Massima: …*la situazione di "controllo" e di "influenza dominante" può realizzarsi, secondo le circostanze, anche nel caso di partecipazione minoritaria, quante volte la quota in mano pubblica finisca per realizzare un dominio "di fatto" delle scelte sociali.*
Ad evitare una estensione indebita della situazione di "dipendenza" rispetto all'ente partecipante e di dilatare oltre il lecito la disciplina pubblicistica rispetto a quella che, salvo eccezioni, regola la vita della società (ex art. 1, comma 3 d. lgs. n. 175/2016) occorre individuarne i seguenti limiti e condizioni strettamente correlate l'una all'altra:
a) anzitutto, si deve trattare di una influenza effettiva in grado di incidere sulle decisioni fondamentali dell'assemblea (arg. ex art. 2, comma 1, lett. b) d. lgs. cit., che richiama le decisioni (finanziarie o gestionali) "strategiche";
b) inoltre, deve aversi riguardo ad assetto di poteri, sia pure di fatto, stabile e non occasionale, che consenta, cioè, al soggetto partecipante all'assemblea di disporre con relativa continuità della maggioranza sufficiente per poter ottenere l'approvazione delle principali deliberazioni assembleari.

Sentenza Consiglio di Stato n. 3157 del 28/03/2023

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1227 del 2022, proposto da Belvedere S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Luigi Giorgi e Cecilia Bertolini, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

Magdi Alì Mohamed Nassar, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Maggiari, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana – sez. II, n. 1468/2021, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Magdi Alì Mohamed Nassar;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2023 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Bertolini e Maggiari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- In data 8 giugno 2021, Magdi Alì Mohamed Nassar, consigliere comunale di Peccioli, formalizzava, ai sensi dell'art. 43, comma 2, del d.lgs. 267/2000, istanza di accesso alla società Belvedere s.p.a., preordinata alla acquisizione: *a*) dei bilanci di verifica dal 31.12.2016 al 31.12.2020; *b*) delle correlazioni dei bilanci di verifica con i bilanci CEE dal 31.12.2016 al 31.12.2020; *c*) della documentazione relativa alla procedura di selezione del progettista dei lavori di ristrutturazione del palazzo di via Carraia, di proprietà della stessa Belvedere s.p.a., nonché dell'impresa appaltatrice dei predetti lavori; *d*) di ulteriore documentazione, già vanamente richiesta con precedente istanza del 4 dicembre 2019.

Con nota dell'8 luglio 2021, Belvedere s.p.a. riscontrava negativamente l'istanza, sull'assunto: *a*) che l'art. 43 del TUEL riconoscesse ai consiglieri comunali il "*diritto di ottenere dagli uffici* […] *del Comune* […]*, nonché dalle loro aziende ed enti dipendenti, tutte le notizie e le informazioni in loro possesso, utili all'espletamento del proprio mandato*", laddove la società non era qualificabile come "*ente dipendente dal Comune*", titolare di una partecipazione azionaria minoritaria, né era sottoposta, ancorché indirettamente, ad un potere di ingerenza, idoneo ad incidere sul proprio processo decisionale; *b*)

che, sotto distinto profilo, i limiti previsti dall'art. 2422 c.c. al potere ispettivo del socio impedivano l'ostensione della richiesta documentazione.

Il diniego si fondava sulla circostanza che il 7 gennaio 2021 il Comune aveva venduto 12.117.000 azioni della Belvedere s.p.a., pari ad una quota del 38,655% del capitale sociale, sicché la società non era più soggetta al controllo del Comune, che aveva conservato solo una quota di capitale del 25,14%, non disponendo, perciò, della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria.

2.- Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Toscana, Magdi Alì Mohamed Nassar contestava il ridetto diniego, instando per il riconoscimento del proprio diritto di accesso.

