

XII CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI  
UNIVERSITARI  
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

*"LA LIBERTÀ D'IMPRESA"*  
Roma, 17-18 settembre 2021

FABRIZIO SUDIERO

**La nozione di società a controllo pubblico ed una possibile tassonomia delle forme di controllo delle società partecipate.**

SOMMARIO: 1. Premessa. La libertà di impresa nelle società a partecipazione pubblica. - 2. La nozione civilistica di controllo: peculiarità ai fini della trattazione. - 2.1 L'attività di direzione e coordinamento (cenni). - 3. Gli elementi "aggiuntivi" del TUSP. - 4. Controllo pubblico e direzione e coordinamento. - 5. (segue) Controllo pubblico e società in house. 6. Controllo pubblico congiunto. In particolare, i patti parasociali. - 7. Alcune prime conclusioni per diverse forme di controllo in «cerca d'autore».

*1. Premessa. La libertà di impresa nelle società a partecipazione pubblica.*

Come è noto appare oggi assai difficile accostare la capacità e la libertà imprenditoriale delle amministrazioni pubbliche a quelle del soggetto privato. Infatti, specie con l'avvento del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016, d'ora innanzi "TUSP"), dovrebbero ormai ritenersi definitivamente superate quelle tesi che, a partire dalla fine degli anni Cinquanta, erano solite associare all'ente pubblico la tipica capacità di un soggetto privato ad acquisire la posizione di socio in una società commerciale<sup>1</sup>, tanto da potersi affermare che «[n]el nuovo

---

<sup>1</sup> Per una succinta rassegna anche delle tesi contrarie v. C. PECORARO, *I limiti all'assunzione e al mantenimento delle partecipazioni sociali: vincoli sostanziali e procedimentali*, in AA.VV., *Le*

ordine giuridico, la capacità dell'ente pubblico di partecipare a società è divenuta evidentemente speciale, ammessa nei limiti in cui la legge espressamente contempla l'assunzione o il mantenimento di partecipazioni sociali».

La "libertà di impresa" delle amministrazioni pubbliche (*recte*, di partecipazione a società commerciali) è, in effetti, soggetta ad una serie di limiti che, alla luce delle disposizioni del menzionato Testo unico, si è soliti distinguere in: i) vincoli all'*assunzione* della partecipazione sociale (in particolare con riferimento al tipo societario<sup>2</sup>, allo scopo<sup>3</sup> e all'attività<sup>4</sup>)<sup>5</sup>; ii) vincoli alla sua *gestione*<sup>6</sup>, iii) vincoli alla sua *dismissione*<sup>7</sup>.

Non può nascondersi, inoltre, il fatto che, a loro volta, le società partecipate da soggetti pubblici mutino, di riflesso, a seconda del grado di intensità (in senso qualitativo e quantitativo) della stessa presenza pubblica, la propria disciplina sia nella sua dimensione "contrattuale" che in quella "soggettiva"<sup>8</sup>.

---

*società a partecipazione pubblica, Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017* diretto da C. IBBA e I. DEMURO, Bologna, 2018, 42, spec. nt. 16.

<sup>2</sup> Art. 3, comma 1 TUSP.

<sup>3</sup> Art. 4, comma 1 TUSP. Anche se si ritiene che tale limite non debba trovare applicazione per le società c.c.d.d. legali o, comunque, di diritto singolare (sul tema v., per tutti, C. IBBA, *Le società «legali»*, Torino, 1992, *passim*, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 40).

<sup>4</sup> Art. 4, comma 2 TUSP. Sul punto v. V. DONATIVI, (nt. 3), 33 ss. (e 111 ss. ove già si precisava che il ventaglio di attività dovrebbe essere comunque integrato da altre norme), nonché M. SCIASCIA, *Limiti teleologici all'intervento pubblico*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ, I, Roma, 2016, 175 ss. ed ivi riff. nonché GIAMP. ROSSI, *Le società partecipate fra diritto privato e diritto pubblico*, in *Le nuove società partecipate e in house providing*, a cura di S. FORTUNATO e F. VESSIA, Milano, 2017, 33 ss.

