

I compensi spettanti agli amministratori di società' partecipate da enti locali: un caso pratico

Premesse

Il presente lavoro si propone di analizzare una problematica derivante da un caso pratico, di sempre maggiore attualità e frequenza nel contesto delle società di capitali partecipate da enti locali.

Nello specifico, al fine di meglio comprendere i termini della problematica, è opportuno enucleare le questioni dibattute che costituiscono l'oggetto della disamina, ovvero:

i) Se sia, o meno, legittimo da parte di una società per azioni che ha per socio unico un Ente Locale, corrispondere l'indennità di risultato ai propri amministratori titolari di deleghe esecutive sulla base delle norme in vigore e, in particolare, alla luce dell'art. 1, comma 725, della Legge Finanziaria per l'anno 2007. Quanto precede nell'assunto che la società chiuda gli esercizi in perdita. I suddetti amministratori esecutivi sono stati assunti dalla società nell'anno 2005 - e quindi prima dell'entrata in vigore della suddetta norma - come dirigenti a tempo determinato e/o a tempo indeterminato. Nei contratti di assunzione stipulati con gli amministratori è previsto un trattamento economico fisso ed una indennità di risultato, definita in percentuale del primo importo. Successivamente, è intervenuta la legge finanziaria del 2007 che ha consentito l'attribuzione dell'indennità di risultato solo in caso di bilancio chiuso in utile e poi una deliberazione applicativa dell'Ente Locale unico azionista. La deliberazione ha disciplinato solo per il futuro, senza prevedere nulla, in via transitoria, in merito alla situazione generale pregressa delle società partecipate integralmente e/o parzialmente dallo stesso Ente Locale, nelle quali era diffusa la pratica di assumere come dirigenti gli amministratori;

ii) se sia, o meno, legittima e trasparente l'adozione da parte della società di una deliberazione del Consiglio di Amministrazione che regoli, in via transitoria, i rapporti instaurati precedentemente all'entrata in vigore della nuova normativa da portare a conoscenza del socio, e poi di richiederne la ratifica nella successiva Assemblea degli azionisti, ottenendo così la direttiva puntuale a quella data assente.

1. Inquadramento generale della problematica.

Il compenso degli amministratori è uno dei temi più delicati nel più vasto dibattito sulla *corporate governance* societaria, di fondamentale importanza per il buon governo della società¹. Nonostante la riforma del diritto societario (D.lgs. n.6/2003) la normativa relativa ai compensi degli amministratori è tuttora piuttosto frammentaria.

¹ Cfr. in dottrina: Giovanni Caselli in Trattato delle Società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Utet; Francesco Galgano in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, Cedam; Francesco Bonelli in Gli amministratori di società per azioni, Utet; Anna Laura Bonafini in Compensi degli amministratori di società per azioni, Giuffrè.

In particolare, la disciplina codicistica detta le modalità da seguire per fissare i compensi degli amministratori che sono stabiliti dall'assemblea (art. 2364 e art. 2389 c.c.) o all'atto della nomina (art. 2389 c.c.), ma non dice alcunché con riferimento all'onerosità della carica. Questo aspetto, comunque, non sembrerebbe in discussione in quanto l'amministratore svolge un'attività professionale nell'interesse altrui (della società) ed è principio generale, secondo le norme del mandato (art. 1709, c.c.), che egli debba percepire un compenso. Piuttosto, va osservato come le lacune relative alla disciplina dei compensi sono oggi divenute più evidenti e perciò più censurabili, a causa delle diverse soluzioni che la pratica ha messo in atto soprattutto per la remunerazione degli amministratori investiti di particolari cariche, nonché per l'accentuata responsabilità dell'organo amministrativo. In questo difficile contesto si è inserita, con la Legge Finanziaria dell'anno 2007, una particolare disciplina unicamente destinata alle società partecipate, totalmente o parzialmente, da enti locali.

Questa disciplina interviene non solo nella fissazione di un tetto massimo per la determinazione dei compensi degli amministratori (pubblici), ma anche pone un freno alla moltiplicazione dei posti di consigliere di amministrazione di queste società, limitandone, nella sostanza, la sfera di autonomia.

2. Il diritto al compenso degli amministratori.

In merito al diritto ad un compenso per gli amministratori di società di capitali, la dottrina si è mostrata più volte divisa, riguardo alla natura giuridica del rapporto di gestione, data l'ampiezza e la varietà dei poteri spettanti agli amministratori, nonché la posizione di autonomia rispetto all'organo assembleare.

Tuttavia vi è un sostanziale accordo sia in dottrina², sia in giurisprudenza³ sull'esistenza di una presunzione di onerosità della funzione gestoria e di conseguenza dell'acquisizione di un diritto soggettivo dell'amministratore a percepire un compenso, anche nel silenzio dello statuto o in carenza di una deliberazione.

Il diritto al compenso nasce in seguito all'accettazione della carica da parte dell'amministratore che, secondo i principi generali, può anche essere tacita e ricavarsi da un comportamento concludente⁴

La remunerazione può essere determinata sia per tutta la durata dell'incarico che per il singolo esercizio sociale.

² G. Presti, F. Vella, Bologna, il Mulino, 2004, 175; G.F. Campobasso, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, Utet, 2004, 111; F. Di Sabato, *Istituzioni di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 2004, 184; F. Galgano, R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, 255; B. Libonati, *L'impresa*, 250; A. Toffoletto, *Amministrazione e controlli*, in *Diritto delle società di capitali*.

³ Cfr. per tutte: Cass., 3 aprile 1990, n. 2679, in Riv. Giur. Lav., 1990, II, 272; Cass., Sez. Un., 14 dicembre 1994, n.10680, in Società, 1995, 638; Cass., 24 febbraio 1997, n. 1647, in Giust. Civ. Mass., 1997, 297.

⁴ Cass., 17 novembre 1971, n. 3297, in Foro It., 1972, I, 2974 con nota di R.Martinelli considera l'accettazione, pure implicita, elemento perfezionativo del negozio avente ad oggetto il compenso; Cass., 26 gennaio 1976, n.243, ivi, 1976, I, 615.

I referenti normativi in materia sono offerti dagli artt. 2364 e 2364-bis c.c. che individuano in linea generale l'organo competente a determinare il compenso, nonché gli artt. 2389 e 2409 terdecies c.c. che, unitamente all'art. 2409-noviesdecies c.c. concernono più da vicino la remunerazione spettante ai componenti degli organi investiti dalla gestione in ciascuno dei tre differenti sistemi di governance; quest'ultima norma (di mero rinvio), dice applicabile al sistema monistico tra l'altro, l'art. 2389, di modo che è consequenziale il potere dell'assemblea dei soci di stabilire, anche in questo modello gestuale, il compenso dell'organo amministrativo.

Nessuna di queste prescrizioni, tuttavia, sancisce in maniera esplicita il principio di remunerabilità dell'ufficio.

La presunzione di onerosità, per il vero, era individuabile nell'art. 2392 secondo cui gli amministratori dovevano rispettare, nell'adempimento dei propri doveri, la diligenza del mandatario. Il fatto che l'art. 2392 c.c. richiamasse una regola del mandato ha comportato nel silenzio della legge un rinvio a tale istituto.

In seguito alla nuova stesura dell'art. 2392 c.c. che assume come parametro normativo di condotta non più la diligenza del mandatario, bensì la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze degli amministratori il richiamo alla normativa del mandato finirà per limitarsi all'art. 1709 c.c. espressione del principio dell'agire per conto altrui.

3. L' art. 2389 c.c..

L'art. 2389 c.c. diversifica gli emolumenti spettanti agli amministratori in virtù della carica rivestita all'interno della società; mentre il primo comma dell'articolo è relativo ai compensi spettanti ai membri del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo, di competenza assembleare, il terzo comma concerne la remunerazione degli amministratori investiti di particolari cariche (Presidenti con deleghe, Amministratori Delegati) in conformità dello statuto, di competenza consiliare.

Secondo il primo comma di tale articolo la retribuzione spettante ai membri del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo è stabilita *“all'atto della nomina o dall'assemblea”*.

