
COMITATO PARI OPPORTUNITÀ ODCEC TORINO



I PROFESSIONISTI E LE SOCIETÀ PUBBLICHE

Nuovi scenari

EUTEKNE

PREFAZIONE

La presente pubblicazione, a cura del Comitato Pari Opportunità dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Torino, costituisce la raccolta degli atti del convegno tenutosi in Torino in data 26.10.2012, dedicato alla normativa delle Società Pubbliche ed intitolato "I professionisti e le società pubbliche - Nuovi scenari".

I nuovi scenari a cui si fa riferimento si sono delineati in seguito all'emanazione della L. 120/2011 in tema di quote di genere.

Come è noto in data 12.8.2011 è entrata in vigore la L. 12.7.2011 n. 120 (G.U. 28.7.2011 n. 174); la norma in essa contenuta introduce il principio della parità di genere ai fini dell'accesso agli organi di amministrazione e controllo delle società quotate in mercati regolamentati e delle società non quotate ma controllate da Pubbliche Amministrazioni.

Il testo letterale della Legge non identifica esplicitamente il genere meno presente negli organi di amministrazione e controllo a cui rivolge la propria tutela ma di fatto è proprio volta al genere femminile, poco rappresentato negli incarichi di amministrazione e controllo apicali.

Si è quindi parlato di "quote rosa".

Tralasciando discorsi polemici e generalizzazioni, è innegabile che la presenza femminile qualificata sia una fattispecie residuale nel nostro Paese, nonostante l'alta scolarità femminile e la massiccia presenza negli Ordini Professionali a connotazione contabile-giuridica. Il fenomeno è di non trascurabile rilevanza sotto il profilo culturale.

Il Consiglio dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Torino, da sempre attento ai mutamenti della società e sensibile alle esigenze dei propri rappresentati, in occasione dell'emanazione della Legge che costituisce una concreta opportunità professionale per una larga fetta di dottori commercialisti ed esperti contabili (più di un terzo è costituito da donne), ha ritenuto di promuovere la nascita di un Comitato Pari Opportunità, al fine di sostenere, in relazione alle "nuove opportunità professionali", le proprie Iscritte.

Ha operato in maniera consona al proprio stile, prevedendo una dovuta e tempestiva informazione alle Colleghe, coniugata con il necessario approfondimento professionale, condotto dalle Colleghe stesse a beneficio di tutti gli Iscritti.

Pertanto, in una programmazione di ampio respiro, il Comitato ha previsto un primo livello informativo, seguito da una seconda fase dedicata alla formazione di base volta alla sistematizzazione di conoscenze già acquisite e all'approfondimento della normativa di riferimento delle fattispecie di cui alla L. 120/2011.

Il presente e-book costituisce il secondo appuntamento formativo, inserito in un percorso di studio che ha previsto come prima tappa l'approfondimento delle tematiche

relative al Collegio sindacale delle società quotate e come ultimo argomento l'analisi delle fattispecie connesse all'organo di governance delle medesime.

Scopo del ciclo di incontri e delle raccolte successive è quello di fornire, da un lato, a chi si avvicina per la prima volta a tali complesse fattispecie, validi strumenti di pianificazione del lavoro, e dall'altro, a chi già opera, spunti di riflessione su argomenti specifici.

Il materiale riportato nelle seguenti pagine, dopo una sintetica introduzione normativa, presenta alcuni stralci di Statuti portanti le previsioni normative ed attuative in tema di quote di genere per poi addentrarsi nella normativa tipica delle società pubbliche, offrendo un quadro generale dei tratti caratterizzanti e delle fattispecie tipiche degli organi di governance e controllo.

Il percorso formativo ha comportato la profusione di grande impegno e sforzo da parte delle Colleghe che hanno partecipato in gran numero all'iniziativa con entusiasmo, generosità e lealtà intellettuale, nell'intento di migliorarsi professionalmente e di produrre materiale utile alla pluralità degli Iscritti.

Margherita Spaini

INDICE GENERALE

Le quote di genere: il quadro normativo e i dati statistici <i>(a cura di Paola Zambon)</i>	7
La normativa in ordine alla parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società controllate da Pubbliche Amministrazioni, non quotate in mercati regolamentati <i>(a cura di Lucia Starola)</i>	17
La documentazione inerente le clausole statutarie <i>(a cura di Rosanna Chiesa e Stefania Telesca)</i>	29
Le società pubbliche <i>(a cura di Gabriella Nardelli)</i>	41
I servizi pubblici locali <i>(a cura di Barbara Bucchioni e Margherita Gardi)</i>	51
Gli amministratori e i sindaci di società pubbliche <i>(a cura di Margherita Spaini)</i>	63

LE QUOTE DI GENERE: IL QUADRO NORMATIVO E I DATI STATISTICI

di Paola Zambon
Dottore Commercialista e pubblicista in Torino

INDICE

1	QUOTE ROSA: LA STATISTICA DEL COMITATO PARI OPPORTUNITÀ DELL'ODCEC DI TORINO.....	8
2	PARITÀ DI GENERE: UN DIRITTO FONDAMENTALE RICONOSCIUTO DALL'UNIONE EUROPEA.....	8
3	QUOTE ROSA: LA NORMA ITALIANA.....	11
	<i>Norme di riferimento</i>	11
4	CARATTERISTICHE GENERALI DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE.....	12
5	DISCIPLINE APPLICABILI ALLE SOCIETÀ PUBBLICHE.....	14

1 QUOTE ROSA: LA STATISTICA DEL COMITATO PARI OPPORTUNITÀ DELL'ODCEC DI TORINO

Il Comitato Pari opportunità dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Torino ha elaborato una statistica¹ sulla presenza femminile nei *boards* delle società quotate in borsa e delle società a controllo pubblico che ha presentato durante un convegno tenutosi agli inizi di giugno 2012².

Dall'analisi svolta è emersa che non risulta essere presidente del Consiglio di amministrazione (CdA) alcuna donna nelle società quotate in borsa in Torino e Provincia. Nei Consigli di amministrazione siedono 13 donne su 100 e per la maggior parte lavorano nel settore industriale; nei Collegi sindacali sono presenti 10 donne su 100.

I dati relativi alle società a partecipazione diretta della Provincia sono analoghi: nessuna donna risulta essere presidente del Consiglio di amministrazione e solo il 12% della composizione dei CdA è femminile mentre nei Collegi sindacali si attesta al 19%.

Nelle società a partecipazione diretta del Comune vi è una sola presidente del Consiglio di amministrazione (di una società addetta ai servizi cimiteriali) mentre sono rosa al 13% le poltrone dei CdA e al 27% nei Collegi sindacali.

Nelle società a partecipazione diretta della Regione nessuna donna è presidente del Consiglio di amministrazione mentre sono rosa al 16% le poltrone dei CdA e al 29% nei Collegi sindacali (con tre donne presidenti del Collegio sindacale). Le statistiche peggiorano nel caso in cui si aggiungano le aziende turistiche regionali: il 15% né femminile nei CdA e il 27% nei Collegi sindacali.

Solo a Torino le colleghe iscritte all'Ordine, sono circa 1.400 e rappresentano circa il 45% degli iscritti. Il 70% dei neo-iscritti sono donne e l'80% delle iscritte ha più di 5 anni di esperienza professionale (la maggiore parte delle iscritte hanno tra i 10 ed i 20 anni di esperienza).

2 PARITÀ DI GENERE: UN DIRITTO FONDAMENTALE RICONOSCIUTO DALL'UNIONE EUROPEA

I principi di uguaglianza tra uomo e donna risalgono in linea generale alla stesura del Trattato di Roma (1957) istituyente la Comunità economica europea, nel quale si evidenziava il diritto alla stessa retribuzione economica a parità di mansione svolta.

Mentre l'attuale versione aggiornata del trattato, che nel frattempo è divenuto quell'Unione europea, si contempla il valore (*ex art. 2*) e si tutela il diritto (*ex art. 3*) e si promuovono le azioni positive (*ex art. 8*) prevedendo diversi articoli in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (il cui effetto giuridico è stato riconosciuto vincolante alla stregua dei Trattati succedutesi nel tempo, con l'entrata in vigore nel dicembre 2009 del trattato di Lisbona) ha previsto che la parità debba essere assicurata "*in tutti i campi il principio della*

¹ I dati sono stati raccolti da fonti aperte raccolte da Internet e grazie al contributo della Camera di Commercio di Torino e dell'Unione Industriale.

² Per chi fosse interessato ad approfondire queste tematiche segnaliamo il gruppo "Parità di genere: donne di talento al top" creato su *LinkedIn* (it.linkedin.com/groups/Parità-genere-donne-talento-al-4562853).

*parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato*³.

Nel tempo il numero delle donne nel mondo del lavoro europeo è molto cresciuto (specialmente a partire dagli anni novanta nelle società) ma non nei contesti decisionali e di potere che concernono il mondo societario e politico, pubblico e privato.

Il 5.3.2010 la Commissione adottava la “*Women’s charter*” (carta delle donne)⁴, rimarcando nelle premesse che “oggi si laureano più donne che uomini” e che l’adozione di una vera parità tra uomo e donna fosse dunque una strategia per valorizzare i propri talenti ed applicare le proprie capacità. Gli obiettivi essenziali della carta sono i seguenti:

- 1) pari indipendenza economica;
- 2) pari retribuzione per lo stesso lavoro ed a parità di valore;
- 3) parità nel processo decisionale;
- 4) dignità, integrità e fine della violenza basata sul genere;
- 5) parità fra i generi oltre l’Unione.

Con l’intento di attuare tali strategie, la Commissione europea persegue un approccio a doppio binario:

- 1) genere introdotto nel processo politico come una principale corrente in movimento (libera traduzione di “*gender mainstreaming*”): gli obiettivi inneggianti la parità di genere entrano a fare parte del processo politico sia in fase di pianificazione che di attuazione dello stesso, come una vera e propria corrente (*stream*);
- 2) misure specifiche: sono misure addizionali e specifiche (es. interventi legislativi, fondi finanziati, ecc.) che tendono ad evidenziare particolari problematiche irrisolte (es. differenze salariali, disoccupazione femminile, ecc.).

La Commissione europea ha incominciato così ad occuparsi in modo esplicito della diversità di genere nel processo decisionale economico proprio e solo a partire dal 2010.

Nel documento “Strategia per la parità tra donne e uomini 2010-2015” (COM(2010) 491 final) e nei vari aggiornamenti a tale strategia, la Commissione ha verificato che il genere meno rappresentato risulta essere quello femminile con una percentuale di donne nei consigli di amministrazione delle società quotate europee pari al 12%, del quale nel successivo documento “Il bilancio di genere nella *leadership* degli affari” (2010) risultavano solo il 3% le donne in posizioni apicali nelle principali società quotate europee.

La vice presidente della Commissione europea *Viviane Reding* ha così invitato le società quotate in borsa ad attuare alcune azioni:

- adozione da parte di tali società di un “impegno formale⁵ per più donne alla guida delle imprese europee” (marzo 2011): l’impegno, che se sottoscritto viene reso

³ Stesso principio ripreso anche dall’art. 23 del Trattato UE.

⁴ Com (2010) - 78. Dichiarazione della Commissione europea in occasione della giornata internazionale della donna 2010 - Commemorazione del 15° anniversario dell’adozione della dichiarazione e della piattaforma d’azione della Conferenza mondiale dell’ONU sulle donne, svoltasi a Pechino, e del 30° anniversario della Convenzione ONU sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne.

⁵ Per la versione in italiano si rimanda al link http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/reding/pdf/news/boardroom_pledge_final_it.pdf

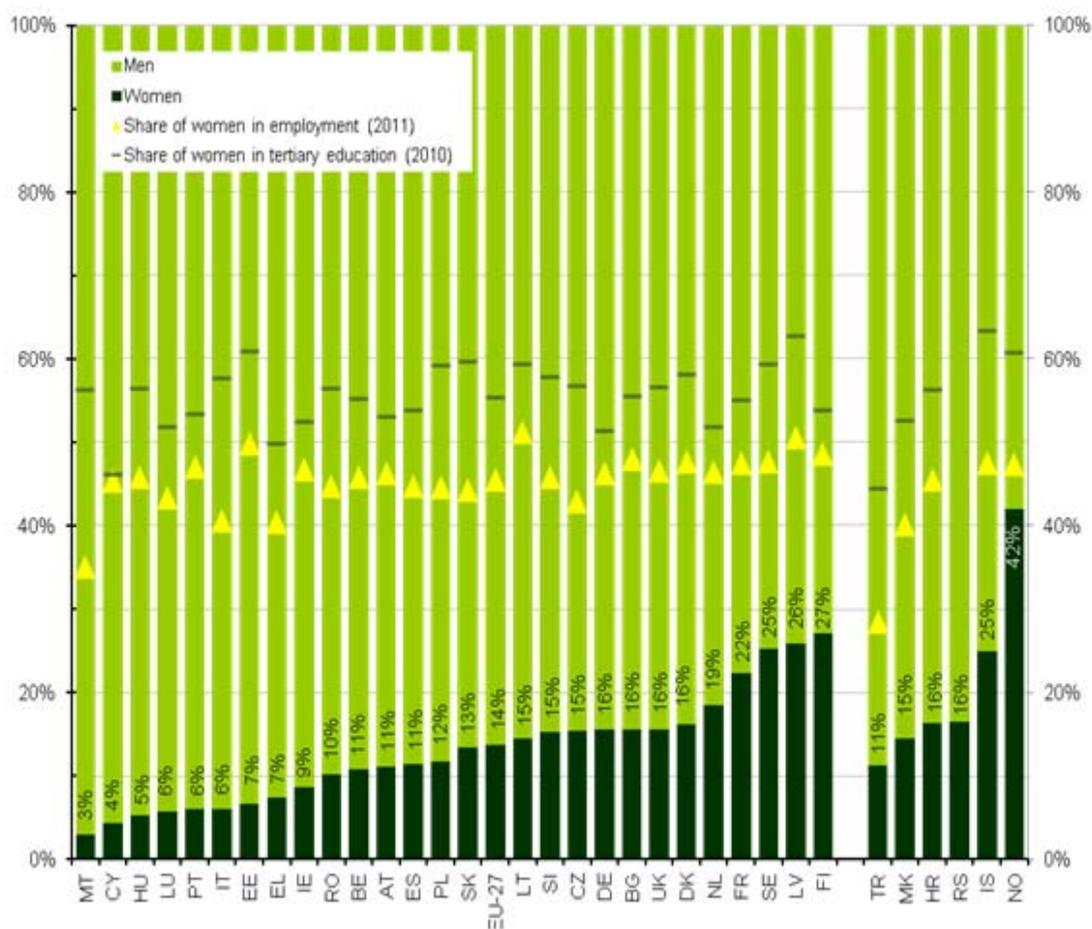
pubblico, deve essere siglato da un rappresentante legale della società (es. amministratore delegato, presidente, ecc.), e deve riportare le misure concrete che le società intendono attuare (o che intendono attuare nell'anno in corso) per rafforzare la presenza femminile ai vertici della società stessa;

- analisi sulla presenza femminile nel contesto decisionale economico europeo (*Women in economic decision-making in the EU: Progress report* – marzo 2012);
- consultazione pubblica sulle ultronee e possibili misure europee da intraprendere.

Il 14.11.2012 è stata presentata una proposta di direttiva in tal senso (COM (2012) 614 final) con la quale si intende inserire raggiungere un **obiettivo del 40% del sesso sotto-rappresentato tra gli amministratori senza incarichi esecutivi nelle società quotate e nelle società pubbliche**, fatta eccezione per le piccole e medie imprese. Nel caso in cui tale obiettivo non fosse raggiunto le azienda dovranno procedere alle nomine per tali posti sulla base di un'analisi comparativa delle qualifiche di ciascun candidato, applicando criteri chiari, univoci e neutrali rispetto al concetto di parità di genere.

A parità di qualifiche, si dovrà scegliere il genere meno rappresentato.

L'obiettivo dev'essere raggiunto entro il 2020 e per le imprese pubbliche, sulle quali gli Stati membri esercitano un'influenza dominante, entro il 2018.



Donne e uomini ai vertici delle principali aziende quotate in borsa, gennaio 2012

Fonte: Commissione europea

3 QUOTE ROSA: LA NORMA ITALIANA

Norme di riferimento

La L. 12.7.2011 n. 120 (*G.U.* 28.7.2011 n. 174), concernente la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati, ha modificato il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF o DLgs. 24.2.98 n. 58) ed è entrata in vigore il 12.8.2011.

Con la delibera 8.2.2012 n. 18098 è stato inserito il “*Capo I-bis Equilibrio tra generi nella composizione degli organi di amministrazione e controllo*” che ha introdotto l’art. 144-*undecies* (equilibrio tra generi) nel Regolamento Emittenti 11971/99.

La circ. Assonime 17.6.2012 n. 16 ha analizzato la L. 120/2011 e la delibera 18098/2012.

Il codice di autodisciplina delle società quotate nella versione più recente (2011) ha raccomandato alle società emittenti nella valutazione del Consiglio di amministrazione e dei comitati, da effettuare almeno annualmente, di fare riferimento ai criteri di professionalità, esperienza ed appartenenza a generi diversi.

Infine, per le società non quotate controllate da Pubbliche Amministrazioni le previsioni in materia di quote di genere, è stato emanato un regolamento per definire termini e modalità di attuazione della norma, approvato il 26.10.2012⁶, il DPR 30.11.2012 n. 251 (*G.U.* 28.1.2013 n. 2).

In soli cinque articoli il regolamento precisa che non possono essere presentati meno di tre candidati nell’organo da leggere al fine di soddisfare il criterio di parità di genere ed anche nelle quote di riserva, anche in corso di mandato, debbano essere previste delle modalità di sostituzione dei componenti degli organi.

La L. 120/2011 introduce il principio della parità di genere per accedere agli organi di amministrazione e controllo delle società quotate in mercati regolamentati e delle società non quotate controllate da Pubbliche Amministrazioni.

A tal fine almeno un terzo dei componenti degli organi sociali delle suddette società deve essere composto dal “genere meno rappresentato”. Per il primo mandato la quota scende ad almeno un quinto.

Il termine “quote rosa” riferito al genere femminile pertanto non è citato dalla norma che invece introduce garanzie al genere che conta minori presenze negli organi societari succitati.

Il DPR 251/2012 si applica alle società costituite in Italia, controllate⁷ da Pubbliche Amministrazioni, non quotate in mercati regolamentati, che provvedono all’elezione dei propri organi a partire dal primo rinnovo successivo al 12.2.2013 per una durata di tre mandati⁸ al termine dei quali non si avrà più l’obbligo di attuare la rappresentanza di

⁶ “Regolamento concernente la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo nelle società costituite in Italia, controllate da pubbliche amministrazioni, a norma dell’articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile, non quotate in mercati regolamentati, a norma dell’articolo 3, comma 2, della legge 12 luglio 2011, n. 120”. - Ministro dell’Economia e delle Finanze con il concerto del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali.

⁷ Ai sensi dell’art. 2359 co. 1 e 2 c.c.

⁸ Si evidenzia che civilisticamente ciascun mandato si compone di tre esercizi. Pertanto la norma sarà

genere. Al primo dei tre mandati si adotta la quota di 1/5 per il genere meno rappresentato e per i due successivi quella di 1/3.

APPLICAZIONE OPERATIVA DELLA RAPPRESENTANZA DI GENERE	
Primo mandato (es. durata 3 esercizi)	Genere meno rappresentato: 1/5
Secondo mandato (es. durata 3 esercizi)	Genere meno rappresentato: 1/3
Terzo mandato (es. durata 3 esercizi)	Genere meno rappresentato: 1/3

Gli organi di amministrazione delle società pubbliche devono adeguare gli statuti sociali alla disposizione di genere prevedendo altresì che il mancato rispetto dei criteri di riparto comporti la decadenza dell'intero organo sociale di amministrazione o di controllo, qualora non si sia ottemperato alle diffide previste dal DPR 251/2012 e che si provveda alla convocazione d'urgenza dell'assemblea dei soci per la ricostituzione dell'organo stesso nel rispetto della legge e dello statuto.

La nomina degli organi sociali (o nel caso di modifica della composizione in corso di mandato, la loro sostituzione) deve essere comunicata alla Presidenza del Consiglio o al Ministro per le Pari opportunità entro 15 giorni.

Il monitoraggio e vigilanza sull'applicazione della normativa di genere rivolta alle società pubbliche è attribuita al presidente del Consiglio dei Ministri (o al Ministro delegato per le Pari opportunità), mentre per le società quotate in borsa tale ruolo viene svolto dalla CONSOB.

In particolare in caso di mancato adeguamento agli obblighi di pervenire ad un equilibrio di genere, vi sarà una diffida ad ottemperarvi entro 60 giorni, trascorsi inutilmente i quali verrà concesso un ulteriore termine di 60 giorni, decorso invano il quale, tramite avvertimento, i componenti dell'organo sociale decadranno e la società dovrà procedere alla ricostituzione dell'organo secondo termini e modalità previsti dalla legge o dallo statuto.

Non sono previste in ogni caso sanzioni pecuniarie in caso di inottemperanza.

Pertanto la società pubblica è in ogni caso obbligata a:

- comunicare la composizione degli organi sociali e le eventuali variazioni in corso di mandato alle banche dati costituite presso il presidente del Consiglio dei Ministri (o il Ministro delegato per le Pari opportunità);
- segnalare situazioni divergenti dall'applicazione pratica della norma effettuate da parte degli organi di amministrazione e di controllo, al presidente del Consiglio dei Ministri (o al Ministro delegato per le Pari opportunità).

In ogni caso le segnalazioni potranno essere effettuate da qualsiasi portatore di interesse.

Per ulteriori approfondimenti si rimanda all'*e-book* sul Collegio sindacale sempre ad opera del nostro Comitato Pari opportunità.

4 CARATTERISTICHE GENERALI DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE

Le società sono a partecipazione pubblica (c.d. "società pubbliche"), quando lo Stato o gli enti pubblici ne detengono partecipazioni dirette o indirette.

applicabile ai prossimi 9 anni a partire dal 12.8.2012, a meno che le società non prevedano mandati inferiori ai tre esercizi (es. annuali o biennali).

