

La questione della natura giuridica delle società deputate alla gestione dei servizi pubblici locali

Autore: Petroni Paolo

In: Diritto amministrativo

SOMMARIO: 1. Premessa

2. I rapporti tra legge ed autonomia privata nelle società partecipate dal settore pubblico. Interesse pubblico e interesse sociale. 3. La nomina degli amministratori e degli organi di controllo. 4. La trasparenza gestionale. 5. L'uso dell'autonomia privata in funzione del rafforzamento della tutela dell'interesse pubblico

1. Premessa

Dopo aver analizzato i riflessi operativi

della sentenza della Corte Costituzionale 28 dicembre 1993 n. 466, la quale afferma la persistenza del controllo della Corte dei conti, in virtù dell'art. 12 della l. n. 259/1958, sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni fino a quando lo Stato detenga una partecipazione esclusiva o maggioritaria al capitale azionario di tali società, occorre ora esaminare la questione della natura giuridica delle società partecipate in modo prevalente dall'ente locale.

Nell'inquadrare la più ampia problematica della configurabilità di enti pubblici a struttura societaria, infatti, si è individuato, tra i parametri alla stregua dei quali verificare la possibile pubblicità di organismi societari, quello della necessaria pertinenza ad un soggetto pubblico per una quota almeno maggioritaria: si deve escludere, quindi, che tale qualificazione pubblicistica possa riconoscersi a società, quali quelle di cui all'articolo 116 del d.lgs. n. 267/2000, alle quali, già al momento della costituzione, l'ente pubblico locale partecipa in veste di socio di minoranza.

Anche in giurisprudenza la questione della natura delle società a partecipazione pubblica è stata esaminata e risolta con riferimento a quelle caratterizzate da una partecipazione prevalente dell'ente pubblico. È proprio attraverso l'analisi delle più importanti pronunce giurisprudenziali intervenute sul punto che appare opportuno affrontare la tematica: ciò anche con lo scopo di evidenziarne la concreta

rilevanza pratica, l'importanza, cioè, delle implicazioni che derivano dall'opzione pubblicistica o, viceversa, da quella privatistica.

In particolare, le sezioni unite di Cassazione nell'affrontare (prima del varo del d.lgs. n. 80/1998, della legge n. 415/1998 e della legge n. 205/2000, norme che espressamente prevedono la giurisdizione esclusiva del G.A per le procedure di evidenza gestite da dette società in tema di appalti) la complessa questione della natura giuridica degli atti posti in essere, nell'ambito di una gara di appalto per l'affidamento di lavori pubblici, da una società per azioni a prevalente capitale pubblico locale e delle relative conseguenze in termini di riparto di giurisdizione, hanno dovuto inevitabilmente prendere posizione sul tema della natura giuridica di tale società[1].

Le sezioni unite hanno accolto la tesi, in dottrina prevalente[2], della natura privatistica delle società in questione che, quali persone giuridiche private, operano "nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico": il rapporto tra la società e l'ente locale "è di assoluta autonomia, sicché non è consentito al comune incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali."

Le sezioni unite sostengono, nell'argomentare la natura privatistica, che la legge non introduce "alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, per le società miste incaricate della gestione di servizi pubblici istituiti dall'ente locale. La posizione del comune all'interno della società è unicamente quella di socio di maggioranza, derivante dalla "prevalenza" del capitale da esso conferito; è soltanto in tale veste l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società,... avvalendosi non già di poteri pubblicistici che non gli spettano, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società".[3]

Analoghe osservazioni le sezioni unite di Cassazione hanno sviluppato in una successiva sentenza relativa ad una società per azioni a capitale interamente pubblico, ripartito tra l'amministrazione provinciale di Lecce e alcuni comuni della provincia: in tale pronuncia, infatti, il giudice della giurisdizione, nel sostenere e argomentare la natura privata dell'organismo societario in questione osserva che al suo interno la posizione degli enti pubblici "è quella ordinaria dei soci, che solo in quanto tali, al pari dei soci di una comune società per azioni possono influire sul funzionamento delle società e l'attuazione dello scopo sociale", sottolineando in particolare, che nel compimento degli atti gestionali la società gode di assoluta "autonomia rispetto agli enti detentori del capitale sociale" i quali, pertanto, non hanno titolo per porre in essere alcuna forma di "interferenza", nella loro qualità di enti pubblici.[4]

La suprema Corte sembra cogliere il nucleo centrale della problematica della configurabilità di enti pubblici a struttura societaria, lì dove verifica, per poi escluderlo, se la disciplina legislativa dettata per le società a partecipazione pubblica locale introduca deviazioni dal modello di tipo codicistico: deviazioni che, comportando una compressione, in favore dell'ente pubblico, dell'autonomia funzionale e statutaria degli organismi societari, siano tali da rilevare l'attrazione nell'orbita pubblicistica dell'ente societario.

Sono tali difformità rispetto al modello di tipo codicistico che, sole, possono giustificare la qualificazione come pubblici di enti aventi una forma, almeno prima facie, tipicamente privatistica, non essendo all'uopo sufficienti talune previsioni normative sintomatiche di una certa rilevanza pubblicistica: in tal caso, può sostenersi, certo, che si è in presenza di società sottoposte ad un regime speciale, ma non anche che le stesse abbiano natura pubblica.

Per quel che concerne le società per azioni a prevalente capitale pubblico, non mancano previsioni sintomatiche dell'intento del legislatore di sottoporle ad un regime in parte differenziato rispetto a quello dei comuni organismi societari: intento condivisibile, sol che si consideri la rilevanza pubblicistica dei compiti che tali società sono istituzionalmente chiamate ad espletare e il conseguente rapporto di strumentalità intercorrente tra le stesse e l'ente locale detentore della quota di maggioranza del capitale azionario: si può far riferimento all'art 66, comma 14, d.l. 30 agosto 1993, n. 331, come modificato dalla legge di conversione 29 ottobre 1993, n. 427, a norma del quale alla S.p.a. locale si applicano "fino al terzo anno dell'esercizio successivo a quello di acquisizione della personalità giuridica (...), le disposizioni tributarie applicabili all'ente territoriale di appartenenza"; all'art 2, comma 1, legge 23 aprile 1981 n. 154 che introduce l'incompatibilità per le elezioni amministrative dei rappresentanti e dei dirigenti delle S.p.a. locali; gli artt. 4, comma 2, legge n. 95 del 1995, 12, comma 8, legge n. 498 del 1992, 13 bis legge 15 marzo 1991 n. 80, che prevedono l'esenzione da ogni imposta per i trasferimenti di beni mobili ed immobili effettuati dagli enti locali a favore delle S.p.a. locali.

La singolare posizione che le società in questione assumono si evince da un ulteriore, e forse più importante fattore, costituito dalla necessità, desumibile dalla legge, che le stesse svolgano compiti di sicura valenza pubblicistica, quale la gestione del servizio pubblico.

Tutte queste previsioni, tuttavia se certo denotano il rilievo in senso lato pubblicistico che le società stesse presentano, non sono di per sé sufficienti a legittimare il riconoscimento della loro natura pubblica, non comportando una alterazione dei normali meccanismi di funzionamento o delle ordinarie forme di organizzazione propri del modello societario tipico.[5]

La Corte di Cassazione con sentenza n.12367/2001[6] ha osservato che la natura privata dell'ente societario e delle sue regole di azione non esclude che lo stesso rivesta la qualifica di agente contabile, e quindi di soggetto sottoposto a giudizio di conto; a tale ultimo fine è infatti indifferente la natura, pubblica o privata, del soggetto o del titolo giuridico in forza del quale la gestione viene svolta, mentre è elemento necessario, ma al contempo sufficiente, che in relazione al maneggio di denaro sia costituita una relazione tra ente pubblico ed altro soggetto alla stregua del quale la percezione del denaro avvenga, in base a titolo di diritto pubblico o privato, in funzione della pertinenza del denaro all'ente pubblico e secondo uno schema procedimentale di tipo contabile. Di qui la conclusione della giurisdizione contabile della Corte dei Conti sulla S.p.a. titolare della gestione dei proventi della sosta a pagamento dei veicoli ad essa affidata dal comune.[7]

Si devono richiamare anche i principi confermati dalle sezioni unite della Corte di Cassazione con la

sentenza n. 3899/2004 e con l'ordinanza n. 19967/2003 per la sottoposizione a giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei Conti di funzionari e dipendenti anche di S.p.a. miste sotto il maggioritario controllo pubblico.

2. I rapporti tra legge ed autonomia privata nelle società partecipate dal settore pubblico. Interesse pubblico e interesse sociale.

La giurisprudenza amministrativa[8] ha avuto una prevalente attenzione al tema dell'individuazione del partner dell'Amministrazione nelle società di servizi pubblici locali, con conseguente obliterazione dei profili relativi alla vita ordinaria delle società, che, una volta costituite, tendono a perseguire, come qualsiasi entità organizzativa autonoma, una propria linea di condotta, che l'Ente locale deve in qualche modo controllare al fine di seguire modalità di realizzazione, da parte dell'organizzazione societaria, dei compiti di servizio pubblico dei quali è investita e che costituiscono la ragione principale della sua esistenza.

Non esiste, quindi, soltanto, il problema relativo alla scelta discrezionale dell'Ente locale circa il modo in cui si può organizzare un servizio pubblico, oppure circa la scelta del socio nella società di servizi pubblici locali, ma vi è anche la tematica inerente i rapporti che si instaurano fra la Regione e l'Ente locale e la sua società strumentale.

Non si dovrebbe ricorrere al concetto di "controlli" nel senso di "rapporti fra Regioni ed Enti locali da una parte e società strumentali costituite per lo svolgimento di servizi pubblici dall'altra parte" perché tale locuzione, potrebbe dare eccessivamente per scontata una lettura del fenomeno volta a conferire preminenza al soggetto pubblico sul soggetto privato, e tale accezione non può essere accolta poiché determinerebbe una palese violazione dello spirito di tutta la normativa del T.u.e.l. che è volta invece a consegnarci un modello di utilizzazione del diritto privato da parte del soggetto pubblico, per quanto possibile, rispettoso delle connotazioni ordinarie del diritto societario.