È opinione consolidata in dottrina e in giurisprudenza che la volontà del legislatore di aver sancito nel primo comma dell'art. 2389 c.c. e prima ancora nell'art. 2364 terzo comma c.c. la competenza assembleare in materia di compensi stia nell'intento di evitare che gli amministratori possano autodeterminarsi il compenso al di fuori del controllo dei soci profilandosi una situazione di conflitto di interessi⁵. Tale norma è però in contrasto con le disposizioni previste al terzo

⁵ **In dottrina**, O. Bosisio, *Retribuzione degli amministratori e dei sindaci*, in Riv. Dott. Comm., 1958, 345; O. Lo Cigno, *Commento all'art. 2389, Del lavoro*, 162 secondo cui esiste “un principio di correttezza amministrativa”, atta ad impedire ogni abuso; G. Bianchi, *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, Cedam, 1998; D. Fracchia, *La determinazione dei compensi degli amministratori: le ipotesi patologiche e le prospettive di riforma*, in Giur. Piem.,

comma, in quanto sembrerebbero assegnare la competenza a determinare la remunerazione degli amministratori investiti di particolari cariche proprio all'organo di appartenenza, contraddicendo quanto affermato al comma 1.

Ne discende, che i commi primo e terzo disciplinano due fattispecie distinte, autonome tra di loro, da cui scaturisce una differenziazione sia sotto il profilo della competenza a fissare la remunerazione, sia riguardo alla quantità della stessa, in quanto è prevista una remunerazione supplementare a quella che i medesimi percepiscono come semplici consiglieri.

Lo speciale compenso attribuito all'amministratore investito della delega è giustificato dall'aggravio di lavoro che la concentrazione di attività in capo allo stesso comporta⁶. La riforma del diritto societario ha provveduto a modificare l'ultimo comma della disposizione, attraverso una prescrizione finale che consente di inserire nell'atto costitutivo una clausola che assegni all'assemblea la facoltà di *“determinare un importo complessivo per la remunerazione di tutti gli amministratori inclusi quelli investiti di particolari cariche”*.

Se tale compenso globale per gli amministratori viene fissato, non è richiesto il parere dei sindaci, mentre è richiesto quando il consiglio di amministrazione, in base al potere riconosciuto dalla legge, determina la remunerazione degli amministratori investiti di particolari cariche in conformità dello statuto.

Riguardo al riparto di tale compenso, il legislatore non si pronuncia né sull'organo deputato alla ripartizione né sui criteri da osservare per eseguire la medesima, per cui si ricorre al consiglio di amministrazione non essendo pensabile un organo diverso e risultando necessaria la formulazione del riparto.

Il secondo comma l'articolo 2389 c.c. contiene la previsione della legittimità di stabilire emolumenti *“costituiti in tutto o in parte da partecipazioni agli utili o dall'attribuzione del diritto di sottoscrivere a prezzo predeterminato azioni di futura emissione”*⁷.

La scelta di collocare l'indicazione di emolumenti variabili proprio nel secondo comma dell'art. 2389 c.c., non riveste una valenza negativa in relazione alla posizione degli amministratori investiti di particolari cariche, ma corrisponde all'intenzione del riformatore di far emergere un principio secondo il quale simili forme retributive vanno necessariamente deliberate con l'intervento dei soci riuniti in sede statutaria o assembleare. La varietà terminologica adottata dall'art. 2389

2001, I, 10 ricorda che dall'art.2389 c.c. si desume l'interesse del legislatore per la conoscibilità e la trasparenza delle modalità di determinazione del compenso. **In giurisprudenza:** Cass., 13 maggio 1960, n. 1135, in *Giust. Civ.*, 1960, I, 857, in *Giur. It.*, 1960, I, 1, 1255, in *Foro.it.*, 1960, I, 1334, in *Temi nap.*, 1961, III, 29 ribadisce che il legislatore ha voluto evitare che sia proprio il consiglio di amministrazione a procedere alla determinazione del compenso, *“venendosi a creare, in tal modo, un conflitto di interessi tra questi e la società”*; Trib. Torino, 28 giugno 1984, cit. (I nt. 86), 28 sancisce che si ha violazione della competenza esclusiva dell'assemblea e pertanto nullità della relativa deliberazione, qualora la delibera di determinazione del compenso sia stata assunta dal consiglio composto da tutti gli amministratori portatori dell'intero capitale sociale; Trib. Milano, 23 maggio 1991, in *Giur.it.*, 1991, I, 2, 545 e in *Società*, 1992, 67.

⁶ V. Allegri, *Gli amministratori*, in V. Allegri e altri, *Diritto coomerciale*, Bologna, Monduzzi, 1993, 356.

⁷ Sull'ammissibilità della combinazione tra componenti fissa e variabile cfr. Cass., 22 luglio 1969, n.2755, cit..

c.c., remunerazione, compenso, partecipazione azionaria, non riveste alcun significato operativo.

Il compenso previsto per gli amministratori è considerato un costo che ha natura di spesa di esercizio anche se corrisposto sotto forma di partecipazione agli utili.

Secondo diversi orientamenti la funzione di tale forma di retribuzione è evidentemente quella di coinvolgere maggiormente gli amministratori, collegando il corrispettivo dovuto per la loro attività ai risultati di gestione; per cui compenso e partecipazione agli utili si distinguono in ragione della fissità e certezza del primo e della variabilità e aleatorietà del secondo.

Secondo una parte della dottrina, gli amministratori che accettino di essere retribuiti sulla base di una partecipazione agli utili diventano in qualche misura partecipi del rischio di impresa, anche se essi non partecipano alle perdite, ma in caso di risultato negativo potrebbero non ricevere alcunché quale corrispettivo dell'attività prestata⁸.

4. Sull'entità dei compensi degli amministratori.

Uno dei problemi più delicati in materia di compensi degli amministratori è relativo all'entità del trattamento economico dato che la normativa codicistica non contiene indicazioni espresse al riguardo.

Quanto sopra potrebbe significare che esiste una certa libertà di determinazione che, comunque, non si traduce in una completa autonomia in quanto la società deve essere comunque gestita con criteri razionali avendo cura di temperare gli interessi dell'amministratore con quello della società. Condizione che non si verifica, ovviamente, tanto se si eccede nella misura, quanto se il compenso non appare adeguato.

Riguardo al metodo cui ancorare la quantificazione degli emolumenti bisogna sottolineare che la retribuzione variabile, legata ai risultati economici dell'impresa, pone in maniera ancora più stringente il problema della correlazione tra remunerazione, attività gestoria e redditività aziendale. Il nesso tra questi tre elementi ha sollevato diversi dubbi.

In giurisprudenza si rinvengono numerose pronunce a favore dell'assoluta indifferenza dei compensi dei manager rispetto ai risultati conseguiti e allo stato di salute della società⁹.

In assenza di una norma espressa sulla metodologia di determinazione della remunerazione, bisogna valutare la questione alla luce della qualificazione che si attribuisce al rapporto intercorrente tra società e amministratori. Le disposizioni da

⁸ Franco Monelli, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè.

⁹ Cfr. *ex multis* Cass., 26 febbraio 2002, n. 2769, afferma che il diritto al compenso spetta all'amministratore "quale che sia il risultato della sua attività, apprezzabile o non in termini economici, sia esso conforme alle aspettative dei soci, ovvero criticabile": la pronuncia è corretta se si considera che l'obbligazione gestoria è di mezzi, e non di risultato., solleva però qualche dubbio in relazione al globale orientamento della giurisprudenza che tende a svalutare la connessione tra attività gestoria e performance sociale.

valutare sono: l'art. 1709 c.c. che pone la presunzione di onerosità del mandato, l'art. 2233 c.c. che disciplina le modalità di determinazione del compenso del professionista intellettuale, e gli artt. 2099 c.c. e 36 Cost. che concernono la retribuzione del prestatore di lavoro subordinato¹⁰.