<sup>5</sup> Oltre a specifici vincoli procedurali relativi alle procedure da seguire per la corretta formazione della volontà dell'amministrazione di assumere la partecipazione (artt. 5 e 8 TUSP).

<sup>6</sup> V. ad esempio art. 9 TUSP.

<sup>7</sup> Ad esempio, art. 10 TUSP. Si ritiene che questa peculiarità di vincoli derivi dalla rilevanza c.d. "extrasociale" dell'interesse perseguito (quantomeno) dall'ente socio, consistente nelle finalità pubblicistiche del buon andamento della pubblica amministrazione, del contenimento della spesa pubblica e dell'ottimizzazione delle risorse pubbliche C. PECORARO, (nt. 1), 35 ss.

<sup>8</sup> Come è noto la società è, a seconda della prospettiva dalla quale la si realizza, un contratto o un soggetto. Duplice prospettiva cui corrispondono due macro-categorie di norme: una volta a disciplinare i rapporti tra i soci, in altre parole, *l'organizzazione comune* [in cui la società è l'oggetto (un'altra volta a disciplinare l'attività della società, in altre parole, *l'attività economica comune* (in cui la società è il soggetto) (sul tema v., in particolare, E. LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Milano, 2012, 242-243 e 278 e ivi riff. Nonché, sul tema, in generale, mi sia concesso rinviare a F. SUDIERO, *la tutela risarcitoria del socio tra danno diretto e danno riflesso*, Torino, 2020, *passim* e ivi riff.)

Sicché l'esistenza del socio pubblico pare idonea a colorare, con possibili diverse gradazioni, appunto, la disciplina societaria rendendo, specularmente, l'esercizio della relativa attività d'impresa caratterizzata da una fisionomia e una disciplina fortemente cangiante ed esposta (e ciò con riflessi sia sul socio pubblico stesso che su quello privato eventualmente presente) ad una potenziale *climax* di vincoli organizzativi e imprenditoriali<sup>9</sup>. Come dimostra, ad esempio, il modello della c.d. società *in house*, che, infatti, quale forma più intensa di presenza pubblica nella compagine societaria<sup>10</sup>, «occupa uno spazio caratterizzato dalla tensione tra le ragioni della società di diritto privato (ma direttamente affidatario di compiti pubblicistici) e quelle del forte condizionamento pubblicistico, configurandosi come una relazione che caratterizza un soggetto che può fallire (e che è però assoggettato alla giurisdizione della Corte dei conti),

---

<sup>9</sup> Si pensi ai vincoli in tema di *governance* e composizione degli organi e controlli, alle regole in tema di gestione delle partecipazioni sociali (ad esempio, ex artt. 9 TUSP e 2449 c.c.), ai diversi vincoli in tema di finanziamenti, di stipulazione di contratti di impresa e di lavoro, .... «[L]a società a partecipazione pubblica è sottoposta ad un regime normativo in parte differenziato, concretamente ispirato a contemperare le esigenze tipicamente connesse all'azione della pubblica amministrazione alle normali procedure di funzionamento dell'organizzazione societaria [...] Il fatto che l'iniziativa dell'ente societario sia temporalmente preceduta e si combini oggettivamente (e talvolta anche funzionalmente) con l'esercizio di un'attività amministrativa può infatti generare una parziale alterazione del normale contenuto degli atti dell'organizzazione societaria, decretandone la sottoposizione ad un regime normativo differenziato in funzione d'interessi compenetrati dall'attività amministrativa ed ontologicamente estranei al paradigma societario» [C. PECORARO, (nt. 1), 39 e 41]. Nello stesso senso si è parlato anche di normale cedevolezza dello strumento privatistico per l'accoglimento di esigenze pubblicistiche dell'amministrazione partecipante (B.G. Mattarella, *Presentazione*, in *Le società pubbliche nel Testo unico. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, a cura di F. Cerioni, Milano, 2016, XV. Sul tema anche C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in *Le nuove società partecipate e in house providing*, a cura di S. FORTUNATO e F. VESSIA, Milano, 2017, 17 ss. Sul tema, più in generale, il lavoro monografico di G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016.

