

PRINCIPATO & PORRARO
STUDIO DI AVVOCATI

Avv. Luigi Principato
Professore aggregato di diritto costituzionale e
diritto pubblico dell'economia
Università degli studi della Tuscia

Avv. Caterina Principato
Avv. Andrea Serafini
Avv. Marco Macri
Avv. Vittorio Castaldi
Avv. Angela Di Padova

Avv. Domenico Porraro
Professore aggregato diritto della crisi d'impresa
Università degli studi della Tuscia

Dott.ssa Consuelo Pia
Dott. Americo Marini

Roma lì 25 settembre 2018

Spett.le
Unione Sindacale
Giornalisti Rai
Largo Villy de Luca, 4
00188 Roma

Oggetto: Parere sulla validità ed efficacia della nomina del dott. Marcello Foa quale Presidente della RAI.

1. Il quesito, sulla scorta dei pregressi accadimenti.

Sono richiesto del mio parere in ordine alla validità ed efficacia della nomina del dott. Marcello Foa quale Presidente della RAI, tenuto conto che:

- in data 31 luglio 2018, il Consiglio di amministrazione della RAI ha nominato, a maggioranza dei suoi componenti, il dott. Marcello Foa, consigliere designato dal Ministero dell'economia e delle finanze, quale Presidente della RAI;
- in data 1 agosto 2018, tale deliberazione di nomina è stata sottoposta alla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi, al fine di acquisire il parere favorevole prescritto dall'art. 49 comma 5 d. lgs. n. 177 del 2005 quale condizione di efficacia della nomina;

ROMA
Via Federico Cesi 21 – 00193
+39 06/68309429 +39 06/68892960
FAX +39 06/68300454

FIRENZE
Via Alfonso Lamarmora 51 - 50121
+39 055/2337291
FAX +39 055/3986093

- la proposta, sottoposta alla votazione della Commissione di vigilanza, ha ricevuto 22 voti favorevoli ed una scheda bianca, non raggiungendo la prescritta maggioranza dei due terzi dei componenti dell'organo;
- il Consiglio di amministrazione della RAI ha preso atto della mancata adozione del parere vincolante della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi sin dalla seduta del 2 agosto 2018; la nomina non ha acquisito efficacia e l'adempimento è stato rinviato *sine die*;
- in data 19 settembre 2018, la Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza ha approvato a maggioranza una risoluzione con la quale ha impegnato il Consiglio di amministrazione della RAI a "procedere con sollecitudine all'adozione di una nuova delibera di nomina del presidente, senza limitazioni all'eventuale candidatura di ciascun consigliere con l'esclusione del solo amministratore delegato, al fine di consentire alla commissione di esprimersi e dare quindi piena operatività al sistema radiotelevisivo";
- in data 20 settembre 2018 il Consiglio di amministrazione della RAI si è riunito in ragione della risoluzione sopra indicata ed ha votato a maggioranza la nomina di Marcello Foa a Presidente della RAI.

Il quesito attiene, dunque, alla legittimità di una deliberazione della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza che rechi un parere favorevole alla nomina, quale Presidente della RAI, di un consigliere di amministrazione che sia già stato oggetto di un precedente procedimento, concluso con la mancata adozione del medesimo parere.

2. Il sistema normativo di riferimento. Ruolo e funzione della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza.

L'articolo 49, comma 6 d. lgs. n. 177 del 2005, come modificato dall'art. 2 l. 28 dicembre 2015, n. 220, prescrive che "I membri del Consiglio di amministrazione sono così individuati:

- a) due eletti dalla Camera dei deputati e due eletti dal Senato della Repubblica, con voto limitato a un solo candidato;
- b) due designati dal Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, conformemente ai criteri e alle modalità di nomina dei componenti degli organi di amministrazione delle società controllate direttamente o indirettamente dal Ministero dell'economia e delle finanze;
- c) uno designato dall'assemblea dei dipendenti della RAI-Radiotelevisione italiana Spa, tra i dipendenti dell'azienda titolari di un rapporto di lavoro subordinato da almeno tre anni consecutivi, con modalità che garantiscano la trasparenza e la rappresentatività della designazione stessa."

