

Torino, 30 maggio 2013

Spett.le

Confservizi Piemonte

c.a. Presidente ing. Romano

## Questioni in materia di d.lgs. 39/2013

### 1. Interpretazione art. 7 2° co.

L'art. 7 2° co. d.lgs. 39/2013 stabilisce che *“A coloro che nei due anni precedenti siano stati componenti della giunta o del consiglio della provincia, del comune o della forma associativa tra comuni che conferisce l'incarico, ovvero a coloro che nell'anno precedente abbiano fatto parte della giunta o del consiglio di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione, nella stessa regione dell'amministrazione locale che conferisce l'incarico, nonché a coloro che siano stati presidente o amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico da parte di province, comuni e loro forme associative della stessa regione, non possono essere conferiti:*

*a) gli incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni di una provincia, di un comune con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione;*

*b) gli incarichi dirigenziali nelle medesime amministrazioni di cui alla lettera a);*

*c) gli incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico da parte di una provincia, di un comune con popolazione superiore a 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione”.*

Come si evince dalla Relazione Illustrativa, la *ratio* della norma deve così circoscriversi: *“In generale, si tratta di operare in sistemi oggi largamente caratterizzati da una costante permeabilità tra incarichi, fortemente condizionati dall'appartenenza politica. L'introduzione di un periodo di inconfiribilità, di “raffreddamento”, è volta a consentire l'attribuzione di incarichi fondati su requisiti professionali, impedendo conferimenti che conseguano immediatamente alla fine del mandato politico”.*

Tale dizione della Relazione porta a due considerazioni: la prima è che la norma si riferisce al “salto” da un mandato politico ad un mandato dirigenziale; la seconda, strettamente collegata, è che la volontà del Legislatore di favorire l'attribuzione di incarichi fondati su requisiti professionali non dovrebbe riguardare il caso in cui non intervenga salto alcuno, che si verifica, ad esempio, quando chi è amministratore di società sia riconfermato amministratore di società.

A tale considerazione preliminare deve aggiungersi la valutazione del tenore letterale della norma, constatando la differenza fra i due seguenti enunciati:



- il primo che individua fra i destinatari della norma dell'art. 7 *“coloro che siano stati presidente o amministratore delegato di enti di diritto privato in controllo pubblico da parte di province, comuni e loro forme associative della stessa regione”*;
- il secondo che corrisponde alla lett. c) del comma 2 dell'art. 7 *“gli incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico da parte di una provincia, di un comune con popolazione superiore a 15.000 abitanti o di una forma associativa tra comuni avente la medesima popolazione”*.

Alla lettera c) si precisa espressamente che il controllo pubblico rilevante si riferisce ad **“una provincia”, “un comune”, “una forma associativa”, il che è ben differente dal tenore della norma ove identifica i destinatari attraverso il rilievo del “controllo pubblico da parte di province, comuni e loro forme associative della stessa regione”**.

Si deve pertanto concludere che la norma voglia al più impedire che il presidente o amministratore delegato di una società pluripartecipata “approdi” al termine del mandato alla carica di amministratore di una società partecipata da una dei soggetti pubblici che si trovano nella compagine della pluripartecipata.

Ad esempio, si pensi ad una società pluripartecipata da comuni e quindi anche dal Comune “A” e al caso in cui il presidente o l'amministratore delegato della medesima, al termine del mandato, diventino amministratore della società (diversa) partecipata dal solo Comune “A”.

Si precisa che l'illustrazione di cui sopra è tesa a dare un qualche significato coerente alla norma rispetto alla quale si intravedono criticità estremamente gravi sia sotto il profilo della coerenza del decreto attuativo rispetto alla l. 190/2012 sia sotto il profilo della coerenza interna.

Si consideri che:

- la rubrica dell'articolo si riferisce alla sola inconfiribilità a componenti di *“organo politico”* come anche la Relazione Illustrativa, con il che non si comprende come possa poi inserirsi un organo tecnico come il presidente e l'ad di società;
- l'art. 1 del d.l. 39/2013 dimostra di saper perfettamente distinguere fra “componenti di organi di indirizzo politico” (cfr. lett. f) con gli “incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico” (cfr. lett. l), fra i quali vi sono tutti gli organi *“di indirizzo delle attività”*, con il che se si può anche comprendere che si vieti l'approdo a chi ha ricoperto una carica politica a cariche gestionali, non è chiaro perché chi ha ricoperto cariche gestionali non possa continuare a farlo;
- il 3° comma dell'art. 7 fa esclusivamente riferimento alla *“carica politica”*, come precedente, e non alla carica di tipo gestionale.

