

¹³ Legge n. 30 luglio 1994, n.474 intitolato “*Norme per l’accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni delle Stato e degli enti pubblici in società per azioni*”

¹⁴ TESTO DATTILOSCRITTO DELL’INTERVENTO DEL DOTT. FERRARI :“(…) Abbiamo colto l’opportunità offerta dalla legge sulle privatizzazioni che ha sancito l’introduzione del voto di lista per amministratori delle minoranze e le successive riforme del diritto societario che hanno favorito la nomina di sindaci delle minoranze per avviare la Corporate Governance italiana e per dare un contributo alla buona amministrazione delle società quotate inserendo amministratori in possesso di solide competenze professionali, integrità ed elevati standard etici, voglia di contribuire al cambiamento ed elevate capacità di azione in situazioni complesse. (...)”

¹⁵ Si tratta quindi di un divieto all’acquisizione di partecipazioni rilevanti (generalmente superiori al 5%) che viene meno esclusivamente in presenza di un’offerta pubblica di acquisto effettuata sulla totalità delle azioni con diritto di voto ai sensi dell’articolo 106 del Testo unico della finanza, ovvero avente ad oggetto almeno il 60 per cento delle azioni con diritto di voto qualora ricorrano le condizioni previste dall’articolo 107 del Testo unico della finanza. Si tratta, in particolare, delle seguenti condizioni: a) l’offerente non deve aver acquistato partecipazioni superiori all’uno per cento nei dodici mesi precedenti la comunicazione alla CONSOB dell’offerta; b) l’efficacia dell’offerta deve essere

amministratori tramite voto di lista: alle liste presentate dagli azionisti di minoranza, rappresentanti almeno l'1% del capitale sociale, deve essere riservato almeno 1/5 degli amministratori.

L'esperienza positiva derivante dall'adozione di tale meccanismo è stata evidenziata dallo stesso Presidente della Consob, Lamberto Cardia, durante la sua audizione del 5 maggio 2004 innanzi alla V Commissione Bilancio, Tesoro e Programmazione della Camera dei Deputati nell'ambito della *“Indagine conoscitiva sulle politiche di privatizzazione”*. In quella circostanza Cardia ha tra l'altro evidenziato come: *“Tutte le società in parte privatizzate e ancora a controllo pubblico in cui vigono i tetti al possesso azionario (oltre a Telecom Italia, Alitalia e Autostrade, nelle quali invece non vi sono tetti ai possessi azionari) hanno quindi inserito nei propri statuti clausole che prevedono il voto di lista per la nomina di amministratori da parte delle minoranze. Tali clausole hanno trovato concreta applicazione e nei consigli di amministrazione di tali società siedono effettivamente esponenti nominati sulla base di liste presentate dagli azionisti di minoranza (spesso investitori istituzionali). Per le società quotate private, invece, il meccanismo del voto di lista e della rappresentanza delle minoranze è lasciato all'autonomia statutaria e trova comunque scarsa applicazione. Per concludere su questo tema, ricordo che l'importanza di questo meccanismo di governance quale strumento per la protezione degli azionisti è stata riconosciuta nel disegno di legge sulla tutela del risparmio. Infatti, proprio all'articolo 1, il disegno di legge estende a tutte le società quotate una procedura per l'elezione di rappresentanti delle minoranze nel consiglio di amministrazione, basata sul voto di lista, analoga a quella già vigente per le società privatizzate”*.

condizionata all'approvazione di tanti soci che possedano la maggioranza delle azioni con diritto di voto (escludendo dal computo il socio di maggioranza, anche relativa, l'offerente e gli altri soci ad essi legati da rapporti che configurano operazioni di acquisto di concerto; c) la CONSOB deve accordare l'esenzione dall'offerta totalitaria, avendo verificato la sussistenza delle predette condizioni.

Ciò che mi preme qui rilevare è, in definitiva, l'elevato livello di indipendenza che tale meccanismo è in grado di garantire con riguardo al processo di nomina dell'amministratore di società. Mi chiedo, dunque, se tale meccanismo potrebbe essere trasposto ad altri contesti che non siano esclusivamente quelli delle società pubbliche privatizzate rientranti nell'ambito di applicazione soggettivo della legge 474/94.

10. Partecipazione di amministratori indipendenti alla gestione di società in mano pubblica: prospettive future.

L'inevitabile incertezza, ai limiti della contraddizione, che caratterizza molti dei rilievi che precedono, offre l'esatta misura dello stato embrionale di una notevole parte dei problemi sul tappeto.

L'amministratore indipendente è solo all'inizio del proprio cammino nel contesto delle società private: nell'ottica delle società in mano pubblica, il cammino dell'amministratore indipendente, molto verosimilmente, neppure è stato iniziato. I problemi da affrontare sono assai delicati, soprattutto a livello politico. Il campo delle nomine è un terreno esclusivo sul quale il mondo dei partiti sarà certo riluttante ad ammettere condizionamenti e controlli. D'altra parte, una soluzione ragionevole in materia di indipendenza dell'amministratore non può che basarsi sulla presa di coscienza, da parte dei pubblici poteri, della ineliminabilità delle istanze che stanno alla base del problema. Come dice un noto adagio, una scelta positiva è obbligata perché gode del "*benefit of no option*". La necessità di un amministratore indipendente nel contesto della chiarificazione di una situazione che sfiora gli estremi del paradosso, non è più procrastinabile.