Una indicazione bibliografica su questi temi sarebbe necessariamente incompleta. A mero titolo dunque esemplificativo si rinvia alle più recenti trattazioni e, segnatamente, v. AA.VV., *I controlli nelle società pubbliche*, a cura di F. AULETTA, Bologna, 2017, *passim*, I. DEMURO, *La governance*, in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica, Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017* diretto da C. IBBA e I. DEMURO, Bologna, 2018, 133 ss., AA.VV., *Le nuove società partecipate e in house providing*, a cura di S. FORTUNATO e F. VESSIA, Milano, 2017, *passim*.

Ad ogni modo si tratta di profili che attengono alla disciplina di specifici modelli di partecipazione prescelti e che conseguono alla scelta operata *a monte* dell'amministrazione circa l'intensità della partecipazione. Profili, quindi, non oggetto della presente indagine, la quale è invece dedicata proprio alla ricostruzione dei modelli utili per tale scelta *a monte*.

<sup>10</sup> Su cui si veda ampiamente oltre.

pur se sprovvisto di quella piena autonomia di gestione imprenditoriale cui anela»<sup>11</sup>.

Tuttavia, non appare affatto chiaro quali siano effettivamente gli strumenti di governo o, meglio, di dominio societario (*a monte*) fruibili ed impiegabili dal soggetto pubblico o, quantomeno, non risultano chiari i confini tra le diverse nozioni di controllo (più o meno intense) dettate dall'assetto normativo privatistico e quello pubblicistico, posto che non sembra possibile negarsi, a priori, al soggetto pubblico l'utilizzo di istituti di diritto civile.

In altre parole, al di là della specifica disciplina da applicare al modello di governo o, meglio, di dominio prescelto da un'amministrazione pubblica su una società "commerciale" (profilo estraneo al presente lavoro), non pare, già *a monte*, chiaro quale sia il presupposto per l'applicazione di tale disciplina ovvero quale sia il ventaglio delle possibili opzioni che l'ordinamento offre alle amministrazioni per esercitare la propria influenza (*recte*, il proprio potere) su società da esse partecipate.

Così, fermo restando che le «amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma operativa»<sup>12</sup> (art. 3 TUSP), ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. n), TUSP:

i) le *società a partecipazione pubblica* sono definite come «le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico»;

ii) le *società a controllo pubblico* come quelle in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano i «poteri di controllo ai sensi della lett. b)» [art. 2, comma 1, lett. m)], che, ai sensi della menzionata lett. b) della medesima norma, consiste nella «situazione descritta nell'art. 2359 c.c.» e che può sussistere «anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo»;

---

<sup>11</sup> F. FRACCHIA, S. VERNILE, *Nozione, principi e fonti: in house providing e diritto U.E.. (principio di autorganizzazione, affidamenti diretti, in house verticale rovesciato, in house orizzontale)*, in AA.VV., *Le società in house*, Napoli, 2020, 5 ss.

<sup>12</sup> Ferme restando «a) le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare [...] b) le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni» (art. 1, comma 4, TUSP).

iii) le società *in house* sono a loro volta definite, all'art. 2, comma 1, lett. o) TUSP come «le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3».