Da un altro lato, la Regione o l'Ente locale rispetto alla società da esso costituita per svolgere funzioni ed attività legate all'assunzione di obblighi di servizio pubblico è titolare quantomeno di un potere generale di vigilanza.[9]

Sorge in primo luogo la necessità di chiarire in quale rapporto si trovino nell'ambito del fenomeno delle società miste, l'interesse pubblico e l'interesse sociale.

La disciplina in materia di enti locali (artt. 113 e ss. T.u.e.l.) è volta a costruire la società mista o la società operante secondo il noto modello “dell’in house providing” come la forma giuridica del partenariato pubblico - privato, finalizzato ad una razionale gestione dei servizi pubblici locali, con la conseguenza che l’interesse pubblico perseguito dall’Ente che costituisce la società, non resta fuori dal contratto, ma assume il rango di ragione prima dell’accordo associativo, di vero e proprio elemento della causa contrattuale, che si presenta come una duplice causa insieme lucrativa e pubblica.

Secondo un primo orientamento l’interesse pubblico deve essere considerato un interesse extrasociale, perseguibile dall’azionista pubblico in quanto compatibile con l’interesse comune degli altri azionisti[10] mentre un secondo orientamento sostiene che l’interesse pubblico vada ad integrare comunque l’interesse sociale, arricchendolo di ulteriori finalità, non necessariamente coincidenti con quelle degli azionisti privati.[11]

In questa ultima prospettiva che appare più convincente, specie in relazione a società, come quelle dei servizi pubblici locali, che nascono avendo nell’oggetto sociale una vocazione pubblicistica, va riconosciuto un fenomeno di coesistenza necessaria di interesse pubblico ed interesse sociale. Ciò ha un suo rilievo sul piano dell’individuazione delle modalità di gestione, se ispirato all’esigenza di massimizzare il lucro in modo incondizionato o di perseguire il semplice pareggio del bilancio, dovendosi notare che è naturale che il mix della coesistenza di interesse pubblico e interesse sociale, si riflette anche sul livello di lucratività perseguibile, che se può essere meno accentuato nelle società a partecipazione pubblica maggioritaria deve tendere comunque ad un’adeguata remunerazione in termini di profitto, in coerenza con le condizioni prevalenti del mercato ed in modo tale da evitare la logica del puro pareggio del bilancio, tipica del vecchio sistema dell’impresa pubblica e delle partecipazioni statale. Nelle società a partecipazione pubblica minoritaria la ricerca della lucratività potrà e dovrà essere maggiore, ma ciò non andrà mai disgiunto dalla considerazione degli aspetti sociali del servizio.

La legge condiziona la forma societaria determinando la coesistenza di interesse pubblico ed interesse privato nell’accordo associativo.

Il pubblico interesse è quindi necessario affinché gli Enti pubblici possano fare ricorso allo schema societario.

L’interesse pubblico convive con l’interesse sociale, comportando la necessità che la società operi con criteri di economicità, senza sacrificare gli interessi degli azionisti privati alla remunerazione del capitale investito. La tematica della compresenza o coesistenza dell’interesse pubblico e dell’interesse sociale è stata analizzata dalla dottrina, esaminando la complessa legislazione, che, anche con riferimento allo Stato o a società di interesse nazionale, aveva introdotto e riconosciuto, prima dell’avvio dei grandi processi di privatizzazione dell’economia, la figura della società a partecipazione pubblica spesso assoggettandola a disposizioni speciali, derogatorie del diritto privato comune, dell’ordinario diritto commerciale.

La norma principale che ha costituito punto di riferimento costante per l'interprete è l'art. 2458, vecchio testo, del codice civile che prevede, la seguente regola: "Se lo Stato o gli Enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, l'atto costitutivo può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci.

Gli amministratori e i sindaci nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli Enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea."

La disciplina, corrispondente, nel testo ora riformato dal D.lgs. n. 6 del 2003, è contenuta nell'articolo 2449 del codice civile che recita "Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del Consiglio di Sorveglianza" (ciò vale se si adotta il modello dualistico, introdotto dalla riforma Vietti, su calco dell'analogo modello tedesco e francese, recepito anche dallo Statuto della società europea, di cui al regolamento del Consiglio dell'UE del 8 ottobre 2001, modello di governance o di amministrazione societaria che invero esautora, come è noto, l'assemblea da alcuni compiti, sul presupposto che i soci abbiano prevalenti interessi finanziari e che sembra poco confacente alle esigenze degli Enti pubblici).

"Gli amministratori ed i sindaci o i componenti del Consiglio di sorveglianza nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli Enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Sono salve le disposizioni delle leggi speciali."

L'attuale articolo 2450 del codice civile poi recepisce, con gli opportuni adattamenti quanto era prima statuito dagli articoli 2459 e 2460 del codice civile statuendo che "Le disposizioni dell'articolo precedente" (ossia dell'art. 2449) "si applicano anche nel caso in cui la legge o lo statuto attribuisca allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori o sindaci o componenti del Consiglio di sorveglianza, salvo che la legge disponga diversamente. Qualora uno o più sindaci siano nominati dallo Stato, il Presidente del Collegio sindacale deve essere scelto tra di essi."

Si è sostenuto che le società con partecipazione dello Stato o di Enti pubblici conservano la loro natura societaria, ossia la loro natura di soggetti di diritto privato, in virtù del principio dell'irrelevanza della persona dell'azionista nell'organizzazione della società per azioni. La disciplina di diritto comune delle società per azioni è quindi applicabile anche alle società con partecipazione dello Stato o di Enti pubblici, salvo diversa disposizione delle leggi speciali.

La vicenda della costituzione delle società miste o in house per i servizi pubblici locali, appare un capitolo della controversa e contraddittoria storia delle privatizzazioni italiane, una "privatizzazione fredda", ma in ogni caso, pur cambiando il segno del processo di utilizzazione del contratto societario (per privatizzare ciò che era pubblico, non per pubblicizzare l'impresa), non cambia la necessità di analizzare che il soggetto societario si presenta come un soggetto privato, la cui disciplina assume connotazioni di

specialità solo in presenza di normativa derogatoria rispetto al diritto comune.[12]

La giurisprudenza ha sempre ritenuto, conformemente all'opinione dominante in dottrina, che la società per azioni con partecipazione pubblica non muti la sua natura di soggetto di diritto privato e che essa sia soggetta alla disciplina comune delle società per azioni, salvo le deroghe previste dall'articolo 2449 e ss. del codice civile.[13]

All'opposto sta la ricostruzione, frequente nella dottrina amministrativistica, secondo la quale i soggetti societari controllati dalla pubblica amministrazione presentano tratti di marcata specialità, che avvicinano la loro natura a quella degli enti pubblici.[14]

Tuttavia, se pure esistono delle deroghe al modello di diritto comune, in materia di controllo contabile di sottoponibilità a giudizio per danno erariale, ovvero nella materia della scelta del socio privato, va rilevato che, per il resto, la società lucrativa in proprietà maggioritaria o minoritaria rimane un soggetto privato, soggetto in via generale e residuale alle regole privatistiche, che trovano un limite nell'esistenza di una finalizzazione dell'organizzazione societaria al pubblico interesse.

3.

La nomina degli amministratori e degli organi di controllo

Fra le deroghe principali al diritto comune vi è quella relativa al potere di nomina o revoca degli amministratori ed organi di controllo.[15]

“ La previsione della nomina degli amministratori e dei sindaci o dei componenti il Consiglio di sorveglianza da parte della Pubblica Amministrazione si è ritenuto espliciti un particolare equilibrio di interessi all'interno delle società legittimando il perseguimento dell'interesse pubblico nello svolgimento del rapporto sociale, si è affermato in proposito che gli articoli Cod. civ. 2449 e 2450, non si limitano ad introdurre una disciplina speciale eventuale dell'organo amministrativo e dell'organo di controllo della società partecipata, ma realizzano una prefigurazione codicistica di ipotesi tipiche di società funzionalmente differenziate**[16].**”

Le norme codicistiche distinguono due ipotesi, nella prima la nomina degli amministratori e degli organi di controllo è attribuita alla P.A., in quanto azionista, nella seconda il medesimo potere è attribuito anche in assenza di ogni partecipazione al capitale sociale.

Il potere di nomina prescinde dalla misura della partecipazione, che può essere una partecipazione necessaria, di controllo, di maggioranza ed è quindi attribuito a titolo diverso dalla mera qualità dell'azionista, al fine di concedere al socio pubblico poteri più intensi di quelli che spetterebbero in relazione al possesso della partecipazione azionaria.

La nomina e la revoca degli amministratori e degli organi di controllo previsti da tali disposizioni sono tolte all'assemblea societaria e quindi al dibattito assembleare, e, quindi, ai principi organizzativi che governano l'attribuzione di poteri amministrativi ai soci, principi ispirati alla c.d. democrazia azionaria.

La deroga al principio della democrazia azionaria è giustificabile solo in considerazione dell'esigenza di soddisfare interessi pubblici relativi all'amministrazione della società.

Con ciò l'interesse pubblico, classico interesse extrasociale, viene eccezionalmente riconosciuto quale interesse a rilevanza corporativa e gli atti pubblici di nomina e revoca degli amministratori e degli organi di controllo, che sono atti extrasociali, divengono efficaci nella vita della società.

In conseguenza della nomina sorgono due rapporti rilevanti: quello fra Ente nominante e soggetto nominato ed il rapporto fra quest'ultimo e la società. Il punto problematico è quello relativo alla possibilità di interferenze fra i due ordini di rapporti, dovendosi stabilire se l'amministratore od il controllore nominato dai pubblici poteri nell'esercizio dei suoi compiti o limiti debba operare esclusivamente in funzione dell'interesse lucrativo o possa e/o debba farsi portatore efficace di un interesse che travalica l'interesse privatistico dei soci.