La novella ha riformato il sistema, sottraendo all'assemblea degli azionisti la competenza a nominare la *governance* della società.

L'art. 49 comma 5 d. lgs. n. 177 del 2005 dispone, inoltre, che il Presidente del Consiglio di amministrazione della RAI sia nominato dal consiglio medesimo nell'ambito dei suoi membri, con deliberazione la cui efficacia è condizionata al parere favorevole della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi, espresso a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti.

La norma è recepita dall'art. 22 comma 1 dello Statuto RAI.

In assenza del parere favorevole, la deliberazione di nomina del Presidente è inefficace. L'atto della Commissione di vigilanza, dunque, è un elemento integrativo dell'efficacia di una fattispecie a formazione progressiva: la designazione del Presidente è espressione della volontà del Consiglio di amministrazione, ma la relativa deliberazione, pur valida in sé, non produce effetto sino a quando non sia integrata dal parere favorevole reso dall'organo parlamentare di vigilanza ed indirizzo.

La *ratio* di una simile previsione riposa sull'esigenza di tutela del pluralismo interno e dell'indipendenza della *governance* sociale.

La Corte costituzionale, sin dalla sentenza n. 225 del 1974¹, ha chiarito che il servizio pubblico radiotelevisivo deve "offrire al pubblico una gamma di servizi caratterizzata da obbiettività e completezza di informazione, da ampia apertura a tutte le correnti culturali, da imparziale rappresentazione delle idee che si esprimono nella società". Pertanto, gli organi direttivi da una parte non devono "rappresentare direttamente o indirettamente espressione, esclusiva o preponderante, del potere esecutivo" e dall'altra devono avere una struttura "tale da garantirne l'obbiettività". Questa doppia condizione, negativa e positiva, può essere realizzata solo se "siano riconosciuti adeguati poteri al Parlamento, che istituzionalmente rappresenta l'intera collettività nazionale". Il servizio pubblico radiotelevisivo ha un "elevato tasso di democraticità rappresentativa" che, come chiarito dalla Consulta², "ripete dalla sua strutturazione nell'orbita del Parlamento ("parlamentarizzazione")", proprio perché "L'imparzialità e l'obbiettività dell'informazione possono essere garantite solo dal pluralismo delle fonti e degli orientamenti ideali, culturali e politici, nella difficoltà che le notizie e i contenuti dei programmi siano, in sé e per sé, sempre e comunque obbiettivi."³

"La rappresentanza parlamentare, in cui tendenzialmente si rispecchia il pluralismo esistente nella società, si pone pertanto [...] come il più idoneo custode delle condizioni indispensabili per mantenere gli amministratori della società concessionaria, nei limiti

¹ Corte cost., 9 luglio 1974, n. 225 in *Giur. cost.*, 1974, 1775.

² Corte cost., 21 maggio 1987 n. 194, in *Giur. cost.*, 1987, 1436, con nota di P.A. Capotosti, *L'accesso radiotelevisivo tra irrilevanza ed illegittimità*.

³ Corte cost. 9 marzo 2009, n. 69, in *Giur. cost.* 2009, 626 con nota di E. Lehner, *Il caso Patroni: luci ed ombre della sentenza 69 del 2009*, e *Foro It.*, 2009, 9, 1, 2276.

del possibile, al riparo da pressioni e condizionamenti, che inevitabilmente inciderebbero sulla loro obbiettività e imparzialità.”⁴

Ancora, la Corte costituzionale⁵ ha riconosciuto che gli atti di indirizzo della Commissione di vigilanza, adottati nei confronti del servizio pubblico radiotelevisivo, sono espressione di una attribuzione costituzionale, in quanto tesi ad assicurare la realizzazione del principio del pluralismo. In questa ottica, i giudici costituzionali⁶ hanno chiarito che “la Commissione è investita di attribuzioni che discendono dall’esigenza di garantire il principio, fondato sull’art. 21 Cost., del pluralismo dell’informazione, in base al quale la presenza di un organo parlamentare di indirizzo e di vigilanza serve ad evitare che il servizio pubblico radiotelevisivo venga gestito dal Governo”.