Pur essendo nate in un'ottica d'impresa, nel tempo si sono sempre più poste obiettivi sociali e politici ed in quanto Pubbliche Amministrazioni, esse sono considerate "privilegiate" poiché potrebbero potenzialmente limitare la concorrenza⁹ in modo da non garantire la parità di trattamento degli operatori nel territorio domestico.

Le società pubbliche sono infatti particolarmente diffuse nella nostra economia in confronto alla loro presenza a livello internazionale.

Le tipologie di classificazione di società pubbliche potrebbero essere innumerevoli. Solo a titolo di esempio si citano:

- natura delle società che le partecipano: statali o non, locali o non, territoriali o non, economici o non);
- oggetto sociale: l'attività svolta in modo concreto potrebbe essere d'impresa, relativa a servizio o funzione pubblica (sostanzialmente rivolta alla collettività o a terzi rispetto alla società) o strumentale;
- tipologia di partecipazione: totalitaria, di controllo, non di controllo, maggioritaria, minoritaria;
- tipologia di affidamento di attività: affidamento diretto (per cui vi è il divieto di operare con terzi o di operare al di fuori del territorio competente).

La proliferazione di tali enti purtroppo avviene o è avvenuta spesso proprio per evitare porre limitazione alla libera concorrenza concorrenza o eludere i vincoli di finanza pubblica imposti agli enti locali.

Per tale motivo la normativa nel tempo, è intervenuta a porre limiti nella costituzione e nel mantenimento di società pubbliche. In tal modo a partire dagli anni novanta si è assistito alla trasformazione degli enti pubblici in forme giuridiche disciplinate dal diritto privato (in particolare della società per azioni) e all'introduzione di normative *ad hoc* per lo svolgimento di attività determinate che in precedenza erano riservate allo Stato.

Pertanto anche il quadro normativo che caratterizza tali società si è arricchito nel tempo. Accanto all'iniziale disciplina codicistica relativa alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici (art. 2449 c.c.), si sono aggiunte norme di carattere speciale e norme rivolte, di volta in volta, a risolvere le "problematiche" del momento. Ad esempio vi sono norme riferite ad un'unica società o a gruppi di società, ad intere categorie, ed una più recente tendenza che, da un lato, mira ad equiparare le società pubbliche alle Pubbliche Amministrazioni ai fini di contenere la spesa pubblica con individuazione di regole rivolte alla concorrenza o alla loro organizzazione¹⁰ e dall'altro rinvia alla Corte dei conti gli amministratori in caso di danni diretti (responsabilità civile e amministrativa della società pubblica).

⁹ Si rimanda alla sentenza della Corte Costituzionale 326/2008.

¹⁰ Esempio: limiti al numero degli amministratori, ai compensi dei presidenti e dei componenti del Consiglio di amministrazione, al conferimento dell'incarico di amministratori, a mantenere partecipazioni in società non strettamente strumentali al perseguimento di finalità istituzionali, ecc. fino al più recente sistema di controlli sulle società partecipate previsto dal DL 10.10.2012 n. 174.

5 DISCIPLINE APPLICABILI ALLE SOCIETÀ PUBBLICHE

Disciplina codicistica: norme per le società partecipate dallo Stato o da enti pubblici; diritto societario applicabile alle società a partecipazione pubblica.

Disciplina extracodicistica: norme esplicitamente formulate per le società pubbliche; norme con fini pubblicistici che ancorchè non siano originariamente stati formulati per le società pubbliche (es. rivolti ad enti pubblici) sono chiaramente (o meno) applicabili anche alle società pubbliche.

Disciplina speciale: norme che integrano, modificano o derogano le norme precedenti in tema di società pubbliche.

Tra le varie distinzioni con le quali si possono classificare le società pubbliche, si ritiene importante quella introdotta dal DL 30.9.2003 n. 269, (conv. L. 24.12.2003 n. 350) in tema di servizi pubblici erogati.

Superando la precedente distinzione tra servizi pubblici di rilevanza industriale/non di rilevanza industriale quella tra servizi pubblici “a rilevanza economica” e servizi pubblici “privi di rilevanza economica”, il legislatore ha infatti voluto effettuare una nuova distinzione di servizio pubblico erogato dalle società pubbliche in ordine al metodo organizzativo, strutturale e di produzione con il quale esso veniva svolto e non al modo tecnico con il quale veniva svolto.

Le società pubbliche si distinguono inoltre per la tipologia di attività esercitata, con servizi a rilevanza economica e non.

I servizi pubblici **a rilevanza economica**, poiché possono influire sulla concorrenza per il modo nel quale vengono gestite dalle società pubbliche, possono essere affidati sostanzialmente:

- a società di capitali private
- a società “miste” (a partenariato pubblico e privato)¹¹
- in auto fornitura o autoproduzione (c.d. “*in house*”¹²) di beni o servizi da parte di una Pubblica Amministrazione che decide di acquisire tali beni o servizi direttamente.

¹¹ Nel “libro verde” della Commissione europea del 30.4.2004, relativo al partenariato pubblico e privato (PPP) ed al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni, è stato definito genericamente il PPP come “forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura o la fornitura di un servizio”, distinguendo tra PPP “puramente contrattuale” (es. contratto di appalto e concessione) e “istituzionalizzato” (es. la società mista).

¹² *In house* è espressione interpretativa sancita dalla giurisprudenza comunitaria: sentenza Teckal, del 18.11.99 causa C-107/98. La circ. Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento delle politiche comunitarie 19.10.2001 n. 12727, che la cita, in merito riporta: “*la normativa europea in tema di appalti pubblici, in particolare di servizi, non trova ... applicazione sempre secondo l’orientamento espresso dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, quando manchi un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, come nel caso, secondo la terminologia della Corte, di delegazione interorganica o di servizio affidato in via eccezionale «in house» ... In altri termini, quando un contratto sia stipulato tra un ente locale ed una persona giuridica distinta, l’applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa nel caso in cui l’ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona (giuridica) realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti locali che la controllano. Segnatamente, ad avviso delle istituzioni comunitarie, per controllo analogo si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione*”

I servizi pubblici **a rilevanza non economica**, poiché non influiscono sulla concorrenza, in quanto non mirano al potenziale “profitto”, possono invece essere affidati sostanzialmente:

- a società di capitali private;
- ad aziende speciali;
- ad istituzioni, associazioni, fondazioni;
- in economia.

Nella nostra trattazione dunque abbiamo cercato di evidenziare gli elementi che maggiormente caratterizzano una società pubblica mettendo in luce anche le connessioni esistenti tra la tipologia di servizio svolto e le eventuali modifiche da apportare alla luce delle più recenti indicazioni normative.

gerarchica; tale situazione si verifica in particolare quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario”.

LA NORMATIVA IN ORDINE ALLA PARITÀ DI ACCESSO AGLI ORGANI DI AMMINISTRAZIONE E DI CONTROLLO DELLE SOCIETÀ CONTROLLATE DA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI, NON QUOTATE IN MERCATI REGOLAMENTATI

di Lucia Starola

INDICE

1	PREMESSA	18
2	NORMATIVA DI RIFERIMENTO	18
	2.1 <i>L. 12.7.2011 n. 120</i>	18
	2.2 <i>Delibera CONSOB 8.2.2012 n. 18098</i>	19
	2.3 <i>Decreto attuativo, DPR 30.11.2012 n. 251</i>	20
3	OBIETTIVI E CONTENUTO	21
4	AMBITO DI APPLICAZIONE	22
5	COMPOSIZIONE DEGLI ORGANI SOCIALI E ADEGUAMENTO DEGLI STATUTI	23
6	DECORRENZA	24
7	MONITORAGGIO E VIGILANZA SULL'APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA	25
8	POSSIBILI CRITICITÀ	26

1 PREMESSA

Le statistiche evidenziano che le donne sono pressoché assenti dai Consigli di amministrazione delle società quotate¹ e in genere è scarsa la loro presenza nel mondo dell'impresa. La disciplina volta a favorire il riequilibrio di genere negli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate e di quelle a controllo pubblico si propone di dare attuazione al principio di uguaglianza sostanziale – sancito dall'art. 3 co. 2 della Costituzione – che legittima l'adozione di azioni positive aventi l'obiettivo di rimuovere gli ostacoli che, *“limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini”*, impediscono il realizzarsi della parità enunciata nel primo comma dello stesso articolo².

Sul punto vi sono precedenti chiarificatori. La L. 25.2.92 n. 215 (Azioni positive per l'imprenditoria femminile) prevedeva misure finanziarie di favore per le imprese condotte da donne e per le società a prevalente partecipazione femminile. La legge fu impugnata dalla Regione Lombardia e dalla Provincia autonoma di Trento, per violazione del riparto di competenze, investendo la Corte Costituzionale del sindacato di conformità alla Costituzione. La Corte accolse le doglianze dei ricorrenti in merito alla necessità di un meccanismo di cooperazione tra Stato, Regioni e Province autonome, in modo da coinvolgere gli enti territoriali nella decisione del Ministro dell'Industria di concedere le agevolazioni, tuttavia la Corte Costituzionale dichiarò, sotto gli altri profili, non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate. La decisione³ fu l'occasione per chiarire la natura delle azioni positive e per confermare la situazione di assenza delle donne dal settore dell'economia. La Corte affermò infatti che la misura legislativa introdotta era diretta *“a colmare o, comunque, ad attenuare un evidente squilibrio a sfavore delle donne, che, a causa di discriminazioni accumulate nel corso della storia passata, per il dominio di determinati comportamenti sociali e modelli culturali, ha portato a favorire le persone di sesso maschile nell'occupazione delle posizioni di imprenditore o di dirigente d'azienda”*. La Corte proseguiva spiegando come le finalità perseguite dal legislatore fossero espressione del dovere di cui all'art. 3 co. 2 della Costituzione, descrivendo le azioni positive come *“il più potente strumento o disposizione del legislatore, che, nel rispetto della libertà e dell'autonomia dei singoli individui, tende a innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate”*⁴.

2 NORMATIVA DI RIFERIMENTO

2.1 L. 12.7.2011 N. 120

Nel 2009 vennero presentati alla Camera dei Deputati e al Senato tre progetti di legge

¹ I dati CONSOB aggiornati al 2009 dicono che a far parte dei Consigli di amministrazione delle società quotate in borsa sono, per il 94% dei casi, uomini.

² Art. 3 della Costituzione:
“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

³ Corte Cost. 109/93.

⁴ D'Amico M. “La legge sul riequilibrio di genere negli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate e delle società a controllo pubblico”.

dal contenuto simile. Essi avevano l'obiettivo di modificare il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, introducendo previsioni volte a favorire la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate nei mercati regolamentati.

Le due proposte presentate alla Camera, e sottoposte all'esame della Commissione Finanze in sede deliberante, sono poi confluite in un testo unificato adottato dalla Commissione stessa, approvato il 2.12.2010. In questa prima versione, approvata dalla Camera e trasmessa al Senato, si richiedeva che *“il riparto degli amministratori da eleggere fosse effettuato in base a un criterio che assicuri l'equilibrio tra i generi”*. Il disegno di legge stabiliva a quali condizioni tale criterio potesse dirsi soddisfatto, precisando che *“Il genere meno rappresentato deve ottenere almeno un terzo degli amministratori eletti”*. Il riparto era previsto per tre mandati consecutivi anche per i collegi sindacali ed era esteso alle società controllate da Pubbliche Amministrazioni non quotate nei mercati regolamentati. La violazione della previsione comportava la decadenza dalla carica dei componenti eletti.

Il Governo propose correttivi significativi, tra i quali:

- sostituzione della sanzione della decadenza con la previsione di sanzioni di natura meramente pecuniaria, da comminare alle società inadempienti al termine di un procedimento di competenza della CONSOB;
- graduare l'obiettivo del riequilibrio di genere, scandendo le fasi temporali attraverso cui realizzarlo. Più precisamente, riservare al genere meno rappresentato, nel primo mandato un decimo dei posti, nel secondo mandato un quinto dei posti, e solo nel terzo un terzo dei posti;
- posticipare l'applicazione della legge ad un anno dalla data della sua entrata in vigore.

Nella versione definitiva della legge, è stata confermata la sanzione della decadenza dei componenti eletti, preceduta da due successive diffide della CONSOB⁵ nei confronti della società inadempiente.

Il perimetro di applicazione della L. 12.7.2011 n. 120⁶ include due tipologie di società: le quotate e quelle “a controllo pubblico”, non quotate nei mercati regolamentati: per le prime l'efficacia della legge è già cogente, per le società pubbliche il regolamento di attuazione entra in vigore il 12.2.2013.

2.2 DELIBERA CONSOB 8.2.2012 N. 18098

Gli artt. 147-ter 147-quater e 148 del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, modificati della L. 120/2011, prevedono che la CONSOB statuisca in ordine alla violazione, all'applicazione ed al rispetto delle disposizioni in materia di quote di genere, anche con riferimento alla fase istruttoria e alle procedure da adottare, mediante regolamento da adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore

⁵ Per le controllate da Pubbliche Amministrazioni la funzione di diffida è esercitata dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Ministro per le Pari opportunità.

⁶ In *Gazzetta Ufficiale* 28.7.2011 n. 174.

delle disposizioni. Di conseguenza la CONSOB, con delibera 8.2.2012 n. 18098, ha modificato il Regolamento Emittenti, inserendo l'art. 144-*undecies* (*Equilibrio tra generi*).

Viene previsto che gli statuti delle società quotate disciplinino:

- le modalità di formazione delle liste ed i criteri di individuazione dei componenti per il rispetto dell'equilibrio di genere;
- le modalità di sostituzione dei componenti degli organi cessati in corso di mandato, al fine di garantire, anche in tale ipotesi, il rispetto del riparto di genere richiesto;
- le modalità affinché l'esercizio dei diritti di nomina, ove previsto, non contrasti con le nuove disposizioni del Testo unico.

La legge e il regolamento prevedono che qualora non sia rispettato il criterio di riparto, la CONSOB diffida la società ad adeguarsi entro il termine massimo di quattro mesi. In caso di inottemperanza alla diffida, la CONSOB applica una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 100.000,00 a euro 1.000.000,00 per le violazioni concernenti i componenti il Consiglio di amministrazione o il Consiglio di gestione e da euro 20.000,00 a euro 200.000,00 per le violazioni concernenti i componenti il Collegio sindacale o il Consiglio di sorveglianza. In tal caso la CONSOB fissa un nuovo termine ad adempiere ed in caso di ulteriore inottemperanza i componenti eletti decadono dalla carica.

2.3 DECRETO ATTUATIVO, DPR 30.11.2012 N. 251

La L. 210/2011 prevede per le società costituite in Italia, non quotate, controllate da Pubbliche Amministrazioni *ex art. 2359 co. 1 e 2 c.c.*, di riservare a membri del genere meno rappresentato, a partire dall'agosto 2012, almeno un quinto e in seguito un terzo dei componenti i Consigli di amministrazione, i Consigli di gestione, i Consigli di sorveglianza e i Collegi sindacali. L'art. 3 co. 2 demanda a un apposito regolamento il compito di dare attuazione a tale previsione normativa, stabilendo:

- termini e modalità di attuazione per una disciplina uniforme per tutte le società interessate;
- la vigilanza sull'applicazione della norma;
- le forme e i termini dei provvedimenti previsti;
- le modalità di sostituzione dei componenti decaduti.

Il regolamento avrebbe dovuto essere emanato, entro due mesi dall'entrata in vigore della legge. Il regolamento, approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il 26.10.2012, dopo il parere favorevole del Consiglio di Stato espresso nell'adunanza del 27.9.2012, (parere 8.10.2012 n. 4199), è stato emanato ai sensi dell'art. 17 co. 1 della L. 23.8.88 n. 400, con DPR 30.11.2012 n. 251, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* 28.1.2013 n. 23.

Il regolamento, per mantenere l'obiettivo di garantire una disciplina uniforme dell'applicazione della legge a tutte le società interessate, nel dettare i principi e fissare i meccanismi applicativi della legge con riferimento alle società pubbliche, deve necessariamente agire sui loro statuti e, indirettamente, sulle procedure amministrative adottate dagli enti per la designazione dei candidati o dei membri degli organi sociali delle loro controllate. La realizzazione di tale obiettivo non è semplice.

La definizione di “società pubblica” è unitaria soltanto in apparenza e comprende molteplici fattispecie societarie tra di loro molto diverse⁷, con sistemi di nomina degli organi sociali non riconducibili a una univoca procedura. Nella *corporate governance* di riferimento è talvolta necessario conciliare aspetti di diritto societario e di diritto amministrativo⁸. L’*iter* amministrativo di designazione a consigliere in una società pubblica comprende molti passaggi, che hanno una propria fonte di legittimità nel corpus normativo degli enti di riferimento: bandi, approvazioni nelle giunte o nei Consigli degli enti locali, talvolta preceduti da consultazioni politiche. Il regolamento non tiene conto di questa caratteristica, non avendo previsto che la selezione delle candidature alle cariche delle società pubbliche sia impostata in modo corretto sin dall’inizio della specifica procedura.

Si statuisce che le controllate debbano prevedere “*nei propri statuti che la nomina degli organi di amministrazione e di controllo ove a composizione collegiale, sia effettuata secondo modalità tali da garantire che il genere meno rappresentato ottenga almeno un terzo dei componenti di ciascun organo*”. Di conseguenza, al pari delle società quotate, anche le società controllate dalle Pubbliche Amministrazioni dovranno rivedere ed integrare i propri statuti per renderli conformi al criterio dell’equilibrio di genere e l’individuazione dei meccanismi più adeguati per raggiungere tale obiettivo è rimesso all’autonomia statutaria. Fissato l’obiettivo, il legislatore ha mantenuto flessibile il mezzo per il suo raggiungimento, per permettere alle società di individuare formulazioni di clausole statutarie soddisfacenti rispetto alle singole esigenze ed esperienze di *corporate governance*. L’approccio è condivisibile, anche per uniformità di trattamento con le società quotate.

In pendenza dell’emanazione del regolamento, era stato auspicato di renderlo più efficace mediante una azione diretta nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni che hanno in portafoglio società interessate dalla legge. A carico di queste ultime erano state ipotizzate disposizioni destinate a incrementare la responsabilizzazione, disciplinando, ad esempio, i modi ed i tempi entro i quali adottare gli atti ed i provvedimenti, per permettere alle controllate di completare celermente i processi di revisione dei propri statuti. Il regolamento avrebbe potuto rivolgersi anche alle singole amministrazioni, richiedendo che fossero i loro statuti a disciplinare in primis le modalità di designazione e di nomina dei componenti degli organi delle proprie controllate, per assicurare il rispetto del riequilibrio di genere. Ciò avrebbe potuto essere ottenuto, ad esempio, introducendo nei procedimenti di nomina o di designazione dei candidati meccanismi di “doppia preferenza di genere” (l’indicazione obbligatoria nelle candidature di un uomo e una donna) o altre misure idonee ad assicurare che la composizione delle società pubbliche fosse conforme alle previsioni della legge⁹.

3 OBIETTIVI E CONTENUTO

La L. 120/2011 ed il regolamento attuativo hanno la finalità di promuovere l’accesso

⁷ Società con componenti private, società istituite da leggi speciali, società, costituite per lo svolgimento di attività necessarie all’interesse pubblico, società a partecipazione pubblica vincolata, società soggette a poteri di indirizzo e di vigilanza governativa, ecc.

⁸ Guglielmetti R. “La parità di genere nelle società pubbliche”.

⁹ Alesso I., Guglielmetti R. “Il riequilibrio di genere nelle società pubbliche”.

del genere meno rappresentato negli organi di amministrazione e di controllo delle società pubbliche, le sole per le quali la previsione è possibile con un atto normativo, senza violare il principio della libertà di iniziativa economica fissato nell'art. 41 della Costituzione¹⁰. Come si è detto, lo strumento prescelto, è stato quello di una misura volta direttamente a creare un vantaggio specifico al sesso sottorappresentato.

La legge ed il regolamento prevedono che il riparto dei membri dei componenti gli organi di amministrazione e di controllo sia effettuato in modo che il genere meno rappresentato ottenga un terzo dei componenti.

Al fine di rispettare i principi di legittimità costituzionale è stata prevista sia una limitazione temporale, ovvero che tale criterio di riparto si applica per tre mandati consecutivi, sia una applicazione graduale, stabilendo che per il primo mandato la quota riservata al genere meno rappresentato sia pari ad almeno un quinto del numero dei componenti dell'organo.

A livello attuativo è necessario considerare quanto previsto dall'art. 14 co. 4 del DL 6.7.2012 n. 95 (convertito in L. 7.8.2012 n. 135). I Consigli di amministrazione delle società controllate direttamente o indirettamente dalle Pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 1 co. 2 del DLgs. 30.3.2001 n. 165, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazioni di servizi a favore di Pubbliche Amministrazioni superiore al 90% dell'intero fatturato, devono essere composti da non più di tre membri, di cui due dipendenti della Pubblica Amministrazione e un membro esterno con funzioni di amministratore delegato ed è consentita la nomina di un amministratore unico. L'eventuale scelta di un amministratore unico non tutela evidentemente la posizione del genere meno rappresentato, perché ad essa non si applica la L. 120/2011. Per l'equilibrio di genere potrebbero essere previsti sistemi di rotazione o di alternanza uomo/donna.

4 AMBITO DI APPLICAZIONE

L'art. 3 della L. 120/2011 delinea l'ambito di applicazione includendo le società costituite in Italia, controllate da Pubbliche Amministrazioni a sensi dell'art. 2359 co. 1 e 2 c.c.¹¹, non quotate nei mercati regolamentari.

Per salvaguardare l'effettività della L. 120/2011 è importante che il regolamento abbia individuato il proprio ambito di applicazione, chiarendo che sono destinatarie tutte le società controllate dalle Pubbliche Amministrazioni.