È comunque certo che, sul piano penalistico, gli amministratori e gli organi di controllo non esercitano una pubblica funzione e non assumono la qualità di pubblici ufficiali.[17]

Per la dottrina prevalente si deve escludere che, sul piano del rapporto sociale, la nomina pubblica legittimi gli amministratori ed organi di controllo a perseguire interessi diversi dall'interesse sociale.

Si è osservato che poiché gli amministratori ed organi di controllo hanno gli stessi diritti e gli stessi doveri dei membri nominati dall'assemblea, il perseguimento, nell'ambito delle rispettive competenze, di fini pubblici potrebbe determinare, laddove ne ricorrano i presupposti, una loro responsabilità per conflitto di interessi a norma dell'articolo 2391 (nel nuovo testo intitolato "interessi degli amministratori") ovvero a norma dell'articolo 2393 (azione sociale di responsabilità).

In definitiva si ritiene che la funzione degli amministratori e degli organi di controllo scelti dalla pubblica amministrazione, e quindi dello speciale potere di nomina, non sia quello di indirizzare necessariamente l'impresa ai fini di interesse pubblico, ma quella di realizzare un controllo pubblico sull'attività di impresa.

L'interesse pubblico perseguito dai pubblici poteri coinciderebbe con l'interesse pubblico al corretto funzionamento della società.

La funzione degli amministratori così sarebbe sempre una funzione di controllo esercitata nell'interesse della stessa pubblica amministrazione.[18]

È da accogliere tuttavia, al contrario di tale ricostruzione eccessivamente schiacciata sugli interessi privati e sulla irrilevanza delle nomine ad incidere sul piano degli interessi canonizzati nel contratto, una diversa prospettiva ricostruttiva che cerca di esaminare, caso per caso, se l'attribuzione dello speciale potere di nomina degli organi amministrativi e di controllo non configuri un particolare modo di essere della coesistenza di interessi creati con la società e, quindi, dell'interesse sociale.

In tal senso si dovrebbe, di volta in volta, indagare se sussista "un interesse pubblico nella società oltre che alla società".[19]

Vi saranno dei casi in cui la pubblica amministrazione è titolare di un interesse pubblico alla mera presenza all'interno degli organi amministrativi e di controllo di soggetti fiduciari dei pubblici poteri, ritenuti idonei a garantire il regolare funzionamento della società; casi nei quali invece sarà necessario garantire il funzionamento del servizio pubblico, inteso quale attività sociale, attività- oggetto sociale ed è il fenomeno delle società concessionarie; può esservi il caso di un controllo teso alla realizzazione, attraverso gli amministratori di nomina pubblica, di un determinato indirizzo nell'attività dell'Ente.[20]

L'intensità della coesistenza di interesse pubblico ed interesse sociale è decisa sul piano legislativo o regolamentare (ove si delinea ad es. il modello della società dei servizi pubblici locali), ma anche nell'autonomia privata che si esprime nell'atto costitutivo e nello statuto.

Alla società di servizi pubblici locali, essendo affidata la gestione di un pubblico servizio, l'interesse pubblico di cui è titolare la pubblica amministrazione si estende, con la costituzione della società ed in seguito nella sua operatività, alla verifica delle condizioni di svolgimento del servizio pubblico, del rispetto delle regole di imparzialità, dell'osservanza degli obblighi di servizio pubblico, del grado di soddisfazione ricavato dall'utenza.

Ciò può dedursi già dalle previsioni legislative del T.u.e.l. degli enti locali (artt. 113 e ss.) ma anche dalla circostanza per cui un interesse pubblico al controllo della regolarità della gestione deve ritenersi ipotizzabile in società aventi ad oggetto, come la società di servizi pubblici locali, attività dotate di intrinseca rilevanza pubblicistica.

Ciò che, invece, si può ottenere con specifiche previsioni nell'atto costitutivo o nello statuto della società è che sia canonizzato l'interesse pubblico ad indirizzare la politica aziendale in modo più penetrante rispetto al mero controllo di regolarità sulla gestione del servizio, e con vera e propria prevalenza, allora del soggetto pubblico sul soggetto societario, chiamato a recepire ed attuare scelte discrezionali dell'Amministrazione, mediante la trasmissione di istruzioni amministrative alla società.

Ciò accade nel modello del c.d. "in house providing", ma non è escluso che possa presentarsi nelle società a partecipazione pubblica maggioritaria, ove gli Enti pubblici vogliono riservarsi un intervento più penetrante.

Una catalogazione delle diverse funzioni dell'azionariato pubblico può effettuarsi anche sul piano economico-giuridico, ed è di notevole utilità, specie dopo che, per effetto della conclusione del modello delle Partecipazioni statali, e dell'impresa pubblica funzionalizzata, e del contemporaneo esplodere dei processi di privatizzazione, talvolta rimasti allo stadio solo formale, o non risoltisi in una cessione totale dell'attività, la sfera pubblica deve ridefinire i suoi rapporti con lo strumento dell'azionariato pubblico, su un piano di finalità di politica economica. Si possono così distinguere le partecipazioni assunte dalla sfera pubblica a scopo di investimento, dalle partecipazioni assunte per l'esercizio indiretto di determinate attività d'impresa, ed, in ultimo, dalle partecipazioni assunte perché connesse allo svolgimento di un'attività di servizio pubblico che potrebbe essere gestita anche con moduli diversi da quello societario.

La configurazione delle diverse ipotesi colloca su una scala di crescente rilevanza il pubblico interesse al controllo gestionale, e che, il caso della società di servizi pubblici locali è il punto più alto di espressione della rilevanza pubblicistica dell'attività.

Se, quindi, viene accolta l'ipotesi di una coesistenza di interesse pubblico ed interesse sociale né discende ad es. sul piano dell'esercizio dei poteri di revoca degli amministratori che tale potere deve essere esercitato soprattutto con riguardo all'interesse pubblico, e che, nel contrasto di tale interesse con l'interesse sociale (si pensi all'interesse alla soddisfazione dell'utenza ponderato in relazione all'interesse degli azionisti alla massimizzazione del lucro), debba ritenersi ben esercitato il potere di revoca anche se l'amministratore nominato dall'Ente pubblico adduca l'esistenza di un interesse sociale di carattere patrimoniale, a giustificazione delle scelte adottate (essendo questo ultimo recessivo rispetto alla necessità di svolgimento del servizio pubblico in osservanza delle carte dei servizi).

4.

La trasparenza gestionale

Nella legislazione speciale ed anche nel diritto comunitario si va affermando l'esigenza di improntare a "trasparenza" i rapporti tra Ente pubblico e società partecipata.

Sul piano della disciplina interna occorre sottolineare che le società di servizi pubblici sono alternative al modello dell'azienda speciale o della concessione, esse sono tenute all'adozione di un modello di gestione e di rapporti con l'Ente locale che valorizzi l'intento sotteso alla normativa istitutiva che è quello di distinguere il c.d. regulator dal producer nelle attività di gestione dei servizi.[21]

A tali finalità, relative alle modalità di strutturazione del mercato dei servizi e di conformazione delle strutture ed entità organizzative presenti sul mercato, se ne sono aggiunte altre, relative alla liberalizzazione dei servizi (mediante ricorso alle gare per l'individuazione dei soggetti tenuti al rapporto con l'utenza) nonché alla valorizzazione delle c.d. "reti" e degli "impianti" di proprietà pubblica,

strumentale allo svolgimento del servizio pubblico.

La realizzazione di tale modello, ha un suo centro, che rimane la distinzione fra Amministrazione che regola e la società che eroga il servizio.[22]

Tale modello per poter funzionare in modo efficiente, richiede un monitoraggio continuo del management da parte dell'Ente locale.

Il monitoraggio non si può realizzare senza la garanzia di un adeguato e continuo flusso di informazioni dalla Società all'Ente controllante o partecipante.

Le società pubbliche sono di per sé in una situazione critica riguardo alla trasparenza, e ciò per il fatto che in esse operano più difficilmente i correttivi di mercato, non sono facili le scalate sono remoti i rischi di fallimento. Se a tutto ciò si aggiunge la tendenza della politica e del mondo delle imprese di creare dei cartelli protetti, ad aggirare i vincoli normativi esistenti a tutela del mercato (ad es. l'evidenza pubblica nella scelta del socio) mediante il ricorso alle catene societarie appare evidente che è necessario imporre la massima trasparenza degli assetti proprietari e gestionali in modo da esercitare i controlli esterni sulla vita della società di servizi pubblici locali, poiché a tutelare l'interesse pubblico non è sufficiente il controllo interno.

A proposito del rapporto fra Ente pubblico e società vige la distinzione tra indirizzo politico e gestione.

L'indirizzo politico nelle sue funzioni regolatorie, sarà guidato dall'esigenza di soddisfazione dell'utenza mentre la gestione dovrà realizzare le economie attese dalla scelta del modello organizzativo societario.

Per quanto riguarda il bilancio si devono ritenere applicabili le generali regole del diritto societario, le quali sono idonee ad assicurare la trasparenza gestionale.

In materia sussiste senz'altro la giurisdizione della Corte dei conti, affermata di recente anche sugli enti pubblici economici.[23]

Dagli articoli 113 e 113 bis del T.u.e.l. si ricava la conclusione che i rapporti fra Enti locali e le società di erogazione del servizio nonché con le società di gestione delle reti e degli impianti sono regolati da contratti di servizio, allegati ai capitolati di gara, che dovranno prevedere i livelli di servizio da garantire e gli strumenti di verifica dei livelli previsti. Il contratto di servizio completa il quadro delle garanzie di trasparenza collegate alle possibilità di controlli esterni alla società, assicurando che l'Ente regolatore possa affidare il servizio alla società con garanzia di risultati.