Sicché, come autorevolmente affermato, la fattispecie delle società a partecipazione pubblica non pare una categoria unitaria<sup>13</sup> articolandosi, difatti, in diverse subfattispecie<sup>14</sup> che si potrebbero porre in rapporto di genere a specie tra loro<sup>15</sup>: in particolare, parrebbe che le società *in house* siano un tipo speciale di «società a controllo pubblico» [ovvero quelle definite al medesimo art. 2, comma 1, lett. m)] le quali a loro volta sarebbero un sotto-tipo delle società a partecipazione pubblica<sup>16</sup>.

In un tale contesto, dunque, già *prima facie*, non sembrano chiari i rapporti tra le predette nozioni (in particolare di società a controllo pubblico e di società *in house*) e quelle civilistiche di controllo e di attività di direzione e coordinamento<sup>17</sup> né con i vari istituti propri del diritto societario idonei ad attribuire poteri di controllo e di influenza dominante (o de-

---

<sup>13</sup> M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica* a cura di M. CAMMELLI e M. DUGATO, Torino, 2008, 1 ss.; M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica* a cura di F. GUERRERA, Torino, 2010, 1 ss.

<sup>14</sup> La stessa legge delega ispiratrice del TUSP aveva, d'altronde, previsto espressamente, tra i criteri direttivi da seguire, quello della «distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa» [art. 18, 1° comma, lett. a), L. n. 124/2015].

<sup>15</sup> Sul punto v., anche, C. IBBA, *Introduzione*, in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica, Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017* diretto da C. IBBA e I. DEMURO, Bologna, 2018, 9 ss., in particolare, 12.

<sup>16</sup> Salvo quanto si dirà oltre per i casi di controllo senza partecipazione (pubblica).

<sup>17</sup> Per una recente ricostruzione della questione, in particolare sul rapporto tra controllo, direzione e coordinamento e controllo analogo, v. A. VALZER, *Controllo analogo, governance e responsabilità nelle società in house*, in *Riv. Soc.*, 4, 2020, 1027 ss. (e ivi numerosi riferimenti in dottrina, giurisprudenza e nella letteratura tedesca).

terminante<sup>18</sup>) anche a soggetti privi della maggioranza del capitale sociale<sup>19</sup>.

Ciò a partire dalla stessa definizione di società a controllo pubblico la quale sembra presentarsi, almeno ad una prima lettura, a struttura composita, dimostrando, per alcune fattispecie, una certa sovrapposizione con la nozione civilistica di controllo, ma aggiungendo a questa alcuni elementi di novità, tracciati, in particolare, nella seconda parte della predetta lett. b) del comma 1 dell'art. 2 TUSP.

La ricostruzione di questa nozione - che dovrebbe rappresentare la base dell'intera articolazione del governo societario pubblico - si presenta, dunque, assai complessa e foriera di divergenze interpretative, tanto da aver (già) originato alcuni contrasti giurisprudenziali degni di nota e di evidente rilevanza pratica.

Tanto premesso, dunque, si tenterà nel prosieguo di tentare una, seppur embrionale, ricostruzione della nozione pubblicistica di controllo, dettata dall'art. 2 TUSP, con il fine di enucleare un possibile quadro organico delle diverse modalità di governo o, meglio, di dominio delle società a partecipazione pubblica da parte delle amministrazioni sia alla luce del TUSP che del codice civile, prescindendo, tuttavia, in questa sede, dall'esame di norme ed istituti speciali, come ad esempio, i c.c.d.d. "golden powers"<sup>20</sup>, che, in quanto idonei ad "inquinare" o quantomeno ad ulte-

---

<sup>18</sup> Su questa precisazione v. *infra*.

<sup>19</sup> Su cui v. oltre.