¹⁰ Palmieri F. "Brevi note sul DPR concernente la parità di accesso agli organi di amministrazione e controllo delle società controllate da enti pubblici".

¹¹ Art. 2359 - Società controllate e società collegate.

"Sono considerate società controllate:

- 1) *le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;*
- 2) *le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;*
- 3) *le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.*

Ai fini dell'applicazione dei n. 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati".

L'art. 1 del DPR 30.11.2012 n. 251 individua le Pubbliche Amministrazioni con riferimento all'art. 1 co. 2 del DLgs. 30.3.2011 n. 165, il quale così definisce le Amministrazioni Pubbliche: *“Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane, e loro consorzi ed associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l’Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300”*.

L'elencazione contenuta nel DLgs. 165/2001 deve essere considerata come non suscettibile di ulteriore estensione a fattispecie non tassativamente individuale. È quindi necessario delineare la nozione di *“ente pubblico non economico nazionale, regionale e locale”*. Il comparto degli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali è individuabile nell'elenco contenuto nella tabella allegata alla L. 20.3.75 n. 70 (cui si fa rinvio per l'elencazione completa) che comprende, tra l'altro, le seguenti tipologie:

- enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e assistenza;
- enti di assistenza generica;
- enti di promozione economica;
- enti preposti a servizi di pubblico interesse;
- enti preposti ad attività sportive, turistiche e del tempo libero;
- enti scientifici di ricerca e sperimentazione;
- enti culturali e di promozione artistica.

Infine, le Agenzie richiamate dal DLgs. 30.7.99 n. 300 comprendono:

- Agenzie fiscali (art. 10);
- Agenzia Industria Difesa (art. 22);
- Agenzia per le normative e i controlli tecnici (art. 30);
- Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici (art. 38);
- Agenzie dei trasporti terrestri e delle infrastrutture (art. 44);
- Agenzia per la proprietà industriale (art. 82);
- Agenzie per la formazione e l'istruzione professionale (art. 88).

5 COMPOSIZIONE DEGLI ORGANI SOCIALI E ADEGUAMENTO DEGLI STATUTI

Nel rispetto dell'autonomia statutaria, la legge non apporta direttamente le modifiche previste, ma demanda le stesse alle società destinatarie dell'intervento normativo. L'art. 2 del regolamento (*composizione degli organi sociali*), in modo omogeneo rispetto a quanto previsto per le società quotate, pone l'obbligo di introdurre disposizioni statutarie tali da garantire che il genere meno rappresentato ottenga almeno un terzo dei componenti di ciascun organo; a seguito di una considerazione formulata dal Consiglio di Stato è stato inserito nel testo definitivo che la norma riguarda gli organi a composizione collegiale.

Analogo risultato si prevede che debba essere raggiunto in caso di nomina degli organi sociali con il meccanismo del voto di lista, dovendo gli statuti disciplinare la formazione delle liste in applicazione del criterio di riparto tra i generi, con modalità idonee di elezione ad estrazione dei singoli componenti.

In recepimento di un'osservazione del Consiglio di Stato, ed in linea con il nuovo art. 144-*undecies* co. 2 lett. a) del Regolamento Emittenti, la norma stabilisce che la presentazione di un numero di candidati inferiore a tre dei componenti dell'organo da eleggere, non può mai essere considerata in sede statutaria come coerente con il criterio del riparto dei generi.

Ancora, gli statuti devono disciplinare l'esercizio del diritto di nomina, ove previsti, affinché non contrastino con le nuove disposizioni.

Viene previsto che, qualora dall'applicazione delle modalità di riparto non risulti un numero intero di componenti degli organi appartenenti al genere meno rappresentato, tale numero è arrotondato per eccesso all'unità superiore.

Infine, la norma prevede che il rispetto della quota di riserva vada assicurato anche in corso di mandato e dunque che in tal senso vadano previste le modalità di sostituzione dei componenti degli organi¹².

La quota si applica anche ai sindaci supplenti. Se nel corso del mandato vengono a mancare uno o più sindaci effettivi, subentrano i sindaci supplenti nell'ordine atto a garantire il rispetto delle quote stesse.

6 DECORRENZA

L'art. 2 della L. 120/2011 prevede che le disposizioni si applicano a decorrere dal primo rinnovo degli organi di amministrazione e degli organi di controllo delle società quotate successivo ad un anno dalla data di entrata in vigore della legge, quindi dal 12.8.2012.

Per le società a controllo pubblico non quotate nei mercati regolamentati l'art. 3 della legge, richiama genericamente "*le disposizioni della presente legge si applicano ...*": pertanto la decorrenza avrebbe dovuto essere la medesima.

Così non è stato. L'art. 3 co. 2 della legge prevede l'adozione, entro due mesi dall'entrata in vigore della legge, del regolamento per stabilire modalità e termini di attuazione per una disciplina uniforme per tutte le società interessate. L'adozione del regolamento non è avvenuta, entro due mesi dalla data di entrata in vigore della legge. Il testo è stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri del 26.10.2012 e il regolamento attuativo è stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* il 28.1.2013: pertanto la normativa per le controllate pubbliche è efficace dal 12.2.2013.

L'art. 3 del regolamento, nella stesura definitiva, prevede che le società assicurano il rispetto della composizione degli organi sociali "*a partire dal primo rinnovo successivo alla data di entrata in vigore del presente regolamento*". Il ritardo della pubblicazione in *G.U.* inficia la possibilità di applicazione tempestiva, anche in considerazione del mancato adeguamento degli statuti.

¹² Palmieri F. "Brevi note", *cit.*

7 MONITORAGGIO E VIGILANZA SULL'APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA

L'art. 3 co. 2 della L. 120/2011 prevede che il regolamento disciplini in maniera uniforme per tutte le società interessate *“la vigilanza sull'applicazione della legge, le forme e i termini dei provvedimenti previsti e le modalità di sostituzione dei componenti decaduti”*.

Il monitoraggio e la vigilanza sull'applicazione della normativa è disciplinato dall'art. 4 del regolamento, che ne attribuisce la competenza al Presidente del Consiglio dei Ministri o al Ministro delegato per le Pari opportunità¹³. La norma dà concretezza alla vigilanza, con la previsione di una serie di obblighi di trasmissione delle informazioni oggetto di verifica da parte dell'organo competente:

- obbligo imposto alle società, di comunicare entro quindici giorni dalla data di nomina la composizione degli organi sociali e le eventuali variazioni in corso di mandato;
- obbligo di segnalazione di situazioni non conformi da parte degli organi di amministrazione e di controllo;
- potere diffuso di segnalazione di tali fattispecie in capo a chiunque vi abbia interesse.

Tale ultimo potere costituisce espressione di un principio di democratizzazione del procedimento amministrativo, che dà voce agli interessi, anche privati, coinvolti e lo rende più trasparente. Costituisce altresì uno strumento importante, per bilanciare sia la mancata previsione di una sanzione in caso di inadempimento all'obbligo di trasmissione delle informazioni da parte dei soggetti a ciò tenuti, sia l'assenza in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri, o al Ministro delegato, di mezzi giuridici preordinati ad ottenere l'adempimento coattivo dell'obbligo di comunicazione.

Qualora venga accertato il mancato rispetto delle quote nella composizione degli organi sociali, l'intervento dell'autorità si esplica con la seguente sequenza: diffida a ripristinare l'equilibrio fra i generi entro 60 giorni e, in caso di inottemperanza, concessione di un ulteriore termine di 60 giorni, con il contestuale avvertimento che decorso inutilmente detto ultimo termine i componenti dell'organo sociale decadono e la società dovrà procedere alla ricostituzione dell'organo, secondo i termini e le modalità previsti dalla legge e dallo statuto. L'eventuale provvedimento di decadenza si configura quindi come un provvedimento meramente ricognitivo di un effetto che si è prodotto automaticamente.

Un aspetto significativo del regolamento è stata l'attribuzione dei compiti di monitoraggio e di vigilanza del rispetto della normativa al Presidente del Consiglio dei Ministri o al Ministro delegato per le pari opportunità, unita alla previsione di presentazione al Parlamento di una relazione triennale sullo stato di applicazione della stessa. Era infatti necessario che fosse individuato un soggetto che potesse svolgere le funzioni di vigilanza nei confronti di una elevata platea di enti, statali e regionali: la materia sulla quale incide la disciplina in esame è, infatti, di competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117 co. 2 lett. 1) della Costituzione. La scelta operata costituisce un'ec-

¹³ La delega alle Pari opportunità è stata attribuita al Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali con DPCM 13.12.2011.

cezione rispetto al sistema, perché pone le dette funzioni in capo ad un soggetto di indirizzo politico.

Meritano evidenza alcuni aspetti della disciplina del procedimento sanzionatorio; da un lato, i termini sono più brevi rispetto a quelli fissati dalla legge per le società quotate in borsa (quattro mesi dalla diffida e, in caso di inottemperanza, successivi tre mesi) e, dall'altro, non sono previste sanzioni pecuniarie. I primi commentatori osservano che la riduzione dei termini sembra ragionevole, tenuto conto della minore complessità organizzativa delle società non quotate, e che l'irrogazione di una sanzione pecuniaria avrebbe richiesto una specifica previsione nella norma primaria, in ragione di quanto disposto dall'art. 1 della L. 689/81 (principio di legalità delle sanzioni amministrative)¹⁴.

8 POSSIBILI CRITICITÀ

Interventi sostanziali nella direzione di una maggiore rappresentatività del genere meno rappresentato, trovano sostegno nei principi generali dell'ordinamento vigente. Anche a livello comunitario il principio della parità non contrasta con l'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del genere meno rappresentato¹⁵. Tuttavia la strada percorsa e da percorrere in materia di rappresentanza di genere è stata, e continuerà ad essere, non priva di ostacoli.

Da parte di taluni Paesi dell'Unione europea, si è affermato trattarsi sostanzialmente di un inganno, con danno della collettività, e delle stesse donne, poiché la nomina di "quotiste", non postulerebbe il riconoscimento ad esse di correlati ed effettivi *poteri di gestione*, non potendosi imporre anche il conferimento di deleghe, con il risultato di limitare l'aspetto della partecipazione consiliare ad una mera operazione di immagine. D'altro lato è stato sostenuto che potrebbero essere favorite designazioni, in specie nel "pubblico", del tutto avulse dal principio meritocratico, benché presentato come una attuazione dello stesso, con la conseguenza di favorire, in luogo della competizione di competenze, quella clientelare: il tutto, contro gli stessi principi comunitari. In proposito non v'è chi non veda nell'esperienza quotidiana come le attribuzioni clientelari prescindano dal genere del nominato!

Il 23.10.2012 la Commissione europea, considerate le critiche di molti Paesi e di molti suoi esponenti, aveva deciso di rinviare l'adozione di una proposta legislativa per introdurre quote riservate al genere femminile negli organismi direttivi delle imprese europee quotate in Borsa. Alcuni Paesi si erano schierati contro la direttiva proposta da *Viviane Reding*, con argomentazioni tra di loro diverse, ma spesso convergenti sulla convinzione che non fosse necessaria una disciplina normativa in materia in quanto:

- considerata limitativa all'autodeterminazione;
- ritenute sufficientemente efficaci le azioni di *moral suasion*;

¹⁴ Palmieri F. "Brevi note", *cit.*

¹⁵ Art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

"La parità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione.

Il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato".

- sostenuto che il quadro professionale femminile presente sul mercato non sia ancora adeguato (anche numericamente) a soddisfare il fabbisogno di donne destinate ad entrare *ex lege* negli organi sociali¹⁶.

Successivamente, il 14.11.2012, la Commissione europea ha approvato la proposta di direttiva per realizzare il *gender balance* tra gli amministratori non esecutivi di società quotate, fissando al 40% dei posti relativi la percentuale di presenza femminile nel *board* (*management o supervisory board*) da raggiungere entro il 2020 (entro il 2018 nelle società quotate a controllo pubblico) con esonero delle PMI. In ossequio al principio di non discriminazione, la proposta europea abbina alla richiesta di equilibrio tra i generi quella del rispetto di procedure trasparenti nella valutazione comparativa dei candidati alle cariche, sul presupposto che, solo a parità di requisiti, il candidato appartenente al genere meno rappresentato debba prevalere (*preference rule*)¹⁷.

La proposta europea prevede il monitoraggio dei risultati e fissa al 2028 la scadenza della direttiva, con riserva di ulteriore estensione temporale (e nuovi possibili interventi) fino a quando gli obiettivi indicati non saranno raggiunti.

* * * *

In Italia la disciplina introdotta con la L. 12.7.2011 n. 120, è stata da taluni accolta criticamente, in quanto ritenuta lesiva del diritto di iniziativa economica privata e dello stesso principio di uguaglianza.

Un elemento da tenere in considerazione per valutare la conformità della norma alla Costituzione è la scelta di formulare la misura introdotta senza esplicitare che essa è rivolta ad uno dei due generi. Tuttavia, sebbene la norma sia formulata in modo neutro, potrebbe porsi in difficile equilibrio con quella parte di giurisprudenza che esclude l'ammissibilità di norme che non si propongono di "rimuovere" gli ostacoli bensì di attribuire direttamente quei risultati. Infatti taluni ritengono che possano ritenersi legittime solo quelle misure idonee ad assicurare uno stato effettivo di pari opportunità all'accesso ad un risultato finale (e non direttamente al risultato finale). Sotto questo aspetto è positivo l'inserimento della delimitazione temporale delle misure introdotte, nonché di caratteristiche di proporzionalità e gradualità.

Taluni si sono chiesti se la norma impositiva delle quote di genere nel contesto amministrativo delle società pubbliche (o para-pubbliche) potrebbe essere fondatamente oggetto di una censura di illegittimità nell'ambito dell'ordinamento comunitario.

La Corte di Giustizia, in tema di tutela della lavoratrice, per lavorazioni a turni notturni, ebbe a sancire l'illegittimità di tale tutela, sottolineando *gli effetti distorsivi* ed alla lunga pregiudizievoli, per le dirette interessate, di un *eccesso di protezione*, dal risultato *discriminante*.

Tuttavia l'art. 23 della Carta di Nizza (che pur non essendo direttamente vincolante deve indirizzare tanto le istituzioni e gli organi dell'Unione, che gli Stati membri nell'interpretazione e nell'attuazione del diritto comunitario) al co. 2 dispone testualmente che il principio della parità riconosciuto al co. 1 dello stesso articolo non osta al mantenimento

¹⁶ Preite L. "Le quote rosa fanno bene alle donne?".

¹⁷ Rossi S. "L'Italia anticipa la UE sulle quote rosa nei vertici societari", *Il Sole - 24 Ore*, 3.12.2012.

o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato¹⁸.

La validità del meccanismo potrà essere valutata solo *ex post*, attraverso la dimostrazione che l'accesso alla quota di genere è avvenuto sulla base di una accurata selezione, basata non soltanto sul sesso ma, soprattutto, sulla competenza.

¹⁸ Palmieri F. "Brevi note", *cit.*

LA DOCUMENTAZIONE INERENTE LE CLAUSOLE STATUTARIE

di Rosanna Chiesa e Stefania Telesca

1 PREMESSA

Il 26.10.2012 è stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il regolamento di cui all'art. 3 co. 2 della L. 120/2011 nel quale sono stati fissati i termini e le modalità di attuazione della parità di genere nelle società controllate da pubbliche amministrazioni.

Tale regolamento all'art. 2 prevede che tali società provvedano affinché i loro statuti garantiscano il rispetto delle quote di genere nell'ambito della composizione degli organi collegiali.

Si precisa che le società partecipate pubbliche, in assenza di regolamento, alla data di esecuzione del presente studio non avevano ancora provveduto all'adeguamento dei propri statuti.

Potranno farlo, nelle more di tempo che consentano loro di garantire il rispetto delle quote di genere, in occasione del primo rinnovo degli organi sociali collegiali successivo all'approvazione di tale regolamento.

A completamento dell'analisi svolta sull'impatto che la normativa è destinata ad avere sulle società controllate da pubbliche amministrazioni, si ritiene opportuno fornire lo stralcio delle clausole societarie adottate al fine di recepire la normativa in parola da alcune società quotate a partecipazione pubblica, che risultano in linea con quanto previsto dal citato regolamento.

Gli statuti che sono stati presi in esame sono quelli delle società:

- ENEL S.p.A. come modificato dall'Assemblea ordinaria del 30.4.2012 mediante interventi correttivi e integrativi degli artt. 14.3, 14.5, 25.1 e 25.2 e introduzione dell'art. 31;
- ENI S.p.A. come modificato nel mese luglio 2012 negli artt. 17.3, 17.5, 28.2 e introduzione dell'art. 34.

ENEL S.p.A.

Stralcio testo statutario vigente

(nel quale sono state inserite le clausole afferenti il rispetto della parità di genere)

(Omissis)

Art. 14

Consiglio di amministrazione

14.1 La Società è amministrata da un Consiglio di amministrazione composto da un numero di membri non inferiore a tre e non superiore a nove, ai quali si aggiunge l'amministratore eventualmente nominato ai sensi dell'art. 6.2, lett. d) del presente statuto. L'assemblea ne determina il numero entro i limiti suddetti.

14.2 Il Consiglio di amministrazione è nominato per un periodo fino a tre esercizi ed è rieleggibile.

14.3 Gli amministratori, ad eccezione di quello eventualmente nominato ai sensi

dell'art. 6.2, lettera d) del presente statuto, vengono nominati dall'assemblea sulla base di liste presentate dagli azionisti e dal Consiglio di amministrazione uscente, nelle quali i candidati devono essere elencati mediante un numero progressivo. Ciascuna lista deve includere almeno due candidati in possesso dei requisiti di indipendenza stabiliti dalla legge, menzionando distintamente tali candidati e indicando uno di essi al primo posto della lista.

Le liste che presentano un numero di candidati pari o superiore a tre devono inoltre includere candidati di genere diverso, secondo quanto indicato nell'avviso di convocazione dell'assemblea, in modo da garantire una composizione del Consiglio di amministrazione rispettosa di quanto previsto dalla normativa vigente in materia di equilibrio tra i generi.

Le liste devono essere depositate presso la sede sociale e pubblicate in conformità con la normativa vigente.

Ogni azionista può presentare o concorrere alla presentazione di una sola lista ed ogni candidato può presentarsi in una sola lista a pena di ineleggibilità.

Hanno diritto di presentare le liste soltanto gli azionisti che, da soli o insieme ad altri azionisti, risultino titolari della quota di partecipazione minima al capitale sociale stabilita dalla Consob con regolamento.

Unitamente a ciascuna lista devono depositarsi le dichiarazioni con le quali i singoli candidati accettano la propria candidatura ed attestano, sotto la propria responsabilità, l'inesistenza di cause di ineleggibilità e di incompatibilità, nonché l'esistenza dei requisiti prescritti dalla normativa vigente per le rispettive cariche.

Gli amministratori nominati devono comunicare senza indugio al Consiglio di amministrazione la perdita dei requisiti da ultimo indicati, nonché la sopravvenienza di cause di ineleggibilità o di incompatibilità.

Ogni avente diritto al voto può votare una sola lista.

Alla elezione degli amministratori si procede come segue:

a) dalla lista che ha ottenuto il maggior numero dei voti espressi vengono tratti, nell'ordine progressivo con il quale sono elencati nella lista stessa, i sette decimi degli amministratori da eleggere con arrotondamento, in caso di numero frazionario inferiore all'unità, all'unità inferiore;

b) i restanti amministratori vengono tratti dalle altre liste; a tal fine, i voti ottenuti dalle liste stesse sono divisi successivamente per uno, due, tre e così via, secondo il numero degli amministratori da eleggere. I quozienti così ottenuti sono assegnati progressivamente ai candidati di ciascuna di tali liste, secondo l'ordine dalle stesse rispettivamente previsto. I quozienti così attribuiti ai candidati delle varie liste vengono disposti in unica graduatoria decrescente. Risultano eletti coloro che hanno ottenuto i quozienti più elevati. Nel caso in cui più candidati abbiano ottenuto lo stesso quoziente, risulta eletto il candidato della lista che non abbia ancora eletto alcun amministratore o che abbia eletto il minor numero di amministratori. Nel caso in cui nessuna di tali liste abbia ancora eletto un amministratore ovvero tutte abbiano eletto lo stesso numero di amministratori, nell'ambito di tali liste risulta eletto il candidato di quella che abbia ottenuto il maggior numero di voti. In caso di parità di voti di lista e sempre a parità di quoziente, si procede a nuova votazione da parte

dell'intera assemblea risultando eletto il candidato che ottenga la maggioranza semplice dei voti;

c) ai fini del riparto degli amministratori da eleggere, non si tiene conto dei candidati indicati nelle liste che abbiano ottenuto un numero di voti inferiore alla metà della percentuale richiesta per la presentazione delle liste stesse;

c-bis) qualora, ad esito delle votazioni e delle operazioni di cui sopra, non risulti rispettata la normativa vigente in materia di equilibrio tra i generi, i candidati che risulterebbero eletti nelle varie liste vengono disposti in un'unica graduatoria decrescente, formata secondo il sistema di quozienti indicato nella lettera b). Si procede quindi alla sostituzione del candidato del genere più rappresentato avente il quoziente più basso in tale graduatoria, con il primo dei candidati del genere meno rappresentato che risulterebbero non eletti e appartenente alla medesima lista. Se in tale lista non risultano altri candidati, la sostituzione di cui sopra viene effettuata dall'assemblea con le maggioranze di legge secondo quanto previsto al successivo punto d) e nel rispetto del principio di una proporzionale rappresentanza delle minoranze nel Consiglio di amministrazione.

In caso di parità dei quozienti, la sostituzione viene effettuata nei confronti del candidato tratto dalla lista che risulti avere ottenuto il maggior numero di voti.