La tutela dell’imparzialità ed indipendenza dei consiglieri di amministrazione della RAI è istituzionalmente affidata alla Commissione di vigilanza, relativamente sia alla nomina che alla revoca: infatti, nella sentenza n. 69 del 2009 la Consulta ha accolto il conflitto di attribuzioni sollevato riguardo alla revoca ministeriale di un consigliere RAI (Villari), siccome adottata senza la preventiva delibera della Commissione stessa.

La condizione di efficacia della nomina del Presidente della RAI è, dunque, espressione del più ampio principio di vigilanza parlamentare sul governo dell’informazione, teso – anche attraverso la tutela dell’indipendenza della *governance* della RAI – a preservarne l’autonomia verso l’esecutivo e, più in generale, l’indipendenza.

3. La natura giuridica della deliberazione della Commissione di vigilanza, che adotta il parere favorevole alla nomina del Presidente della RAI. Conclusioni sul piano della legalità dell’atto, anche alla luce dei precedenti.

La Corte di Cassazione⁷, pur se nel differente ambito dell’accesso al mezzo radiotelevisivo, ha chiarito che la Commissione di vigilanza non è organo amministrativo e pertanto gli atti che essa adotta non sono soggetti al controllo giurisdizionale, pur non affermandone esplicitamente la natura di atti politici.

L’attività della Commissione, nella lettura della Suprema Magistratura, costituisce esercizio di una funzione politico-costituzionale che si distingue da quella di indirizzo governativo, senza menomazione di principi costituzionali in assenza di una c.d. riserva di amministrazione e senza che ciò determini una deresponsabilizzazione dell’esecutivo.

⁴ Corte cost. n. 69 del 2009.

⁵ Corte cost. 9 marzo 1998, n. 49 in *Giur. cost.*, 1998, in *Giur. cost.*, 1998, 544, con nota di A. Oddi, *La irragionevole impar condicio* e di M.G. Rodomonte, *Note a margine di una sentenza sulla democraticità del processo referendari tra pluralismo interno e discrezionalità della Commissione parlamentare per l’indirizzo generale e la vigilanza sui servizi radiotelevisivi*.

⁶ Corte cost. 10 marzo 2008, n. 61, in *Giur. cost.*, 2008, 835.

⁷ Cass. Sez. Un. Civili, 25 novembre 1983, n. 7072, in *Giur. cost.*, 1984, 175 ss. con nota di M. Manetti, *L’accesso al mezzo radiotelevisivo pubblico come situazione giuridicamente protetta*.

Pertanto, non risulterebbe applicabile l'art. 113 Cost. né sotto il profilo soggettivo, in quanto la Commissione è estranea al sistema della Pubblica Amministrazione, né sotto il profilo oggettivo, atteso che gli atti non avrebbero intrinsecamente carattere amministrativo.

La tesi è stata revocata in dubbio⁸, sulla scorta di autorevoli precedenti ed in ragione della necessità di distinguere gli atti esercizio di potere politico da quelli di carattere propriamente amministrativo, che anche le Camere – e la Commissioni che ne sono articolazione – potrebbero adottare.

Pur senza entrare nel merito della difficile questione, deve riconoscersi che il carattere politico di un atto, che si desume comunemente dalle “superiori esigenze di carattere generale, riferentisi alla direzione suprema dello Stato nella sua unità che ha lo scopo di tutelare – in situazioni contingenti – gli interessi della generalità e delle istituzioni fondamentali dello Stato”⁹, non lo sottrae a qualsiasi forma di sindacato: si pensi all'atto politico per definizione, la legge, che è ovviamente soggetta al controllo di costituzionalità ed, in specie, al principio di ragionevolezza che si desume dall'art. 3 Cost.