A sostegno del ricorso, deduceva, in particolare:

a) che il rapporto tra Amministrazione comunale e la Società, ancorché non di controllo in senso formale, concretasse una influenza dominante, correlata, per un verso, alla frammentazione del capitale sociale della Belvedere s.p.a. e, per altro verso, al diffuso assenteismo degli altri soci in occasione delle deliberazioni assembleari;

b) che – a dispetto del fatto che, in seguito all'alienazione delle azioni da parte del Comune, solo il 25,141% era detenuto da quest'ultimo (essendo un ulteriore 37,135% detenuto da altri soci privati e il residuo 37,724% detenuto dalla stessa società a titolo di azioni proprie, che avrebbero dovuto *ex lege* essere alienate entro il termine annuale) – la mancata attribuzione del voto per le azioni proprie (in forza dell'art. 2357 *ter* c.c.) garantiva all'Amministrazione comunale una maggioranza relativa di voti che, complice il ridetto frazionamento e il ribadito assenteismo della minoranza sociale, gli garantiva, di fatto, il dominio delle assemblee, per tal via legittimandosi l'interesse ostensivo correlato al ruolo di consigliere comunale.

3.- Con sentenza n. 1468/2021, resa nel rituale contraddittorio delle parti, il TAR adito accoglieva, per quanto di ragione, il ricorso, sull'argomentato assunto:

a) che – in base alle allegate circostanze – al Comune dovesse riconoscersi un controllo della società ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1) c.c. in quanto "*dispone*[va] *della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria*";

b) che, per l'effetto, la Belvedere s.p.a. doveva ritenersi una società "*controllata*" ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lett. *a*) e *m*) del d.lgs. n. 175/2016.

Era, per contro, respinta la domanda relativa alla documentazione già in precedenza richiesta con istanza del 4 dicembre 2019 (avente segnatamente ad oggetto: *a*) il partitario/mastrino relativo ai rapporti fornitore/cliente o dare/avere tra l'impresa e il Comune; *b*) il bilancio di verifica al 31.12.2018; *c*) le contabili relative alle voci di costo per liberalità, altri costi per servizi e spese di rappresentanza; *d*) le delibere assembleari di approvazione di finanziamenti infruttiferi effettuati nel 2018 a favore di alcune società partecipate): e ciò in ragione della mancata impugnazione del diniego già opposto con nota dell'impresa in data 20 dicembre 2019, a fronte del quale la nuova determinazione doveva riguardarsi quale meramente confermativa e, come tale, insuscettibile di riattivare i termini per l'impugnazione.

4.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Belvedere S.p.a. ha impugnato, per la parte di interesse, la ridetta statuizione, di cui lamenta l'erroneità ed ingiustizia, auspicandone la riforma, con conseguente integrale reiezione della domanda ostensiva.

Nella resistenza di Magdi Alì Mohamed Nassar, alla camera di consiglio del 12 gennaio 2023 la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è, nei sensi delle considerazioni che seguono, fondato e merita di essere accolto.

2.- Con un primo motivo di doglianza, la società appellante – sulla premessa che, in principio, il diritto d'accesso del consigliere comunale, così come previsto dall'art. 43 T.U. 267/2000 non potrebbe riguardare le società partecipate (dal Comune) in forma minoritaria, che non possono ritenersi "*dipendenti*" dall'Ente – evidenzia, in critica alla difforme valutazione espressa dal primo giudice, che neppure potrebbe ipotizzarsi, in ragione concreto assetto societario, una situazione di controllo, tale da conferire all'Amministrazione, *di fatto*, un potere di "*influenza dominante*" sulle scelte sociali.

A suo dire, un controllo (c.d. *interno di fatto*), nelle forme di cui all'art. 2359, comma 1 ln. 2) potrebbe ritenersi sussistente solo in presenza di circostanze stabili e non occasionali, che consentano ad un socio di esercitare, con continuità, un'influenza dominante sulle assemblee significative della società partecipata e, cioè, su quelle relative alla approvazione dei bilanci societari ed alla nomina degli amministratori.

2.1.- Il motivo è fondato.

Importa premettere, in termini generali, che, come è noto, l'art. 43 del TUEL prevede il diritto dei consiglieri degli enti locali di ottenere dagli uffici "*tutte le notizie e informazioni in loro possesso*", in quanto risultino "*utili all'espletamento del loro mandato*".

La *ratio* della norma, che vale a qualificare le peculiarità di tale diritto di accesso, riposa nel *principio democratico* correlato al riconoscimento delle autonomie locali (cfr. art. 114 Cost.) e della rappresentanza politica spettante ai componenti degli organi elettivi: sicché tale diritto risulta direttamente funzionale non tanto all'interesse del consigliere comunale in quanto tale, ma alla cura dell'interesse pubblico connessa al *munus* e al mandato conferito, in quanto preordinato al controllo dell'attività e dei comportamenti degli organi decisionali dell'ente.