Una funzione analoga al contratto di servizio svolgono le convenzioni di cui all'art. 5 del D.P.R. n. 533 del 1996, che regolano i rapporti fra Ente locale e società a partecipazione pubblica minoritaria e che possono essere stipulati all'atto della conclusione dell'atto costitutivo della società o separatamente. La

convenzione attribuisce all'Ente concedente gli opportuni strumenti per la verifica dell'economicità della gestione e della qualità dei servizi, anche in relazione delle esigenze dell'utenza.

5.

L'uso dell'autonomia privata in funzione del rafforzamento della tutela dell'interesse pubblico.

La recente riforma del diritto societario "D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6" è imperniata su una valorizzazione dell'autonomia privata, e sulla possibilità di conformare più liberamente i modelli di governance societaria in relazione alle concrete esigenze dell'impresa sociale, al suo carattere chiuso od aperto, alla vicinanza o lontana rispetto al mercato borsistico.

Il diritto societario fornisce quindi all'Ente pubblico delle opportunità di realizzazione delle finalità di tutela dell'interesse pubblico, mediante l'inserimento nell'atto costitutivo e nello statuto di clausole dirette a salvaguardare e tutelare la posizione dell'Amministrazione.

Si è già citata la riserva all'Ente pubblico del potere di nomina di amministratori ed organi di controllo; va messo in risalto il fatto che andrà valutata in modo accurato la scelta fra i modelli di Amministrazione ammissibili (tradizionale, dualistico e monistico), tenendo presente che il modello dualistico[24] prevede la presenza di un consiglio di gestione e di un Consiglio di sorveglianza e che, quest'ultimo nomina gli amministratori ed esercita molte funzioni dell'assemblea (approvazione del bilancio, promozione dell'azione sociale di responsabilità); mentre il modello monistico [25]elimina il collegio sindacale ed affida le sue funzioni al comitato di controllo sulla gestione nominato all'interno del Consiglio di amministrazione.

Può sorgere il problema su quale modello di governance sia preferibile per gli Enti pubblici, a tutela delle loro prerogative e per la migliore realizzazione del pubblico interesse.

La soluzione può essere diversa in relazione alla tipologia di comunione di interessi e alla rilevanza quantitativa dell'impegno finanziario dell'Ente, nonché in relazione al tipo di finalità (d'investimento o di gestione o di cura di interessi pubblici connessi a specifici servizi) siano alla base del ricorso allo schema della società partecipata. [26]

Il sistema dualistico è tipico di una società connotata da partecipazioni solo di investimento, il modello monistico tende a semplificare il sistema, garantendo uno stretto raccordo fra amministrazione e controllo, ma comporta rischi di opacità che lo rendono pericoloso alla luce delle finalità di trasparenza degli assetti proprietari e della gestione.

Si ritiene quindi, preferibile per le pubbliche amministrazioni il sistema tradizionale[27], temperato da clausole che rafforzino l'esigenza di protezione del pubblico interesse, chiarendo la natura di dei rapporti tra Ente locale e società.

funzione del rafforzamento della tutela dell'interesse pubblico.

[1] Cass., sez. un., 6 maggio 1995 n. 4991, in Rass. Giur. energia elettrica., 1995, 815.

[2] Cfr. P VIRGA, Diritto amministrativo, Vol. I, 1999, 320 ss. il quale afferma che "La società a partecipazione pubblica rimane sempre un soggetto di diritto privato tenuto ad osservare le norme ordinarie." Cass. Sez. un., 6 maggio 1995 n. 4991, con nota di CREA, Ancora una sentenza sulla natura giuridica delle società a partecipazione degli enti locali, in Riv. Amm., 1995, 1052 ss; F.BASSI, Lezioni di diritto amministrativo, 1998, 190 ss.

[3] Si veda l'articolo 2450 cc "Amministratori e sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici" (ex art. 2459 cc) così come modificato dal d.lgs. n. 6/2003 il quale prevede che " Le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche nel caso in cui la legge o lo statuto attribuisca allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria , la nomina di uno o più amministratori o sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza, salvo che la legge disponga diversamente. Qualora uno o più sindaci siano nominati dallo Stato, il presidente del collegio sindacale deve essere scelto tra essi."

[4] Corte di Cass., sez. un., 27 marzo 1997, n. 2738, in Guida al diritto, 1997, n. 16, 34 ss., con osservazioni di M. ATELLI, L'ente che agisce come persona giuridica privata è svincolato dalle procedure amministrative.

[5] Cfr. R. GAROFOLI, Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici, Milano, 1998.

[6] Sent 9 ottobre 2001, n. 12367, in *Diritto e Giustizia*, 39/2001, 37.

[7] Nel senso della permanenza della giurisdizione della Corte dei conti, sez. regionale Lombardia, 17 febbraio 2000, n. 396/2000, che fa perno sulla neutralità dello schermo societario e sulla pubblicità delle S.p.a miste in relazione ad un parametro funzionale e sostanzialistico (in particolare, la Corte reputa che dette società assumono la veste di organismo di diritto pubblico di cui alla normativa in tema di appalti); nonché Corte dei Conti sez. regionale Marche, ordinanza 4 luglio 2001, n. 12367, che attribuisce rilievo agli artt 3 e 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97 in materia di procedimento disciplinare e procedimento penale a carico dei dipendenti, nella parte in cui le due norme affermano la giurisdizione della Corte dei Conti in relazione alla responsabilità erariale per le condotte tenute da soggetti dipendenti da enti pubblici e da enti a prevalente partecipazione pubblica, quanto meno in relazione alle ipotesi astrattamente collegabili a fattispecie penali.

Sul tema vedi le ampie considerazioni svolte da F. GOISIS, Note sulla sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità di amministratori e funzionari di società in mano pubblica, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2002, 444 ss, in sede di commento alle due citate decisioni della Corte dei Conti.

[8] Secondo i fautori della tesi pubblicistica, inerente la natura giuridica delle società a partecipazione pubblica locale, la scelta dei soci deve avvenire mediante un procedimento amministrativo di natura concorsuale, tenendo conto dei principi della normativa comunitaria, con particolare riguardo alle capacità tecniche e finanziarie di tali soggetti.

Tale principio opererebbe non solo quando la quota di partecipazione dell'ente locale è minoritaria, ma anche nel caso di partecipazione pubblica locale prevalente. "il regolamento di attuazione dell'articolo 12, legge n. 498/1992, emanato con DPR 16 settembre 1996, n. 533, ha stabilito infatti che la scelta del socio privato di maggioranza sia effettuata mediante una procedura concorsuale ristretta assimilabile all'appalto concorso di cui al D.lgs. 17 marzo 1995, n. 157."

Il socio privato, anche se in minoranza, acquisisce una posizione del tutto simile, anche se giuridicamente diversa, da quella del concessionario di pubblico servizio e, operando diversamente, l'ente attribuirebbe a quest'ultimo una posizione di privilegio nella cogestione del servizio, con pregiudizio dei principi di libera concorrenza tra gli operatori e di quelli di imparzialità e trasparenza della pubblica amministrazione.

Tale interpretazione è confermata dall'indirizzo giurisprudenziale del Consiglio di Stato Cfr. Cons. Stato, sez. V., 19 febbraio 1998, n. 192; sez. V., 6 aprile 1998, n. 435. secondo il quale, dato che il socio privato (anche nella società a prevalente capitale pubblico locale) è chiamato a svolgere parte rilevante di un pubblico servizio, la sua scelta non può essere rimessa a i generici apprezzamenti soggettivi e, comunque, di mero carattere fiduciario basati sul solo *intuitus personae*.

Il socio privato è chiamato a svolgere compiti di gestione che implicano, di regola, il possesso di rilevanti capacità tecnico-operative e specifiche doti di esperienza che si affiancano all'espletamento dell'attività amministrativa.

L'individuazione del socio imprenditore deve, pertanto avvenire attraverso un giudizio comparativo adeguatamente formalizzato, atto ad evidenziare che la scelta è caduta su di un soggetto che più di altri, sul piano della concorrenzialità, è in grado di assicurare la migliore funzionalità del servizio, anche in termini di economicità, nell'interesse preminente della collettività locale. Secondo i fautori della tesi pubblicistica, deriva da tutto ciò l'esigenza che la scelta del socio privato minoritario sia effettuata tramite un'apposita procedura concorrenziale, da espletarsi avvalendosi degli strumenti concorsuali stabiliti dall'ordinamento per l'individuazione dei soggetti privati chiamati a svolgere attività o servizi in favore dell'amministrazione pubblica.

S.v. Cons. Stato, sez. V, 23 marzo

2004, n. 1543; sez. V, 15 febbraio 2002, n. 917, in Urb. e app., 2002, 417, con nota di G. MANGIALARDI, che evidenzia l'immanenza dei principi concorrenziali nell'ordinamento, ove si osserva che l'esigenza della competizione è implicita nella più recente giurisprudenza di questo Consiglio, che ha ribadito come la scelta del socio nella formazione delle società di capitali preordinate alla gestione di pubblici servizi deve necessariamente seguire procedure di evidenza pubblica, non potendosi tale scelta sottrarre ai principi concorrenziali ormai immanenti nell'ordinamento quando si debba prescegliere un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse della pubblica amministrazione (Cons. Stato., sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586; sez. V., 22 maggio 2001, n. 2835; sez. V., 19 settembre 2000, n. 4850). La necessità della gara è sottolineata anche da Tar Basilicata, 19 febbraio 2002, n. 158, in Foro. Amm. Tar, 2002, 704 ss.

[9] Occorre chiarire se tale vigilanza riguardi il complesso della compagine sociale o semplicemente si traduca in una vigilanza sugli amministratori ed i sindaci nominati dall'ente, se possa tradursi in direttive date alla società o se invece si manifesti in semplici istruzioni agli organi sociali nominati, ed, in ultimo, se tale potere di direttiva, trovi un limite negli aspetti tecnici della gestione sociale, relativi allo svolgimento dell'impresa commerciale. Cfr. G. MONTEDORO, Controlli delle Regioni e degli Enti locale territoriali

sulle aziende e le società a partecipazione pubblica maggioritaria e minoritaria tra diritto pubblico ed autonomia privata, in Il Cons. di Stato, 2004, fasc. 12, 2565 ss.