Nonostante tali prescrizioni non trovino immediata applicazione è possibile ricavare, in particolare dall'art. 36 Cost., il principio di ordine generale per cui l'attività o l'opera svolte meritano di essere retribuite in proporzione alla qualità e alla quantità del lavoro prestato. Il concetto di proporzionalità, inoltre, risulta sotteso al richiamo che il legislatore compie nell'art. 2233 c.c. "*all'importanza dell'opera*" e al "*decoro della professione*"; ed è altresì sotteso nell'art. 1709 c.c., laddove si limita a devolvere al giudizio del magistrato la determinazione del compenso del mandatario in assenza di pattuizioni al riguardo. Da ciò si evince, secondo parte della dottrina¹¹, il richiamo al parametro dell'equità come espressione del concetto di proporzionalità.

Tale criterio risulta inoltre condivisibile dalla stessa giurisprudenza precisandolo talora in relazione alla particolare qualità della prestazione resa¹², talvolta in relazione alle peculiari mansioni affidate all'amministratore¹³, talaltra in relazione all'importanza dell'incarico e dell'impegno che esso comporta¹⁴ o ancora in relazione alle dimensioni e al giro di affari della società¹⁵.

E' attraverso il combinato disposto delle suddette norme, applicate al caso concreto, che si può pervenire alla fissazione di un'equa e adeguata retribuzione. Per quanto riguarda la qualità del lavoro, la stessa, è suscettibile di miglioramento in rapporto all'applicazione dell'art. 2387 c.c. relativo ai requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza. Da ciò risulta, in particolare, che lo statuto può subordinare la nomina ad amministratore al possesso di speciali requisiti di professionalità.

Un altro aspetto, di certo influente, per determinare l'entità dei compensi, è quello della responsabilità. Il rilievo della responsabilità secondo le comuni leggi economiche non può non formare oggetto di valutazione, sia pure sotto forma di stima; il che, conduce ad un "*quid pluris*" in un compenso che molto spesso è basato sull'impiego di tempo e, eventualmente, sulla qualità del lavoro dell'amministratore.

In conclusione, si può affermare che i parametri principali intorno ai quali far ruotare la determinazione del compenso sono rappresentati dai compiti che è chiamato ad eseguire l'amministratore e la situazione della società intesa in senso

¹⁰ G. Minervini, *Gli amministratori*, 379, partendo dalla premessa che il rapporto di gestione configura un contratto da includersi nella categoria del lavoro in senso lato, osserva che il richiamo alle discipline del mandato o del lavoro subordinato ci porta a risultati omogenei.

¹¹ G. Minervini, *Il mandato*, 132; G. Bavetta, voce *Mandato* (dir. Priv.), in Enc. del diritto., XXV, 1975, 351; A. Luminoso, *Mandato*, 146.

¹² Cass., 26 gennaio 1976, n.243, cit..

¹³ Trib. Catania, 23 luglio 1965, in Dir. Fall., 1965, II, 943; Trib. Udine, 4 marzo 1982.

¹⁴ Trib. Torino, 28 giugno 1984, distingue a seconda che l'impegno sia saltuario ovvero continuato o regolare.

¹⁵ Trib. Milano, 21 settembre 1989 sottolinea la rilevanza del complesso delle operazioni sociali.

lato, senza che si possa omettere di considerare le diverse variabili che soltanto la peculiarità della singola fattispecie può evidenziare.

È convinzione radicata, nonostante il silenzio della legge, che in caso di omessa o inadeguata determinazione del compenso da parte dell'organo competente, l'amministratore possa adire l'autorità giudiziaria per ottenere la liquidazione.

La possibilità di rivolgersi al giudice è prevista, inoltre, nell'ipotesi in cui l'atto costitutivo non contenga previsioni circa il trattamento economico dei componenti dell'organo amministrativo, nonché nell'ipotesi in cui sorga controversia in ordine alla corretta applicazione dei parametri previsti dallo statuto mentre rimane preclusa nel caso di gratuità dell'incarico.

5. Sulle previsioni della legge finanziaria per l'anno 2007.

La Legge Finanziaria per il 2007 (Legge 27.12.2006 n. 296) contiene una serie di disposizioni rivolte a disciplinare i Consigli di Amministrazione delle Società partecipate dagli Enti Locali.

In via di estrema sintesi, le disposizioni in commento della Legge Finanziaria 2007 (commi da 725 a 735 e da 587 a 593, oltre al comma 718), limitano, nella sostanza, la sfera di autonomia delle società partecipate dagli Enti Locali e dei relativi soci, statuendo:

- dei limiti al numero dei componenti del Consiglio di Amministrazione delle suddetta società;
- dei tetti ai compensi del Presidente e dei componenti del Consiglio di Amministrazione;
- delle limitazioni al conferimento dell'incarico di amministratore;
- obblighi di comunicazione e di pubblicità a carico delle società e dei relativi soci pubblici;

L'articolato ha destato più di una perplessità in sede esegetica; in particolare, si sono evidenziate problematiche relative all'efficacia temporale delle norme, ai criteri interpretativi da adottare, alla gerarchia delle fonti, alla coerenza con i principi generali dell'ordinamento giuridico nazionale e comunitario. L'ambiguità di fondo della formulazione di alcuni articoli, peraltro, è tale che non è affatto agevole sciogliere definitivamente tali nodi.

6 Sui compensi spettanti agli amministratori di società partecipate da enti locali.

6.1. L'ambito soggettivo di applicazione della legge.

Con legge finanziaria 2007, al dichiarato fine di contenere la spesa degli enti locali, è stata stabilita la misura massima dei compensi che possono essere corrisposti ai presidenti e ai componenti dei consigli di amministrazioni delle società partecipate da tali enti e cioè dai comuni, dalle province, dalle città metropolitane,

dalle comunità montane e isolate e dalle unioni di comuni (art. 2, c. 1, d.l.vo 267/2000).

Le società alle quali risultano applicabili le disposizioni della l. 296/06 in materia di compensi agli amministratori sono quelle:

- a) a totale partecipazione di comuni o province (c. 725);
- b) a totale partecipazione pubblica di una pluralità di enti locali (c. 726);
- c) a partecipazione mista di enti locali e altri soggetti pubblici o privati (c. 728).

Le suddette disposizioni della legge finanziaria 2007 non indicano le “attività” che le società di cui sopra devono svolgere.

Ne discende che le citate disposizioni sono applicabili alle società partecipate da enti locali qualsiasi sia l’attività che esse svolgono e, perciò, ad esempio, alle società costituite per l’erogazione di pubblici servizi, per la produzione di beni e servizi strumentali all’attività degli enti locali e per l’esercizio, nei casi consentiti dalla legge, esternalizzato di funzioni amministrative, nonché alle società a cui è conferita la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, alle società di trasformazione urbana, ecc.

In considerazione del tenore letterale della legge e delle finalità che con la stessa si intendono perseguire, nell’ambito di applicazione delle disposizioni dalla medesima recate sembra che debbano farsi rientrare anche le società partecipate da enti locali, che hanno ottenuto l’affidamento della gestione di un servizio pubblico locale o di appalti mediante l’espletamento di una gara e quelle che operano in settori liberalizzati. Restano escluse, invece, le società quotate in borsa e, entro determinati limiti, le società “regionali”.

6.2. *Le società a totale partecipazione pubblica.*

Le società in questione sono quelle, a totale partecipazione di comuni o di province, ovvero di una pluralità di enti locali. Pertanto, allorché alla società partecipino più comuni, più province e comuni e province assieme, la misura del compenso spettante agli amministratori della società stessa dovrà essere determinata ai sensi non del c. 725, ma del c. 726.

La legge, per l’applicazione delle disposizioni in materia di compensi agli amministratori, richiede unicamente che le società siano “a totale partecipazione pubblica” e non anche, come invece avviene nell’art. 113, c. 5, lett. c) del TUEL, (d.l.vo 267/2000 e succ. modif.) che su tali società l’ente o gli enti pubblici partecipanti esercitino un “controllo analogo” a quello che esercitano sui propri servizi e che le predette società svolgano la parte più importante della propria attività a favore dell’ente o degli enti pubblici che le controllano. Le disposizioni predette sono, di conseguenza, applicabili anche alle società che non rispettano le condizioni previste dal citato art. 113, c. 5, lett. c), del TUEL, ma che sono, comunque, a totale capitale pubblico.