Inoltre, qualsiasi atto giuridico è soggetto a regole di carattere procedurale, se e nelle forme della disciplina legale eventualmente esistente.

Nel caso di specie, è incerto che la deliberazione della Commissione di vigilanza, integrativa dell'efficacia della nomina del Presidente della RAI, sia sussumibile nella categoria – per altro di stretta interpretazione¹⁰ e assai discussa – degli atti politici, proprio perché non rispondente ad esigenze di “direzione suprema dello Stato”, bensì funzionale alla garanzia della indipendenza degli organi di governo della RAI, a sua volta essenziale alla protezione del pluralismo interno del sistema radiotelevisivo.

Ma in ogni caso, a prescindere dalla reale natura giuridica dell'atto, non può revocarsi in dubbio che esso debba comunque superare un duplice vaglio, di legalità costituzionale (è soggetto – tra l'altro – al principio di ragionevolezza che si desume dall'art. 3 Cost. e governa l'esercizio di qualsiasi funzione pubblica, anche di carattere politico-costituzionale) e di legalità legale (ne è infatti disciplinato dalla legge il procedimento di formazione: per esemplificare, l'art. 49 comma 5 d. lgs. n. 177 del 2005 dispone che il parere favorevole sia reso a maggioranza qualificata dei due terzi dei componenti della Commissione, sicché una deliberazione che rechi un parere favorevole adottato con una maggioranza inferiore sarebbe illegittima).

⁸ M. Manetti, *L'accesso al mezzo radiotelevisivo*, cit., 182 ss.; M. A. Sandulli, *Sulla sindacabilità degli atti della Commissione parlamentare per la RAI*, in *Giur. cost.*, 1977, 1831 ss.

⁹ Cons. St. sez. IV, 21 dicembre 1973, 1296, in *Giur. cost.*, 1974, 3307 ss.; Cons. St., sez. IV, 21 giugno 1974, n. 452.

¹⁰ Si legga la tesi del numero chiuso degli atti politici in A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, XIII ed., 15.

Nel caso di specie, occorre comprendere quali effetti produca la votazione della Commissione di vigilanza avente ad oggetto la deliberazione di nomina di un Presidente della RAI da parte del soggetto investito del relativo potere.

Oggetto della deliberazione è l'adozione del parere favorevole alla nomina, che costituisce ciò su cui i componenti il collegio sono chiamati a pronunciarsi, avuto riguardo alla necessità di raggiungere il *quorum* legale.

Ne segue che qualsiasi contegno difforme dalla votazione positiva – la votazione negativa, l'assenza in aula, l'astensione, la scheda bianca – si apprezza come voto contrario, atteso che concorre al mancato raggiungimento della prescritta maggioranza qualificata.

Si è detto che la nomina del Presidente della RAI è una fattispecie a formazione progressiva: la deliberazione (prima dell'Assemblea, oggi) del Consiglio di amministrazione è atto perfettamente esistente e valido, ma improduttivo di effetti sino a quando non venga integrato con il parere favorevole della Commissione.

Nel caso di specie, le delibera del CdA RAI del 31 luglio 2018 è atto (a suo tempo) validamente assunto, ma definitivamente privo di efficacia in ragione della deliberazione della Commissione di vigilanza del 1 agosto 2018, la quale formalizza il mancato raggiungimento del *quorum* dei due terzi.

L'inefficacia di tale deliberazione è definitiva: la Commissione di vigilanza ha esercitato la propria funzione, consumando il potere che la legge ad essa attribuisce, con la votazione del 1 agosto 2018, nella quale si è formalizzato l'esito del mancato raggiungimento della maggioranza di legge.