[10] Così G. SENA, Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale, in Riv. Soc., 1958, 57.

[11]

Così G. COTTINO, Diritto commerciale, I, Padova, 1994, 727 ss.

[12] Sulla vicenda delle privatizzazioni Cfr. R. GAROFOLI, Le privatizzazioni degli Enti dell'economia. Profili giuridici, Milano, 1998.

[13] Così Cass., SS. UU. 6 maggio 1995 n. 4989 nota come Siena Parcheggio, superata sul punto specifico della non soggezione ad evidenza pubblica della scelta del socio privato, aveva ritenuto che "la società per azioni deputata alla gestione di servizi pubblici locali, ex art. 22 legge n. 142/1990, pur se a prevalente partecipazione pubblica, costituisse un soggetto di diritto privato del tutto distinto dall'Amministrazione pubblica; e ne aveva fatto conseguire che la scelta della controparte, ai fini dell'esecuzione di un'opera funzionale alla gestione del servizio, non fosse soggetta alla procedura dell'evidenza pubblica e che le relative controversie rientrassero nella giurisdizione del giudice ordinario." Tale scelta, sul piano della giurisdizione, ormai è superato, con l'avallo della Corte costituzionale (Corte cost. sentenza 6 luglio 2004, n. 204, la quale ha devoluto al giudice amministrativo le controversie in materia di affidamento di un pubblico servizio e fra tali controversie devono comprendersi quelle relative alla scelta del socio privato); ma rimane ferma l'indicazione sostanziale, volta a qualificare le società di servizi pubblici, come operatori privati tenuti all'osservanza del diritto societario.

[14] Cfr. F. CARINGELLA, Corso di diritto amministrativo, ult. Ed. Milano, 2004, 681.

[15] L'articolo 2449 c.c. co. 1°, deroga al diritto comune nella misura in cui consente che la nomina o la revoca di più amministratori e sindaci sia sottratta alle deliberazioni dell'assemblea, e riservata allo Stato

o ente pubblico azionista. La portata della deroga come osservato, F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 451, è più o meno estesa a seconda che l'azionista pubblico sia di maggioranza o di minoranza: nel primo caso la deroga consiste nella sottrazione della nomina o revoca al dibattito assembleare, potendo l'azionista pubblico provvedere con proprio atto alla conferma o alla sostituzione degli amministratori o sindaci. Più estesa la deroga nel secondo caso che "rompe" il principio cardine del diritto societario per cui il potere è nella maggioranza del capitale sociale, determinandosi una situazione in cui alla minoranza è attribuita la gestione operativa, mentre alla maggioranza restano le decisioni supreme. Si tratta di una norma destinata a determinare profonde modifiche nelle ordinarie regole di governance che assume peraltro diverso peso e spessore a seconda che la facoltà di nomina sia esercitata rispetto ai membri degli organi di controllo e gestione ovvero nei confronti degli organi di vigilanza e controllo. Nel caso di nomina degli amministratori l'investitura da parte del potere pubblico opererà nel senso di determinare una più o meno intensa ingerenza sull'organizzazione e sull'attività di impresa a seconda di come si consideri la condizione dell'amministratore nominato dallo Stato. Ulteriore e più evidente deroga è quella di cui all'art. 2450 cc. in cui la previsione statutaria della nomina di uno o più amministratori, sindaci, componenti del consiglio di sorveglianza, opera anche in mancanza di partecipazione azionaria. Non solo la deroga consiste nell'attribuzione del potere di nomina (e revoca) ad un soggetto estraneo alla società, ma addirittura nel superamento dello schema contrattuale, consentendo che sia la legge e non lo statuto la fonte attributiva del potere. L'innovazione più rilevante è quella di cui alla nuova formulazione dell'art. 2449 co. 3° che, nel ribadire l'equiparazione tra coloro che ricoprono funzioni di amministrazione e controllo in base a nomina pubblica e coloro che invece traggono la loro investitura dall'assemblea, ammette una diversa disciplina dei diritti ed obblighi degli amministratori ad opera della legge speciale. Alcuni autori hanno visto nell'individuazione della riserva della "legge speciale" il primo esplicito riconoscimento a favore di un modello derogatorio dei doveri ed obblighi dell'amministratore di nomina pubblica rispetto all'amministratore di nomina ordinaria che renderebbe possibile, ove previsto dalla legge, un diverso contenuto dei diritti dover e responsabilità agli stessi facenti capo. Altri hanno escluso che anche in base alla nuova disciplina l'ente pubblico abbia un potere di ingerenza sul soggetto nominato in grado di condizionare l'attività in vista del perseguimento dei propri fini. Questo potere di direttiva anche se fosse riconosciuto non potrebbe portare a ritenere prevalenti gli interessi dell'ente a quelli della società.

Il senso della riserva potrebbe, più ragionevolmente essere un altro e cioè quello di far salvo per le società in mano pubblica che fanno rinvio alla disciplina codicistica un regime differenziato di diritti ed obblighi dell'amministratore di nomina pubblica, nei limiti in cui detto modello differenziato trovi la sua fonte in regole espresse negli statuti sociali, e quindi nei limiti di compatibilità con le norme dettate in tema di amministrazione e responsabilità degli amministratori. Oltre a ciò l'interesse pubblico, potrebbe sempre venire ad emersione, come interesse destinato ad imporsi sull'interesse sociale nei limiti in cui ciò è già identicamente tollerato dal diritto comune per tutti gli altri interessi (anche privati) esterni, extrasociali (art. 2391 c.c. e 2497 c.c. direzione e coordinamento).

Cfr.C. PINOTTI, *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza*, con particolare riferimento alla società a partecipazione pubblica, in Riv.

Corte dei conti, n. 5/2004,342ss.

[16] Cfr. G. MONTEDORO, Controlli delle Regioni e degli enti locali territoriali sulle aziende e le società a partecipazione pubblica maggioritaria e minoritaria tra diritto pubblico ed autonomia privata, in *Cons. di Stato*, 2004, fasc. 12, 2570.

[17] Cass., sez. VI, 30 novembre 1993, in *Giust. pen.* 1994, II, 708, ha ritenuto che la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli Enti pubblici ne posseggono le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista; né influisce sulla natura privata della stessa la facoltà conferita con l'atto costitutivo all'Ente pubblico di nominare in quanto azionista, in conformità a quanto previsto dall'art. 2458 Cod. civ. (ora art 2449 cc) uno o più amministratori; né consegue che gli amministratori di una società per azioni in mano pubblica non rivestono la qualità di pubblici ufficiali; essi, anche se nominati dall'Ente pubblico non esercitano in ambito societario una pubblica funzione amministrativa, come definita dall'articolo 357 Cod. pen., poiché hanno a norma dell'articolo 2458, comma 3 (ora 2449, comma 3) Cod. civ. "diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea" (nella fattispecie la Corte di cassazione ha escluso l'ipotizzabilità del reato di abuso di ufficio per i componenti della società alberghiera lucano S.p.A., a prevalente capitale pubblico, nominati dal comune e dalla Provincia di Potenza.

[18] Così T. ASCARELLI, Controllori ed amministratori nell'anonima di Stato, in *Riv. Dir. Comm.* 1933, I, 284. nel senso che la prevista nomina pubblica di amministratori ad organi di controllo non può reagire sull'ordinamento sociale.

[19] M.T. CIRENEI, Le società per azioni a partecipazione pubblica, in *Trattato Colombo*, Torino, 1992, 138.

[20] M.T. CIRENEI, op. ult. cit., 141.

[21] Il processo comunitario di liberalizzazione ha determinato , anche a livello nazionale, una radicale trasformazione del regime tradizionale di riserva esclusiva dei servizi pubblici, introducendo nuove forme di regulation pubblica dell'economia, vale a dire le Autorità di regolazione.

Sul piano interno il fenomeno della ri-regolazione è strettamente correlato al processo di privatizzazione delle imprese di Stato, rispetto al quale il nostro Paese si è mosso con ritardo e, per di più in un quadro congiunturale economico sfavorevole.

Si ricorderà, infatti, come sul finire degli anni '80 affiorasse in tutta la sua emergenza la crisi della gestione pubblica monopolista dei servizi pubblici come modello organizzativo preordinato a garantire la massima soddisfazione dell'interesse generale.

Tale sistema, in realtà, ha causato un indebitamento crescente della maggior parte degli operatori, un correlativo aggravio della finanza pubblica, chiamata a ripianare i deficit gestionali e, non ultimo, una diffusa insoddisfazione dei cittadini utenti per i disservizi e gli oneri economici sostenuti.

I risultati negativi di tale modello organizzativo conducono, in un primo momento, a tentare di applicare criteri gestionali di tipo imprenditoriale, mediante la trasformazione degli esercenti da aziende o amministrazione autonoma in enti pubblici economici, sia nazionali che locali.

Lo svolgimento del servizio, tuttavia, rimane affidato a soggetti che sono ancora ascrivibili alla tipologia degli enti pubblici. Si lascia, così, sostanzialmente invariato il modello di gestione tradizionale, imperniato sulla diretta intestazione della riserva dell'erogatore.

Successivamente si procede alla c.d. privatizzazione formale delle aziende pubbliche, attuata con la L. n. 359 del 1992, con la trasformazione dello statuto soggettivo degli operatori, i quali assumono la forma della società per azioni.

L'avvio del processo di privatizzazione è segnato dall'emanazione del decreto legge n. 386 del 1991, convertito con legge n. 359 del 1992. Quest'ultima, infatti, dispone direttamente la trasformazione in società per azioni di una serie di enti pubblici economici, alcuni dei quali come l'Enel e l'Iri, direttamente o indirettamente sono responsabili dell'erogazione dei servizi di pubblica utilità. Solo in un momento successivo, con l'adozione della legge 30 luglio 1994, n. 474, si avvia il processo di privatizzazione sostanziale, con l'alienazione dei pacchetti azionari di maggioranza delle s.p.a. pubbliche. Comincia a delinearsi il potenziale conflitto degli opposti interessi dei gestori privatizzati e degli utenti, che si trovano in una posizione debole rispetto al perdurante monopolio dei primi.