7. Il compenso

7.1. La misura

Il compenso dovuto al presidente e a componenti del consiglio di amministrazione di società a totale partecipazione di comuni o province non può essere superiore, per il presidente, all'80% e, per i componenti, al 70% delle indennità spettanti, rispettivamente, al sindaco e al presidente della provincia ai sensi dell'art. 82 del TUEL.

I suddetti "limiti" dell'80% e del 70% sono limiti massimi.

L'art. 82 del TUEL - espressamente richiamato dal c. 725 - demanda ad un decreto del Ministro dell'interno (da adottare di concerto con il Ministro del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica, ora Ministro dell'economia e delle finanze, e sentita la Conferenza Stato - città ed autonomie locali) di determinare la misura dell'indennità di funzione spettante al sindaco e al presidente della provincia, sulla base dei criteri stabiliti dal comma 8 del medesimo art. 82.

Con decreto del Ministro dell'interno 4 aprile 2000, n. 119 è stata determinata la misura delle indennità di funzione dei sindaci e dei presidenti delle province, che risulta differenziata per classi demografiche (dieci per i comuni e quattro per le province). Tale decreto, giusta quanto dispone il c. 10 dell'art. 82 del TUEL, doveva essere rinnovato ogni tre anni ai fini dell'adeguamento della misura delle indennità di funzione sulla base della media degli indici annuali dell'ISTAT di variazione del costo della vita. I decreti di adeguamento (relativi ai periodi 2003-2006 e 2006-2009) non sono stati, tuttavia, emanati e, anzi, con l'art. 1, c. 54, lett. a), della l. 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006), le indennità predette sono state ridotte del 10% "rispetto all'ammontare risultante alla data del 30 settembre 2005".

Pertanto, la misura delle indennità di funzione spettanti ai sindaci e ai presidenti delle province, su cui vanno calcolati i compensi dovuti ai presidenti e ai componenti dei consigli di amministrazione delle società partecipate dagli enti locali, è quella determinata ai sensi del citato decreto del Ministro dell'interno del 4 aprile 2000, n. 119, risultante al 30 settembre 2005, diminuita del 10% (per il Comune di Roma cfr. al riguardo la Delibera di Giunta n. 879/2000 richiamata nella delibera n. 215/07).

Il c. 725 rinvia all'art. 82 del TUEL unicamente per individuare il criterio per stabilire la misura massima del "compenso lordo annuale, onnicomprensivo" da attribuire ai presidenti e ai componenti del consiglio di amministrazione delle società partecipate da enti locali.

Ne discende che le altre disposizioni recate dall'art. 82 cit. (e dal d.m. 4 aprile 2000, n. 119 di attuazione dello stesso art. 82), ossia le disposizioni che non attengono alla misura di detto compenso, non sono applicabili agli amministratori delle società partecipate da enti locali.

7.2. La onnicomprensività del compenso

Il compenso spettante agli amministratori di società partecipate da enti locali è “onnicomprensivo” (c. 725).

Ciò significa che tale compenso comprende sia quello stabilito “all’atto della nomina o dall’assemblea” (art. 2389, n. 1, cod. civ.), sia quello attribuito dal consiglio di amministrazione, sentito il parere del collegio sindacale, agli amministratori “investiti di particolari cariche in conformità dello statuto” (art. 2389, c. 3, cod. civ.).

E’ pacifico che la previsione dell’art. 2389, c. 3, cod. civ. si riferisce in maniera specifica alle remunerazioni spettanti agli amministratori delegati e al presidente del consiglio di amministrazione.

Il legislatore, nel predisporre le regole relative alle modalità di remunerazione degli amministratori, ha voluto effettuare una distinzione tra i membri del consiglio di amministrazione cui vengono assegnati degli specifici compiti (art. 2381, comma 2, c.c.) e quelli “non operativi”, che esercitano, cioè, soltanto le funzioni attribuite collegialmente al consiglio. Tale distinzione si giustifica con il fatto che soltanto nel primo caso i consiglieri assumono direttamente la responsabilità dell’attività da essi svolta, e ciò comporta che sia stabilito un trattamento remunerativo differenziato, logicamente più favorevole, nei loro confronti. Il conferimento della delega determina, infatti, un nuovo rapporto che consente di attribuire agli amministratori a cui le deleghe sono conferite un compenso separato rispetto a quello percepito quali semplici componenti del consiglio di amministrazione.

La possibilità da parte del consiglio di amministrazione di attribuire un compenso separato agli amministratori di società partecipate da enti locali “investiti di particolari cariche” non è esclusa dal c. 725, ma è, più semplicemente, da detta disposizione, limitata, nel senso che tale compenso, anche se diverso e maggiore rispetto a quello concesso agli altri amministratori, non può, comunque, essere fissato in misura tale che, nel complesso, ossia tenendo anche conto di quello stabilito “all’atto della nomina o dall’assemblea”, venga a superare quello massimo determinato in applicazione dei criteri previsti dal medesimo c. 725.

Resta, poi, ferma per l’assemblea, se lo statuto lo prevede, la facoltà di “determinare un importo complessivo per la remunerazione di tutti gli amministratori, inclusi quelli investiti di particolari cariche” (art. 2389, c. 3, cod. civ.). Naturalmente, nel caso di società partecipate da enti locali, anche tale “importo complessivo” non può essere maggiore di quello “onnicomprensivo” determinato ai sensi del citato c. 725. La ripartizione del predetto “importo complessivo” tra i vari componenti del consiglio di amministrazione verrà, poi, stabilita dallo stesso consiglio di amministrazione.

7.3. L’indennità di risultato

La regola della “onnicomprensività” della retribuzione dovuta agli amministratori di società partecipate da enti locali trova una parziale deroga nel 2° periodo del c. 725, in virtù del quale è consentito erogare agli amministratori suddetti un compenso

ulteriore e aggiuntivo sotto forma di “indennità di risultato” nel caso di “produzione di utili e in misura ragionevole e proporzionata”.

La disposizione ora citata sembra fare riferimento al comma 2 dell’art. 2389 cod. civ., il quale, in effetti, prevede che i compensi degli amministratori di società per azioni “possono essere costituiti in tutto o in parte da partecipazione agli utili” (in tal caso la partecipazione agli utili va computata “sugli utili netti risultanti dal bilancio, fatta deduzione della quota di riserva legale”: art. 2432 cod. civ.). Non pare, invece, che sia applicabile, in considerazione di quanto stabilito dal c. 725, agli amministratori delle società partecipate dagli enti locali, a meno che non si tratti di società quotate presso il mercato regolamentato da Borsa Italiana S.p.A., l’altra previsione contenuta nel menzionato comma 2 dell’art. 2389 cod. civ., ossia quella che contempla la possibilità che gli amministratori di società per azioni vengano retribuiti mediante l’“attribuzione del diritto di sottoscrivere a prezzo predeterminato azioni di futura emissione” (c.d. *stock option*).

E’, ancora, da notare, per quel che riguarda l’“indennità di risultato”, che la stessa, in ragione della collocazione della disposizione che la prevede, sembrerebbe spettare unicamente agli amministratori delle società partecipate da un solo comune o da una sola provincia. E’, tuttavia, da ritenere che la volontà del legislatore non sia stata quella di escludere che, agli amministratori delle società a totale partecipazione di una pluralità di enti locali e a quelli delle società a partecipazione mista di enti locali e di altri soggetti pubblici o privati, possa essere attribuita la predetta “indennità di risultato”. Intanto, perché non vi è alcuna ragione logica che possa giustificare siffatta esclusione e poi perché il rinvio, contenuto sia nel comma 726 che nel comma 728, al comma 725 non può non significare che il trattamento economico spettante agli amministratori di società partecipate dagli enti locali è, appunto, quello stabilito dal comma 725, con le specificazioni previste, per gli amministratori delle società a totale partecipazione di una pluralità di enti locali, dal comma 726 e, per gli amministratori delle società a partecipazione di enti locali e di altri soggetti pubblici o privati, dal comma 728.