Si ha dunque la netta impressione che il riferimento al presidente e amministratore delegato di cui all'art. 7 2° co. sia una aggiunta successiva rispetto allo scheletro della norma.

## **2. Incompatibilità dei dirigenti pubblici (art. 12 ed altro).**

2.1.- La norma principale da esaminare (ma il problema si pone anche rispetto ad altre) è data dall'art. 12 4° co. d.lgs. 39/2013 per il quale *“gli incarichi dirigenziali ... sono incompatibili: ... c) con la carica di componente di organi di indirizzo negli enti di diritto privato in controllo pubblico da parte della regione, nonché di province, comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti o di forme associative tra comuni aventi la medesima popolazione della stessa regione”*.



La Relazione Illustrativa al d.lgs. n° 39/2013 stabilisce: *“Per i dipendenti pubblici l’approccio è da un lato generale e quindi ad applicazione indifferenziata e dall’altro si fonda sulla strutturale incompatibilità tra rapporto di lavoro subordinato con l’amministrazione e assunzione di interessi privati esterni. La generalità dell’approccio non permette di distinguere la particolare posizione dei titolari di incarichi amministrativi. La sola incompatibilità con incarichi privati esterni, rimuovibile peraltro con un’autorizzazione discrezionale dell’amministrazione di appartenenza, non tiene conto dei rischi dell’assunzione di incarichi diversi dai doveri di prestazione lavorativa sull’imparzialità dell’azione del dipendente, rischi che possono venire sia dall’assunzione di interessi privati in potenziale conflitto con quelli pubblici curati ... La legge di delega ha assunto consapevolmente un diverso punto di vista, quello della garanzia dell’imparzialità degli incarichi dirigenziali e degli incarichi amministrativi di vertice. Con l’introduzione del principio di distinzione tra le competenze degli organi di indirizzo politico e gli organi amministrativi è su questi ultimi che ricade la responsabilità principale per l’adozione degli atti amministrativi e di gestione. L’imparzialità non può più essere un carattere del solo atto amministrativo ... né un carattere genericamente riferito all’intera amministrazione: deve essere garantito specificamente alle persone titolari di incarichi amministrativi, siano essi dirigenziali, con riserva delle competenze di gestione, o amministrativi di vertice, con compiti di coordinamento (spesso ravvicinato) dell’azione dei dirigenti”.*

La questione è di interesse per Confservizi in quanto la nozione di *“organo di indirizzo”* corrisponde, fra l’altro, a *“consiglio di amministrazione”*.

Tale dato si ricava con chiarezza dalla lett. l) dell’art. 1 del d.lgs. 39/2013 ove viene richiamata la seguente nozione: *“altro organo di indirizzo delle attività dell’Ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico”*.

Tale nozione compare in una definizione accanto a quella di *“presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili”*, con il che è chiaro che la nozione di *“organo di indirizzo”* è compresa nel contesto di una nozione più ampia ove si parla soltanto di organi gestori.

Che si parli soltanto di organi gestori emerge dal fatto che il Legislatore ha sentito il bisogno di dettare la separata lett. f) dell’art. 1 per identificare i *“componenti di organi di indirizzo politico”*.

Né si può obiettare a quanto sopra sostenendo che nella definizione della lettera f) è compresa anche la menzione delle *“persone che partecipano ... a organi di indirizzo di ... di diritto privato in controllo pubblico”*, perché la successiva lett. l), sopra menzionata, nel momento in cui allude agli amministratori, fa riferimento agli *“organi di indirizzo delle attività”*, come sopra dimostrato, con ciò dimostrando che alla precedente lettera f) si parla di *“organi di indirizzo politico”*, cui del resto allude la definizione là espressa.

La tesi contraria, del resto, porta a concludere incomprensibilmente che in una norma che ha per palese *ratio* quella di non mescolare organi politici e tecnici, come si evince dalla Relazione Illustrativa, comparirebbe prima una confusione fra le due nozioni (lett. f) e poi una nuova menzione per separato (lettera l).

In conclusione, *“organi di indirizzo”* corrisponde anche a consiglio di amministrazione.

2.2. Né si può sostenere, per mitigare la norma, che *“organi di indirizzo”* di cui all’art. 12 4° co. faccia riferimento solo ad ipotesi residuali come ad esempio il comitato di sorveglianza nel sistema dualistico della società per azioni.