Di qui la necessità di strumenti regolativi volti non solo a consentire il funzionamento del mercato, ma anche a correggere i difetti e alterarne alcuni risultati a fini sociali.

La privatizzazione sostanziale delle grandi imprese pubbliche non ha, infatti, determinato una ritirata dello Stato dal mercato, bensì soltanto una modificazione delle forme dell'intervento pubblico. Cfr. S.

CASSESE, Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?, in Riv. dir. pubb., 1996, 579; vedi anche R. ARRIGONI, Regolazione e gestione delle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione dei principi costituzionali e comunitari, in Riv. dir. pubb. 1995, 95. Secondo l'Autore "l'esigenza di universalità dei servizi pubblici e delle relative infrastrutture a rete giustificano una protezione, per la quale la previsione di una deroga a quel regime di concorrenza che di un mercato aperto e integrato è ritenuta preconditione essenziale. Perciò, se da un lato "la missione pubblica" piega il principio della concorrenza (art. 92 del Trattato), consentendo aree riservate per un altro verso esige una regolazione che proprio in quanto "separata" e "neutrale" possa fungere da contrappeso al regredire del controllo del mercato".

In questa prospettiva le Autorità divengono il nuovo luogo di tutela degli interessi pubblici, cui affidare la funzione di regolazione intesa quale tentativo di "ripubblicizzazione dei fini perseguiti nel settore dei servizi pubblici". È, dunque, in un contesto profondamente mutato per il concorso di fattori sia esogeni (le misure comunitarie di liberalizzazione), sia endogeni (le privatizzazione delle imprese di Stato), che in Italia le autorità di regolazione vengono concepite ora per sovrintendere e arbitrare il gioco della concorrenza, ora per imporgli moduli e garanzie di trasparenza, ora per assolvere a funzioni specifiche di vigilanza, che prima, ai tempi della gestione pubblica esclusiva erano affidate ad organi ministeriali e che oggi davanti alla gestione da parte dei privati, si ritiene più corretto affidare a organi più tecnici e più isolati dagli indirizzi politico amministrativi. Cfr. G. AMATO, Le autorità indipendenti nella Costituzione economica, in Riv. dir. pubb., 1997, 647 ss;

P. ROSSI, Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale, Torino, 2004.

[22] Le direttive comunitarie di liberalizzazione hanno previsto in capo ai paesi dell'UE. un vero e proprio obbligo di istituire Autorità di regolazione indipendenti dagli operatori, onde assicurare, in primo luogo, il corretto funzionamento di settori economici delle particolari caratteristiche tecniche e strutturale, in cui operano imprese che detengono posizioni dominanti in quanto titolari delle reti infrastrutturali e dei beni essenziali allo svolgimento del servizio. L'esigenza di costituire Autorità indipendenti è strettamente correlata ad un metodo comunitario che proponendosi di garantire la produzione di servizi pubblici conservando nella misura massima possibile la concorrenza, postula la centralità dell'uso della rete che deve essere garantito a tutti gli operatori, chiunque ne sia il proprietario o il gestore.

Anche le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità sono di origine comunitaria. Il loro modello è quello inglese dell'autorità che crea con le proprie regole e i propri provvedimenti e una concorrenza che, per natura, non ci sarebbero. Per ora ce ne sono due, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e l'Autorità per le comunicazioni.

Se nel Trattato istitutivo della Comunità europea non vi erano originariamente disposizioni specifiche in materia energetica, questa ha successivamente

acquistato crescente peso nel diritto comunitario. Così, ad una iniziale esigenza di una politica comune europea in ordine alla sicurezza degli approvvigionamenti e di continuità delle forniture, che aveva dato luogo a “raccomandazioni e risoluzioni” di portata più che simbolica, segue, a partire dagli anni '90, dopo che la competenza comunitaria in materia di energia aveva trovato esplicito riconoscimento nel testo del Trattato rivisto a Maastricht nel 1992, la decisione di creare un vero e proprio mercato concorrenziale dell'energia, che dovrebbe sostituire il regime monopolista esistente in quasi tutti i paesi della Comunità. Si giunge alla direttiva 96/92/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 1996 concernente “Norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica” e 98/30/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998 relativa a “Norme comunitarie per il mercato interno del gas naturale”, attuate in Italia rispettivamente con i decreti legislativi 16 marzo 1999, n. 79 e 23 maggio 2000, n. 164. Entrambe prevedono la progressiva apertura dei rispettivi mercati. Peraltro, più in generale, la scelta di un assetto dei servizi di pubblica utilità basato sulla libertà di impresa e di commercio, sia pur temperata dalla garanzia di un servizio avente caratteristiche di universalità e accessibilità, aveva già trovato espressione, nella legislazione nazionale, con la legge 14 novembre 1995, n. 481.

In particolare, la legge n. 481/95, nell'istituire organismi autonomi di regolazione dei servizi di pubblica utilità, ha rappresentato una tappa fondamentale del complesso processo di liberalizzazione e di privatizzazione del mercato dei servizi pubblici, avviato sotto l'impulso del diritto comunitario. Peraltro, la creazione di autorità indipendenti nel settore dei servizi pubblici, ha rappresentato lo sbocco coerente di quel percorso che lo stesso legislatore italiano aveva avviato agli inizi degli anni '90 con la privatizzazione delle principali imprese pubbliche. Questo complesso ed articolato disegno legislativo, comunitario e nazionale, fa da sfondo all'istituzione di organismi indipendenti di regolazione settoriale dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, la cui esistenza rappresenta quindi lo sbocco istituzionale necessario per la coerente tenuta del disegno di privatizzazione e di liberalizzazione del settore imprenditoriale pubblico. L'esistenza di organismi di regolazione, indipendenti dal governo e dai c.d. poteri economici “forti” costituisce un pilastro fondamentale per una politica di regolazione e di liberalizzazione dei settori dei servizi pubblici, prodromica alla promozione della concorrenza e dell'efficienza nei servizi medesimi

o, per meglio dire, dell'efficienza realizzabile attraverso la concorrenza. Al diretto controllo governativo, attuato per il tramite di ministeri o di comitati ministeriali e realizzato attraverso una pervasiva conformazione amministrativa dei settori, fatta di barriere nell'accesso ai mercati e di tariffe amministrative dei servizi, si sostituiscono

nuovi organismi caratterizzati da gradi più o meno elevati di indipendenza, col compito di ri-regolare i settori, aprendoli progressivamente alla competizione tra più operatori economici. In questo quadro l'Autorità per l'elettricità e il gas ha lo scopo di promuovere la concorrenza e l'efficienza nei due settori energetici “nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale” (art 1 co. 1, legge n. 481/95). Essa deve altresì promuovere “la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi

di politica generale formulati dal governo.” Nel perseguire tali finalità, l'Autorità svolge una serie di funzioni che implicano l'esercizio di poteri amministrativi. L'Autorità ha competenze in materia tariffaria,

di qualità del servizio, in materia di conformazione ed assetto del mercato, in materia di accesso ai mercati ed ai servizi, in materia di conformazione della strutture e di controllo delle imprese, in materia di tutela della concorrenza, di più generale promozione della concorrenza e dell'efficienza dei servizi, nonché compiti di informazione trasparenza e monitoraggio del settore. Per lo svolgimento di queste funzioni, all'Autorità sono

stati attribuiti svariati poteri che vanno da quelli normativi, a quelli amministrativi, a quelli comunemente paragiurisdizionali. Fra i poteri normativi rientra sia la potestà regolamentare interna, sia la normazione incidente a livello secondario sui settori di competenza. I poteri amministrativi comprendono poteri di amministrazione attiva, consultiva e di controllo. Fra i poteri di amministrazione attiva rientra oltre che la potestà tariffaria, l'ordine di cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti. Nell'ambito della potestà consultiva vi è il potere di formulare osservazioni e proposte al governo e al parlamento delle materia ei propria competenza. Fra i poteri amministrativi di controllo rientra, oltre che la potestà sanzionatoria, la richiesta di informazioni e documenti ai soggetti esercenti il servizio nonché la generale potestà ispettiva e di vigilanza . Fra i poteri c.d. paragiurisdizionali rientrano infine la valutazione dei reclami, delle istanze e segnalazioni degli operatori di settore, nonché le procedure di conciliazione e di arbitrato, nel corso delle quali l'Autorità può adottare provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità dell'erogazione del servizio ovvero a far cessare gli abusi e i casi di scorretto funzionamento del servizio. La funzione principale dell'Autorità è pertanto quella di rendere possibile l'apertura del mercato e l'introduzione della concorrenza in settori caratterizzati dalla presenza di monopolisti pubblici.

Nei settori dei servizi di pubblica utilità la soddisfazione dei bisogni degli utenti non riposa esclusivamente sulla logica allocativa dei mercati: ci sarà sempre un problema di accessibilità alla prestazione, di non discriminazione dell'utenza, di continuità ed affidabilità del servizio che richiederà l'imposizione di vincoli agli operatori economici, e quindi la presenza di un organismo pubblico chiamato a farli rispettare. I pubblici poteri dovranno comunque assicurare l'universalità del servizio. In ciò risiede il delicato compito dell'Autorità per l'energia: introdurre la concorrenza nei servizi regolati, ma anche garantire l'universalità e l'accessibilità delle prestazioni che caratterizzano i due settori. Cfr. F. MERUSI, *Le autorità indipendenti. Un potere senza partito*, Bologna, 2003.