Per tale ragione, il riferimento normativo alla "*utilità*" della pretesa ostensiva non va acquisito nel senso restrittivo della stretta connessione con l'attività espletata (o da espletare) nell'esercizio dell'attività di componente del Consiglio, ma in quello,

lato, della *strumentalità* rispetto alla valutazione degli interessi pubblici, anche in funzione di generico controllo. Sicché l'esercizio del diritto non è soggetto ad alcun onere motivazionale, che – del resto – si risolverebbe, con inversione funzionale, in una sorta di controllo dell'ente, attraverso i propri uffici, sull'esercizio del mandato politico.

Gli unici limiti si rinvengono, per tal via, nel principio di strumentalità, inerenza e proporzionalità, nel senso che l'esercizio del diritto deve avvenire in modo da comportare il minor aggravio possibile per gli uffici e non deve sostanziarsi in richieste assolutamente generiche ovvero meramente emulative o di disturbo, che si traducano in un sindacato generale, indifferenziato e non circostanziato sull'attività amministrativa, fermo restando che la sussistenza di tali caratteri deve essere attentamente e approfonditamente vagliata in concreto al fine di non introdurre surrettiziamente inammissibili limitazioni al diritto medesimo.

2.2.- Si intende, in questa prospettiva, la ragione della positiva estensione dell'accesso nei confronti delle "*aziende*" e, più in generale, degli "*enti dipendenti*" dall'ente locale, che ne sono, pur nella formale distinzione soggettiva, mere articolazioni funzionali, con rilevanza infraorganizzativa.

Peraltro, il moltiplicarsi del ricorso alla costituzione di società partecipate dall'ente locale, che ha da ultimo trovato composizione nel d. lgs. 175/2016, ha sollecitato – avuto riguardo alle diverse forme e grado di partecipazione pubblica (totalitaria, maggioritaria o solo minoritaria) al capitale sociale e, di conserva, alla diversa misura di influenza delle scelte operate dal decisore pubblico sull'attività societaria – un meno sgranato intendimento del concetto di "*dipendenza*", che – alla luce delle evidenziate ragioni funzionali – deve ritenersi circoscritto alle situazioni in cui il soggetto, indipendentemente dalla sua natura e dalle forme della sua organizzazione, ricada sotto il "*dominio*" dell'ente locale, che vi partecipa ai fini della migliore valorizzazione, anche strumentale, degli interessi pubblici.

2.3.- È del tutto evidente che tale situazione di "*dipendenza*" va, per definizione, riconosciuta nel caso di società *in house*, in immediata correlazione al requisito del "*controllo analogo*", che realizza una equipollenza rispetto alle funzioni esercitate a mezzo degli uffici interni ("*servizi*", nel senso di cui all'art. 2, comma 1, lett. *c*) d. lgs. n. 175/2016 cit.): in tal caso la relazione di "*dipendenza*" si specifica e connota in termini di "*influenza determinante*" in ordine agli "*obiettivi strategici*" ed alle "*decisioni significative*" assunte dalla società controllata (cfr. anche art. 16 d. lgs. cit.).

2.4.- Situazione analoga, ancorché meno intensa (posto che, nel caso della società *in house*, si è sostanzialmente in presenza di una *longa manus* dell'ente pubblico), si presenta nel caso delle società "*a controllo pubblico*" (cfr. art. 11 d. lgs. cit.), per le quali la relazione di "*controllo*" (che l'art. 2, comma 1 lett. *b*) individua con richiamo alla ordinaria disciplina civilistica, di cui all'art. 2359 c.c.) si specifica nel senso: *a*) della partecipazione in forma maggioritaria al capitale sociale, idonea ad instaurare, *di diritto*, un dominio delle decisioni assembleari (art. 2359, comma 1, n. 1); *b*) della possibilità – attribuita "*da norme di legge o statutarie o di patti parasociali*" – di condizionare, con il proprio necessario assenso, "*le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale*" (cfr. art. 2, comma 1, lett. *b*), secondo alinea d. lgs. n. 175 cit.): situazione sovrapponibile a quella di una "*influenza dominante*", prefigurata, sotto la specie del c.d. *controllo interno di fatto*, dall'art. 2359, comma 1, n. 2 c.c..