<sup>20</sup> Che peraltro parrebbero introdurre una forma di controllo pubblico (quantomeno negativa) anche senza partecipazione (ovvero "esterno"). Sul tema, senza pretesa di esautività, v., G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 549 ss., A. SACCO GINEVRI, *L'espansione dei golden powers fra sovranoismo e globalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2019, 151 ss., ID., *La transizione della Golden Share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello stato: nei settori strategici spunti per una ricerca*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2013, 109 ss., ID., *Golden powers, banche e assicurazioni: le ragioni di un difficile incontro*, reperibile in internet al seguente indirizzo: <http://www.dirittobancario.it/editoriali/andrea-sacco-ginevri/golden-powers-banche-e-assicurazioni-le-ragioni-di-un-difficile-incontro>, ID., *I 'golden powers' nei settori strategici dell'economia*, reperibile in internet al seguente indirizzo: [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 16 novembre 2016, G. Scarchillo, *Privatizzazioni e settori strategici. L'equilibrio tra interessi statali e investimenti stranieri nel diritto comparato*, Torino, 2018; ID., *Dalla Golden Share al Golden Power: la storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato*, in *Contr. impr./Europa*, 2015, 619 ss. Recentemente, v., F. RIGANTI, *I golden powers italiani tra «vecchie» privatizzazioni e «nuova» disciplina emergenziale (Artt. 15, 16 e 17, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla l. 5 giugno 2020, n. 40; d.l. 15 marzo 2012, n. 21, convertito con modificazioni dalla l. 11 maggio 2012, n. 56)*, in *Le nuove leggi civili e commentate*, 2020, 867 ss. Più in generale, si vedano i lavori di F. GASPARRI, *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno, comunitario e comparato*, Torino, 2015, 63 ss., F. CUCCU, *Partecipazioni pubbliche e Governo societario*, Torino, 2019, 1 ss.

riormente “specializzare” la tassonomia del governo societario delle società operanti in settori strategici per il nostro ordinamento, dovrebbero essere approfonditi non solo separatamente ma anche successivamente e conseguentemente al tentativo ricostruttivo oggetto di queste pagine<sup>21</sup>.

## 2. La nozione civilistica di controllo: peculiarità ai fini della trattazione.

L’art. 2, comma 1, lett. b) si riferisce anzitutto alla «*situazione*» di cui all’art. 2359 c.c., ovvero di controllo c.d. civilistico.

Per ricostruire, dunque, la nozione di controllo pubblico occorre partire da questa disposizione.

Come è noto essa prevede una triplice forma di controllo o, meglio, di “influenza dominante”<sup>22</sup>: i) quello “di diritto”, detto “da partecipazione” o “interno”, di cui al n. 1 dell’art. 2359 c.c., comma 1 c.c.) che si verifica allorché un soggetto dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria<sup>23</sup>; ii) quello, sempre “di diritto”, ma c.d. “contrattuale” o “esterno” di cui all’art. 2359, comma 1, n. 3), il quale deriva dall’esistenza di particolari vincoli contrattuali tali per cui si verifica una

---

<sup>21</sup> Il tentativo pare peraltro tutt’altro che meramente teorico o accademico essendo numerose e notevoli le conseguenze che possono scaturire, anche in punto responsabilità, della scelta di un modello di “governo” societario piuttosto che di un altro. Ma ancor prima, la scelta può avere effetti anche sulla perimetrazione del concetto di adeguatezza degli assetti. Così, infatti, autorevole dottrina ha recentemente osservato che l’adeguatezza organizzativa può essere declinata diversamente a seconda che la società sia a semplice “partecipazione” pubblica, a “controllo pubblico” o *in house* (M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell’organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. Comm.*, 2021, I, 9 ss.

<sup>22</sup> La norma si occupa, in sostanza, della c.d. “influenza dominante” che, invero, si dà ogni volta in cui, indipendentemente dal numero di voti spettanti, vi sia la possibilità di indirizzare l’attività della società controllata nel senso voluto dalla controllante attraverso la manifestazione del voto in assemblea ordinaria. Sul tema, v., per tutti: M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento all’art. 2359 cod. civ.*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, Milano, 2008, 668; prima della riforma, v., già, G. SBISÀ, *Commento all’art. 2359 cod. civ.*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1997, 470; A. Pavone La Rosa, *Tipologia dei “vincoli” di controllo e dei “gruppi” societari*, in *Trattato delle società per azioni* diretto G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Torino, 1991, 582; G. OLIVIERI, *La redazione del bilancio consolidato*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Torino, 1994, 684, G. Rossi, *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate*, in *Riv. Soc.*, 1991, 1371.