Tale ipotesi non regge in ragione del contenuto definitivo della lettera l) che alla voce *“incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico”* accomuna



al presidente con deleghe, all'amministratore delegato, appunto "*altro organo di indirizzo delle attività*", con il che "*organo di indirizzo*" ha un carattere marcatamente gestorio.

Bisogna poi considerare, inoltre, che la dottrina unanime di diritto commerciale qualifica pacificamente il comitato di sorveglianza come un "pezzo" del sistema gestorio della società per azioni quando la stessa scelga di essere amministrata secondo il sistema dualistico (cfr. ad esempio Galgano), con il che è pacifico che trattasi sempre del consiglio di amministrazione, che, nel caso del sistema dualistico appunto si sdoppia in consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione.

2.3. Altra tesi che si sta cercando di affermare è che l'incompatibilità dovrebbe estendersi solamente al caso in cui il dirigente rivesta la carica di presidente o amministratore delegato.

La tesi è priva di qualsiasi riscontro non solo per il tenore letterale della norma dell'art. 12 che fa riferimento senza distinzione agli "*organi di indirizzo*" in generale ma anche si scontra con l'attuale ordinamento del diritto societario.

Sottesa infatti a questa interpretazione restrittiva vi è l'idea che solamente coloro che hanno una specifica delega (presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato) operano ed esercitano un potere e quindi innescano il conflitto di interesse con la funzione dirigenziale.

Ma questa idea è priva di qualsiasi fondamento giuridico con riferimento al consiglio di amministrazione delle società di capitali e smentita letteralmente dall'art. 2381 cod. civ. il quale stabilisce con estrema chiarezza:

**“3. Il consiglio di amministrazione .... può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione.**

**4. Non possono essere delegate le attribuzioni indicate negli articoli 2420-ter, 2423, 2443, 2446, 2447, 2501-ter e 2506-bis.**

**5. Gli organi delegati ... riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate.**

**6. Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società.**

Dalla norma si ricava che:

- esistono compiti fondamentali, come la redazione del bilancio (vedi comma 4) che non possono essere mai delegati, con il che vi è una responsabilità diretta per tutti i consiglieri e si noti che la redazione del bilancio è un momento di confronto fondamentale con l'azionista;
- esistono degli autonomi poteri-doveri del consiglio di amministrazione di carattere gestorio da esercitare anche in presenza di amministratori delegati. Infatti, a tacere del fatto che il consiglio di amministrazione può sempre impartire direttive agli organi delegati e riportare a sé operazioni astrattamente rientranti nella delega conferita, il consiglio è chiamato, sulla base delle informazioni ricevute e di cui dunque deve essere in grado di operare la necessaria



valutazione, a stabilire dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società come dei piani strategici, industriali e finanziari della società ed infine a valutare il generale andamento della gestione;

- esistono dei precisi obblighi di informazione da parte degli amministratori delegati cui fanno da contrappeso precisi obblighi dei consiglieri di tenersi informati e di chiedere informazioni agli amministratori delegati.

A tale norma si affianca, ai sensi dell'art. 2388 cod. civ. la previsione di uno strumento attuativo fondamentale, ossia la disciplina dell'invalidità delle delibere del consiglio di amministrazione che ha fornito lo strumento a tutti gli amministratori assenti o dissenzienti per impugnare tutte le delibere del consiglio di amministrazione non ritenute conformi alla legge o allo statuto.

E' appena evidente che la concessione di uno strumento a favore dei consiglieri privi di delega si traduce in un riconoscimento di responsabilità quando lo strumento non sia usato, da mettere in relazione con la previsione per cui gli amministratori sono "in ogni caso" (delegati o non delegati) solidalmente responsabili, ai sensi dell'art. 2392 cod. civ., quando, a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non si siano attivati per impedirne il compimento ovvero per attenuarne il le conseguenze dannose.

Ne consegue che, a seguito della riforma del diritto commerciale del 2003, in un consiglio di amministrazione, anche i consiglieri privi di delega hanno responsabilità e sono chiamati ad interessarsi alla gestione, avendo anche il potere, in qualsiasi momento, di interagire con l'amministratore (e quindi non solo di sostituirlo).

E quindi risulta infondato ogni tentativo di restringere la nozione di "organo di indirizzo" al solo presidente con deleghe e amministratore delegato in quanto tutti i consiglieri hanno potere gestorio e responsabilità e quindi portano con sé nel caso siano dirigenti pubblici un conflitto di interessi.