L'art. 49 comma 5 d. lgs. n. 177 del 2005 non prevede la possibilità di successive deliberazioni sulla medesima "proposta", ossia sull'atto di nomina del Consiglio di amministrazione: sul piano della *ratio*, ciò accade – diversamente da altri casi – probabilmente proprio per evitare che le valutazioni della Commissione possano essere soggette a condizionamenti che ne indirizzino una certa composizione dopo che si sia avuta la votazione. La legge consente un'unica deliberazione, nella quale può raggiungersi o no la prescritta maggioranza: nel primo caso l'atto di nomina diviene efficace, nel secondo resta definitivamente inefficace.

Ciò costituisce un primo rilevante limite alla condotta del Consiglio di amministrazione: aver adottato – pur sulla scorta di una risoluzione della Commissione di vigilanza – una seconda deliberazione (il 20 settembre 2018) avente il medesimo contenuto di quella già valutata non favorevolmente dall'organo di vigilanza, potrebbe costituire una frode alla legge ed essere illegittimo, perché strumento per rendere efficace una deliberazione (quella del 31 luglio 2018) in realtà ormai definitivamente priva di effetto proprio a cagione dell'esercizio della funzione attribuita alla Commissione di vigilanza. Ma guardando alla Commissione di vigilanza, essa stessa è vincolata dalle proprie precedenti deliberazioni, in ossequio al principio di ragionevolezza desumibile dall'art. 3

Cost., ma anche in ragione dell'esigenza di preservare l'integrità della funzione e l'istituzione stessa, espressione della rappresentanza politica.

V'è un'esigenza di razionalità nell'agire della Commissione, proprio perché funzionalizzato alla tutela del pluralismo e dell'indipendenza degli organi sociali della RAI.

La mancata adozione del parere favorevole costituisce un precedente che vincola le future decisioni dell'organo, poiché implica una valutazione dei presupposti e delle condizioni in ragione delle quali esso ha inteso denegare l'efficacia all'atto di nomina del Presidente della RAI. E' di tutta evidenza che dinanzi ad una nuova deliberazione esattamente identica a quella già non approvata, l'esito della votazione non potrebbe che essere il medesimo.

Del resto, la stessa Commissione di vigilanza ha già mostrato di interpretare l'esercizio delle proprie funzioni in armonia con le riflessioni fin qui svolte.

Infatti, nel vigore dell'art. 20 comma 9 l. 3 maggio 2004, n. 112¹¹, la Commissione di vigilanza fu convocata per l'adozione del parere favorevole sulla nomina del Presidente del Consiglio di amministrazione della RAI. Nella seduta del 12 luglio 2005 si diede atto che la "totalità della Commissione" condivideva l'opinione - sposata anche dall'allora Ministro delle comunicazioni on. Landolfi - secondo la quale **"la mancata approvazione del Presidente designato dall'Assemblea da parte della Commissione implica la decadenza di quest'ultimo anche dalla carica di consigliere di amministrazione"** (all. 1).

In difetto di privatizzazione sostanziale, l'Assemblea della RAI era costituita dal Ministero del Tesoro. Il che consente di affermare che non vi sia alcuna possibilità di ritenere inapplicabile al caso che ci occupa il principio già espresso dalla Commissione di vigilanza, atteso che a nulla rileva il fatto che la designazione del Presidente provenga dal Ministro del Tesoro unico azionista ovvero dal Consiglio di amministrazione, come previsto dalla normativa vigente.

In entrambi i casi, l'adozione del parere favorevole da parte della Commissione di vigilanza mantiene un'analogia funzione. Per altro, il dott. Marcello Foa è consigliere di amministrazione designato dall'esecutivo (dal Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze), di tal ché ne è evidente la promanazione governativa.

Laddove la Commissione di vigilanza approvasse una deliberazione recante il parere favorevole alla nomina di cui alla delibera consiliare del 20 settembre 2011, dunque, essa violerebbe al contempo il principio di ragionevolezza ed un esplicito precedente in cui la Commissione stessa ha formalizzato una opposta regola procedurale, senza che tale mutamento trovi per altro giustificazione in rilevanti modifiche delle circostanze di fatto e del loro apprezzamento.