<sup>23</sup> Trattasi, secondo l’opinione prevalente (v., per tutti, M. LAMANDINI, *sub artt. 2359-2359-quinquies*, in *Società di capitali: commentario* a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D’ALCONTRES, Napoli, 2004, I, 396) di norma imperativa (tant’è che per determinate decisioni, di rilevanza centrale, come l’approvazione del bilancio e la nomina e revoca delle cariche sociali, l’art. 2369, comma 4, c.c. prescrive l’impossibilità di introduzione, per via statutaria, di maggioranze più elevate).

«oggettiva dipendenza economica di una società rispetto ad un'altra»<sup>24</sup> alla stregua, secondo l'opinione prevalente, di una vera e propria forma di eterodeterminazione dell'attività d'impresa<sup>25</sup>, che si sostanzierebbe in un «condizionamento oggettivo ed esterno dell'attività sociale»<sup>26</sup>, analogo<sup>27</sup>

<sup>24</sup> L'espressione descrittiva è di G. FERRI, *Vendita con esclusiva*, in *Dir. e Prat. Comm.*, 1933, I, 272 ss.

<sup>25</sup> E. RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002, 2.

<sup>26</sup> L. SCHIUMA, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Padova, 1997, 109. Come si avrà modo di precisare oltre, una siffatta interpretazione della tipologia di controllo in questione sarebbe idonea a ridurre le distanze tra tale fattispecie e l'attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c. – su cui v. infra – sino, secondo alcuni, ad annullarle [E. RIMINI, (nt. 25), 123]. Secondo R. Santagata (*Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, 11, nt. 23) un gruppo contrattuale sussisterebbe solo nel caso di negozio giuridico che abbia come oggetto diretto il dominio di una società. Resta peraltro fermo, a supporto di tale ultima tesi, il fatto che l'art. 2497-sexies c.c. consente a qualunque controllante (senza, dunque, distinguere tra fonti del controllo) di provare l'assenza di eterodirezione, sicché pare a chi scrive doveroso distinguere, quantomeno concettualmente, il controllo contrattuale dalla direzione e coordinamento (anche se, invero, in tal caso, l'influenza è solo indiretta). Dovrebbe in ogni caso trattarsi di parametro oggettivo esterno caratterizzato dalla caratteristica di essere effettivo [E. RIMINI, (nt. 25), 32 ss.]. Secondo A. PAVONE LA ROSA, (nt. 22), 584-585, il potere derivante dal controllo esterno sarebbe caratterizzato da un più attenuato grado di stabilità tale da renderne anche più complesso l'accertamento rispetto al controllo interno.

*Contra*, P. GUERRA, *Le società di partecipazione*, Milano, 1957, 81, secondo cui il controllo esterno rappresenterebbe una forma di controllo "indiretto", comunque realizzato per il tramite dell'assemblea, come nei casi in cui un terzo contraente si riserva «il diritto di avere una persona di fiducia nel consiglio di amministrazione della società in base ad un accordo con tutti o con la maggioranza dei soci».

<sup>27</sup> L.A. BIANCHI, *Informazione societaria e bilancio consolidato di gruppo*, Milano, 1990, 219; Galgano, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2003, 277; M. NOTARI, *La nozione di controllo nella disciplina antitrust*, Milano, 1975, 380. Secondo, peraltro, parte della giurisprudenza dovrebbe persino trattarsi di vera e propria subordinazione ove l'una sia una vera e propria "società satellite" dell'altra anche per il tempo successivo all'accordo (Trib. Roma, 13 giugno 2016, in *www.ilcaso.it*).