Qualora la sostituzione del candidato del genere più rappresentato avente il quoziente più basso in graduatoria non consenta, tuttavia, il raggiungimento della soglia minima prestabilita dalla normativa vigente per l'equilibrio tra i generi, l'operazione di sostituzione sopra indicata viene eseguita anche con riferimento al candidato del genere più rappresentato avente il penultimo quoziente, e così via risalendo dal basso la graduatoria;

c-ter) al termine delle operazioni sopra indicate, il presidente procede alla proclamazione degli eletti;

d) la nomina di amministratori, che per qualsiasi ragione non vengono eletti ai sensi del procedimento sopra previsto, l'assemblea delibera con le maggioranze di legge in modo da assicurare comunque la presenza del numero necessario di amministratori in possesso dei requisiti di indipendenza stabiliti dalla legge, nonché il rispetto della normativa vigente in materia di equilibrio tra i generi. Il procedimento del voto di lista si applica solo in caso di rinnovo dell'intero Consiglio di amministrazione.

14.4 L'assemblea, anche nel corso del mandato, può variare il numero dei componenti il Consiglio di amministrazione, sempre entro i limiti di cui al precedente 14.1, provvedendo alle relative nomine. Gli amministratori così eletti scadono con quelli in carica.

14.5 Se nel corso dell'esercizio vengono a mancare uno o più amministratori, si provvede ai sensi dell'art. 2386 del codice civile, fatta eccezione per l'amministratore eventualmente nominato ai sensi dell'art. 6.2, lettera d) del presente statuto. Se uno o più degli amministratori cessati erano stati tratti da una lista contenente anche nominativi di candidati non eletti, la sostituzione viene effettuata nominando, secondo l'ordine progressivo, persone tratte dalla lista cui apparteneva l'amministratore venuto meno e che siano tuttora eleggibili e disposte ad accettare la carica. In ogni

caso la sostituzione dei consiglieri cessati viene effettuata da parte del Consiglio di amministrazione assicurando la presenza del numero necessario di amministratori in possesso dei requisiti di indipendenza stabiliti dalla legge, nonché garantendo il rispetto della normativa vigente in materia di equilibrio tra i generi. Se viene meno la maggioranza dei consiglieri nominati dall'assemblea, si intende dimissionario l'intero consiglio e l'assemblea deve essere convocata senza indugio dagli amministratori rimasti in carica per la ricostituzione dello stesso.

(Omissis)

Art. 25
Collegio sindacale

25.1 L'assemblea elegge il Collegio sindacale, costituito da tre sindaci effettivi, e ne determina il compenso. L'assemblea elegge altresì tre sindaci supplenti. I componenti il Collegio sindacale sono scelti tra coloro che siano in possesso dei requisiti di professionalità e di onorabilità indicati nel decreto del Ministero della giustizia 30 marzo 2000, n. 162. Ai fini di quanto previsto dall'art. 1, comma 2, lettere b) e c) di tale decreto, si considerano strettamente attinenti all'ambito di attività della Società le materie inerenti il diritto commerciale ed il diritto tributario, l'economia aziendale e la finanza aziendale, nonché le materie ed i settori di attività inerenti l'energia in generale, le comunicazioni, la telematica e l'informatica, le strutture a rete. Per quanto riguarda la composizione del Collegio sindacale, le situazioni di ineleggibilità ed i limiti al cumulo degli incarichi di amministrazione e controllo che possono essere ricoperti da parte dei componenti il Collegio sindacale, trovano applicazione le disposizioni di legge e di regolamento vigenti.

25.2 I sindaci effettivi e i sindaci supplenti sono nominati dall'assemblea sulla base di liste presentate dagli azionisti, nelle quali i candidati devono essere elencati mediante un numero progressivo e devono risultare in numero non superiore ai componenti dell'organo da eleggere. Hanno diritto di presentare le liste soltanto gli azionisti che, da soli o insieme ad altri azionisti, risultino titolari della quota di partecipazione minima al capitale sociale stabilita dalla Consob con regolamento per la presentazione delle liste di candidati per la nomina del Consiglio di amministrazione. Per la presentazione, il deposito e la pubblicazione delle liste si applica la normativa vigente. Le liste si articolano in due sezioni: una per i candidati alla carica di sindaco effettivo e l'altra per i candidati alla carica di sindaco supplente. Il primo dei candidati di ciascuna sezione deve essere iscritto nel registro dei revisori legali ed avere esercitato l'attività di controllo legale dei conti per un periodo non inferiore a tre anni. Nel rispetto di quanto previsto dalla normativa vigente in materia di equilibrio tra i generi, le liste che, considerando entrambe le sezioni, presentano un numero di candidati pari o superiore a tre devono inoltre includere, tanto ai primi due posti della sezione della lista relativa ai sindaci effettivi, quanto ai primi due posti della sezione della lista relativa ai sindaci supplenti, candidati di genere diverso. Dalla lista che ha ottenuto il maggior numero dei voti vengono tratti, nell'ordine progressivo con il quale sono elencati nelle sezioni della lista stessa, due sindaci effettivi e due sindaci supplenti. Il restante sindaco effettivo e il restante sindaco supplente sono nominati ai

sensi della normativa vigente e con le modalità previste dall'art. 14.3, lett. b), da applicare distintamente a ciascuna delle sezioni in cui le altre liste sono articolate.

Per la nomina di sindaci che abbia luogo al di fuori delle ipotesi di rinnovo dell'intero Collegio sindacale, l'assemblea delibera con le maggioranze di legge e senza osservare il procedimento sopra previsto, ma comunque in modo tale da assicurare una composizione del Collegio sindacale conforme a quanto disposto dall'art. 1, comma 1, del decreto del Ministero della giustizia 30 marzo 2000, n. 162 **nonché il rispetto del principio di rappresentanza delle minoranze e della normativa vigente in materia di equilibrio tra i generi.**

La presidenza del Collegio sindacale spetta al sindaco effettivo nominato con le modalità previste dall'art. 14.3, lett. b); in caso di sostituzione del presidente, tale carica è assunta dal sindaco supplente anch'egli nominato con le modalità previste dall'art. 14.3, lett. b).

In caso di sostituzione di uno dei sindaci tratti dalla lista che ha ottenuto il maggior numero dei voti, subentra il primo dei sindaci supplenti tratto dalla stessa lista. Nel caso in cui il subentro, se effettuato ai sensi del precedente periodo, non consenta di ricostituire un Collegio sindacale conforme alla normativa vigente in materia di equilibrio tra i generi, subentra il secondo dei sindaci supplenti tratto dalla stessa lista. Qualora successivamente si renda necessario sostituire l'altro sindaco tratto dalla lista che ha ottenuto il maggior numero dei voti, subentra in ogni caso l'ulteriore sindaco supplente tratto dalla medesima lista.

25.3 I sindaci uscenti sono rieleggibili.

25.4 Le riunioni del Collegio sindacale possono tenersi anche mediante mezzi di telecomunicazione, a condizione che tutti i partecipanti possano essere identificati e di tale identificazione si dia atto nel relativo verbale e sia loro consentito di seguire la discussione e di intervenire in tempo reale alla trattazione degli argomenti affrontati, scambiando se del caso documentazione; in tal caso, il Collegio sindacale si considera tenuto nel luogo in cui si trova chi presiede la riunione.

25.5 Il Collegio sindacale può, previa comunicazione al presidente del Consiglio di amministrazione, convocare l'assemblea ed il Consiglio di amministrazione. I relativi poteri possono essere esercitati anche da almeno due membri del Collegio in caso di convocazione dell'assemblea, e da almeno un membro del Collegio in caso di convocazione del Consiglio di amministrazione.

(Omissis)

TITOLO IX NORME TRANSITORIE E GENERALI

Art. 31

31.1 Le disposizioni degli artt. 14.3, 14.5 e 25.2 finalizzate a garantire il rispetto della normativa vigente in materia di equilibrio tra i generi trovano applicazione ai primi tre rinnovi, rispettivamente, del Consiglio di amministrazione e del Collegio sindacale successivi all'entrata in vigore ed all'acquisto dell'efficacia delle dispo-

sizioni dell'art. 1 della Legge 12 luglio 2011, n. 120, pubblicata sulla G.U. n. 174 del 28 luglio 2011.

31.2 La composizione del Collegio sindacale indicata nell'art. 25.1, caratterizzata dalla nomina di tre sindaci effettivi e di tre sindaci supplenti, trova applicazione a decorrere dal primo rinnovo dell'organo di controllo successivo all'entrata in vigore ed all'acquisto dell'efficacia delle disposizioni dell'art. 1 della Legge 12 luglio 2011, n. 120, pubblicata sulla G.U. n. 174 del 28 luglio 2011. Fino a tale momento il Collegio sindacale è composto da tre sindaci effettivi e da **due** sindaci supplenti.

ENI S.p.A.

Stralcio testo statutario vigente

(nel quale sono state inserite le clausole afferenti il rispetto della parità di genere)

(Omissis)

Art. 17

17.1 La Società è amministrata da un Consiglio di amministrazione composto da un numero di membri non inferiore a tre e non superiore a nove. L'Assemblea ne determina il numero entro i limiti suddetti. In aggiunta agli Amministratori come sopra nominati, al Ministro dell'economia e delle finanze è riservata, ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. d) del presente statuto, la nomina, da effettuarsi d'intesa con il Ministro dello sviluppo economico, di un Amministratore senza diritto di voto.

17.2 Gli Amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi che scade alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica e sono rieleggibili.

17.3 Il Consiglio di amministrazione, ad eccezione dell'Amministratore nominato ai sensi dell'art. 6.2, lettera d) del presente statuto, viene nominato dall'Assemblea, sulla base di liste presentate dagli azionisti e dal Consiglio di amministrazione, nelle quali i candidati dovranno essere elencati mediante un numero progressivo. Le liste dovranno essere depositate presso la sede sociale entro il venticinquesimo giorno precedente la data dell'Assemblea, in unica o in prima convocazione, chiamata a deliberare sulla nomina dei componenti del Consiglio di amministrazione, e messe a disposizione del pubblico, con le modalità previste dalla legge e dalla Consob con proprio regolamento almeno ventuno giorni prima di quello fissato per l'Assemblea in unica o prima convocazione. Ogni azionista potrà presentare o concorrere alla presentazione di e votare una sola lista. I soggetti che lo controllano, le società da essi controllate e quelle sottoposte a comune controllo non possono presentare né concorrere alla presentazione di altre liste né votarle, nemmeno per interposta persona o per il tramite di società fiduciarie, intendendosi per controllate le società di cui all'art. 93 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Ogni candidato potrà presentarsi in una sola lista a pena di ineleggibilità. Avranno diritto di presentare le liste soltanto gli azionisti che da soli o insieme ad altri azionisti rappresentino almeno l'1% del capitale sociale o la diversa misura stabilita dalla Consob con proprio regolamento. La

titolarità della quota minima necessaria alla presentazione delle liste è determinata avendo riguardo alle azioni che risultano registrate a favore del socio nel giorno in cui le liste sono depositate presso la Società. La relativa certificazione può essere prodotta anche successivamente al deposito purché entro il termine previsto per la pubblicazione delle liste da parte della Società. Almeno un Amministratore, se il Consiglio è composto da un numero di membri non superiore a cinque, ovvero almeno tre Amministratori, se il Consiglio è composto da un numero di membri superiore a cinque, devono possedere i requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci di società quotate. Nelle liste sono espressamente individuati i candidati in possesso dei citati requisiti di indipendenza. Tutti i candidati debbono possedere altresì i requisiti di onorabilità prescritti dalla normativa vigente. **Le liste che presentano un numero di candidati pari o superiore a tre devono includere candidati di genere diverso, secondo quanto specificato nell'avviso di convocazione dell'Assemblea, ai fini del rispetto della normativa vigente in materia di equilibrio tra i generi. Quando il numero dei rappresentanti del genere meno rappresentato deve essere, per legge, almeno pari a tre, le liste che concorrono per la nomina della maggioranza dei componenti del Consiglio devono includere almeno due candidati del genere meno rappresentato nella lista.** Unitamente al deposito di ciascuna lista, a pena di inammissibilità della medesima, dovranno depositarsi il curriculum professionale di ogni candidato e le dichiarazioni con le quali i medesimi accettano la propria candidatura e attestano, sotto la propria responsabilità, l'inesistenza di cause di ineleggibilità e di incompatibilità, nonché il possesso dei citati requisiti di onorabilità ed eventuale indipendenza. Gli Amministratori nominati devono comunicare alla Società l'eventuale perdita dei citati requisiti di indipendenza e onorabilità nonché la sopravvenienza di cause di ineleggibilità o incompatibilità. Il Consiglio valuta periodicamente l'indipendenza e l'onorabilità degli Amministratori nonché l'inesistenza di cause di ineleggibilità e incompatibilità. Nel caso in cui in capo ad un Amministratore non sussistano o vengano meno i requisiti di indipendenza o di onorabilità dichiarati e normativamente prescritti ovvero sussistano cause di ineleggibilità o incompatibilità, il Consiglio dichiara la decadenza dell'Amministratore e provvede per la sua sostituzione ovvero lo invita a far cessare la causa di incompatibilità entro un termine prestabilito, pena la decadenza dalla carica. Alla elezione degli Amministratori si procederà come segue:

a) dalla lista che avrà ottenuto la maggioranza dei voti espressi dagli azionisti saranno tratti nell'ordine progressivo con il quale sono elencati nella lista stessa i sette decimi degli Amministratori da eleggere con arrotondamento, in caso di numero decimale all'intero inferiore;

b) i restanti Amministratori saranno tratti dalle altre liste che non siano collegate in alcun modo, neppure indirettamente, con i soci che hanno presentato o votato la lista risultata prima per numero di voti; a tal fine, i voti ottenuti dalle liste stesse saranno divisi successivamente per uno o due o tre secondo il numero progressivo degli Amministratori da eleggere. I quozienti così ottenuti saranno assegnati progressivamente ai candidati di ciascuna di tali liste, secondo l'ordine dalle stesse rispettivamente previsto. I quozienti così attribuiti ai candidati delle varie liste verranno disposti in unica graduatoria decrescente. Risulteranno eletti coloro che avranno ottenuto i quozienti più elevati. Nel caso in cui più candidati abbiano ottenuto lo stesso quoziente,

risulterà eletto il candidato della lista che non abbia ancora eletto alcun Amministratore o che abbia eletto il minor numero di Amministratori. Nel caso in cui nessuna di tali liste abbia ancora eletto un Amministratore ovvero tutte abbiano eletto lo stesso numero di Amministratori, nell'ambito di tali liste risulterà eletto il candidato di quella che abbia ottenuto il maggior numero di voti. In caso di parità di voti di lista e sempre a parità di quoziente, si procederà a nuova votazione da parte dell'intera Assemblea risultando eletto il candidato che ottenga la maggioranza semplice dei voti;

c) qualora, a seguito dell'applicazione della procedura sopra descritta, non risultasse nominato il numero minimo di Amministratori indipendenti statutariamente prescritto, viene calcolato il quoziente di voti da attribuire a ciascun candidato tratto dalle liste, dividendo il numero di voti ottenuti da ciascuna lista per il numero d'ordine di ciascuno dei detti candidati; i candidati non in possesso dei requisiti di indipendenza con i quozienti più bassi tra i candidati tratti da tutte le liste sono sostituiti, a partire dall'ultimo, dai candidati indipendenti eventualmente indicati nella stessa lista del candidato sostituito (seguendo l'ordine nel quale sono indicati), altrimenti da persone, in possesso dei requisiti di indipendenza, nominate secondo la procedura di cui alla lettera d). Nel caso in cui candidati di diverse liste abbiano ottenuto lo stesso quoziente, verrà sostituito il candidato della lista dalla quale è tratto il maggior numero di Amministratori ovvero, in subordine, il candidato tratto dalla lista che ha ottenuto il minor numero di voti ovvero, in caso di parità di voti, il candidato che ottenga meno voti da parte dell'Assemblea in un'apposita votazione;

c-bis) qualora l'applicazione della procedura di cui alle lettere a) e b) non consenta il rispetto della normativa sull'equilibrio tra i generi, viene calcolato il quoziente di voti da attribuire a ciascun candidato tratto dalle liste, dividendo il numero di voti ottenuti da ciascuna lista per il numero d'ordine di ciascuno dei detti candidati; il candidato del genere più rappresentato con il quoziente più basso tra i candidati tratti da tutte le liste è sostituito, fermo il rispetto del numero minimo di Amministratori indipendenti, dall'appartenente al genere meno rappresentato eventualmente indicato (con il numero d'ordine successivo più alto) nella stessa lista del candidato sostituito, altrimenti dalla persona nominata secondo la procedura di cui alla lettera d). Nel caso in cui candidati di diverse liste abbiano ottenuto lo stesso quoziente minimo, verrà sostituito il candidato della lista dalla quale è tratto il maggior numero di Amministratori ovvero, in subordine, il candidato tratto dalla lista che abbia ottenuto il minor numero di voti ovvero, in caso di parità di voti, il candidato che ottenga meno voti da parte dell'Assemblea in un'apposita votazione;

d) per la nomina di Amministratori, per qualsiasi ragione non nominati ai sensi dei procedimenti sopra previsti, l'Assemblea delibera con le maggioranze di legge, in modo tale da assicurare comunque che la composizione del Consiglio di amministrazione sia conforme alla legge e allo statuto. La procedura del voto di lista si applica solo in caso di rinnovo dell'intero Consiglio di amministrazione.

17.4 L'Assemblea, anche nel corso del mandato, può variare il numero dei componenti il Consiglio di amministrazione, sempre entro il limite di cui al primo comma del presente articolo, provvedendo alle relative nomine. Gli Amministratori così eletti scadranno con quelli in carica.

17.5 Se nel corso dell'esercizio vengono a mancare uno o più Amministratori, si provvede ai sensi dell'art. 2386 del Codice Civile, fatta eccezione per l'Amministratore nominato ai sensi dell'art. 6.2, lettera d) del presente statuto. In ogni caso deve essere assicurato il rispetto del numero minimo di amministratori indipendenti **e della normativa vigente in materia di equilibrio tra i generi**. Se viene meno la maggioranza degli Amministratori, si intenderà dimissionario l'intero Consiglio e l'Assemblea dovrà essere convocata senza indugio dal Consiglio di amministrazione per la ricostituzione dello stesso.

17.6 Il Consiglio può istituire al proprio interno Comitati cui attribuire funzioni consultive e propositive su specifiche materie.

(Omissis)

Art. 28

28.1 Il Collegio sindacale è costituito da cinque sindaci effettivi e due supplenti scelti tra coloro che siano in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità indicati nel decreto del 30 marzo 2000, n. 162 del Ministero della giustizia. Ai fini del suddetto decreto le materie strettamente attinenti all'attività della Società sono: diritto commerciale, economia aziendale e finanza aziendale. Agli stessi fini i settori strettamente attinenti all'attività della Società sono il settore ingegneristico e quello geologico. I Sindaci possono assumere incarichi di componente di organi di amministrazione e controllo in altre società nei limiti fissati dalla Consob con proprio regolamento.

28.2 Il Collegio sindacale è nominato dall'Assemblea, sulla base di liste presentate dagli azionisti nelle quali i candidati sono elencati mediante un numero progressivo e in numero non superiore ai componenti dell'organo da eleggere. Per la presentazione, il deposito e la pubblicazione delle liste si applicano le procedure dell'art. 17.3 nonché le disposizioni emanate dalla Consob con proprio regolamento. **Le liste si articolano in due sezioni: la prima riguarda i candidati alla carica di sindaco effettivo, la seconda riguarda i candidati alla carica di sindaco supplente.** Almeno il primo dei candidati di ciascuna sezione deve essere iscritto nel registro dei revisori legali dei conti e aver esercitato l'attività di revisione legale dei conti per un periodo non inferiore a tre anni. **Le liste che, considerando entrambe le sezioni, presentano un numero di candidati pari o superiore a tre devono includere, nella sezione dei sindaci effettivi, candidati di genere diverso, secondo quanto specificato nell'avviso di convocazione dell'Assemblea, ai fini del rispetto della normativa vigente in materia di equilibrio tra i generi. Qualora la sezione dei sindaci supplenti di dette liste indichi due candidati, essi devono appartenere a generi diversi. Quando il numero dei rappresentanti del genere meno rappresentato deve essere, per legge, almeno pari a uno, il predetto obbligo si applica solo alle liste che concorrono per la nomina della maggioranza dei componenti del Collegio.** Dalla lista che avrà ottenuto la maggioranza dei voti saranno tratti tre sindaci effettivi e un sindaco supplente. Gli altri due sindaci effettivi e l'altro sindaco supplente sono nominati con le modalità previste dall'art. 17.3 lettera b), da applicare distintamente a ciascuna delle sezioni in cui le altre liste

sono articolate. L'assemblea nomina Presidente del Collegio sindacale uno dei Sindaci effettivi eletti con le modalità previste dall'art. 17.3 lettera b). Qualora l'applicazione della procedura di cui sopra non consenta, per i sindaci effettivi, **il rispetto della normativa sull'equilibrio tra i generi**, viene calcolato il quoziente di voti da attribuire a ciascun candidato tratto dalle sezioni dei sindaci effettivi delle diverse liste, dividendo il numero di voti ottenuti da ciascuna lista per il numero d'ordine di ciascuno dei detti candidati; **il candidato del genere più rappresentato con il quoziente più basso tra i candidati tratti da tutte le liste è sostituito dall'appartenente al genere meno rappresentato eventualmente indicato**, con il numero d'ordine successivo più alto, nella stessa sezione dei sindaci effettivi della lista del candidato sostituito, ovvero, in subordine, nella sezione dei sindaci supplenti della stessa lista del candidato sostituito (il quale in tal caso subentra nella posizione del candidato supplente che sostituisce), altrimenti, **se ciò non consente il rispetto della normativa sull'equilibrio tra i generi**, è sostituito dalla persona nominata dall'Assemblea con le maggioranze di legge, in modo tale da assicurare una composizione del Collegio sindacale conforme alla legge e allo statuto. Nel caso in cui candidati di diverse liste abbiano ottenuto lo stesso quoziente, verrà sostituito il candidato della lista dalla quale è tratto il maggior numero di Sindaci ovvero, in subordine, il candidato tratto dalla lista che ha ottenuto meno voti ovvero, in caso di parità di voti, il candidato che ottenga meno voti da parte dell'Assemblea in un'apposita votazione. Per la nomina di Sindaci, per qualsiasi ragione, non nominati secondo le procedure sopra previste, l'Assemblea delibera con le maggioranze di legge, in modo tale da assicurare una composizione del Collegio sindacale conforme alla legge e allo statuto. La procedura del voto di lista si applica solo in caso di rinnovo dell'intero Collegio sindacale. In caso di sostituzione di un sindaco tratto dalla lista che ha ottenuto la maggioranza dei voti subentra il sindaco supplente tratto dalla stessa lista; in caso di sostituzione di un sindaco tratto dalle altre liste subentra il sindaco supplente tratto da tali liste. Se la sostituzione non consente il rispetto della normativa sull'equilibrio tra i generi, l'Assemblea deve essere convocata al più presto per assicurare il rispetto di detta normativa.