L’“indennità di risultato” può essere attribuita, come visto, solo se vi è stata “produzione di utili”. Ne consegue che l’indennità di cui trattasi potrà essere deliberata dall’assemblea dopo l’approvazione del bilancio di esercizio e semprechè risulti che la società ha realizzato degli utili. L’“indennità di risultato”, inoltre, va liquidata in “misura ragionevole e proporzionata”. Ragionevolezza e proporzionalità che, è da ritenere, dovranno essere valutate con riferimento agli utili realizzati dalla società.

Al riguardo, è opportuno evidenziare come tale previsione normativa si discosti radicalmente dall’interpretazione, dottrina e giurisprudenziale richiamata nel presente parere al paragrafo V che precede, secondo cui il diritto dell’amministratore a percepire un emolumento adeguato deve essere disancorato dallo stato di salute della società¹⁶.

¹⁶ Cfr. nota 9.

E', inoltre, da considerare che, a motivo della funzione premiale che va riconosciuta all'"indennità di risultato", questa può essere concessa anche solo ad alcuni (o, al limite, anche ad uno solo) degli amministratori di società partecipate da enti locali, in specie a quelli che, per le particolari cariche di cui sono stati investiti (ad es. presidente e/o amministratore delegato), assumono un ruolo determinante per l'andamento economico della società.

7.4. *Gli amministratori dipendenti della società.*

Come è noto, la giurisprudenza ritiene che la qualità di amministratore di una società di capitali sia compatibile con qualifica di lavoratore subordinato.

Attualmente, infatti - dopo l'iniziale orientamento dei giudici di legittimità che era di recisa negazione della cumulabilità delle qualità di amministratore di società di capitali e di "impiegato" di una medesima società - può esser definito consolidato l'indirizzo giurisprudenziale, condiviso dalla dottrina¹⁷, secondo cui la qualità di amministratore e quella di dipendente di una società siano cumulabili nel medesimo soggetto, ancorché all'interno di un duplice ordine di limiti: l'uno, afferente alla possibilità di distinguere tra rapporti associativi e rapporti subordinati, l'altro, concernente la dimostrazione in concreto dell'esistenza della subordinazione.

In linea di ulteriore approssimazione, viene riconosciuta la natura di rapporto di lavoro subordinato allorché venga accertato in concreto lo svolgimento di mansioni diverse da quelle proprie della carica sociale rivestita, nonché l'assoggettamento ad effettivo potere di supremazia gerarchica e disciplinare.

Fondamentale, inoltre, è la presenza di una autonoma volontà imprenditoriale, che si formi indipendentemente dalla volontà dell'amministratore-dipendente, alla prima sottoposto: in caso contrario, infatti, la costituzione e la gestione del rapporto di lavoro sarebbero diretta derivazione della volontà dello stesso amministratore-dipendente.

¹⁷ Cfr. per tutti: P. Petino, *Rapporto di amministrazione e rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 1968, 214 ss.; L. Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1973, 59 s.; A. Fusaro, *Nota a Pret. Genova 13 dicembre 1983*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, 81 ss.; U. Apice, *Cumulo della qualità di amministratore di società e di dipendente della medesima*, in *Le società*, 1984, 877; E. Protetti, *Amministratore di società lavoratore subordinato*, in *Le società*, 1989, 137; A. Alibrandi, *Sulla posizione dell'amministratore impiegato nelle società di capitali*, in *Arch. civ.*, 1991, II, 1027 s.; G. Caselli, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e da G.B. Portale, Torino, 1991, vol. 4, 37; D.G. Federzoni, *Nota a Cass. SS.UU.*, 3 aprile 1989 n. 1589, in *Dir. lav.*, 1990, II, 237 ss.; P. Ichino, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento. Artt. 2095 2095. Il Codice civile commentato* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992, 207 ss.; G. Gallicani, *Sulla discussa figura dell'amministratore impiegato nelle società di capitali*, in *Nuovo dir.*, 1993, 757 ss.; R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1997, 118 s.; G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 1998, 34; G. Cottino, *Le Società. Diritto commerciale*, Padova, 1999, 4a ed., vol. I, tomo II, 407 ss.; F. Bochicchio, *Il divieto di concessione di prestiti agli amministratori e la figura di amministratori dipendenti*, in *Riv. soc.*, 2000, 1166 ss.; E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 2002, 91 s.

Il presupposto logico della compatibilità delle posizioni di amministratore della società e prestatore di lavoro subordinato, quindi, viene individuato nella contemporanea sussistenza di due distinti rapporti, che abbiano ad oggetto due prestazioni ontologicamente differenti. Ne discende che la medesima attività non può essere oggetto, al contempo, del rapporto di lavoro subordinato e del rapporto di amministratore, essendo, invece, indispensabile individuare una serie di mansioni riconducibili esclusivamente al contratto di lavoro e non anche allo svolgimento della funzione di amministratore¹⁸.

*In particolare, "le funzioni e le responsabilità di amministratore di una società e quelle di direttore generale, anche se affidate entrambe a quest'ultimo (...), sono concettualmente diverse, l'una consistendo nella gestione dell'impresa, l'altra nell'esecuzione, seppure al più elevato livello, delle disposizioni generali impartite nel corso di tale gestione, a nulla rilevando che al direttore generale possano essere affidati compiti di contenuto analogo a quelli incumbenti sugli amministratori, così che in concreto risulti difficoltoso ricollegare un atto all'una o all'altra funzione, conseguendone che, ove nella stessa persona si cumulino le funzioni di amministratore e di direttore generale, si instaurano due distinti rapporti, rispettivamente di amministrazione e di lavoro subordinato"*¹⁹.

Tuttavia, in relazione a specifici casi, la giurisprudenza si è espressa (*rectius*, ha continuato ad esprimersi) in maniera sfavorevole al cumulo tra la posizione di lavoratore subordinato e carica sociale, ritenendo incompatibile il ruolo di amministratore unico della società con quello di lavoratore dipendente.

Così, nel caso di amministratore unico (ma non è la circostanza che qui ci occupa), che assomma in sé tutti i poteri di gestione, comando e disciplina, pare venir meno il requisito fondamentale dell'assoggettamento del dirigente ad una volontà imprenditoriale esterna, comportante l'esercizio del potere di controllo e disciplinare. Dal momento che il rapporto di lavoro subordinato viene instaurato nei confronti dell'amministrazione della società, nell'ipotesi di amministratore unico verrebbe a mancare l'elemento dell'intersoggettività, che è indispensabile per la sussistenza di qualsiasi rapporto giuridico. Non sarebbe poi possibile nemmeno distinguere tra l'attività di partecipazione alla formazione della volontà della società e quella (presunta) di prestazione d'opera.

¹⁸ V. Pret. Firenze 17 aprile 1989, in Toscana lav. giur., 1990, 35; Cass. 25 maggio 1991, n. 5944, in Rep. Foro it., 1991, voce "Società", 3190, 524; Cass. 11 novembre 1993, n. 11119, in Arch. civ., 1994, 123; Cass. 6 novembre 1995 n. 11565, in Mass. Foro it., 1995; Cass. 26 ottobre 1996, n. 9368, in Rep. Foro it., 1996, voce "Lavoro (rapporto)", 1226, 618; Cass. 23 novembre 1996, n. 10383, in Rep. Foro it., 1996, voce "Lavoro (rapporto)", 1226, 617.

¹⁹ Così Cass. 13 novembre 1999, n. 12603, in Foro it., 2000, I, 753. Peraltro, vedansi già: Pret. Torino 12 ottobre 1987, in Giur. piem., 1988, 145; Cass. 10 novembre 1987, n. 8279, in Orient. giur. lav., 1988, 44. In dottrina, cfr. sul punto: P. Abbadessa, Il direttore generale, in Trattato Colombo - Portale, Torino, 1991, vol. 4, 475; P. Montalenti, I management contracts, ne I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario, diretto da F. Galgano, Torino, 1995, I, 22 s.