[23] Per tale importante pronuncia sono attribuiti alla Corte dei conti i giudizi di responsabilità amministrativa, per fatti commessi dopo l'entrata in vigore dell'articolo 1 ultimo comma della legge n. 20 del 1994, anche nei confronti di amministratori e dipendenti di Enti pubblici economici. L'Amministrazione, infatti, svolge 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 o in parte dal diritto privato. Così come con il D.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e la l. 21 luglio 2000 n. 205, la giurisdizione amministrativa esclusiva è stata attribuita per blocchi di

materia allo stesso modo ha inteso operare il legislatore relativamente alla giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici al fine di dare concreta e puntuale applicazione al comma 2 dell'articolo 103 della Costituzione. In tema P. CREA, La gestione in forma privata dei servizi pubblici. La giurisdizione della Corte dei conti sugli enti pubblici economici dopo Cass. SS. UU. 22 dicembre 2003 n. 19667, in www.giust.amm.it. Cfr. R. FRANCAVIGLIA. E BRANDOLINI, La nuova conformazione della responsabilità amministrativa e l'ampliamento del novero dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti; la teoria della funzionalizzazione dell'attività amministrativa (maneggio di pubblico denaro), SS. UU. Cass. N. 19667 del 2003 in www.diritto.it, ove è rilevato che: "la responsabilità amministrativa (patrimoniale) è preposta alla salvaguardia delle pubbliche finanze (responsabilità finanziarie) ossia che le gestioni finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici si svolgano senza lesioni e pregiudizi. Pertanto, chi cagiona un danno erariale (danno all'erario quale danno ad una Pubblica amministrazione) è tenuto a risarcirlo".

L'indirizzo giurisprudenziale della Corte dei conti, che considerava la responsabilità amministrativa alla stregua della comune azione civilistica di risarcimento del danno, attribuendole la qualificazione di responsabilità contrattuale, è stato osteso fortemente in crisi dalla riforma della giurisdizione contabile, attuata dalle legge n. 19 e 20 del 1994, e soprattutto dalla legge n. 639 del 1996, nonché dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che, con le note pronunzie n. 371 del 1998 e n. 453 del 1998, ne ha affermato la natura non più esclusivamente risarcitoria, ma anche specialmente sanzionatoria.

Il legislatore del 1994 ha innovato il sistema della responsabilità amministrativa introducendo: il carattere della personalità di detta responsabilità, la sua limitazione ai casi di dolo o colpa grave; l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali; la limitazione della solidarietà (responsabilità in via solidale: risponde uno dei coobbligati per l'intero fatto salva l'azione di regresso nei rapporti interni) alle ipotesi di dolo od illecito arricchimento; l'estensione della regola della parziarietà fatti salvi i casi di responsabilità solidale (ciascuno risponde per la quota di danno erariale arrecata); il divieto di agire contro gli amministratori per la mancata copertura minima dei costi dei servizi; il regime prescrizione quinquennale e non più decennale; il danno obliquo (responsabilità per danno arrecato ad amministrazione diversa da quella di appartenenza); la compensatio lucri cum danno ossia nel giudizio di responsabilità deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dalla Amministrazione o dalla comunità amministrata; la previsione che, nel caso di deliberazioni di organi collegiali, la responsabilità si imputa esclusivamente a coloro che hanno espresso voto favorevole; la responsabilità degli organi tecnici non si estende ai titolari degli organi politici; l'irresponsabilità degli eredi eccettuata l'ipotesi d'illecito arricchimento.

I riferimenti normativi sono rinvenibili negli artt. 81, 82 e 83 del R.D. n. 2440 del 1923 (legge di contabilità generale dello Stato), nell'art. 52 T.U. Corte dei conti (R.D. n. 1214 del 1934), negli artt. 18 e 19 del T.U n. 3 del 1957, nell'art. 58 della legge n. 142 del 1990 sulle autonomie locali, ora art. 93 comma 1 del T.U.E.L. n. 267 del 2000, nelle leggi di riforma della Corte dei conti nn. 19 e 20 del 1994 e legge n. 639 del 1996.

I pubblici agenti sono responsabili del loro operato per i danni causati nell'esercizio delle proprie funzioni

o per la violazione degli obblighi di servizio. La condotta dannosa può consistere sia in una azione che un'omissione e deve essere riconducibile al rapporto di impiego o di servizio ovvero ad un rapporto di occasionalità necessaria. Solo in assenza di tale legame, i danno causati potranno essere imputati secondo le norme del diritto comune. Perché si configurino gli estremi di illecito erariale necessitano l'elemento soggettivo della natura pubblica dell'Ente; quello oggettivo concernente la qualificazione pubblica del denaro o del bene oggetto della gestione (maneggio di pubblico denaro o beni pubblici); l'elemento psicologico del dolo o della colpa grave; la condotta commissiva od omissiva imputabile al soggetto; il nesso di causalità; l'evento di danno.

La volontà colpevole concretizzatesi nel dolo e nella colpa è individuate sulla base del diritto penale (art. 42 e 43 del Cod. pen.) intendendosi per dolo coscienza e volontà dell'azione e previsione e volontà dell'evento. Tuttavia, la giurisprudenza lo configura nei termini di dolo "contrattuale" ossia di cosciente inadempimento di

una specifica obbligazione contrattuale e non di dolo penale. Per colpa grave si intende la sprezzante trascuratezza dei propri doveri da parte del pubblico dipendente, che si manifesta con comportamenti caratterizzati dalla massima imprudenza, negligenza, imperizia, noncurante superficialità nell'applicazione delle norme di diritto. La Corte ha, comunque, evidenziato che ai fini della sussistenza della colpa grave, si debba tenere in debita considerazione la funzionalità dell'organizzazione in cui il presunto responsabile ha agito, rilevando le gravi disfunzioni della struttura talora tali da rendere scusabili gli errori professionali commessi.

Tutto ciò in termini generale con l'avvertenza che la situazione è più complessa laddove il rapporto è intermediato ovvero non è costituito direttamente con l'agente, bensì attraverso lo schermo di una persona giuridica (società).

L'evoluzione del fenomeno "Ente pubblico e succedanei" (su cui A. CATRICALA', I succedanei dell'Ente pubblico nell'epoca delle privatizzazioni, in www.giust.amm.it) ci pone di fronte ad una innegabile realtà per cui l'Ente pubblico, così come in origine concepito, si è nel tempo differenziato in così tanti moduli da non poter più essere definito tale per la presenza di caratteri giuridici sicuramente definibili.

Si riscontrano tanti modelli organizzativi (definibili come Enti pubblici) ciascuno dei quali denota dei tratti caratteristici e produce effetti o risultati giuridici differenti rispetto agli altri. La stessa tradizionale dicotomia fra S.p.a. ed Ente pubblico è, peraltro, andata progressivamente sfumando sia a livello normativo che giurisprudenziale, a cagione del crescente impiego dello strumento della società per azioni per il perseguimento dei pubblici interessi, per l'affermazione in sede comunitari della nozione sostanziale di impresa pubblica e di organismo di diritto pubblico nonché per la ormai accertata possibilità di individuare nelle S.p.a derivanti dai precedenti Enti pubblici connotazioni particolari e derogatorie rispetto all'ordinaria disciplina civilistica.

La problematica della qualificazione giuridica delle società a partecipazione pubblica è stata fra le più dibattute degli ultimi anni a causa della pur sempre più frequente costituzione, direttamente ex lege

ovvero ad opera di Enti pubblici a ciò espressamente autorizzati da un atto normativo, di S.p.a preposte all'espletamento di compiti di pubblico interesse e, perciò stesso, assoggettate ad una disciplina, per vari aspetti differenti, da quella codicistica.

Oggi è possibile enucleare:

-

le c.d società "obbligatorie" rispetto alle quali la legge si pone come fonte dell'obbligo, gravanti sui soggetti ivi previsti, di costituire le società;

-

le c.d Società "autorizzate", il cui tipico esempio è dato dall'art. 22 lett e) della legge n. 142 del 1990 e successive modificazioni ed integrazioni, rispetto alle quali la legge si pone quale soluzione facoltativa ai fini della erogazione del servizio;

-

le c.d Società "legificate", le quali, a differenza di quanto accade per le precedenti tipologie, che

presuppongono un intervento legislativo anteriore alla loro costituzione e, per ciò stesso, sono asseverate come legali, derivano la loro fonte da un atto contrattuale a cui si accompagna, successivamente alla loro costituzione, uno statuto legale ad hoc.

-

Alle tipologie sopra enunciate vanno ad aggiungersi tutte quelle società che sono scaturite dal massiccio processo di privatizzazione degli Enti pubblici economici e quelle nate per trasformazione di ex aziende municipalizzate.

Storicamente, si è passati da un processo di intervento pubblicistico nell'economia a mezzo dell'azionariato di Stato a quello inverso di privatizzazione societaria, di dismissione del patrimonio pubblico immobiliare e di cartolarizzazione dei crediti degli Enti pubblici previdenziali. Il fenomeno delle Authority e delle Agenzie è direttamente connesso a tale processo, essendo, in particolare, le prime preposte ad esercitare una forma di controllo-vigilanza in un mercato sempre maggiormente orientato verso il privato piuttosto che verso il pubblico. Ciò ha comportato un vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale sulla qualificazione giuridica effettiva di detti organismi (mere società di diritto privato con tutte le implicazioni che involge la riforma del diritto societario anche in caso di capitale pubblico maggioritario ovvero loro riconduzione nell'alveo degli Enti pubblici?), sulle conseguenze in punto di riparto di giurisdizione fra GO e GA e, soprattutto, in tema di controlli e di responsabilità amministrativo-contabile e di assoggettamento o meno alla giurisdizione della Corte dei conti. Va ricordato in ultimo che la Corte costituzionale con sentenza n. 204 del 2004, ha menzionato le controversie sull'affidamento del servizio pubblico e sulla vigilanza e controllo per devolverle al giudice amministrativo.

[24] Il primo modello di governance, alternativo rispetto a quello tradizionale è costituito da quello dualistico. Modello che risulta fondato su di una struttura che prevede (oltre all'organo di controllo

contabile) un organo tipicamente gestionale denominato “consiglio di gestione” e un organo assolutamente peculiare (nel nostro ordinamento) con funzioni sia di controllo denominato “consiglio di sorveglianza” che esercita alcuni compiti tradizionalmente spettanti all’assemblea dei soci.