¹¹ La l. n. 112 del 2004 prevedeva un analogo parere favorevole della Commissione di vigilanza quale condizione di efficacia della nomina del Presidente della RAI, allora rimessa all'Assemblea dei azionisti.

V'è dunque da chiedersi chi possa essere legittimato ad invocare un sindacato giurisdizionale sulla delibera, nonché dinanzi quale autorità.

4. Il procedimento di formazione dell'atto di nomina del Presidente della RAI, guardato dal punto di vista del diritto societario.

Pur se soggetto ad una peculiare disciplina in ragione dell'evidente rilievo pubblico del servizio radiotelevisivo, quello di nomina del Presidente del Consiglio di amministrazione della RAI è pur sempre un procedimento volto a formare un organo decisionale di una società per azioni.

Il fatto che essa sia altresì concessionaria di un servizio pubblico, non reagisce – se non nei modi previsti dalla legge – né sulla struttura societaria né sulla logica e la disciplina dei rapporti interni ed esterni all'ente.

Ciò significa che la deliberazione di nomina del Presidente della RAI assume rilievo nell'ambito delle relazioni giuridiche caratteristiche del sistema societario: essa, infatti, designa l'organo investito della rappresentanza sostanziale e processuale dell'ente, oltre che di rilevanti funzioni attinenti non soltanto alla convocazione ed alla direzione del Consiglio di amministrazione.

La validità ed efficacia della deliberazione di nomina del Presidente, dunque, acquista rilievo sia nelle dinamiche endosocietarie (si pensi alla legittimità delle adunanze del Consiglio di amministrazione e, conseguentemente, delle deliberazioni da esso assunte) sia nei rapporti con i terzi, che con il Presidente interagiscono nel traffico giuridico. L'insieme di tali relazioni è rimesso alla competenza del giudice ordinario e, se del caso, della sezione specializzata imprese (fatta salva l'esistenza di clausole compromissorie nello statuto).

Qualsiasi controversia inerente il funzionamento degli organi sociali o la validità ed efficacia delle deliberazioni assunte dal Consiglio di amministrazione o dal Presidente di esso, dunque, dovrebbe essere rimessa al suo giudice naturale, il quale sarebbe investito del potere di accertare esistenza, validità ed efficacia dell'atto di nomina del Presidente della RAI, anche quale presupposto di legittimità di ogni altro atto conseguente. Il che costituisce un nuovo piano di verifica della tesi della insindacabilità degli atti della Commissione di vigilanza, sin qui guardata esclusivamente dal punto di vista della giustiziabilità dinanzi al giudice amministrativo, non anche della possibilità di disapplicazione da parte del giudice ordinario.

Infatti, la deliberazione di nomina del Presidente potrebbe essere ritenuta invalida per abuso del diritto, in quanto in frode alla legge per le ragioni già esposte; oppure potrebbe essere ritenuta inefficace, disapplicandosi il parere favorevole eventualmente reso dalla Commissione di vigilanza, in quanto illegittimo per la violazione del principio di ragionevolezza e del precedente sopra indicato.

In entrambi i casi, il giudice ordinario potrebbe addivenire all'accertamento della inefficacia della nomina e, conseguentemente, degli atti successivamente posti in essere.

PRINCIPATO & PORRARO

STUDIO DI AVVOCATI

Sotto il profilo della legittimazione attiva, essa dovrebbe dirsi spettante a ciascun membro del Consiglio di amministrazione, siccome titolare di una situazione soggettiva protetta avente ad oggetto la legittima costituzione del collegio ed il corretto funzionamento di esso. Tale legittimazione attiva dovrebbe però riconoscersi a tutti coloro che fossero in qualsiasi modo pregiudicati da un atto adottato e compiuto dal Presidente, sempre in ragione della illegittimità della nomina.

*** ** ***

Confidando di aver esaurientemente risposto al quesito posto, resto a disposizione per eventuali chiarimenti.

Con osservanza.

Avv. prof. Luigi Principato