"La qualifica di amministratore di una società commerciale" ha riconfermato la Cassazione in tempi molto recenti "non è di per sé incompatibile con la condizione di lavoratore subordinato alle dipendenze della stessa società, ma, perché sia configurabile tale rapporto di lavoro subordinato, è necessario che colui che intenda farlo valere non sia amministratore unico della società e provi in modo certo il requisito della subordinazione, elemento tipico qualificante del rapporto, che deve consistere nel suo effettivo assoggettamento, nonostante egli rivesta la carica di amministratore, al potere direttivo di controllo e disciplinare dell'organo di amministrazione della società nel suo complesso" ²⁰.

Per quanto riguarda la figura dell'amministratore delegato, in particolare, secondo la costante giurisprudenza, è possibile la configurazione di un rapporto dirigenziale in capo a tale soggetto, purché, come più volte precisato, anche in tal caso permanga in concreto il vincolo di subordinazione che, a mente dell'art. 2094 c.c., caratterizza la fattispecie di lavoro subordinato²¹.

In tal caso, ad esempio, il soggetto distinto dal dirigente e titolare del potere di direzione e controllo tale da giustificare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, potrà ben essere il consiglio di amministrazione che ha conferito la carica sociale. Così, è necessario che la delega abbia una estensione limitata ai poteri di ordinaria amministrazione e, comunque, che sussista in concreto la possibilità, per il consiglio, di svolgere un controllo sull'operato dell'amministratore nella gestione dell'impresa. Più precisamente, "è configurabile un rapporto di lavoro tra l'amministratore delegato e la società quando il primo sia soggetto ad un organo, a lui esterno, esprime la volontà della società, che in concreto eserciti i poteri di controllo, comando o disciplina, tipici del datore di lavoro".

A tal riguardo, pertanto, la giurisprudenza pare non ritenere sufficiente come potere di controllo la possibilità di revoca della delega da parte del consiglio medesimo.

Anche in tal caso si rende comunque necessario procedere ad una valutazione concreta della singola fattispecie, onde valutare se l'ampiezza e la rilevanza dei poteri oggetto della delega siano tali da escludere la configurabilità parallela della funzione dirigenziale e della carica sociale (il caso tipico è quello dell'amministratore delegato che eserciti tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione).

²⁰ Cfr. Cass. 24 maggio 2000, n. 6819, in Foro it., CD-Rom, 1987-2000, voce "Lavoro (rapporto)". Vedansi, nello stesso senso: Cass. 4 luglio 1981, n. 4373, in Mass. Foro it., 1981; Cass. 11 ottobre 1984, n. 5097, in Dir. fall., 1985, II, 107; Cass. 15 febbraio 1985, n. 1316, in Le società, 1985, 869; Cass. 23 novembre 1988, n. 6310, in Le società, 1989, n. 2, 133; Cass. 13 novembre 1989, n. 4781, in Inf. prev., 1990, 492; Trib. Milano 26 marzo 1991, in Orient. giur. lav., 1991, 289; Trib. Firenze 3 aprile 1996, in Toscana giur., 1997, 56; Cass. 29 gennaio 1998, n. 894, in Dir. lav., 1999, II, 211; Cass. 19 aprile 1999, n. 3886, in Mass. Foro it., 1999; Cass. 17 febbraio 2000, n. 1791, in Cd-Rom Foro it., 1987-2000, voce "Lavoro (rapporto)".

²¹ V. Cass. 17 dicembre 1981, n. 6706, in Notiziario giur. lav. 1982, 324; Trib. Sassari 17 giugno 1985, in Riv. giur. sarda, 1987, 528; Cass. 19 agosto 1987, n. 6953, in Inf. prev., 1988, 353; Trib. Cagliari 6 giugno 1991, in Riv. giur. sarda, 1991, 798; Pret. Trapani 27 marzo 1995, in Inf. prev., 1995, 1628; Pret. Lecco 21 maggio 1996, in Inf. prev., 1996, 1406; Pret. Milano 20 dicembre 1997, in Orient. giur. lav., 1997, I, 972; Cass. 3 dicembre 1998, n. 12283, in Rep. Foro it., 1998, voce "Lavoro (rapporto)", 1310, 566.

Nella maggioranza dei casi, le società miste attribuiscono le cariche con deleghe a dirigenti, assunti con contratto a termine o a tempo indeterminato.

La regola della “onnicomprensività” della retribuzione spettante agli amministratori di società partecipate da enti locali, per l’effetto, sembrerebbe non potersi applicare nel caso in cui l’amministratore della società sia, nel contempo, anche dipendente della società medesima.

Ne discende che il compenso previsto per la carica di amministratore della società può cumularsi con quello dovuto per lo svolgimento di attività lavorativa alle dipendenze della società medesima, a condizione, tuttavia, che l’esercizio delle mansioni inerenti il rapporto di lavoro subordinato siano diverse dalle funzioni proprie della carica sociale rivestita²².

Argomentando *a contrariis*, infatti, mette conto ricordare allo scopo di sottolineare, la “novità” del principio affermato con la sentenza della Suprema Corte n. 329 del 12 gennaio 2002, come si sia sostenuto in giurisprudenza che, qualora la posizione del dipendente sia incompatibile con la carica di amministratore della società, il rapporto di lavoro sia invalido, ma il prestatore di lavoro abbia comunque il diritto al compenso per l’opera svolta: in caso di riconosciuta incompatibilità fra la carica di amministratore e la qualifica di lavoratore dipendente, deve - infatti - comunque applicarsi l’art. 2126 c.c., nel senso che l’amministratore conserva il diritto alla retribuzione per l’opera contemporaneamente svolta quale dipendente della società.

7.5. *Efficacia temporale della nuova normativa; effetti sugli organi in carica.*

La questione più delicata sottoposta al nostro esame è la decorrenza dell’applicazione della normativa ed, in particolare, gli eventuali effetti sugli organi in carica.

Circa i Consigli di Amministrazione in carica alla data di entrata in vigore della Legge il problema si pone, quindi, rispetto all’introduzione, da parte del comma 725, di un tetto ai compensi massimi del Presidente e dei Consiglieri di Amministrazione, nonché in relazione alla possibilità di erogare l’indennità di risultato esclusivamente in presenza di utili della società.

Il comma 725, come detto, si limita a disporre che, per la società a totale partecipazione di Comuni e Province, “..il compenso lordo annuale, onnicomprensivo, attribuito al presidente e ai componenti del consiglio di amministrazione, non può essere superiore per il presidente all’80 per cento e per i componenti al 70 per cento... “.

La lettera della norma non giova, di per sé, a sciogliere il nodo dell’applicabilità anche ai Consigli in carica; se, infatti, la locuzione “non può essere” parrebbe

²² cfr. Cass. 12 gennaio 2002, n. 329.

postulare un divieto assoluto ed incondizionato, applicabile a chiunque a prescindere dal momento di conferimento dell'incarico, l'espressione "compenso ..attribuito", al contrario, induce a propendere per un comportamento positivo da attuarsi in un momento futuro.

La dottrina ha fornito in proposito due diverse soluzioni del problema, sebbene con motivazioni differenti nell'ambito dell'una e dell'altra impostazione.

Una prima interpretazione, di carattere sistematico, nega l'applicabilità delle norme in questione ai Consigli di Amministrazione in carica, in base al confronto con altre disposizioni della Finanziaria che, invece, esplicitamente prevedono, per casi analoghi, la cessazione dagli incarichi ricoperti "alla data di entrata in vigore della presente legge" (comma 459), mentre una simile previsione risulta al contrario assente nel comma 725. A sostegno della tesi dell'inapplicabilità ai Consigli in carica si invocano, inoltre, il generale principio di irretroattività della legge ed il principio di certezza del diritto, che costituisce un principio cardine, fra l'altro, anche dell'ordinamento comunitario²³, nonché il divieto di *reformatio in peius* nei rapporti privatistici in atto.