Si pensi, ad esempio, al momento della redazione del bilancio, che è, ai sensi dell'art. 2381 4° co. cod. civ. come si ricordava, un compito non delegabile, ed è quindi di tutti i componenti del consiglio di amministrazione. In tale momento, il conflitto di interessi fra il comune azionista interessato all'utile e la società interessata al reinvestimento in azienda è massimo.

Il richiamo alla normativa del codice civile è tanto più stringente in quanto l'art. 4 13° co. d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012 stabilisce con norma di interpretazione autentica che le società a partecipazione pubblica sono sottoposte al codice civile.

Ne consegue pertanto che oggi esiste un divieto *ex lege* a che un dipendente pubblico con poteri decisionali ricopra incarichi gestori nel contesto di una società a partecipazione pubblica.

2.4. - Si sottolinea ancora che, per opporsi a quanto sopra, è impensabile sostenere che nel consiglio di amministrazione possa nominarsi il singolo dipendente privo di poteri decisori, in quanto nella filosofia dell'art. 4 appena citato si è nominati amministratori proprio in quanto dipendenti pubblici e, d'altra parte, essere amministratori significa, come sopra dimostrato, esprimere volontà decisoria e quindi assumere responsabilità *ex lege*. Come può un dipendente privo di poteri decisori, essere però in grado di esprimerli in seno all'organo gestorio della società? Né tale obiezione può essere superata, sostenendo che il mero dipendente assume gli indirizzi del dirigente incompatibile, perché si tratterebbe di un comportamento chiaramente illegittimo del dirigente e del dipendente di elusione della normativa. Non solo, mi stupisce che si accetti da parte di un dirigente di essere sottoposto



alla precisa sanzione di cui all'art. 18 1° co. d.lgs. 39/2013 che, a questo punto, lo riguarderebbe direttamente o che un dirigente accetti di assumersi la responsabilità di dichiararsi compatibile ai sensi dell'art. 20 d.lgs. 39/2013.

2.5. - Tale riflessione porta poi ad una considerazione più ampia.

La questione dell'applicabilità del comma 5 dell'art. 4 e del correlato problema del conflitto di interessi nelle società a partecipazione pubblica è in definitiva superata dalla nuova normativa del d.lgs. 39/2013. Se infatti prima si poteva ancora sostenere che un dirigente pubblico incurante dei rischi applicasse in via volontaria il comma 5 dell'art. 4 oggi l'incompatibilità è affermata come principio di diritto proprio in forza della questione del conflitto di interessi del dirigente che sia anche contemporaneamente amministratore già sollevato dalla Corte dei Conti in reiterate occasioni (cfr. Corte dei Conti Regione Lombardia 16 febbraio 2010 n. 228).

E, quindi, a fronte di una normativa talmente evidente per il tenore letterale, l'insegnamento della Corte dei Conti sul conflitto di interessi, che già giustificava l'interpretazione dell'art. 4 5° co. d.l. 95/2012 convertito in l. 135/2012 nel senso dell'inapplicabilità alle società dei servizi pubblici, si ripropone palese. In pratica, oggi non si tratta più di scegliere perché esiste un divieto di legge.

Sotto questo profilo, occorre sottolineare che il divieto di legge del d.lgs. 39/2013 è talmente assoluto che la legge si preoccupa di sancire la nullità dell'eventuale contratto di incarico stipulato in violazione della norma (art. 17), di sanzionare coloro che prevedono incarichi nulli (art. 18) e, d'altra parte, anche di abolire con una norma generale tutte le disposizioni in violazione delle disposizioni del decreto. L'art. 22 d.lgs. 39/2013 infatti è rubricato eloquentemente "*prevalenza su diverse disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità*".

ooo

In conclusione:

- l'art. 7 2° co. d.lgs. 39/2013 non è impeditivo a che il presidente o l'amministratore delegato ricoprano nuovamente incarico di amministratore nella medesima società al momento del rinnovo dell'organo gestorio;
- esiste oggi un divieto stringente di assunzione da parte del dirigente pubblico della carica di amministratore della società partecipata che fa proprio il divieto già esistente nella giurisprudenza contabile in materia di assunzione dell'incarico da parte del dirigente in caso di conflitto di interessi;
- la violazione di tale divieto comporta:
  - a) nullità del contratto di conferimento dell'incarico;
  - b) sanzioni per coloro che conferiscono l'incarico;
  - c) responsabilità diretta di colui che si dichiara compatibile quando non lo è;
  - d) invalidità degli atti del consiglio di amministrazione, ove ricopra l'incarico il dirigente pubblico che è incompatibile.

Con i migliori saluti.

  
Avv. Prof. Simona Rostagno