Il problema si farà vieppiù complicato quando si dovranno definire gli enti ed organismi di nomina cui le regole relative alla scelta e all'indipendenza degli amministratori risulteranno applicabili: solo imprese pubbliche nella forma di società commerciali? Enti pubblici, economici e non? Enti *no profit*? Ancor più delicata la indicazione dei settori: generalità senza riserve o ammissibilità di eccezioni, specie per quanto riguarda banche, fondazioni bancarie e Cassa Depositi e Prestiti?

Non è possibile procedere in questa sede, specie nello sforzo di approfondimento di un problema che si è definito "allo stadio embrionale".

Un'ultima precisazione riguarda la riforma societaria di recente entrata in vigore. In proposito, si impone un riferimento agli effetti sulla *corporate governance* delle società pubbliche scaturenti dalla norma sui gruppi di società di cui all'art. 2497 *sexies* cod. civ., come emendato per il tramite del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 portante "*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*".

L'articolo *de quo*, intitolato "Presunzioni" prevede, come noto, che:

"ai fini di quanto previsto del presente capo, si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalle società o enti tenuti al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controllano ai sensi dell'articolo 2359. Le disposizioni del presente capo si applicano altresì a chi esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti".

Ai sensi di tale norma, al soggetto controllante (e, cioè, a chi è tenuto al consolidamento dei bilanci o che, comunque, eserciti un controllo, azionario o contrattuale), compete, salvo prova contraria, l'attività di direzione e coordinamento nei confronti della controllata. Tale norma determina, dunque, una presunzione

relativa: ne segue che l'unità di direzione non deve essere provata, in quanto si presume che la società controllante si avvarrà nella propria posizione di supremazia per determinare la condotta di tutti gli affari delle società dipendenti, imponendo agli organi di queste la propria direzione. Si presume, in altri termini, che gli amministratori della capogruppo impartiranno direttive agli amministratori delle controllate e che costoro, anche se formalmente abilitati a disattenderle (oggi più che ieri, alla stregua della norma di cui all'art. 2380-bis del "nuovo" cod. civ. recante "amministrazione della società"), di fatto le eseguiranno *“perché la loro nomina e la loro conferma, la provvista dei mezzi finanziari per gestire l'impresa loro affidata è, in una parola, le sorti di questa sono nelle mani della controllante”* per dirla con Galgano¹⁶.

Questo è un punto di particolare interesse per quanto riguarda la necessaria opera di un amministratore indipendente anche in seno alla controllata. Infatti, potranno verificarsi situazioni in cui si riveli necessario vincere la presunzione di direzione unitaria della controllante sulla controllata a sostegno dell'autonomia istituzionale e gestionale di queste ultime rispetto alla prima. In altre parole, potranno verificarsi, proprio sotto il profilo dell'autonomia, situazioni di conflitto di interesse nella relazione tra la capogruppo e gli amministratori della società controllata. Posto che tale relazione deve intendersi fiduciaria, l'eventuale mancata esecuzione di una direttiva impartita dalla capogruppo verrà ad incidere proprio sul detto rapporto fiduciario¹⁷. Ciò nonostante, proprio nel nome dell'indipendenza, a fronte di una direttiva ritenuta illegittima o improvvida, l'amministratore indipendente della società controllata avrà il potere-dovere di rifiutarne l'applicazione: né potrà, il

¹⁶ F. GALGANO, Il nuovo diritto societario, in Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia, diretto da F. GALGANO, vol. XXIX, Padova, 2003, pag. 169

¹⁷ G. Bernini e G. Nuzzi *“La liberalizzazione del trasporto ferroviario: situazione pregressa, realtà attuale e prospettive future alla luce dell'evoluzione normativa a livello comunitario e nazionale”*, in *Evoluzione e attuazione della liberalizzazione del trasporto pubblico*, Giuseppe Sciuillo (a cura di), Ottobre 2004, pg. 56.

potere pubblico espresso nella controllante, arrogarsi il diritto di revocarlo e sostituirlo senza subire le conseguenze patrimoniali derivanti dalla carenza di una “giusta causa”.

In conclusione, in aggiunta a tutte le ragioni che militano a favore dell'amministratore indipendente nel campo privato, il settore dell'impresa pubblica offre ulteriori e diverse occasioni di valore aggiunto ricollegabili proprio alla intelligente gestione di un margine di indipendenza che si traduce in buona amministrazione, facilitando anche il passaggio, non sempre indolore, dalla mentalità “ministeriale” e dalle altre caratteristiche tipiche degli operatori in seno all'ente pubblico, al *modus agendi* aziendale, dal quale l'amministratore privato non può prescindere nell'esercizio di una genuina attività imprenditoriale.

Bologna, 9 maggio 2005

Prof. Avv. Giorgio Bernini