2.5.- Le relazioni di "*influenza determinante*" (propria della situazione di "*controllo analogo*" della partecipazione *in house*) e di "*influenza* [semplicemente] *dominante*" (propria della situazione di "*controllo*", di diritto o di fatto) marcano, alla luce della più volte evidenziata logica del riconoscimento del potere di accesso ai consiglieri comunali (o provinciali), il limite normativo della "*dipendenza*", al di sotto del quale il rilievo qualificato del *munus* pubblico diviene, ai fini in questione, recessivo, di tal che le esigenze conoscitive ed ostensive refluiscono, secondo i relativi presupposti

e con i relativi limiti, negli strumenti strettamente civilistici (inerenti alle forme di controllo consentite al socio in quanto tale) o pubblicistici (accesso ordinario).

Si spiega, allora, perché l'art. 43 TUEL non possa trovare applicazione – alla stregua di un orientamento al quale occorre dare continuità – nel caso di società *a partecipazione pubblica minoritaria*, per le quali – alla stregua delle riassunte coordinate – il soggetto pubblico (e, nella specie, l'ente locale) non ha poteri di influenza *qualificata*, sicché non sussiste, nei rapporti con la società, una relazione di "*dipendenza*", nel senso chiarito (cfr. Cons. Stato., sez. V, 17 gennaio 2014, n. 200; Id., sez. V, 9 novembre 2017, n. 5176, la quale ha chiarito, per l'appunto, che, in tale situazione, "*l'accesso richiesto non può trovare giustificazione in relazione alla pretesa cura dell'interesse pubblico connesso al mandato conferito e cioè ai fini del controllo del comportamento complessivo dell'ente (in funzione dell'interesse pubblico da perseguire)*".

2.6.- Ciò posto, la vicenda in esame evidenzia una situazione in cui – a fronte del carattere *minoritario* della partecipazione pubblica – si prospetta (tale avendola, sulla base delle allegate circostanze, qualificata il TAR toscano, con la sentenza oggetto di appello) una situazione (l'unica possibile, essendo per definizione escluso il controllo c.d. *di diritto*) di *controllo (interno) c.d. di fatto*, rilevante, come si è detto, ai sensi dell'art. 2359, comma 1 n. 2 c.c.

Deve, in effetti, convenirsi – trattandosi, del resto, di un mero corollario di quanto osservato *supra*, in relazione alla nozione di "*controllo*" e di "*influenza dominante*" – che tale situazione può realizzarsi, *secondo le circostanze*, anche nel caso di partecipazione minoritaria, le quante volte (per esempio, in correlazione a consolidati e diffusi fenomeni di assenteismo, correlati alla significativa dispersione e segmentazione delle partecipazioni sociali) la quota in mano pubblica finisca per realizzare un dominio "*di fatto*" delle scelte sociali.

Nondimeno, ad evitare una estensione indebita della situazione di "*dipendenza*" rispetto all'ente partecipante (declinata in termini *funzionali* e non *strutturali*), e di

dilatare oltre il lecito la disciplina *pubblicistica* rispetto a quella che, salvo eccezioni, regola la vita della società (*arg. ex* art. 1, comma 3 d. lgs. n. 175/2016) occorre individuarne con rigore limiti e condizioni.

Esse possono essere ridotte a due, strettamente correlate l'una all'altra:

a) anzitutto, si deve trattare di una influenza effettiva in grado di incidere sulle *decisioni fondamentali* dell'assemblea (*arg. ex* art. 2, comma 1, lett. *b*) d. lgs. cit., che richiama le decisioni (finanziarie o gestionali) "*strategiche*";

b) inoltre, deve aversi riguardo ad assetto di poteri, sia pure di fatto, *stabile* e non *occasionale*, che consenta, cioè, al soggetto partecipante all'assemblea (e, segnatamente, al rappresentante dell'ente pubblico) di disporre *con relativa continuità* della maggioranza sufficiente per poter ottenere l'approvazione delle *principali* (e maggiormente significative) deliberazioni assembleari (non essendo, in definitiva, sufficiente una influenza *contingente, discontinua*, quand'anche "*notevole*", di per sé non idonea a strutturare una forma di "*controllo*", nel rigoroso senso prescritto: *arg. a contrario ex* art. 2359, ult. cpv. c.c.).