28.3 I sindaci uscenti sono rieleggibili.

28.4 Il Collegio sindacale può, previa comunicazione al Presidente del Consiglio di amministrazione, convocare l'Assemblea e il Consiglio di amministrazione. Il potere di convocazione del Consiglio di amministrazione può essere esercitato individualmente da ciascun membro del Collegio; quello di convocazione dell'assemblea da almeno due membri del Collegio. Il Collegio può radunarsi per video o teleconferenza, a condizione che tutti i partecipanti possano essere identificati e sia loro consentito di seguire la discussione e di intervenire in tempo reale alla trattazione degli argomenti affrontati. L'adunanza si considera tenuta nel luogo in cui si trovano il Presidente e il segretario.

(Omissis)

**TITOLO IX
DISPOSIZIONI GENERALI**

(Omissis)

Art. 34

34.1 Le disposizioni degli artt. 17.3, 17.5 e 28.2 finalizzate a garantire il rispetto della normativa vigente in materia di equilibrio tra i generi trovano applicazione ai primi tre rinnovi del Consiglio di amministrazione e del Collegio sindacale successivi al 12 agosto 2012.

LE SOCIETÀ PUBBLICHE

di Gabriella Nardelli

INDICE

1	<i>ITER</i> COSTITUTIVO	42
2	SERVIZI EROGATI DAGLI ENTI LOCALI	42
3	LIMITI COSTITUTIVI E DI DETENZIONE DELLE PARTECIPAZIONI.....	43
4	INCOLI DI FINANZA PUBBLICA	47

1 ITER COSTITUTIVO

La società a partecipazione pubblica deve assumere la natura giuridica di una società di capitali ed è costituita attraverso la stipulazione dell'atto costitutivo.

La peculiarità della società pubblica è data dall'*iter* da seguire che precede la vera e propria costituzione. Infatti, nel caso specifico di costituzione di una società pubblica la stipulazione dell'atto costitutivo deve essere preceduta dalla manifestazione di volontà dell'Amministrazione Pubblica di costituirla o di parteciparvi così come previsto dall'art. 42 co. 2 lett. e) del DLgs. 267/2000 (TUEL) che attribuisce all'organo consiliare la competenza degli atti relativi alla "*partecipazione dell'ente locale a società di capitali*". Sarà, pertanto, compito del Consiglio provinciale o comunale deliberare la costituzione della società, rispettando le disposizioni normative illustrate successivamente, dandone adeguata motivazione e indicando gli interessi pubblici che si intendono perseguire, approvare il testo dell'atto costitutivo, lo Statuto, il *business plan* o piano industriale della costituenda società, e autorizzare l'organo esecutivo a predisporre i successivi adempimenti necessari al perfezionamento della costituzione della società.

È necessario, inoltre, rispettare quanto previsto dall'art. 3 co. 30 della L. 24.12.2007 n. 244 – legge Finanziaria 2008 – che, al fine del contenimento della spesa pubblica, stabilisce che l'ente pubblico, nel caso di costituzione di società o enti e di assunzione o partecipazione in società, consorzi e altri organismi, deve adottare i provvedimenti di trasferimento delle risorse umane (sentite le organizzazioni sindacali), finanziarie e strumentali in misura adeguata alle funzioni esternalizzate e provvedere alla corrispondente rideterminazione della propria dotazione organica. Il co. 32 dello stesso articolo precisa che i Collegi dei revisori e gli organi di controllo interno alle amministrazioni asseverano il trasferimento delle risorse umane e finanziarie e trasmettono una relazione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica e al Ministro dell'Economia e delle Finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, segnalando eventuali inadempimenti alle competenti sezioni della Corte dei Conti.

In merito all'individuazione della natura pubblica delle società la giurisprudenza di merito ritiene che è di natura pubblica, con conseguente responsabilità e regole gestionali degli enti, l'organismo che indipendentemente dalla forma giuridica assunta:

- utilizza per lo svolgimento della sua attività in prevalenza risorse pubbliche;
- ha l'affidamento del servizio, da parte dell'ente territoriale, "*in house*".

2 SERVIZI EROGATI DAGLI ENTI LOCALI

Con riferimento ai servizi erogati dagli enti locali non si può prescindere dal definire le nozioni di servizi "*in house*", "servizi pubblici" e "servizi strumentali".

Secondo la normativa europea l'affidamento "*in house*" a società di capitali dei servizi pubblici locali a rilevanza economica avviene alle seguenti condizioni:

- il capitale sociale delle società è interamente pubblico;
- gli enti, titolari dell'intero capitale sociale delle società affidatarie, esercitano su di esse un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- le società realizzano la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

In conseguenza di quanto sopra rilevato l'apertura del capitale sociale, anche solo futura e potenziale, a soci privati ovvero ad altri soci pubblici diversi dalle amministrazioni affidanti *in house*, altera l'influenza dominante sulla società e fa venir meno il controllo analogo.

Per quanto concerne la nozione di "servizio pubblico locale" non esiste, nel nostro ordinamento, una definizione legislativa. Sulla qualificazione di servizio pubblico è intervenuta la giurisprudenza di merito, la quale definisce "servizio pubblico" quello costituito dalle prestazioni che vengono fornite per soddisfare direttamente ed in via immediata le esigenze della collettività o del singolo utente.

In relazione, infine, alla definizione di "attività strumentale", la giurisprudenza di merito la identifica quale prestazione erogata direttamente a favore dell'ente pubblico.

3 LIMITI COSTITUTIVI E DI DETENZIONE DELLE PARTECIPAZIONI

Negli ultimi anni gli interventi legislativi che hanno posto dei vincoli alle società pubbliche sono stati numerosi e, progressivamente, hanno avuto carattere sempre più restrittivo.

L'intento da parte del legislatore è quello di delimitare gli ambiti per cui è possibile utilizzare lo strumento societario per tutelare la libera concorrenza, ridurre la spesa pubblica e arginare l'utilizzo delle società pubbliche potenzialmente costituite per eludere alcune norme in materia di finanza pubblica.

L'art. 13 del c.d. "**decreto Bersani**" (DL 4.7.2006 n. 223, convertito nella L. 4.8.2006 n. 248 e successive modifiche definite dalla L. 23.7.2009 n. 99), al fine di tutelare il principio della libera concorrenza, stabilisce che le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle Regioni ed enti locali che hanno quale attività la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, con esclusione dei servizi pubblici locali:

- devono operare con gli enti costituenti, partecipanti o affidanti;
- non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara;
- non possono partecipare ad altre società ed enti aventi sede nel territorio nazionale;
- devono avere un oggetto sociale esclusivo.

Le società interessate da tale provvedimento dovevano, entro il 4.1.2010, in alternativa:

- cessare le attività non consentite;
- cedere la partecipazione a terzi nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica oppure scorporarle, anche tramite la costituzione di una separata società.

I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate entro il predetto termine perdevano di efficacia.

Sull'applicazione dell'art. 13 è intervenuto il Consiglio di Stato che, con decisione 4.8.2011 n. 17, ha assoggettato i limiti di attività previsti dalla normativa alle società

partecipate dall'ente pubblico anche alle società controllate dalle stesse (partecipate di terzo livello) che operano come gestori di servizi strumentali.

Recentemente il legislatore è nuovamente intervenuto sulle società "strumentali" con il **DL 6.7.2012 n. 95**, convertito nella L. 7.8.2012 n. 135 (c.d. "*spending review*") all'**art. 4 co. 1**, ed ha stabilito che nei confronti delle società controllate direttamente e indirettamente dalle Pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 1 co. 2 del DLgs. 165/2001, che nel 2011 hanno realizzato a favore delle stesse prestazioni di servizi per un volume di affari superiore al 90%, si procede, in alternativa:

- allo scioglimento delle società entro il 31.12.2013;
- all'alienazione totale delle partecipazioni, entro il 30.6.2013, tramite procedura ad evidenza pubblica, con la contestuale assegnazione del servizio per 5 anni non rinnovabili dall'1.1.2014.

Nella prima ipotesi gli atti e le operazioni conseguenti sono esenti da imposizione fiscale, ad esclusione dell'IVA, e le imposte ipotecarie e di registro sono a tassa fissa; nella seconda il bando di gara per l'alienazione delle partecipazioni deve prevedere, tra gli elementi rilevanti di valutazione dell'offerta, l'adozione di strumenti di tutela dei livelli occupazionali.

Il **co. 2** dello stesso articolo prevede che se l'Amministrazione non procede allo scioglimento o all'alienazione di cui al co. 1 dall'1.1.2014 le società interessate non possono ricevere affidamenti diretti di servizi e fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari. I servizi già prestati dalle suddette società, ove non vengano prodotti internamente all'Amministrazione, devono essere acquisiti nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale (tramite procedure ad evidenza pubblica o con convenzioni Consip).

Il **co. 3** elenca diverse tipologie di società partecipate escluse dall'ambito applicativo del co. 1:

- società che svolgono servizi di interesse generale (anche di rilevanza economica);
- società che svolgono prevalentemente compiti di centrali di committenza;
- società finanziarie partecipate dalle Regioni;
- società che gestiscono banche dati strategiche per il conseguimento di obiettivi economico-finanziari per esigenze di tutela della riservatezza e sicurezza dei dati e per assicurare l'efficacia dei controlli sull'erogazione degli aiuti comunitari del settore agricolo (individuato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri).

Le disposizioni del co. 1 non si applicano, altresì, qualora, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto di riferimento (anche territoriale), non sia possibile per l'Amministrazione Pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato. In tale ipotesi l'Amministrazione Pubblica predispone un'analisi di mercato e trasmette una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. L'autorità dovrà rendere un parere vincolante entro 60 giorni dalla ricezione della relazione, che dovrà essere comunicata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri

Il **co. 3-sexies** stabilisce altresì che, entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del DL 95/2012 (13.11.2012), le Pubbliche Amministrazioni possono predisporre appositi piani di ristrutturazione e razionalizzazione delle società

controllate. I piani devono essere approvati previo parere del Commissario straordinario, per la razionalizzazione della spesa per acquisto di beni e servizi, e devono prevedere l'individuazione delle attività coerenti con le funzioni *ex art.* 118 della Costituzione, che possono essere riorganizzate e accorpate attraverso società che rispettano le norme comunitarie in materia di *in house providing*. I termini sono prorogati, per il tempo necessario all'attuazione del piano di ristrutturazione e razionalizzazione, con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle finanze su proposta del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per acquisto di beni e servizi.

Con l'art. 3 co. 27 - 32 della **L. 24.12.2007 n. 244** (legge Finanziaria 2008), in continuità con le misure restrittive del ricorso alle società pubbliche, è stata ampliata la platea dei soggetti destinatari della norma dei limiti a tutte le Amministrazioni Pubbliche di costituire o partecipare a società. In particolare il co. 27 vieta alle Amministrazioni Pubbliche (di cui al co. 2 dell'art. 1 del DLgs. 30.3.2001 n. 165) di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali e neanche mantenere o assumere partecipazioni direttamente, anche di minoranza, in tali società. Nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società. Il co. 28 stabilisce che l'assunzione di nuove o il mantenimento delle attuali partecipazioni devono essere autorizzate dall'organo competente con delibera motivata in base ai presupposti del co. 27. Tale deliberazione deve essere successivamente trasmessa alla sezione competente della Corte dei Conti. Ove sussistevano partecipazioni in società "vietate" le amministrazioni dovevano, entro il 31.12.2010, cedere a terzi le società e le partecipazioni con procedure ad evidenza pubblica (co. 29).

Il **DL 31.5.2010 n. 78**, convertito nella L. 30.7.2010 n. 122 all'art. 14 co. 32, ha introdotto anche un limite numerico disponendo che, fermo restando quanto previsto dall'art. 3 co. 27, 28 e 29 della L. 244/2007, i comuni fino a 30.000 abitanti non possono avere partecipazioni societarie, ad esclusione delle società già costituite:

- che hanno conseguito, alla data del 31.12.2012, in utile negli ultimi tre esercizi;
- che non hanno ridotto il capitale sociale per perdite conseguite negli esercizi precedenti;
- che non hanno subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio ripianate obbligatoriamente da parte dell'ente.

Il suddetto vincolo non si applica alle società a partecipazione paritaria o proporzionale costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti.

Entro il 31.12.2012 i Comuni interessati dovevano liquidare o cedere le società oppure cedere le partecipazioni non più consentite.

Lo stesso comma prevede che i comuni da 30.000 a 50.000 abitanti possono detenere una partecipazione societaria.

Entro il 31.12.2013 i Comuni interessati devono liquidare le società non più consentite.

È compito del Prefetto verificare che gli enti provvedano alla liquidazione o, ove consentito, alla cessione delle società nei termini previsti dalla norma.

In caso di mancata attuazione da parte degli enti il Prefetto assegna un termine perentorio trascorso il quale, se gli stesi risultano ancora inadempienti, nominerà un Commissario per l'adozione dei necessari provvedimenti.

La Corte dei Conti - sezione Controllo Lombardia con la delibera del 13.10.2010 n. 1002 ha chiarito che il richiamo alle disposizioni della legge Finanziaria 2008 (divieto di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali) previsto dall'art. 14 co. 32 del DL 31.5.2010 n. 78 deve essere inteso "... *entro i limiti numerici delle partecipazioni che ciascun ente può detenere in base alle disposizioni dell'art. 14, co. 32, le stesse dovranno, in ogni caso, essere conformi ai canoni previsti dall'art. 3, co. 27 della l. finanziaria dell'anno 2008*".

La Corte dei Conti si è, altresì, pronunciata più volte (sezione Controllo Lombardia Delibera 124 del 14.03.2011; sezione Controllo Lombardia Delibera 15.11.2011 n. 602; sezione Controllo Piemonte Delibera 31.01.2012 n. 8; sezione Controllo Emilia Romagna Delibera 13.02.2012 n. 9) chiarendo che la possibilità di detenere le società a partecipazione paritaria o proporzionale costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti spetta esclusivamente ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti e non anche ai comuni da 30.000 a 50.000 abitanti. Nelle delibere della Corte dei Conti sopra riportate viene, inoltre, precisato che il suddetto vincolo si applica alle società a partecipazione paritaria o proporzionale costituite da più "Comuni" e non anche dalla "Regione".

Le norme, appena illustrate, creano sicuramente una serie di tematiche da affrontare, ed in particolare, per ciò che riguarda la dismissione delle partecipazioni si pone il problema della determinazione del valore della partecipazione nel caso di società prive di valore commerciale in quanto la stessa produce servizi esclusivamente a favore dell'ente costituente o di società con patrimonio indispensabile per l'ente che lo aveva conferito in sede di costituzione della stessa.

Inoltre una rilevante problematica riguarda il personale delle società che devono essere dismesse e sull'argomento sono state emanate una serie di delibere dalla Corte dei Conti.

La delibera Corte dei Conti 8/2010 - sezioni Riunite - elenca le condizioni per l'ammissione in servizio del personale trasferito alla società *in house*. Esse sono:

- persistenza di una carenza organica nei ruoli e per le funzioni di competenza dei dipendenti già trasferiti presso la società concessionaria;
- disponibilità di risorse economiche per sostenere gli oneri connessi al reinquadramento;
- espressa volontà dell'amministrazione di procedere alla copertura dei posti scoperti mediante la riammissione dei dipendenti;
- inquadramento dei dipendenti nella medesima posizione giuridico-economica rivestita anteriormente al trasferimento presso la società concessionaria.

La delibera 19.1.2012 n. 3 della Corte dei Conti - sezione Controllo Piemonte - asserisce che è possibile la riassunzione del personale che era stato precedentemente trasferito alla società *in house* solo se:

- l'ente aveva lasciato vacanti in organico i posti del personale trasferito;
- aveva ridotto il proprio organico e lo rispande in conseguenza della reinternalizzazione dei servizi.

I pareri 3.2.2012 n. 3 e 4 della Corte dei Conti - sezioni Riunite - sostengono che:

- gli enti locali che optano per reinternalizzare servizi affidati in precedenza a società partecipate non possono assumere il personale di tali società in deroga ai limiti di contenimento della spesa per il personale;
- nel caso di trasferimento all'ente locale di personale assunto direttamente dalla società affidataria di servizi, non può essere derogato il principio costituzionale del pubblico concorso (art. 35 del DLgs.165/2011);
- la disciplina di salvaguardia posta dagli artt. 31 del DLgs. 165/2001 e 2112 c.c. non può trovare applicazione nei confronti del personale assunto direttamente dalla società a totale partecipazione pubblica locale senza il ricorso alla procedure aperte di selezione pubblica, a pena di violazione del principio sancito dall'art. 97 co. 3 della Costituzione.

4 VINCOLI DI FINANZA PUBBLICA

Le norme in materia di finanza pubblica e, nello specifico l'art. 6 del DL 31.5.2010 n. 78 convertito nella L. 30.7.2010, impongono vincoli alle politiche di bilancio delle pubbliche amministrazioni al fine ridurre le relative spese correnti e gli stessi vincoli sono imposti anche alla società partecipate dagli stessi. In particolare il comma 11 stabilisce che anche le società pubbliche inserite nel consolidato della Pubblica Amministrazione si adeguano ai tagli di spesa previsti nei co. 7, 8 e 9 dell'articolo in esame e che al rinnovo dei contratti di servizio i compensi vengono rideterminati tenendo conto dei relativi risparmi.

Lo stesso articolo al co. 7 prevede che la spesa annua per studi ed incarichi di consulenza, esclusi quelli connessi ai processi di privatizzazione e alla regolamentazione del settore finanziario, non può essere superiore al 20% di quella sostenuta nell'anno 2009. La violazione alla suddetta disposizione determina responsabilità erariale.

Il co. 8 prevede che la spesa annua per relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e di rappresentanza non può essere superiore al 20% di quella sostenuta nell'anno 2009; il co. 9 che a decorrere dall'anno 2011 non possono essere effettuate spese per sponsorizzazioni.

Sempre l'art. 6 al co. 19 dispone che le Pubbliche Amministrazioni, salvo quanto previsto dall'art. 2447 c.c., non possono effettuare a favore di società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano ripianato perdite con l'utilizzo di riserve disponibili (anche infrannuali):

- aumenti di capitale;
- trasferimenti straordinari;
- apertura di credito;
- rilasciare garanzie.

Sono invece consentiti i trasferimenti a fronte di:

- convenzioni;
- contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse;
- realizzazione di investimenti.

Gli artt. 2447 e 2482-*ter* c.c. disciplinano, rispettivamente per le società per azioni e per le società a responsabilità limitata, la fattispecie di riduzione del capitale per perdite al di sotto del minimo legale (euro 120.000 per S.p.A. ed euro 10.000 per le S.r.l.).

In merito alla efficacia della citata norma la Corte dei Conti - sezione Controllo Emilia Romagna con la delibera del 7.10.2010 n. 428 ha chiarito che la disposizione non è applicabile alla delibera di aumento legittimamente assunta in data anteriore all'entrata in vigore della legge anche se perfezionata successivamente.

In considerazione del tenore letterale della norma era sorto il dubbio che la stessa fosse rivolta esclusivamente alle società per Azioni, ma la Corte dei Conti - sezione Controllo Piemonte con la delibera 21.10.2010 n. 61 ha chiarito che è pacifica l'applicazione dell'art. 6 co. 9 del DL 78/2010 alle S.r.l. per espressa previsione normativa, resta salva anche per questa tipologia di società l'applicazione della disciplina prevista per la riduzione del capitale al di sotto del limite legale (art. 2482-*ter*), trattandosi di prescrizioni vincolanti per legge che trovano fondamento in ragioni di tutela dei creditori valide tanto per le S.p.A. quanto per le S.r.l. La stessa deliberazione ha inoltre chiarito che, nel caso in cui si opti per una riduzione ed un contestuale aumento del capitale sociale, per quanto l'art. 2447 (2482-*ter*) faccia riferimento ad una cifra "non inferiore al minimo", in ossequio alla speciale nuova disciplina non si debba procedere ad un aumento del capitale superiore al minimo.

In merito alle società pubbliche in *deficit* di liquidazione la Corte dei Conti - sezione Controllo Piemonte con la delibera 19.1.2012 n. 3 sostiene che il Comune, titolare del servizio gestito dalla società, deve far fronte ai debiti della propria società *in house* che non sono stati soddisfatti in seguito alla liquidazione a causa dell'incapienza del capitale sociale e tutelare i creditori sociali che nel dare fiducia alla società hanno fatto affidamento sulla natura pubblicistica della stessa. Secondo questo orientamento deve quindi ritenersi applicabile la responsabilità dell'ente pubblico nei confronti dei creditori sociali ai sensi dell'art. 2497 c.c., atteso che il controllo analogo determina l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento nell'interesse esclusivo della società controllata.

In merito al reclutamento del personale anche l'art. 9 al co. 29 del DL 78/2010 detta vincoli di finanza pubblica e con riferimento alle società non quotate, controllate direttamente o indirettamente dalle Amministrazioni Pubbliche dispone l'adozione dei criteri e le politiche assunzionali come disposto dall'art. 9. Anche in questo caso è intervenuta la Corte dei Conti - sezione Controllo Piemonte con la delibera 19.1.2012 n. 3 pronunciandosi in merito agli obblighi normativi per l'ente locale in caso di società *in house*, con riferimento a:

- reclutamento personale;
- conferimento degli incarichi;
- controllo del costo del personale;

- blocchi all'assunzione di personale;
- rispetto del patto di stabilità.