Il consiglio di gestione non presenta particolari specificità rispetto al consiglio di amministrazione del sistema tradizionale, nel senso che dovrebbe effettuare la gestione dell’impresa allo scopo di attuare l’oggetto sociale e quindi presenta una disciplina sostanzialmente analoga.

Elementi significativi di differenziazione dal consiglio di amministrazione del modello precedente riguardano soprattutto , la composizione e la nomina. La prima non può essere monopersonale (ipotesi dell’amministratore unico) in quanto la normativa richiede un numero di componenti, non inferiore a due, la seconda spetta non all’assemblea dei soci, bensì al consiglio di sorveglianza e non operano i meccanismi di cooptazione.

Tale consiglio di sorveglianza rappresenta l’organo caratterizzante il modello dualistico in grado di realizzare in misura forte la separazione tra ruolo proprietario (azionisti) e ruolo gestionale (management), proprio per la posizione intermedia che assume tra organo amministrativo e assemblea dei soci. Esso è nominato dall’assemblea ed è composto da almeno tre componenti, di cui almeno uno deve essere revisore contabile; non possono essere nominati i componenti del consiglio di gestione. Le competenze ricomprendono funzioni che, nel sistema tradizionale sono svolte sia dal “collegio sindacale, sia dall’assemblea dei soci; in particolare il consiglio di sorveglianza: a) approva il bilancio di esercizio e il bilancio consolidato; b) nomina e revoca i componenti del consiglio di gestione; c) esercita le funzioni del collegio sindacale; d) promuove l’azione di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione; e) presenta la denuncia al tribunale nell’ipotesi di fondato sospetto di gravi irregolarità compiute dagli amministratori; f) se previsto dalla statuto, delibera in ordine ai piani strategici, industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione”.

Accanto al consiglio di gestione e al consiglio di sorveglianza vi è l’organo dedicato al controllo, le cui funzioni non possono essere conferite statutariamente né al collegio sindacale (in quanto non esistente) né al consiglio di sorveglianza. Tale organo può essere costituito da un revisore persona fisica ovvero da una società di revisione.

[25] Il secondo modello di governance adottabile dalle società per azioni, in alternativa a quello tradizionale, è rappresentato dal sistema monistico che trae spunto dalle esperienze anglosassoni. Tale modello è caratterizzato dall’assenza di un organo di controllo sull’amministrazione (quale è il collegio sindacale) e dalla presenza di un organo gestionale (consiglio di amministrazione) che al proprio interno individua un “comitato per il controllo della gestione” che svolge, appunto talune (non tutte) delle funzioni di controllo spettanti nel sistema tradizionale al collegio sindacale. Il consiglio di amministrazione non presenta specificità particolari rispetto al modello tradizionale se non per la composizione, in quanto vi è

l'esigenza di avere dei componenti che possano essere nominati nel comitato per il controllo di gestione. A tale fine, infatti, stabilito che almeno un terzo dei componenti sia in possesso dei requisiti di indipendenza richiesti per i componenti del collegio sindacale dall'articolo 2399 del codice civile.

La nomina del Comitato per il controllo di gestione è effettuata, salvo che lo statuto non disponga diversamente, dal consiglio di amministrazione stesso proprio tra gli amministratori che presentano tali requisiti di indipendenza (ed eventualmente anche i requisiti di professionalità e onorabilità richiesti dallo statuto) e che non siano membri del comitato esecutivo ovvero non abbiano particolari cariche e non svolgano funzioni di gestione dell'impresa sociale, o controllate e controllanti. Almeno un componente deve essere iscritto al registro dei revisori contabili. Le competenze e le funzioni del comitato per il controllo interno riguardano, da un lato, la vigilanza sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione e, dall'altro lato gli ulteriori compiti affidati dal consiglio di amministrazione con particolare riguardo ai rapporti con il soggetto incaricato del controllo contabile.

Anche nel modello monistico, infine, deve sussistere l'organo di controllo contabile (revisore o società di revisione), le cui funzioni non possono essere attribuite ad altri organi, ivi incluso il comitato per il controllo sulla gestione.

[26] Cfr. F. FONTANA, Utilities, i nuovi modelli di governance, in Guida agli enti locali, Il Sole24ore, n. 38/2004, 15 ss.

l'autore concludendo l'analisi dei modelli di governance adottabili da parte della società per azioni (sistema tradizionale, modello monistico, modello dualistico) analizza le loro condizioni di utilizzabilità in relazione ad una partecipazione pubblica e in particolare di un Ente locale, alla luce dei punti di forza e di debolezza di ciascun modello.

Per quanto concerne il modello monistico l'utilizzo da parte degli Enti locali appare fortemente critico, per il livello di debolezza del sistema di controllo, che risulta tendenzialmente più contenuto che non negli altri modelli.

Per quanto riguarda il sistema dualistico le perplessità circa l'utilizzazione in società a partecipazione pubblica operano in termini amministrativi.

Quest'ultimo, seppure strutturato in modo diverso, appare sostanzialmente in linea con il livello di controllo garantito dal modello tradizionale, in quanto prevede lo svolgimento delle funzioni del collegio sindacale da parte del consiglio di sorveglianza.

Le perplessità emergono, alla luce del controllo “politico” sulla società da parte dell’ente pubblico, che risulta tendenzialmente limitato per effetto della dicotomia costituita dal consiglio di sorveglianza e che interviene tra l’assemblea e il consiglio di gestione, con riflessi sia in termini formale, sia in termini sostanziali.

In termini formali in quanto potrebbero esserci delle incertezze in ordine al riconoscimento di un “controllo pubblico”, posto che l’eventuale partecipazione di maggioranza dell’Ente locale consente la nomina non già dell’organo amministrativo, bensì dell’organo intermedio; in termini sostanziali in quanto la separazione tra proprietà e gestione è piuttosto netta e tale da rendere tendenzialmente limitato, il ruolo dell’azionista ente pubblico, sia in sede di nomina dell’organo gestionale, sia in relazione a talune scelte che risultano rilevanti nella vita di una società per azioni (si pensi all’approvazione di un bilancio).

[27] Il modello tradizionale (latino) è il regime già vigente al momento della riforma del diritto societario, che tuttavia ha subito alcune modificazioni significative in particolare in ordine alle competenze e alla composizione degli organi. Esso si fonda sulla presenza di tre organi di nomina assembleare, costituiti dall’organo amministrativo (amministratore unico ovvero consiglio di amministrazione), con competenze tipicamente gestionali, dal collegio sindacale, con compiti di controllo sull’amministratore, e dal revisore, con compiti di controllo squisitamente contabile. L’organo amministrativo, che può essere rappresentato da un amministratore unico, è tipicamente ed esclusivamente investito della gestione dell’impresa (articolo 2380 bis del codice civile), dovendo compiere tutte le operazioni necessarie per il conseguimento dell’oggetto sociale. Esso, inoltre, dà impulso all’attività dell’assemblea (effettuandone la convocazione), ha la rappresentanza della società e deve provvedere all’adempimento dei consueti obblighi in materia di tenuta delle scritture contabili e di redazione del bilancio.

Il collegio sindacale, invece, rappresenta, nella configurazione assunta con la riforma, l’organo di controllo interno della società, destinato a vigilare sull’amministrazione della società. Più in particolare, tale organo dovrebbe verificare: a) l’osservanza della legge e dello statuto (controllo di legalità); b) il rispetto dei principi di corretta amministrazione; c) l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e del suo concreto funzionamento. Inoltre interviene nel caso di omissioni o ritardi degli amministratori (pubblicità e convocazioni delle assemblee), può promuovere il controllo giudiziario sulla gestione e riceve le denunce dei soci sui fatti che essi ritengono censurabili. Per adempiere opportunamente alle funzioni assegnate sono previsti specifici poteri (atti di ispezione/controllo, richiesta di informazioni rilevanti e loro scambio con i sindaci delle controllate) e l’obbligo di partecipare ai lavori del consiglio di amministrazione (e del comitato esecutivo) nonché alle assemblee sociali.

La riforma ha inciso profondamente, oltre che sulle competenze, sulla composizione dell’organo. Composizione che prima della riforma richiedeva l’iscrizione al registro dei revisori contabili per tutti i sindaci e che ora, per le società non quotate e che non abbiano affidato il controllo contabile al collegio

sindacale, richiede tale requisito soltanto per un sindaco effettivo e uno supplente, potendo essere scelti, i restanti sindaci, tra gli iscritti ad appositi albi professionali ovvero tra i professori universitari di ruolo in materie giuridiche ed economiche.

Vi è poi, come premesso, l'organo investito del controllo contabile, che rappresenta una sostanziale novità nella riforma del diritto societario, la quale ha sancito la separazione rispetto al controllo sull'amministrazione affidato al collegio sindacale. La funzione di controllo contabile può essere esercitata, a seconda dei casi, da un revisore contabile persona fisica (nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio) ovvero da una società di revisione, eventualmente iscritta in apposito registro (se trattasi di società quotata), sulla base di nomina assembleare sentito il collegio sindacale. Inoltre, la funzione può essere conferita dallo statuto al collegio sindacale, purché si tratti di società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e che non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato: in tal caso tutti i componenti del collegio sindacale devono essere revisori contabili. I compiti che l'organo di controllo contabile è chiamato a svolgere sono disciplinati dalla legge e comprendono: a) la verifica, con periodicità almeno trimestrale, della regolare tenuta della contabilità sociale; b) l'accertamento della corrispondenza del bilancio di esercizio (e del bilancio consolidato) alle risultanze delle scritture contabili e alle norme di riferimento; c) l'elaborazione di un giudizio sul bilancio da formalizzare in un'apposita relazione.

<https://www.diritto.it/la-questione-della-natura-giuridica-delle-societa-deputate-alla-gestione-dei-servizi-pubblici-locali/>