Ne discende, ai fini di un più circostanziato intendimento del requisito, che la valutazione della misura della partecipazione di minoranza necessaria per consentire, in concreto, di esercitare un'influenza dominante ha natura prognostica, deve essere compiuta con riferimento non solo e non tanto al passato, ma nella prospettiva delle successive decisioni assembleari di particolare significatività (nomina degli amministratori e approvazione del bilancio).

Si tratta di orientamento condiviso, per esempio, dalla Consob (cfr. la comunicazione n. DEM/3074183 del 13 novembre 2003 e la Comunicazione n. 0106341 del 13 settembre 2017), che ha considerato criterio per l'esistenza del controllo che questo "*non sia occasionale, non dovuto cioè ad una situazione contingente, ma al contrario, frutto di una situazione giuridica relativamente stabile*", che può accertarsi avendo riguardo al futuro e anche attraverso un'analisi dell'andamento delle

assemblee della partecipata per un "*arco di tempo ragionevolmente significativo*", con la precisazione che tale arco temporale da considerare potrà essere anche anteriore alle assemblee precedenti al momento in cui il presunto controllante abbia acquisito la partecipazione ma "*solo nelle ipotesi in cui* […] *non vi siano stati altri mutamenti sostanziali nell'azionariato*".

2.7.- Tanto premesso, nel caso di specie non è dato rinvenire, contrariamente all'avviso manifestato dal primo giudice, i presupposti di una sostanziale "*influenza dominante*" del Comune di Peccioli sull'appellante Belvedere s.p.a..

Invero, importa considerare la conclusione è stata argomentata, nella sentenza impugnata, in ragione della preclusione, da parte della stessa società, all'esercizio del voto relativamente alle azioni proprie, per il limite normativo di cui all'art. 2357 *bis* c.c.

Andava, nondimeno, considerato, che, quando una società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio acquista azioni proprie oltre il limite previsto dall'art. 2357, comma 3, c.c., essa è tenuta ad alienarle entro un anno dall'acquisto. Nella specie, le azioni di Belvedere s.p.a. risultano diffuse fra il pubblico in misura rilevante (sicché essa ricorre al mercato del capitale di rischio, per il combinato disposto degli art. 2325 *bis*, co. 1, c.c., art. 116 D.lgs. 58/1998 e art. 2 *bis* del Regolamento Consob n. 11971 del 14 maggio 1999, nel testo attuale), avendo azionisti diversi dal principale socio in numero superiore a cinquecento (nella fattispecie sono oltre 750) che detengono complessivamente una percentuale di capitale sociale almeno pari al 5% (nel caso di specie il 37,135%) e non ha la possibilità di redigere il bilancio in forma abbreviata superando i limiti previsti dall'art. 2435 *bis*, nn. 1 e 2, c.c. (come si ricava dai bilanci prodotti e versati agli atti del giudizio); inoltre, risulta concretamente superato il predetto limite dell'art. 2357, comma 3, c.c., che nel caso di specie corrispondeva a 6.269.256 azioni, ossia ad un quinto di tutte quelle emesse dalla società. Inoltre, l'assemblea della

Belvedere del 27 marzo 2020 aveva già autorizzato gli amministratori ad alienare le azioni acquistate (ciò che, per il disposto dell'art. 2357, comma 4, c.c., doveva avvenire entro e non oltre il 7 gennaio 2022, ossia entro l'anno dall'acquisto). Dal complesso di queste circostanze è dato indurre che l'influenza (temporaneamente) esercitata dal Comune non poteva dirsi né "*stabile*" (avuto riguardo alla programmatica e vincolate dinamica dismissiva) né operante, come richiesto, per un "*arco di tempo ragionevolmente significativo*" rispetto al futuro, specie in relazione alle assemblee preordinate alle decisioni di maggiore rilevanza strategica (nomina degli amministratori, approvazione del bilancio etc.)

3.- Le esposte considerazioni (che sono assorbenti di ogni altro rilievo, e segnatamente della seconda ragione di doglianza, logicamente gradata) militano per il complessivo accoglimento dell'appello e, per l'effetto, per l'integrale reiezione del ricorso di prime cure.

Le particolarità della fattispecie e la relativa novità delle questioni esaminate giustifica l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge integralmente il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolò Lotti, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Giovanni Grasso	**Paolo Giovanni Nicolò Lotti**