Definendo la società *in house* come un soggetto pubblico per la natura pubblicistica del capitale e per l'influenza dominante che l'ente locale vi esercita.

Ulteriore novità disposta dal DL 6.7.2012 n. 95 convertito nella L. 7.8.2012 n. 135 all'art. 4 co. 14 dispone che dalla data di entrata in vigore del decreto è vietato, a pena di nullità, l'inserimento di clausole arbitrali nei contratti di servizi, in atti convenzionali comunque denominati, tra società a totale partecipazione pubblica – diretta o indiretta – e amministrazioni statali e regionali. Perdono efficacia, salvo che non siano già costituiti i relativi collegi arbitrali, le clausole arbitrali nei contratti in essere.

Infine l'art. 6 co. 4 dello stesso decreto stabilisce che a decorrere dall'esercizio finanziario 2012 i Comuni e le Province allegano al rendiconto della gestione una nota informativa contenente la verifica dei crediti e debiti reciproci tra l'ente e le società partecipate. La nota deve essere asseverata dai rispettivi organi di revisione e deve evidenziare analiticamente eventuali discordanze e le motivazioni. In caso di discordanza l'ente adotta, senza indugio e comunque entro l'esercizio in corso, i provvedimenti necessari per la conciliazione delle partite debitorie e creditorie.

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI

di Barbara Bucchioni e Margherita Gardi

INDICE

1	PREMESSA	52
2	LEGISLAZIONE EUROPEA	54
3	LEGISLAZIONE ITALIANA	55

1 PREMESSA

Lo sviluppo della “municipalizzazione” avvenne tra la fine del XIX e l’inizio del XX secolo e culminò con la legge di disciplina delle municipalizzazioni del 1903 (L. 29.3.1903 n. 103), che prevedeva l’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni.

In seguito, si svilupparono molteplici teorie e vennero emanate normative tese a disciplinare la materia dei servizi pubblici locali.

Nel tempo si identificarono le teorie di seguito descritte:

Teoria soggettiva: nata agli inizi del XX secolo in corrispondenza dei processi di nazionalizzazione e municipalizzazione dei servizi pubblici. Essa pone l’attenzione sull’aspetto soggettivo dell’imputazione del servizio all’amministrazione e prevede, quale elemento qualificante della nozione di servizio pubblico, **l’assunzione e la gestione, da parte di un pubblico potere, di una determinata attività**. Quindi per servizio pubblico si intende l’esercizio da parte di un soggetto pubblico – in modo diretto o attraverso specifiche articolazioni (quali le aziende autonome o mediante affidamento in concessione) – di un’attività imprenditoriale offerta in modo indifferenziato al pubblico.

A contraddire la nozione soggettiva ci sono, da un lato, le attività d’impresa che la Pubblica Amministrazione pone in essere nei settori più vari (attività che spesso non hanno alcuna connessione con le finalità proprie dei pubblici servizi) e, dall’altro, le attività che hanno caratteristiche materiali perfettamente simili ai servizi pubblici, ma che sono gestite dai privati e non dalla Pubblica Amministrazione.

Teoria oggettiva: qualifica un’attività in base alla sua **rispondenza alla pubblica utilità ed al pubblico interesse** e se tale attività è posta sotto il controllo direttivo di un soggetto pubblico, a prescindere dal soggetto al quale è istituzionalmente collegata. Tale concezione sembra trovare conferma anche nella Costituzione (si vedano gli artt. 41 e 43), dove si prevede che esistano attività qualificabili oggettivamente come servizi pubblici essenziali e che, proprio in ragione della loro natura, possono essere riservate o trasferite allo Stato o ad enti pubblici. Secondo tale teoria, per servizio pubblico deve intendersi, indipendentemente dal soggetto che la pone in essere, ogni attività economica, pubblica o privata, sottoposta ai programmi ed ai controlli ritenuti opportuni dalla legge per indirizzarla e coordinarla a fini sociali. Diventa quindi rilevante l’attività e la sua attitudine a soddisfare un interesse di carattere generale, indipendentemente dalla natura, pubblica o privata, del soggetto titolare della stessa.

La teoria oggettiva non è stata risparmiata dalle critiche, sia per la sua eccessiva ampiezza sia per la sua ambiguità. Infatti, l’indeterminatezza delle fattispecie che possono essere ricomprese in tale definizione finiscono per ricondurre nella nozione di pubblico servizio situazioni non omogenee, riducendo assai l’utilità e la giuridicità della categoria stessa.

Teoria mista: successivamente ci si rese conto dei limiti sia dell’una che dell’altra teoria. La dottrina più moderna considera rilevanti, ai fini della definizione di servizio pubblico, sia l’elemento soggettivo che quello oggettivo e ritiene necessaria la compresenza di tali elementi i quali, anziché essere in antitesi, si pongono l’uno quale complemento dell’altro. In tale ottica, il servizio pubblico viene definito come **attività che**

l'ente assume e considera propria nell'ambito dei compiti istituzionali, poiché è connessa all'esigenza di benessere e sviluppo della collettività, e potrà essere svolta, in un momento successivo della gestione, da un soggetto terzo sulla base di un apposito titolo giuridico di conferimento da parte dell'amministrazione.

In conclusione, il rilievo soggettivo del servizio pubblico non deriva dalla natura del gestore, ma dall'insieme delle seguenti circostanze:

- imputabilità o titolarità del servizio alla Pubblica Amministrazione che ha istituito il servizio o alla quale lo stesso è stato assegnato dal legislatore;
- finalità alle quali il servizio risponde (esigenze della collettività);
- presenza di un determinato tipo di organizzazione del servizio mirata ad assicurare determinate modalità di gestione.

Si può quindi definire il **servizio pubblico** come *“un'attività amministrativa svolta dalla Pubblica Amministrazione per il soddisfacimento immediato e diretto di interessi della collettività, avendo coscienza del contesto tecnico e sociale”*.

Nella legislazione più recente, si osserva come si sia cercato di separare la gestione dalla titolarità del servizio: mentre quest'ultima doveva restare necessariamente pubblica, la gestione poteva essere affidata anche a soggetti non pubblici, anche se tale processo ha avuto momenti di accelerazione e di rallentamento.

Pertanto si ritiene poter valutare a gestione del servizio pubblico come segue:

- **gestione diretta:** quando la gestione è effettuata direttamente dall'ente locale;
- **gestione in outsourcing** (= esternalizzata): è possibile a partire dal 1990 (Legge sulle autonomie locali) ed avviene quando la P.A. trasferisce la gestione di un servizio dal suo interno a società di diritto privato di cui può detenere la totalità del capitale o diventarne contitolare con soggetti privati;
- **gestione privatizzata:** si ha quando il soggetto pubblico decide di lasciare la competenza e la gestione dei servizi pubblici a soggetti privati;
- **gestione liberalizzata:** presuppone una competenza e gestione pubblica e determina l'apertura in favore delle imprese tra loro in concorrenza secondo le regole del mercato (gare ad evidenza pubblica).

Il fenomeno delle cosiddette “esternalizzazioni” consiste nello spostamento di funzioni o di attività pubbliche al di fuori dell'apparato amministrativo. Rientrano nel fenomeno anche la dismissione in favore di privati di attività prima esercitate esclusivamente dal soggetto pubblico o la gestione di attività sociali da parte di organizzazioni senza scopo di lucro o ancora attività oggettivamente amministrative svolte da un privato distinto ed estraneo all'Amministrazione Pubblica con l'obbligo di perseguire interessi pubblici (ad esempio un notaio, che pur essendo un libero professionista, è pubblico ufficiale e svolge un ministero di natura pubblica).

La ragione per la quale l'amministrazione decide di gestire all'esterno una sua attività è innanzitutto il raggiungimento di risultati migliori in termini di efficienza (rapporto costi-benefici), maggiori *standard* qualitativi (i privati possono offrire tecniche innovative), ampliamento dell'offerta dei beni ai singoli cittadini.

Tuttavia non sempre lo spostamento all'esterno dell'apparato amministrativo determina risultati migliori in termini di qualità, efficienza, efficacia ed economicità. È necessario un procedimento nel quale vengano valutati tutti i principi posti alla base dell'organizzazione dell'attività o della funzione. All'interno di tale procedimento, teso alla verifica dell'opportunità di esternalizzare l'attività o la funzione, deve valutarsi la possibile forma organizzativa esterna in rapporto alla modalità ordinaria di gestione interna, sulla base dei principi di efficienza, efficacia, economicità, adeguatezza e proporzionalità. Infine, la definizione degli obblighi e delle funzioni del servizio pubblico spetta alle autorità pubbliche, secondo i relativi livelli di competenza. Queste ultime sono inoltre responsabili della regolamentazione del mercato e devono garantire che gli operatori svolgano le funzioni di servizio pubblico che sono state loro affidate.

Se si esternalizza, significa che l'ente rimane titolare dell'attività; altrimenti non deve parlarsi di esternalizzazione, bensì di liberalizzazione.

La titolarità in capo al soggetto pubblico garantisce il rispetto della regola dell'universalità del servizio e degli *standard* qualitativi e quindi la titolarità deve restare necessariamente pubblica. La gestione e l'erogazione, al contrario, possono anche essere affidate a privati¹.

Il legislatore riconosce comunque l'esistenza di un limite al principio del mercato, costituito dal riconoscimento della discrezionalità delle amministrazioni nella scelta del modello di gestione: organizzazione interna o *outsourcing*?

2 LEGISLAZIONE EUROPEA

La Commissione europea, nel 2003, ha adottato un Libro Verde sui servizi di interesse generale, avviando così un'ampia consultazione pubblica su "come promuovere nel migliore dei modi la fornitura di servizi di interesse generale di alta qualità nell'Unione europea". La Commissione era consapevole dell'importanza fondamentale dei servizi di interesse generale, i quali devono essere efficienti, accessibili, di elevata qualità e a prezzi abbordabili per la qualità della vita dei cittadini europei, l'ambiente e la competitività delle imprese europee. La Commissione ha formulato le proprie conclusioni nel Libro Bianco presentato nel 2004 al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo ed al Comitato delle Regioni.

Il Libro Verde ed il successivo Libro Bianco vertono sull'argomento dei servizi di interesse generale, ma non esiste una definizione esatta di "*servizi di interesse generale*"² e la stessa espressione non compare neppure nel Trattato; però è stata tratta dall'espressione "*servizi di interesse economico generale*"³, presente invece nel Trattato, agli artt.

¹ Rif. vari, Guarino R. "I servizi pubblici tra esternalizzazioni e società pubbliche".

² Allegato 1 al Libro Bianco: "È un'espressione [...] che riguarda sia i servizi di mercato che quelli non di mercato, le autorità pubbliche li considerano di interesse generale e li assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico".

³ Allegato 1 al Libro Bianco: "L'espressione [...] non è definita nel trattato o nella normativa derivata. Tuttavia, nella prassi comunitaria vi è ampio accordo sul fatto che l'espressione si riferisce a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico. Il concetto di servizi di interesse economico generale riguarda in particolare alcuni servizi forniti dalle grandi industrie di rete quali i trasporti, i servizi postali, l'energia e la comunicazione. Tuttavia, il termine si estende anche a qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico".

16 e 82. Inoltre, le due precedenti espressioni non devono essere confuse con il termine “servizio pubblico”, in quanto “quest’ultimo ha contorni meno netti e può avere significati diversi, [...] pertanto, questo termine non è stato utilizzato nel Libro bianco”⁴.

Si deduce quindi che a livello europeo non si parla di servizio pubblico, in quanto è una definizione troppo generica ed ampia, ma solo di servizi di interesse, economico o meno, generale. Tali servizi richiedono comunque una qualche forma di intervento pubblico per garantire l’offerta e tutelare i consumatori.

Il dibattito sorto sul contenuto del Libro Verde ha sottolineato l’importanza dei servizi di interesse generale, in quanto pilastri del modello europeo di società. Dalla consultazione è emerso un ampio consenso sull’esigenza di garantire la fornitura di servizi di interesse generale di alta qualità e a prezzi accessibili a tutti i cittadini e a tutte le imprese dell’Unione europea. Inoltre è stata confermata l’esistenza di una nozione comune di “servizi di interesse generale” nell’UE, che riflette i valori e gli obiettivi della Comunità e si basa su una serie di elementi, tra cui: **servizio universale, continuità, qualità del servizio, prezzi accessibili e tutela degli utenti e dei consumatori.**

3 LEGISLAZIONE ITALIANA

La regolamentazione dei servizi pubblici locali ha subito negli ultimi anni continue modifiche.

In particolare, hanno inciso sulla disciplina dei servizi pubblici locali:

- la L. 142/90 (primo passo verso l’esternalizzazione dei servizi pubblici e istituzione delle “aziende speciali”);
- la L. 498/92 (prevedeva le società “miste”, con socio scelto tramite gara);
- il DPR 16.9.96 n. 553 (contenente le norme per la costituzione di società miste);
- la L. 59/97 (“legge Bassanini”);
- la L. 127/97 (“Bassanini Bis”, prevedeva la trasformazione delle aziende speciali in spa).

La disciplina generale era contenuta nell’art. 22 della L. 142/90, poi sostituita dal TUEL 18.8.2000 n. 267, ove la materia risultò essere disciplinata dall’art. 113. Le modifiche successive hanno inciso sul citato art. 113: art. 35 della L. 448/2001, art. 14 del DL 269/2003.

Più di recente il legislatore è intervenuto nuovamente sulla regolamentazione della materia con il DL 25.6.2008 n. 112 (conv. L. 6.8.2008 n. 133) e con il DL 25.9.2009 (conv. L. 20.11.2009 n. 166), che abrogarono l’art. 113. Successivamente, a seguito del referendum del 13.6.2011, che ha abrogato l’art. 23-bis del DL 25.6.2008 n. 112, l’art. 113 è tornato a disciplinare la materia.

La normativa attuale è contenuta nella L. 179/2012.

Riprendiamo ora più in dettaglio l’evoluzione normativa, partendo dall’art. 22 della L. 142/90, che prevedeva forme particolari di gestione. Si estendeva così l’ambito dei servizi, non solo alle attività economiche, ma anche alle attività rivolte a perseguire

⁴ Tratto dall’Allegato 1 al Libro Bianco.

interessi sociali poiché l'obiettivo delle comunità locali non era solo quello economico, ma anche sociale.

I comuni e le province potevano gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme:

- a) **in economia**, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non era opportuno costituire un'istituzione o un'azienda;
- b) **in concessione a terzi**, quando sussistevano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;
- c) **attraverso un'azienda speciale**, per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;
- d) **attraverso un'istituzione**, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;
- e) **attraverso una società per azioni o a responsabilità limitata** a prevalente capitale pubblico locale, costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna la partecipazione di più soggetti pubblici o privati.

L'azienda speciale è un ente strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi economici, è dotata di personalità giuridica, di autonomia gestionale ed ha un proprio statuto, approvato dal Consiglio comunale o provinciale.

Le aziende speciali svolgono le loro attività secondo criteri di efficacia, efficienza ed economicità ed hanno l'obbligo di perseguire il pareggio di bilancio. L'ente locale conferisce il capitale di dotazione, determina le finalità e gli indirizzi, approva gli atti fondamentali, esercita la vigilanza, verifica i risultati della gestione, provvede alla copertura degli eventuali costi sociali.

Gli enti locali, pur trasformando le aziende ex municipalizzate in soggetti giuridici di tipo privato, organizzativamente e contabilmente separati dall'ente pubblico originario, ne mantennero la proprietà e continuarono ad esercitare la *governance* su di esse (si trattò di "privatizzazioni formali"). Non era neanche previsto l'obbligo di adottare procedure ad evidenza pubblica per la selezione dei soci privati.

Con la L. 498/92 si stabilì invece che, per le società miste, la scelta del socio privato dovesse avvenire mediante procedure ad evidenza pubblica, così come fu confermato successivamente dall'art. 4 della L. 95/95 e dal DPR 553/96.

La L. 59/97 ("Legge Bassanini"), così come modificata dalla L. 127/97 ("Bassanini Bis"), tendeva ad una "privatizzazione sostanziale" del servizio pubblico.

Secondo l'art 17 co. 51, 54 e 55 della L. 59/97 come modificata dalla L. 127/97, l'ente locale, avvenuta la trasformazione delle aziende speciali in spa, poteva detenere la totalità delle azioni della società per azioni solo per un periodo non superiore a due anni decorso il quale la sua partecipazione doveva ridursi mediante cessione a privati di una parte delle azioni della società (originando in tal modo una società a partecipazione mista) o anche della totalità del capitale con conseguente uscita dell'ente dalla società.

La trasformazione avveniva con delibera del Consiglio dell'ente con cui si determinava la cessazione dell'azienda speciale e la costituzione della nuova società, nella veste particolare di società di capitali per azioni.

Il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (DLgs. 267/2000) introduce

importanti novità: l'art. 112 stabilisce che “*gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”.

Per servizio pubblico locale si intende quindi qualsiasi attività non solo in termini economici ma anche ai fini di promozione sociale.

Gli artt. 1135 e 113-bis del TUEL (così come modificati dalla Legge Finanziaria 2002) introducono la distinzione tra servizi pubblici a rilevanza economica (art. 113) e servizi pubblici privi di rilevanza economica (art. 113-bis), per far fronte ai problemi connessi alla procedura di infrazione comunitaria cui la precedente formulazione era andata incontro.

La Legge costituzionale 18.10.2001 n. 3 riscrive l'art. 117 della Costituzione non includendo la materia dei servizi pubblici locali tra quelle di legislazione esclusiva o concorrente dello Stato. In tal modo l'affidamento dei servizi o il reperimento sul mercato o la gestione diretta è rimessa alle Regioni ed agli enti locali territoriali. Spetta quindi alle singole Regioni legiferare in merito, al fine di porre delle regole precise al processo di esternalizzazione.

Merita attenzione la L. 448/2001 (Legge Finanziaria 2002), che ha introdotto una radicale apertura al processo di esternalizzazione dei servizi. L'art. 35 in particolare modificò l'art. 113 del TUEL ed inserì l'art. 113-bis, distinguendo tra i servizi pubblici a rilevanza industriale e quelli privi di rilevanza. Per i primi ha poi introdotto la separazione tra:

- le reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali strumentali all'erogazione del servizio, che restano in capo all'ente locale;
- la gestione delle reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali, che può essere separata dall'attività di erogazione del servizio, a seconda dei casi stabiliti dalle normative di settore;
- l'erogazione del servizio, che verrà affidata con lo strumento della gara ad evidenza pubblica, in modo da scegliere l'affidatario attraverso il mercato. Il rapporto tra l'affidatario e l'ente locale sarà poi regolato da un contratto di servizio.

La possibilità di esternalizzare viene collegata al principio generale di efficienza. L'attività non è solo orientata verso il risultato da raggiungere, ma è anche particolarmente attenta ai costi-benefici, cioè alla propria efficienza.

⁵ L'art. 113, nella sua versione iniziale, prevedeva le seguenti forme di gestione:

- a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire un'istituzione o un'azienda;
- b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;
- c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;
- d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;
- e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati;
- f) a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria.

In questo quadro si colloca la possibilità di gestire all'esterno alcune attività. Come già detto precedentemente, la normativa ritiene quale opzione ordinaria il ricorso allo strumento dell'esternalizzazione: le amministrazioni sono autorizzate ad acquistare sul mercato i servizi prima prodotti al loro interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione.

È necessario che la decisione di **non** esternalizzare, e quindi di gestire il servizio "*in house*" sia adeguatamente motivata e che giustifichi tecnicamente il vantaggio. In caso contrario l'amministrazione non è legittimata ad adoperare attraverso tale strumento ma deve necessariamente esternalizzare.

Successivamente, l'art. 14 del DL 269/2003 (convertito nella L. 326/2003) e la L. 350/2003 (Finanziaria 2004) confermarono l'impianto della riforma introdotta con la Finanziaria 2002, ma introdussero alcune modifiche per superare la procedura di infrazione comunitaria.

Infatti la Commissione europea aveva segnalato la difformità delle ipotesi di affidamento *in house*, disposte a livello nazionale, dalla disciplina comunitaria derivante dalla giurisprudenza di cui alla sentenza Teckal della Corte di Giustizia (18.11.99 causa C-107-98). La Commissione rilevò la necessità che l'affidamento di appalti e concessioni avvenisse nel rispetto di norme e principi del Trattato, con particolare riguardo agli obblighi di trasparenza e pubblicità e rimarcò, quindi, la dubbia legittimità dell'affidamento diretto della gestione di rete, quando separata dall'erogazione dei servizi, a società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, nonché della durata del periodo transitorio durante il quale furono fatti salvi gli affidamenti diretti effettuati in passato.

Il legislatore è tornato a regolamentare la materia dei servizi pubblici locali con il DL 25.6.2008 n. 112 (conv. L. 6.8.2008 n. 133) che propone, tra gli altri obiettivi, quello dell'incremento del PIL, per l'esercizio 2008 ed il successivo triennio, attraverso il potenziamento dell'attività della pubblica amministrazione ed il rilancio delle privatizzazioni. In particolare l'art. 23-*bis* riscrive le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica previste dall'art. 113 del TUEL in termini fortemente concorrenziali. La norma applica la disciplina comunitaria e promuove sia la diffusione dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi degli operatori economici sia la garanzia di un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione ed il diritto all'universalità ed accessibilità dei servizi pubblici. In tal modo l'affidamento "*in house*" diviene eccezionale.

L'art. 18 prevede inoltre che le società direttamente affidatarie della gestione di servizi pubblici locali devono avere un capitale sociale a partecipazione interamente pubblica (società *in house*) e pertanto essere assoggettate al patto di stabilità. L'ente locale o l'ente di governo locale vigila sull'osservanza da parte delle società dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.

Il DL 25.9.2009 n. 135 (conv. L. 20.11.2009 n. 166) modifica in alcuni punti fondamentali la legge precedente, con deroghe alle modalità di affidamento ordinario anche con riguardo al servizio idrico integrato.