E' anche vero però che il divieto di retroattività della legge - pur costituendo valore di civiltà giuridica e principio generale dell'ordinamento - non è stato, tuttavia, elevato a dignità costituzionale, salva per la materia penale la previsione dell'art. 25 Cost.. Quindi, il legislatore, nel rispetto di tale previsione, può emanare norme con efficacia retroattiva - interpretative o innovative che siano - purchè la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti²⁴

Come detto, le disposizioni in esame potrebbero contrastare "con altri valori e interessi costituzionalmente protetti" e, in particolare con il diritto ad una retribuzione adeguata di cui all'art. 36 Cost.

Taluni altri autori, con un percorso argomentativo strettamente ancorato al diritto societario, hanno posto in luce che la norma, pur se immediatamente efficace, sarebbe peraltro inidonea ad incidere su atti legittimamente adottati dall'assemblea dei soci, il potere della quale, ai sensi dell'art. 2389 cod. civ., si consuma all'atto della nomina; gli atti compiuti, pertanto, resterebbero regolati dalla disciplina adottata dall'assemblea (secondo la regola del *tempus regit actum*).

Un'analisi della giurisprudenza in materia non aiuta a pervenire a risultati univoci. Da un lato, infatti, un primo filone giurisprudenziale pone l'accento sulla

²³ Più in particolare, si sostenuto che la certezza del diritto nei rapporti giuridici rappresenta "un valore cardine dell'ordinamento giuridico comunitario e nazionale (Corte di Giustizia UE Cause C-280/00 e 247/03), essendo importante che, per garantire la certezza del diritto, i singoli possano contare su una situazione giuridica chiara e precisa che consenta loro di sapere esattamente quali sono i loro diritti e di farli valere" A. Paparo, G. Campana e F. Pietrosanti "L. 27 dicembre 2006, n° 296 (Legge Finanziaria 2007)". Per quanto attiene alla centralità del tema della tutela dell'affidamento nel diritto comunitario si veda, fra l'altro, *ex pluribus*, Corte di Giustizia, 20 settembre 1990, Causa C-5/89. Cfr, inoltre, Corte di Giustizia, sentenza 24 luglio 2003 in Causa C-280/2003, secondo cui " .. è particolarmente importante, per garantire la certezza del diritto, che i singoli possano contare su una situazione giuridica chiara e precisa, che consenta loro di sapere esattamente quali sono i loro diritti e di farli valere, se del caso, davanti ai giudici nazionali".

²⁴ Cfr. Corte Cost., 6 dicembre 2004, n. 376.

natura privatistica del rapporto dei Consiglieri di Amministrazione con le rispettive S.p.A. pubbliche, inducendo l'interprete a privilegiare un'interpretazione anche della Legge Finanziaria aderente al diritto privato e societario. Un diverso orientamento, al contrario, evidenzia la forte compenetrazione, in questa materia, di elementi di diritto societario con concetti di matrice pubblicistica.

In relazione al primo orientamento, il rapporto tra società pubbliche e relativi amministratori è stato inquadrato come squisitamente privatistico, ed al relativo diritto al compenso dei consiglieri è stato attribuito un carattere di intangibilità. Ad esempio, Trib. L'Aquila, 14.4.2004, occupandosi di un caso di riduzione unilaterale del compenso dei Consiglieri di Amministrazione di una società pubblica (ex Consorzio trasformato in SpA) da parte dell'Assemblea dei Soci, ha evidenziato come, con l'approvazione delle norme del nuovo diritto societario, ed in particolare del nuovo rito societario, il legislatore abbia implicitamente riconosciuto che il rapporto dei Consiglieri con la Società non rivesta i caratteri della c.d. *parasubordinazione*, mancando, in particolare, il requisito della coordinazione.

Quale ulteriore corollario il Tribunale ne deriva che il Consigliere è organo della società (ed il rapporto è quindi di immedesimazione organica), ed *“ha un diritto soggettivo irrinunciabile al compenso, che non può essere modificato se non con espressa manifestazione di volontà dell'amministratore”*.

La natura di diritto soggettivo pieno e perfetto del diritto al compenso è riconosciuta anche la Giustizia Amministrativa²⁵, secondo cui la revoca di un amministratore nominato con provvedimento diretto del socio pubblico ex art. 2449 cod. civ. (15) è soggetta alla giurisdizione del Giudice Ordinario, in quanto il socio pubblico, nell'effettuare la revoca *“esercita un potere analogo a quello assembleare, in qualità di socio, ed incide su organi che operano secondo il diritto privato”*.

La suddetta interpretazione sarebbe in linea anche con quanto in precedenza sostenuto, in via generale, al precedente punto 4 del presente elaborato sulla quantificazione dei compensi degli amministratori delle società.

La qualificazione dei rapporti in parola come squisitamente privatistici conferisce vigore alle tesi che sostengono la non applicabilità della nuova disciplina ai rapporti in essere, particolarmente in virtù dei richiamati argomenti fondati sul principio di certezza del diritto (e del correlativo principio dell'affidamento incolpevole del privato) e sull'intangibilità degli effetti di un atto tipicamente espressione di autonomia privata qual è quello assembleare.

A sostegno della tesi della non applicazione immediata ai Consigli in carica del comma 725, si potrebbe argomentare altresì sul carattere derogatorio della disciplina in commento. Tale impostazione, fondata sull'art. 14 delle preleggi *“le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali non si applicano oltre i casi ed i tempi in esse considerati”*, evidenzia che la disciplina della Legge Finanziaria, derogando al regime generale delineato del codice civile, non può essere

²⁵ Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, 18.2.2006 n° 1984

oggetto di interpretazione analogica od estensiva, salvo che vi sia una espressa ed inequivoca manifestazione di volontà in questo senso da parte del legislatore, in mancanza della quale i rapporti od i fatti cui la norma si riferisce restano assoggettati alla disciplina generale²⁶; in tal caso, risulterebbe preclusa la possibilità di procedere ad una ricerca della *voluntas legis*, “*che costituisce solo un criterio sussidiario di ermeneutica, peraltro l’ultimo in ordine di importanza, cui l’interprete deve far ricorso*”.

Come accennato, non solo nel comma 725 manca un’espressa indicazione circa l’applicabilità della norma anche ai rapporti in essere ma, al contrario, un raffronto sistematico con altre norme analoghe (comma 459) che invece prevedono espressamente la cessazione immediata dagli incarichi, farebbe propendere per la salvaguardia dei mandati dei Consigli in carica.

D’altro canto, diverse pronunce collocano le Società degli Enti Locali su di un versante più prettamente pubblicistico, inducendo a riflessioni sul portato della Legge Finanziaria di segno opposto a quelle sin qui condotte. Anzitutto, la stessa Corte Costituzionale²⁷ ha ripetutamente affermato riguardo alle Società degli Enti Locali che si tratta di “*.. società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici*” (nella fattispecie, la Consulta ha, fra l’altro, giudicato legittima, quale esplicazione della regola generale posta dall’Art. 97 Cost., una norma della Regione Abruzzo che ha imposto la regola del pubblico concorso per tutte le assunzioni all’interno delle società pubbliche locali operanti nella regione).

La giurisprudenza della Corte dei Conti (che è chiamata in prima persona a vigilare sulla corretta applicazione della legge in commento) è da tempo orientata (in conformità ad un orientamento della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione²⁸) ad una qualificazione di tipo sostanziale, e non formale, delle società degli enti locali, e di quelle pubbliche in generale. Tale giurisprudenza, infatti, è ormai costante nel ritenere assoggettate alla giurisdizione contabile ex art. 103 Cost. le Società Pubbliche, siano esse a partecipazione locale, regionale o statale²⁹. E’ stato affermato, in tale contesto, che “*La P.A. svolge ormai attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall’ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un’attività disciplinata in tutto od in parte dal diritto privato. Ancorché in forme privatistiche, gli enti pubblici svolgono dunque anch’essi attività*

²⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 17 febbraio 2004 n° 596.

²⁷ Corte Cost. n. 29/2006.