La Corte Costituzionale, con sentenza 12-26.1.2011 n. 24, ha ammesso la richiesta del *referendum* popolare con l'immediata applicazione nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica.

Il 13.6.2011, a seguito del *referendum*, è stata sancita l'abrogazione dell'art. 23-*bis* del DL 25.6.2008 n. 112 e successive modifiche nonché dell'art. 15 del DL 25.9.2009 n. 135 e successive modifiche. Risulta quindi eliminata l'intera disciplina nazionale in materia di gestione dei servizi pubblici locali, che rimane regolamentata dalle disposizioni di matrice comunitaria e nuovamente dall'art. 113 del TUEL.

Trascorrono pochi mesi e con la L. 148/2011, quale legge di conversione del DL 138/2011 (manovra di Ferragosto), è nuovamente riproposta la liberalizzazione dei servizi pubblici locali: l'art. 4 prevede sostanzialmente le stesse norme abrogate dal *referendum* solo due mesi prima.

La Corte Costituzionale con sentenza 199/2012 agisce da "machete" dichiarando l'illegittimità dell'art. 4 "sia nel testo originario che in quello risultante dalle successive modificazioni", compresi i ritocchi apportati dalla manovra "Sviluppo" (DL 1/2012) e "Cresci-Italia" (art. 53 del DL 83/2012), in quanto la norma viola il divieto desumibile dall'art. 75 della Costituzione di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare con il *referendum*.

Il vuoto normativo creato dalla sentenza è colmato dai principi generali dell'ordinamento comunitario e da quelli affermati negli ultimi anni dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei Conti. Tali principi consentono agli enti locali di procedere all'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica secondo una delle seguenti modalità alternative:

- ad imprenditori individuali o associati tramite procedure ad evidenza pubblica;
- direttamente a società miste pubbliche-private con socio privato scelto tramite procedura ad evidenza pubblica nell'ambito del cosiddetto partenariato (PPP);
- direttamente a società *in house* dell'ente affidante.

Successivamente il DL 179/2012 (convertito nella L. 17.12.2012 n. 221) pone nuovamente la disciplina legislativa di base dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Nel nuovo scenario torna alla ribalta l'affidamento diretto a società *in house*, che perde quel carattere di eccezionalità che gli era stato conferito dall'art. 4 co. 13 del DL 138/2011 (e ancor prima dall'art. 23-*bis* del DL 112/2008) per tornare invece ad essere modalità ordinaria di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Gli enti locali dovranno fornire adeguata motivazione alla scelta del sistema di affidamento prescelto e dovranno redigere un'apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante. L'affidamento diretto è possibile, senza limiti di importo, solo a società *in house* propriamente dette (capitale interamente pubblico, attività svolta prevalentemente con i soci pubblici, controllo analogo).

Gli affidamenti in essere alla data del decreto non conformi alla normativa europea e nazionale devono essere adeguati entro il 31.12.2013, pubblicando la relazione di motivazione della scelta. Per gli affidamenti per cui non è previsto un termine di scadenza, il termine deve essere inserito dagli enti affidanti, pena la scadenza dell'affidamento il 31.12.2013.

Inoltre:

- le discipline di settore tornano a prevalere sulla disciplina generale (l'art. 4 del DL 138/2011, infatti, ancorché norma di carattere generale prevaleva sulle discipline di settore con essa incompatibili per espressa volontà del legislatore);
- le Regioni e le Province autonome, devono organizzare le procedure per il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali per ambiti o bacini territoriali ottimali ed omogenei, non inferiori al territorio provinciale, tali da garantire economie di scala ed assicurare l'efficienza dei servizi;
- a partire dal 2013, l'affidamento dei servizi pubblici degli enti territoriali e di quelli d'ambito o bacino, se effettuato mediante procedura ad evidenza pubblica, costituisce elemento di valutazione della virtuosità per gli stessi enti, conseguendo l'obiettivo strutturale e realizzando un saldo finanziario pari a zero (ai sensi dell'art. 20 co. 3 del DL 98/2011). La Presidenza del Consiglio comunica perentoriamente a fine gennaio di ogni anno, al Ministero dell'Economia gli enti che hanno attuato tale procedura; in assenza della comunicazione la virtuosità non trova applicazione. I finanziamenti derivanti da risorse pubbliche statali, sono destinati, in via prioritaria, agli enti di governo degli ambiti o bacini ottimali oppure ai gestori selezionati con gara o a quelli di cui l'Autorità di settore – prevista ma non identificata – abbia verificato la qualità e l'efficienza in base a specifici parametri dalla stessa definiti;
- si dispone inoltre che gli affidatari *in house* siano soggetti al patto di stabilità interno, secondo le modalità previste dall'art. 18 co. 2-*bis* del DL 112/2008, ovvero con modalità e modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno stabilite con decreto interministeriale sentita la Conferenza unificata, con vigilanza affidata all'ente locale ovvero a quello d'ambito o bacino;
- le società *in house* per l'acquisto di beni e servizi, applicano le disposizioni di cui al DLgs. 12.4.2006 n. 163. Tali società per il conferimento degli incarichi ed il reclutamento del personale applicano propri provvedimenti in tal senso, nel rispetto dei principi dell'art. 35 co. 3 del DLgs. 165/2001, nonché tutte le disposizioni inerenti i limiti e divieti vigenti per gli enti locali;
- nel periodo transitorio, i gestori uscenti assicurano comunque l'erogazione del servizio ed il rispetto dei relativi oneri contrattuali e *standard* di efficienza fino al subentro del nuovo gestore o fino alla totale liberalizzazione dell'attività; tutto ciò senza indennizzi o compensi aggiunti.

Il redivivo art. 113 del TUEL torna a dettare la disciplina della gestione delle reti e dell'erogazione dei servizi pubblici a rilevanza economica.

L'art. 113 però non si applica:

- al trasporto pubblico locale;

- alla distribuzione di gas naturale;
- al settore dell'energia elettrica;
- alla gestione delle farmacie comunali;
- al servizio idrico integrato.

Sempre l'art. 113 distingue tra:

1. la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni (esclusi impianti di trasporto a fune per mobilità turistico sportiva): in capo all'ente locale o, se non vietato da normative di settore, a società di capitale interamente pubblico;
2. attività di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali: può essere separata dall'erogazione del servizio. In ogni caso è garantito l'accesso alla rete per i soggetti erogatori del servizio.

La gestione della rete può essere assegnata a:

- società di capitali a partecipazione totale degli enti locali (*in house*),
 - idonee imprese scelte attraverso procedure ad evidenza pubblica,
3. attività di erogazione del servizio: le discipline di settore regolano i casi in cui l'attività di erogazione del servizio sia separata dalla gestione della rete.

La gestione del servizio può essere affidata a:

- società di capitali individuate mediante gara pubblica,
- società miste pubblico/private con socio privato scelto tramite gara,
- società interamente pubbliche (*in house*).

In ultimo il legislatore è intervenuto con il DL 18.10.2012 n. 179.

1. Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito Internet dell'ente affidante.
2. In relazione agli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, la relazione prevista deve essere pubblicata entro il 31.12.2013.
3. Per gli affidamenti per i quali non è prevista una data di scadenza, gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio (o negli altri atti che regolano il rapporto) un termine di scadenza dell'affidamento, pena la cessazione dell'affidamento medesimo alla data del 31.12.2013.
4. Gli affidamenti diretti alla data dell'1.10.2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c., cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31.12.2020.
5. Le procedure per il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica sono effettuate unicamente per ambiti o bacini territoriali ottimali ed omogenei dagli enti di governo istituiti o designati.

GLI AMMINISTRATORI E I SINDACI DI SOCIETÀ PUBBLICHE

di Margherita Spaini

INDICE

1	PREMESSA	64
2	MODALITÀ DI SCELTA DEI RAPPRESENTANTI NEI CONSIGLI DI AMMINISTRAZIONE E DEI SINDACI DI NOMINA PUBBLICA CON PARTICOLARE ATTENZIONE ALLA VALUTAZIONE DELLA PROFESSIONALITÀ, DELLA COMPETENZA E DELL'ESPERIENZA NEL SETTORE CERCANDO DI OTTENERE IL MASSIMO RISPARMIO POSSIBILE A FAVORE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE	66
3	MODALITÀ DI RESPONSABILIZZAZIONE DEI RAPPRESENTANTI DI PARTE PUBBLICA SUL PROPRIO RUOLO QUALE ESPRESSIONE DELLA TUTELA DEGLI INTERESSI PUBBLICI NEL PROCESSO DI AMMINISTRAZIONE RAZIONALE	66
4	IMPOSTAZIONE DI UN CONTROLLO PREVENTIVO, CONCOMITANTE E CONSUNTIVO	66
5	MODALITÀ DI SCELTA DEI RAPPRESENTANTI NEI CONSIGLI DI AMMINISTRAZIONE E DEI SINDACI DI NOMINA PUBBLICA	66
5.1	<i>Numero degli amministratori e dei sindaci</i>	66
5.2	<i>Compensi</i>	68
5.2.1	<i>Norme applicabili nella scelta dei rappresentanti pubblici</i>	69
5.2.2	<i>Regime di proroga</i>	71
5.3	<i>Requisiti soggettivi e incompatibilità degli amministratori</i>	72
5.3.1	<i>Requisiti soggettivi ovvero cause di ineligibilità</i>	72
5.3.2	<i>Incompatibilità</i>	73
6	RESPONSABILITÀ	73
6.1	<i>Responsabilità degli amministratori</i>	73
6.2	<i>Profili penali di responsabilità</i>	75
7	CONTROLLI	75

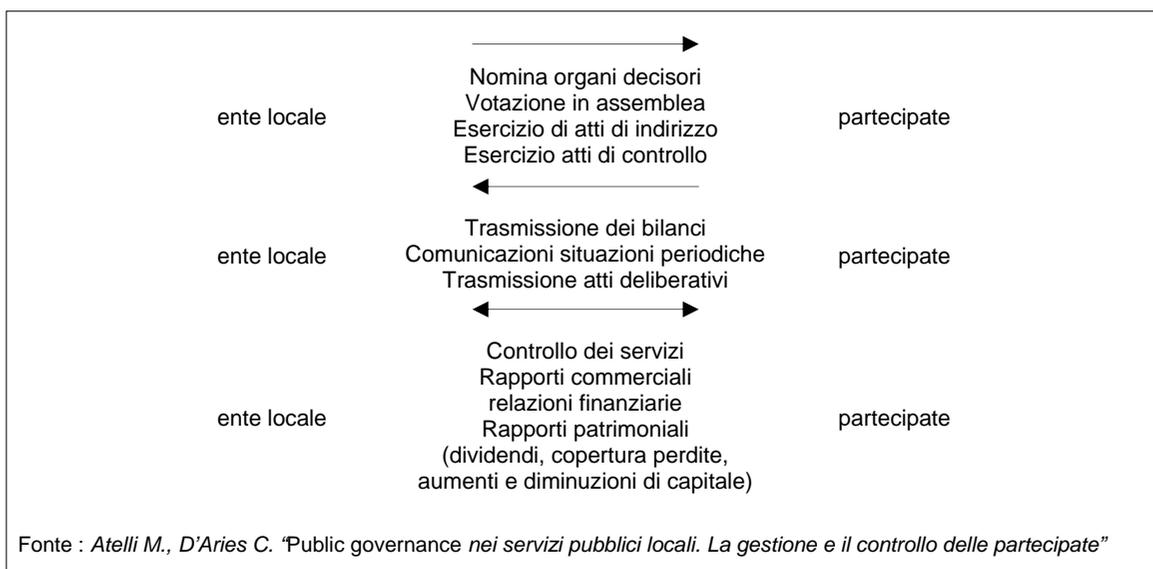
1 PREMESSA

L'ente locale dovrebbe operare un monitoraggio costante e coerente sulla efficacia ed efficienza gestionale dei servizi erogati tramite società pubbliche al fine di garantire una virtuosa destinazione ed un adeguato impiego del denaro pubblico.

L'attuale periodo di crisi economica ha comportato una contrazione delle risorse finanziarie a disposizione degli enti locali, rendendo indispensabile l'effettuazione di controlli volti alla verifica dei livelli di *performance* attesi, coniugati con un ammontare di spesa parametrato al livello atteso del servizio stesso.

Questo ordine di considerazioni ha reso indispensabile che gli amministratori degli enti locali addivenissero ad una più attenta valutazione ed analisi del proprio portafoglio partecipazioni affinché si mantenessero quali *asset* pubblici le società partecipate caratterizzate da coerenza tra *mission* conclamata e un livello di spesa accettabile, garantendo ricadute sociali apprezzabili.

Per meglio comprendere le interazioni tra l'ente locale e la società partecipata, si può esaminare e dettagliare la schematizzazione riportata sul seguente grafico, che, in estrema sintesi, descrive i rapporti tra ente locale e società partecipate, evidenziando una serie di flussi bi-direzionali che, se gestiti correttamente, integrano i dettami di un corretto processo di amministrazione razionale.



La società partecipata rappresenta concettualmente un mezzo per erogare un servizio pubblico tramite la logica dell'esternalizzazione ove la medesima deve risultare più conveniente rispetto ad una gestione accentrata.

Risulta di tutta evidenza l'importanza di una gestione adeguata della pianificazione e del controllo in una logica di amministrazione razionale, ove assumono estrema importanza i registi decisionali ovvero da un lato gli amministratori pubblici e dall'altro gli amministratori delle società partecipate.

In particolare è determinante l'*input* impresso dall'ente locale alla corretta configurazione della società partecipata laddove provvede alla nomina degli organi decisori che, spesso essendo di provenienza pubblica, dovrebbero costituire un legame indispensabile

con la realtà pubblica di cui sono espressione; nel contempo, però, dovrebbero essere dotati di cultura specifica e di comprovate capacità manageriali.

I soci pubblici partecipano alle Assemblee della società partecipata delegando propri rappresentanti e tramite i medesimi esercitano la potestà decisionale con la votazione; affinché i soci possano impartire atti di indirizzo significativi devono essere preventivamente informati dagli Amministratori della partecipata sull'andamento e sulle fasi di gestione, ricevendo comunicazioni periodiche, atti deliberativi, situazioni periodiche e bilanci preventivi e consuntivi.

In questa continua dinamica di flussi informativi bi- direzionali si sviluppano gli atti di indirizzo che dovrebbero trovare una sintesi qualitativa e quantitativa nell'elaborazione congiunta di un piano industriale pluriennale ove trovino equilibrata compenetrazione le risorse disponibili erogate dagli enti locali e derivanti dall'erogazione dei servizi con le spese connesse alla realizzazione della *mission* sociale.

L'impostazione gestionale dovrebbe essere assestata annualmente tramite aggiustamenti in itinere soggetti a controlli preventivi, concomitanti e consuntivi.

Il fluire della gestione scaturisce dalla sintesi finale di questo scambio informativo con dinamiche di causa effetto ed in prima fase culmina con il perfezionamento del contratto di servizio che disciplina le modalità di erogazione del servizio stesso, nonché gli *standard* quali – quantitativi attesi d'intesa tra l'ente locale e la società partecipata.

Nel proseguo, la gestione a sua volta comporta l'instaurazione e lo sviluppo di rapporti commerciali e finanziari e determina la realizzazione di un risultato patrimoniale che, in caso positivo, darà luogo ad un utile, in caso negativo ad una perdita.

Nel caso di realizzazione da parte della partecipata di un utile, il medesimo potrà essere distribuito ai soci sotto forma di dividendo; in caso di risultato economico negativo i soci dovranno partecipare pro quota alla copertura delle perdite, prevedendo interventi a rafforzamento del capitale qualora si decida di proseguire con l'attività, ovvero dovranno decidere l'eventuale fase liquidatoria dell'ente qualora si ravvisi di non darvi ulteriore corso, prevedendo, anche in questo caso interventi a sostegno.

Per completezza di trattazione, occorre evidenziare che lo scopo finale dell'erogazione di un servizio pubblico non è il conseguimento di un lucro, bensì la realizzazione di un servizio di buon *standard* qualitativo compatibilmente con le risorse a disposizione; molto spesso l'erogazione del servizio comporta una marginalità economica negativa assolutamente bilanciata da una marginalità sociale positiva. Sarà in questo caso compito della rendicontazione sociale far emergere queste peculiarità dando illustrazione della eventuale destinazione del valore aggiunto sociale.

Cruciale in questo processo sinergico risulta il ruolo di amministratori, sindaci e revisori.

Dall'attenta analisi e classificazione dei sopra menzionati flussi informativi bi-direzionali emergono come di fondamentale rilevanza le seguenti tematiche:

2 MODALITÀ DI SCELTA DEI RAPPRESENTANTI NEI CONSIGLI DI AMMINISTRAZIONE E DEI SINDACI DI NOMINA PUBBLICA CON PARTICOLARE ATTENZIONE ALLA VALUTAZIONE DELLA PROFESSIONALITÀ, DELLA COMPETENZA E DELL'ESPERIENZA NEL SETTORE CERCANDO DI OTTENERE IL MASSIMO RISPARMIO POSSIBILE A FAVORE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

La fattispecie riveste caratteristiche assolutamente peculiari in quanto il processo di nomina nella società partecipata per i membri espressione degli enti locali non passa attraverso le dinamiche assembleari dell'ente partecipato.

Si evidenziano pertanto delicati equilibri da salvaguardare, in caso di società miste, con i membri espressione di eventuali soci privati.

Le recenti politiche di *spending review* hanno imposto un numero sempre maggiore di funzionari pubblici in veste di amministratori delle società partecipate ponendo problematiche in ordine alla ricerca delle corrette professionalità da proporre sia in termini di cultura specifica ed amministrativa sia in termini relazionali.

3 MODALITÀ DI RESPONSABILIZZAZIONE DEI RAPPRESENTANTI DI PARTE PUBBLICA SUL PROPRIO RUOLO QUALE ESPRESSIONE DELLA TUTELA DEGLI INTERESSI PUBBLICI NEL PROCESSO DI AMMINISTRAZIONE RAZIONALE

Le società partecipate sono enti di diritto privato ove gli amministratori sono di fatto gli esecutori di direttive derivanti dalle considerazioni condotte negli ambiti dei Consigli comunali, provinciali, regionali e di enti pubblici in generale.

Dallo scambio informativo scaturiscono precisi atti di indirizzo la cui realizzazione dovrebbe garantire il conseguimento di obiettivi di interesse pubblico nell'ottica di una gestione efficace ed efficiente.

Il *trait d'union* tra il pubblico e la società partecipata nella fase gestionale è l'organo amministrativo mentre nella fase di controllo è il Collegio sindacale. Entrambi gli organi di *governance* e controllo dovrebbero acquisire la specifica sensibilità e consapevolezza di essere espressione ultima dell'impiego di denaro pubblico sul territorio.

4 IMPOSTAZIONE DI UN CONTROLLO PREVENTIVO, CONCOMITANTE E CONSUNTIVO

Questa fase risulta fondamentale sia in fase di impostazione ove risulta fondamentale coniugare gli obiettivi con le risorse disponibili e con le modalità di realizzazione, sia in itinere, ove occorre avere consapevolezza del livello di raggiungimento degli obiettivi intermedi in rapporto al piano industriale globale, sia a consuntivo, in fase di misurazione del raggiungimento degli obiettivi commisurati alle risorse profuse.

5 MODALITÀ DI SCELTA DEI RAPPRESENTANTI NEI CONSIGLI DI AMMINISTRAZIONE E DEI SINDACI DI NOMINA PUBBLICA

5.1 NUMERO DEGLI AMMINISTRATORI E DEI SINDACI

La legge Finanziaria 2007 (L. 27.12.2006 n. 296) ha introdotto le prime norme limitative in ordine al numero e al compenso degli amministratori delle società a partecipazione pubblica (enti locali) con previsione di divieto di cumulo di indennità e gettoni per chi riveste anche il ruolo di amministratore locale.

Tali norme sono state dettate da evidenti necessità di trasparenza nel settore pubblico e, in caso di non ottemperanza, prevedono specifiche sanzioni.

Società pubbliche e miste direttamente o indirettamente partecipate da enti locali

Le società a totale partecipazione pubblica degli enti locali anche indiretta sono amministrate in caso di capitale sociale inferiore a 2 milioni di euro da un numero massimo di tre amministratori, in caso di capitale superiore a tale soglia da un numero massimo di 5 amministratori.

Le società miste sono amministrate da un Consiglio di amministrazione ove il numero massimo degli amministratori di nomina pubblica è pari a 5 membri.

Successivamente la legge Finanziaria 2008, ovvero L. 24.12.2007 n.244, è intervenuta in ordine alla *governance* delle Amministrazioni Pubbliche dello Stato stabilendo per le casistiche di seguito elencate norme specifiche.

Società non quotate controllate direttamente o indirettamente dallo Stato

Se gli Statuti vigenti prevedono un numero di componenti degli organi di amministrazione superiore a cinque membri interviene una riduzione dei medesimi a cinque.

Se gli statuti vigenti prevedono un numero di componenti degli organi di amministrazione superiore a sette interviene una riduzione dei medesimi a sette.

In seguito l'art. 6 co. 5 della L. 30.7.2010 n. 122 di conversione del DL 78 del maggio 2010 ha fissato il tetto di 5 membri per i Consigli di amministrazione e di 3 membri per il Collegio sindacale di enti ed organismi pubblici, intendendo quali organismi pubblici, a prescindere dalla forma giuridica adottata, tutti i soggetti che operino prevalentemente con risorse pubbliche. Dal campo di applicazione restano escluse le società.

Le ultime disposizioni normative in tema sono state introdotte dalla c.d. "*spending review*".

La L. 7.8.2012 n.135 meglio nota come "*spending review*" all'art. 4 co. 4 e 5 detta la disciplina ultima in tema di composizione di organi amministrativi e di controllo:

Co. 4: "*I consigli di amministrazione delle società di cui al comma 1 (controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazioni di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90% dell'intero fatturato) devono essere composti da non più di tre membri, di cui due dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, e dipendenti della stessa società controllante per le società a partecipazione indiretta.*

Il terzo membro svolge le funzioni di amministratore delegato. È comunque consentita la nomina di un amministratore unico. La disposizione del presente comma si applica con decorrenza dal primo rinnovo dei consigli di amministrazione successivo alla data di entrata in funzione del presente decreto".

Co. 5: "*Fermo restando quanto diversamente previsto da specifiche disposizioni di legge, i consigli di amministrazione delle altre società a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta, devono essere composti da tre o cinque membri, tenendo conto della rilevanza e della complessità delle attività svolte. Nel caso di consigli di amministrazione composti da tre membri, la composizione è determinata sulla base dei criteri*

previsti dal precedente comma. Nel caso di consigli di amministrazione composti da cinque membri, la composizione dovrà assicurare la presenza di almeno tre dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, per le società a partecipazione diretta, ovvero almeno tre membri scelti tra dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, e dipendenti della stessa società controllante, per le società a partecipazione indiretta. In tale ultimo caso le cariche di Presidente e di Amministratore delegato sono disgiunte e al Presidente potranno essere affidate dal Consiglio di amministrazione deleghe esclusivamente nelle aree relazioni esterne e istituzionali e supervisione delle attività di controllo interno. La disposizione del presente comma si applica con decorrenza dal primo rinnovo dei consigli di amministrazione successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto”.

Dalla lettura delle norme sopra elencate, in ordine di entrata in vigore, emerge che il numero dei componenti dei Consigli di amministrazione delle società partecipate non può superare i cinque membri e che la maggior parte degli stessi deve provenire dalle file dei dipendenti pubblici, i quali, tra l'altro, come si vedrà nel paragrafo successivo, hanno l'obbligo di riversare i compensi all'amministrazione di appartenenza.

Si pongono delicati problemi di equilibrio e presumibilmente nella ricerca delle professionalità adatte al ruolo.

5.2 COMPENSI

Le norme che si sono via via succedute hanno come scopo quello di arrivare alla progressiva limitazione dell'ammontare dei compensi nello spirito del contenimento della spesa pubblica.

È sempre la legge Finanziaria 2007 ad introdurre le prime norme in materia precisando che le medesime vanno applicate a tutti i membri a prescindere dai poteri ad essi attribuiti dallo statuto.

Il parametro di riferimento per le indennità degli Amministratori è costituito dal DM 119/2005 come da rimando dell'art. 82 del TUEL laddove l'elemento base è costituito dalle indennità effettivamente in godimento al sindaco o ai presidenti degli enti locali soci.

Possiamo distinguere le seguenti casistiche:

- società a totale partecipazione pubblica di un unico ente locale: compenso lordo annuale pari al 70% presidente e 60% componenti indennità per il sindaco o presidente della provincia;
- società a totale partecipazione pubblica di più enti locali: limiti come sopra ma in percentuale dell'indennità del socio pubblico con maggior quota di partecipazione;
- società a partecipazione mista: possibilità di elevazione dei compensi al massimo del 20% rispetto a quelli previsti per le società a totale partecipazione degli enti locali.

Viene inoltre previsto un rimborso spese viaggio *ex art. 84 TUEL* ai membri del CdA a totale partecipazione pubblica.

L'art. 6 della L. 122/2010 di conversione del DL 78 ha disposto una riduzione del 10% del compenso di cui all'art. 2389 c.c. dei compensi degli organi di amministrazione e controllo delle società inserite nel Conto economico consolidato della Pubblica Amministrazione e nelle società possedute direttamente o indirettamente in misura totalitaria.

I titolari di cariche elettive potranno ricevere solo il rimborso delle spese ed un gettone di presenza pari a 30,00 euro.

Ultimo ma non ultimo citiamo il dettato legislativo introdotto dalla *spending review*, laddove all'art. 4 co. 4 e 5 detta per le casistiche già enucleate relative a:

- società partecipate il cui fatturato deriva per il 90% e più da servizi pubblici;
- società integralmente partecipate;

la seguente norma:

“i soggetti amministratori designati dagli enti pubblici tra i propri dipendenti hanno l’obbligo di provvedere al riversamento dei relativi compensi assembleari all’amministrazione, ove riassegnabili, in base alle vigenti disposizioni, al fondo per il finanziamento del trattamento economico accessorio, e alle società di appartenenza”.

5.2.1 NORME APPLICABILI NELLA SCELTA DEI RAPPRESENTANTI PUBBLICI

Le società partecipate sono enti di diritto privato partecipate da enti pubblici che sono organismi di diritto pubblico a cui si applicano le norme del diritto amministrativo; pertanto la normativa applicabile, pur basandosi sui dettami codicistici, è stata spesso integrata e/o rettificata da norme speciali al fine di gestire in modo equilibrato questa disparità di piani.

Spesso però tali norme speciali in tema di società a partecipazione pubblica sono state inserite nell'ambito di leggi contenitore disgiunte e scoordinate tra di loro creando difficoltà applicative e interpretative.

Di seguito, senza pretese di completezza, si cercherà di tracciare un quadro delle norme di riferimento.

Come è emerso dalla trattazione precedentemente condotta, possiamo trovarci di fronte ad una duplice tipologia di società partecipata: società mista (partecipata da soggetti pubblici e da soggetti privati) ovvero società a totale partecipazione pubblica.

Il meccanismo di tutela del socio pubblico in caso di società mista trova disciplina nel cosiddetto istituto della *golden share* che consiste nell'attribuire al socio pubblico il diritto di nominare uno o più componenti sia dell'organo di *governance* sia dell'organo di controllo.

La *ratio* della norma è radicata da un lato nell'esigenza di tutelare il socio pubblico soprattutto nelle realtà di partecipazione di minoranza del medesimo e dall'altro nell'intenzione di raggiungere attraverso l'atti di indirizzo pubblici il fine pubblico conclamato.

Fin dalla sua prima proposizione il meccanismo della *golden share* trovava esplicitazione negli artt. 2449 e 2450 c.c., anche nella formulazione emendata del 2003.

I più recenti interventi normativi di armonizzazione delle normative comunitarie hanno portato all'abrogazione dell'art. 2450 e ad una riformulazione dell'art. 2449, così come modificato dall'art. 13 co. 1 della L. 34/2008.

Si riporta di seguito il testo integrale della norma, ricordando che il medesimo è la fonte normativa principale in materia anche nella casistica di società totalmente partecipata.

“Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale.

Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati.

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

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

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

L'impianto dell'articolo prevede *in primis* una particolarissima modalità di nomina di amministratori e sindaci da parte degli enti pubblici ovvero la nomina diretta e non quella tramite l'elezione assembleare. Quindi *nulla quaestio* in caso di società totalmente partecipate da parte di enti pubblici, mentre si palesa un equilibrio delicatissimo da salvaguardare tra soci pubblici e privati in caso di società a capitale misto laddove gli amministratori ed i sindaci espressione della componente pubblica e privata vengono designati con modalità differenti per cui sarà necessario prevedere meccanismi di nomina atti a bilanciare i rapporti tra maggioranze e minoranze anche prevedendo patti para sociali ovvero clausole statutarie di armonizzazione (voti di lista, clausole statutarie tipo *simul stabunt, simul cadent*, ecc.).

L'articolo prevede una netta distinzione tra società chiuse e società aperte laddove per le società che fanno ricorso al capitale di rischio si rimanda al sesto comma dell'art. 2346.

Rilevante risulta l'affermazione della proporzionalità tra l'entità della partecipazione del socio pubblico ed i diritti spettanti agli organi dal medesimo designati.

Il potere di nomina diretta, disciplinato dalle eventuali previsioni statutarie, riservato ai soci pubblici, non va ad alterare la natura di soggetto di diritto privato assunta dalla società partecipata stessa. Infatti, la medesima resta disciplinata dalle norme di diritto civile e societario, qualora non derogate da leggi speciali.

Pertanto, il socio pubblico può partecipare alla gestione della partecipata esercitando i normali poteri connessi alla qualifica di socio di una società di capitale retta dalle norme di diritto civile e societario.

A questo proposito, si pongono alcune delicate problematiche in quanto amministratori e sindaci designati esternamente dall'ente pubblico potrebbero, attraverso la propria opera, costituire uno strumento di ingerenza degli enti pubblici nella gestione della società. Infatti il fine ultimo dell'attività della società partecipata dovrebbe essere il conseguimento di un interesse pubblico che a volte potrebbe porsi in contrasto con l'interesse momentaneo della società stessa.

Risulta di grande interesse il commento sull'art. 2449 tratto da Bertuzzi M. e riportato sul libro MAP n. 44 a p. 337 *“l'interesse pubblico sotteso non va considerato solo nel momento delle designazione, ma esige un riscontro costante sull'attività posta in essere dall'amministratore o dal sindaco nominato, così da consentire l'interruzione del rapporto nei casi in cui essa non sia ad esso conforme o adeguata. L'atto di nomina, pertanto, instaura, accanto al rapporto di diritto privato tra amministratore e società, un rapporto continuativo tra l'ente pubblico e l'amministratore, caratterizzato a sua volta dalla riconosciuta potestà del primo di emanare direttive che il secondo a sua volta ha l'obbligo di eseguire. Con l'effetto, di evidente rilevanza pratica, di legittimare la revoca nel caso in cui l'amministratore nominato per mano pubblica, non rispetti e non si adegui alle indicazioni operative che gli vengono impartite”*.

Al di là di ogni genere di considerazione, emerge, proprio in virtù di questo passaggio quale sia la valenza specifica del rapporto tra l'ente pubblico ed i suoi rappresentanti designati nella partecipata i quali devono sicuramente improntare il proprio operato in aderenza alle direttive ricevute, ma ancora più prepotentemente si evidenzia l'obbligo a carico dell'ente pubblico di esplicitare i propri obiettivi tramite costanti atti di indirizzo assunti tramite percorsi cognitivi derivanti dall'assimilazione delle informazioni ricevute e impartite sintetizzate nel fluire della gestione, in considerazione che il mancato raggiungimento degli obiettivi ed eventuali risultati economici negativi portano ad un depauperamento del patrimonio del socio pubblico con evidente danno erariale.

A corollario di quanto fin'ora trattato si riportano alcune norme speciali:

- in base al DPR 553/96 le società miste con socio pubblico di minoranza sono possibili se l'atto costitutivo prevede per l'ente pubblico la possibilità di nomina di 1 amministratore, 1 membro comitato esecutivo 1 revisore;
- in caso di enti con affidamento servizi *in house* è possibile l'affidamento diretto a condizione che sia esperibile il controllo analogo da parte degli amministratori nominati.

5.2.2 REGIME DI PROROGA

L'art. 1 DL 293/94 ha introdotto un regime particolare di proroga per gli organi di amministrazione e controllo, oltre che dello Stato e degli enti pubblici, anche delle persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica, qualora i suddetti organi di partecipazione e controllo siano stati nominati dallo Stato o da enti pubblici.

In caso di mandato giunto a scadenza, se gli organi in oggetto non sono ricostituiti, operano in regime di proroga per l'ordinaria amministrazione, ovvero per atti necessari

o indifferibili, per un massimo di quarantacinque giorni. Tale disposizione è in contrasto con le norme codicistiche che prevedono la durata in carica in regime di proroga fino All'avvenuta sostituzione.

Gli enti che non provvedono tempestivamente alla nomina dei componenti di organi scaduti, sono responsabili dei danni conseguenti alla decadenza determinata dalla propria condotta.

5.3 REQUISITI SOGGETTIVI E INCOMPATIBILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

5.3.1 REQUISITI SOGGETTIVI OVVERO CAUSE DI INELIGGIBILITÀ

L'art. 2382 recita *“non può essere nominato amministratore e, se nominato decade dal suo ufficio, l'interdetto, l'inabilitato, o chi è stato condannato ad una pena che comporta l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi”*.

L'art. 2387 recita inoltre *“lo statuto può subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati”*.

Le cause di ineligibilità statutarie sono equiparate a quelle *ex lege*.

La carenza dei requisiti soggettivi comporta la nullità della delibera di nomina e qualora sopravvenga nel corso del mandato determina la decadenza. Non esplica rilevanza nei rapporti con i terzi, ma determina nullità nei rapporti interni.

Al di là di una serie di considerazioni squisitamente giuridiche, emerge quanto sia delicata la fase della scelta soprattutto quando vadano vagliati particolari requisiti in punto professionalità ed onorabilità anche e non solo in considerazione della natura pubblica delle risorse a sostentamento dell'attività della partecipata stessa.

La verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi compete in prima battuta agli azionisti, successivamente agli altri amministratori in carica ed infine al Collegio sindacale.

Gli azionisti, per quanto di loro competenza, dovranno quindi proporre candidati in possesso di tutti i requisiti richiesti e soprattutto all'altezza di ricoprire la carica. I medesimi siano essi amministratori o sindaci non dovranno trovarsi in situazioni di incompatibilità e dovranno provvedere a darne dimostrazione.

Gli amministratori in carica dovranno effettuare le indagini del caso e, qualora possano insorgere dubbi, relazionare all'assemblea.

Il Collegio sindacale, essendo investito della vigilanza sul rispetto della legge e dello statuto, dovrà procedere a vagliare le candidature degli amministratori ed effettuare eventuali segnalazioni.

Particolare clausola di ineleggibilità è quella introdotta dall' art. 1 co. 734 della L. 296/2006 finanziaria del 2007, laddove nella sua prima formulazione prevedeva quanto segue *“ non può essere nominato amministratore di ente, istituzione, azienda pubblica, società a totale o parziale capitale pubblico, chi avendo ricoperto nei 5 anni precedenti incarichi analoghi, avesse chiuso in perdita tre esercizi consecutivi”*.

Si è molto discusso sull'interpretazione della norma ed infine si è stabilito con norma di interpretazione autentica da parte del medesimo legislatore che: *“non può essere nominato amministratore di un ente ... società a totale o parziale capitale pubblico chi avendo ricoperto nei 5 anni precedenti incarichi analoghi, abbia registrato per tre esercizi consecutivi, un progressivo peggioramento dei conti per ragioni riferibili a non necessitate scelte gestionali”*.

La disposizione ha lo scopo evidente, al di là della prima formulazione di difficile interpretazione e quindi trasposizione pratica, di porre un forte e pregnante requisito di professionalità.

5.3.2 INCOMPATIBILITÀ

Le incompatibilità stabilite dalla legge possono essere di due tipologie e sostanzialmente sono riconducibili alle seguenti previsioni normative:

- a):
 - incompatibilità sollevate a tutela degli interessi sociali per conflitto interessi: classico esempio consiste nell'incompatibilità tra la carica di amministratore e quella di sindaco;
 - incompatibilità connesse al divieto di esercizio in concorrenza: per i sindaci risulta obbligatoria la produzione di un elenco degli incarichi ricoperti dal quale evincere eventuali incompatibilità, per gli Amministratori risulta quanto meno opportuna;
- b):
 - incompatibilità volte a garantire libertà ed indipendenza nella gestione del mandato (ad esempio incompatibilità tra la carica di amministratore di enti locali (cariche elettive) e la carica di amministratore di partecipate come previsto dall'art. 63 TUEL);
 - incompatibilità di carica indirette ma di portata tale per cui possano inficiare la validità e l'efficacia dell'esperimento del controllo analogo.

6 RESPONSABILITÀ

6.1 RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

Gli amministratori di società partecipate da enti pubblici soggiacciono oltre che alla normativa civilistica anche alla normativa in tema di “responsabilità pubblica”, applicandosi ai medesimi le disposizioni relative.

Le Cass. SS.UU. 19.12.2009 n. 26806 e 15.1.2010 n. 519 hanno sottolineato che è dubbia la giurisdizione della Corte dei Conti per danno arrecato alla società pubblica, in seguito a *mala gestio* amministrativa, essendo la società partecipata un ente privato anche se il capitale è detenuto da enti pubblici. La questione è controversa.

La Cassazione recita quanto segue: *“il danno inferto dagli organi della Società al patrimonio sociale, che nel sistema del Codice Civile può dar vita all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei Conti, perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato(appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a*

quel soggetto e non certo ai singoli soci – pubblici o privati – i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale”.

La Corte dei Conti è sicuramente competente a giudicare in caso di danno diretto causato all'ente pubblico da atti illegittimi posti in essere da organi di società partecipate.

In passato si riteneva generalizzata la competenza della Corte dei Conti in tema di società pubbliche.

In caso di danno erariale sorgono precisi obblighi di denuncia alla Corte dei Conti, in particolare in caso di sistema tradizionale di amministrazione in capo a:

- Consiglio di amministrazione, quale organo gestorio;
- Collegio sindacale, quale organo di vigilanza;
- Collegio dei revisori, quale organo esercente il controllo contabile.

In linea generale stretto deve essere il legame tra amministratori degli enti locali e amministratori delle società partecipate i quali devono rispettare le direttive ricevute ed operarsi in modo da salvaguardare il patrimonio della società stessa.

A loro volta amministratori e dirigenti degli enti soci assumono precisi obblighi di vigilanza e controllo sugli enti pubblici partecipati dovendone monitorare con attenzione l'andamento. Tali obblighi incombono sull'assessore preposto alle partecipate e sul dirigente del settore interessato essendo i medesimi espressione dell'azionista pubblico il quale deve esercitare in modo consapevole i diritti connessi alla partecipazione detenuta.

Come si è affermato più volte il legame tra gli amministratori delle società partecipate e gli amministratori pubblici è strettissimo; i secondi devono esercitare una funzione propositiva e di indirizzo, i primi una funzione esecutiva e relazionale a cui sopra intende il costante monitoraggio dei secondi.

Gli amministratori pubblici esercitando il dovuto monitoraggio devono intraprendere tutte le azioni possibili connesse alla salvaguardia del patrimonio della partecipata e quindi indirettamente dell'ente pubblico partendo dalla revoca del mandato fino alla proposizione dell'azione di responsabilità. In caso di omissione sono assoggettabili a censure da parte della Corte dei Conti.

Gli amministratori ed i dipendenti (tipica figura quella del direttore degli enti) che con la propria condotta abbiano arrecato danno all'ente partecipata, per ormai orientamento consolidato della giurisprudenza contabile, oltre che al giudice ordinario rispondono per gli illeciti commessi innanzi alla Corte dei Conti.

A questo proposito si riporta perché particolarmente significativa, la deliberazione del Consiglio provinciale di Verona 11.2.2009 n. 9, avente ad oggetto “Linee di indirizzo in materia di società, consorzi ed enti partecipati” in quanto ha formulato indirizzi alle società e agli enti partecipati i quali integrano, a parere della scrivente, i corretti principi di amministrazione razionale.

Si raccomanda che gli enti in oggetto:

1. ispirino la loro azione complessiva a principi di legalità, efficienza. Efficacia ed economicità, nell'ottica del contenimento della spesa pubblica, ed improntino le

relazioni con l'ente pubblico di riferimento e gli utenti a principi di trasparenza e leale collaborazione;

2. in vista della convocazione delle assemblee, le società abbiano cura di trasmettere, in tempi ragionevoli, e comunque tali da consentire la preventiva istruttoria e l'esame del Consiglio dell'ente, tutta la documentazione ritenuta necessaria ad una adeguata relazione sugli argomenti da trattare in assemblea;
3. fermi gli obblighi relativi agli atti di bilancio, gli organi di amministrazione prevedano la predisposizione e trasmissione all'ente di riferimento di documenti annuali e pluriennali che definiscano programmi, progetti, investimenti, costi e ricavi secondo un sistema di reportistica che illustri il livello di raggiungimento degli obiettivi (e di soddisfazione dell'utenza), nonché il grado di efficienza nell'impiego delle risorse.

6.2 PROFILI PENALI DI RESPONSABILITÀ

Amministratori e sindaci di società partecipate da enti pubblici sono responsabili dei reati societari disciplinati dal codice civile nonché possono essere chiamati a rispondere di eventuali reati fallimentari in caso di procedure concorsuali.

Vale la cosiddetta clausola di equivalenza, ovvero l'equiparazione tra condotta commissiva da parte degli amministratori e condotta omissiva da parte di sindaci e revisori che non hanno vigilato con la diligenza sufficiente al fine di evitare il verificarsi dell'evento.

In estrema sintesi, la condotta omissiva si sostanzia nel mancato impedimento nei confronti degli amministratori, da parte dell'organo di controllo, a compiere reati penali, per carente sorveglianza.

7 CONTROLLI

Per concludere il ragionamento condotto in ordine alle necessarie interazioni tra Ente Pubblico partecipante e società partecipata, occorre concentrarsi sul iter sinergico dei controlli da condurre nel corso della gestione.

L'organismo di controllo della società partecipata sia sotto forma di Collegio sindacale sia sotto forma di società di revisione deve vigilare sia sulla legittimità di amministrazione sia sulla coerenza contabile; l'organo amministrativo deve fornire periodicamente *report* all'ente pubblico in ordine alla linea amministrativa tenuta e ai risultati da essa derivanti sia sotto il profilo strettamente economico patrimoniale sia sotto il profilo qualitativo di risultato atteso; l'ente pubblico deve monitorare la gestione dell'ente partecipato.

In quest'ottica, si inseriscono con particolare pregnanza, i controlli condotti da parte degli organi di revisione degli enti pubblici partecipanti.

In particolare l'organo di revisione deve finalizzare il proprio controllo alla verifica della conformità di:

- costituzione, organizzazione e gestione degli organismi partecipati rispetto alla normativa di legge;
- contratto di servizio rispetto alla normativa vigente e rispetto agli obiettivi dell'esternalizzazione;
- trasposizione contabile dei rapporti tra ente ed organismi partecipati rispetto alle regole che la governano;

- equilibri finanziari riflessi dalla gestione della partecipata sull'ente pubblico;
- comportamenti fiscali;

il tutto a norma dell'art. 239 TUEL.

La Corte dei Conti con delibera 2/92 ha inoltre precisato che *“la vigilanza sulla regolarità contabile e finanziaria deve essere svolta sull'intera gestione diretta ed indiretta dell'ente partecipato”*.