²⁸ Cfr. Corte Cost. n. 272 del 13-27.07.2004 e, soprattutto, Corte Cost. 28.12.1993 n. 466 che, pronunciando in materia di assoggettabilità alla giurisdizione contabile della Corte dei Conti delle Società per Azioni derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici, ha posto in luce la differenza intercorrente tra la c.d. privatizzazione formale (nella quale il capitale sociale rimane integralmente in mano al socio pubblico) e la c.d. privatizzazione sostanziale, “*..nel momento in cui il processo di “privatizzazione”, attraverso l’effettiva dismissione delle quote azionarie in mano pubblica, avrà assunto connotati sostanziali, tali da determinare l’uscita delle società derivate dalla sfera della finanza pubblica*”. La Suprema Corte ha di recente mutato indirizzo rispetto al passato, giungendo ad una lettura sempre meno formalistica della realtà di queste società, entro le quali si assiste ad una sorta di osmosi tra diritto pubblico e privato. Con la sentenza n. 19667 del 22.12.2003 la Suprema Corte ha condiviso l’assunto del procuratore Regionale della Corte dei Conti secondo cui la progressiva diffusione di forme organizzative diverse per l’esercizio di funzioni, così come per la gestione di servizi, concentra ormai sull’aspetto finalistico l’elemento discriminante la pubblicità dell’ente.

²⁹ Paolo Crea “*La gestione in forma privata dei servizi pubblici. La giurisdizione della Corte dei Conti sugli enti pubblici economici dopo Cassazione sezioni unite 22 dicembre 2003 n° 19667.*” in www.giustamm.it.

amministrativa, rispetto alla quale tali forme sono nient'altro che lo strumento a tali fini utilizzabile ed utilizzato. Eguali considerazioni valgono, quando i pubblici servizi sono realizzati con ricorso ad altre forme o istituti propri del diritto privato, quali le S.p.A., purchè con impiego di denaro proveniente dalla generalità dei contribuenti o dai fruitori dei servizi medesimi”³⁰.

Orbene, considerando l’orientamento generale della Corte dei Conti di tipo sostanzialistico ed improntato alla tutela degli interessi pubblici sottesi alle norme applicate, tenuto conto della *ratio* esplicita di contenimento della spesa pubblica propria della normativa in analisi, forse è comprensibile l’atteggiamento prudenziale con cui alcuni commentatori si sono approcciati all’esegesi della disciplina, spinti dal timore di indurre i soggetti chiamati all’applicazione concreta della norma a comportamenti suscettibili di essere censurati dal giudice contabile.

Considerata, quindi, la natura sostanzialmente pubblica delle società in argomento, nonché la natura di soggetti “di diritto speciale” attribuita alle stesse anche dalla Corte Costituzionale ³¹, non sembra fuor di luogo profilare una possibile interpretazione da parte del Giudice Contabile che attribuisca rilievo preminente agli interessi pubblici sottesi alla Legge 296/06, propendendo per un’immediata applicazione della norma anche ai Consigli in carica.

In tale direzione si è peraltro espressa anche parte della dottrina propendendo per l’immediata applicazione della norma “*de qua*”, e l’interpretazione della stessa in chiave sostanziale e non formale anche in funzione dell’obiettivo di risanamento della finanza pubblica ad essa sotteso ³².

Da ultimo, potrebbe essere anche sostenuto, per altro verso, come non possa escludersi un’interpretazione delle norme di cui ai commi 725-728, fondata sul carattere imperativo delle stesse e, quindi, sulla sua immediata applicabilità, a far data dal 1 gennaio 2007, in conformità all’art. 1419 c.c..

In tal senso si è espressa anche la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con Circolare del 13.07.2007, che, nel tentare di chiarire alcuni dubbi interpretativi in merito all’applicazione dei commi 725 e ss. dell’art. 1 della Finanziaria per l’anno 2007, ha espressamente affermato che *“La legge finanziaria non prevede alcun altra disposizione in ordine ai propri effetti sulla situazione vigente. Ciò premesso, deve ritenersi che, per quanto attiene al tetto ai compensi, il carattere imperativo delle norme impone, in assenza di disposizioni di segno contrario, la loro immediata applicabilità a far data dal 1° gennaio 2007 e, conseguentemente, l’automitica limitazione dei compensi degli amministratori in carica che eccedessero l’importo massimo consentito. Da ciò consegue che la liquidazione dei compensi eccedenti il*

³⁰ Corte dei Conti, sez. giurisd. per la Regione Abruzzo, 14.01.2005 n. 67.

³¹ Corte Cost. n. 466/93 cit.

³² A. Paparo, G. Campana e F. Pietrosanti “L. 27 dicembre 2006, n° 296...”, cit”, secondo cui dalla *ratio* della norma “*consegue, stante la dichiarata ratio legis delle norme in esame, che esse debbono essere interpretate non già letteralmente e formalmente bensì, più correttamente, secondo il seguente canone ermeneutico: <<ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio>> (stessa ratio, identica regolamentazione normativa); sicché è evidente che eventuali soluzioni formalistiche volte a derogare i principi e lo scopo delle norme dette potrebbero costituire – a giudizio delle Autorità di volta in volta interessate (es. Corte dei Conti) - una violazione delle medesime.*

perimetro individuato dalle indicate disposizioni comporta violazione di legge, con ogni possibile, connessa conseguenza sul piano delle responsabilità”.

L'interpretazione tesa all'immediata applicazione della norma di cui al comma 725 anche ai Consigli di Amministrazione in carica non appare del tutto convincente, dovendosi attribuire valore prevalente, sotto il profilo dell'aderenza complessiva ai principi dell'ordinamento giuridico, alle tesi favorevoli all'applicabilità della norma solo a decorrere dai nuovi incarichi. Non pare, infatti, che l'esigenza di salvaguardia della finanza pubblica, pur in uno la menzionata sostanziale pubblicità delle società in parola, possa legittimare un'interpretazione che mini (in assenza di una inequivoca disposizione di segno opposto) alcuni dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico: il divieto di interpretazione analogica o estensiva ex art. 14 preleggi, il principio dell'affidamento ed il correlativo principio di certezza del diritto, e via discorrendo.

Tra l'altro, nel caso prospettato, l'applicazione immediata della norma in parola anche ai contratti in corso, esporrebbe certamente la società a contenziosi instaurati dai consiglieri delegati, per la tutela dei propri diritti scaturenti dal Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro applicabile, anche alla luce del contenuto dell'art. 36 Cost..

Nel caso di specie potrebbe sostenersi, infatti, che detti amministratori esecutivi in questione siano titolari di diritti acquisiti in relazione alla parte variabile della retribuzione, formata dalla indennità di risultato, prevista nei loro contratti di lavoro e non di mere aspettative.

Inoltre, molto probabilmente, qualora il contratto di lavoro non avesse previsto la parte variabile della retribuzione, ancorchè ancorata a determinati criteri di attribuzione, i *manager* non avrebbero accettato le loro rispettive cariche.

Ne consegue che, per giurisprudenza costante della Suprema Corte, tali diritti non possono essere derogati *in pejus* da una normativa sopravvenuta né dai Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro³³.

E' anche vero però che la non applicazione immediata delle norme in parola, potrebbe esporre le società miste, nella persona dei propri amministratori, alla minaccia di giudizi per responsabilità contabile da parte della Corte dei Conti, alla luce delle considerazioni sopra riportate, come indicato anche dalla Presidenza del Consiglio nella succitata circolare.

La soluzione pratica prospettabile potrebbe essere quella dell'adozione di una delibera "Quadro", ampiamente motivata, che disciplini in via transitoria la materia da sottoporre all'approvazione del Consiglio d'Amministrazione, in seguito, dell'Assemblea e, quindi, del socio unico Ente Locale, su parere del Collegio Sindacale - che si configurerebbe come trasparente ed in linea con i principi e le norme dettate dal codice civile (art. 2389, comma 3 c.c.) in materia di compensi agli amministratori investiti di particolari cariche e con quelli relativi ai compensi

³³ Cfr. ex multis Cass. sez. lav. 6.10.2000, n. 13300.

derivanti da prestazioni di lavoro subordinato così come, anche, integrati dalle disposizioni migliorative di cui ai CCNL applicabili agli amministratori *de quibus*.

Avv. Guido Molinari

Avv. Alessandra Quattrini