Sembra restare comunque imprescindibile il fatto che tale rapporto debba emergere da un'analisi del caso concreto. A tal proposito si è ravvisato un tale rapporto, ad esempio, in presenza di singole clausole, come l'esistenza di una consistente penale (Cass., 23 marzo 2003, n. 3722, in *Giur. It.*, 2004, 564) o in ragione della stabilità e delle specifiche caratteristiche della relazione contrattuale, come nei casi di finanziamenti senza un termine di scadenza, potendo essere interrotti a discrezione dell'istituto di credito (cfr., sul tema, V. Salafia, *Limiti all'acquisto di azioni della controllante da parte della controllata indiretta*, in *Società*, 2003, 829 ss.; M. MOZZARELLI, *I covenants e il governo della società finanziata*, Milano, 2012, 62 ss. Discussa è poi l'ammissibilità del c.d. "contratto di dominazione" (su cui v. oltre) che, in realtà, coinvolge più il tema della direzione e coordinamento (v., per tutti, P. SPADA, *L'alienazione convenzionale del governo nelle società per azioni*, in AA.VV., *I Gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, Venezia, 16-17-18 novembre 1995, III, Milano, 1996, 1279 ss.; già M. LAMANDINI, *Il "controllo". Nozione e "tipo" nella legislazione economica*, Milano, 1995, 170 ss. e 182 ss., U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, 279 ss.; A. Jorio, *I gruppi*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina* a cura di S. AM-

seppur alternativo al possesso della maggioranza<sup>28</sup>; iii) quello, infine, detto “di fatto”, ove il controllo deriva dall’esistenza, in capo ad un determinato soggetto<sup>29</sup>, di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria in considerazione della c.d. “apatia razionale” dei soci di minoranza<sup>30</sup>.

Senza potersi addentrare, in questa sede, nelle diverse questioni emerse dallo studio delle predette tre forme di controllo privatistico, risulta tuttavia opportuno, per l’economia del presente lavoro, evidenziarne alcune peculiarità.

Va, in primo luogo, considerato che la disciplina civilistica sul controllo è ispirata ad una *ratio* parzialmente diversa da quella che permea – come si vedrà oltre – la nozione di controllo pubblico, poiché intende tutelare la società controllata dalle imposizioni della controllante in ordine all’impiego del proprio patrimonio, proteggendo sia la “realità” del capitale sia la “sincerità” dei processi decisionali<sup>31</sup>.

In secondo luogo, occorre evidenziare come la nozione civilistica di controllo sia, per l’orientamento prevalente, «caratterizzata dal concetto di ‘dominio’ che viene comunemente inteso quale capacità del socio di imporre *in positivo* la propria volontà sulle decisioni della controllata»<sup>32</sup>. In altre parole, l’influenza dominante ai sensi dell’art. 2359 c.c. dovrebbe sussistere quando un socio abbia il potere «di assoggettare a sé l’autonomia deliberativa della controllata facendole adottare decisioni conformi alla sua volontà e non solo impedendo che assuma decisioni contrarie al suo volere: il controllo dovrebbe essere dominante ed esclusivo tale da potersi

BROSINI, Torino, 2003, 197 e 199, Id., *Diritto dei gruppi di impresa*, Milano, 2010, 182; v., anche, art. 1.1, lett. c, direttiva 13 giugno 1983, n. 83/349/CEE).

<sup>28</sup> A. MUSSO, *Il controllo societario mediante “particolari vincoli contrattuali”*, in *Contratto e Impresa*, 1995, 20.

<sup>29</sup> Fermo restando che anche in tale caso, rileva la disponibilità giuridica del diritto di voto, in quanto proprietari o titolari di un diritto che ne legittima l’esercizio per conto proprio e non di terzi (arg. ex art. 2359, comma 2, c.c.). V. sul punto M. NOTARI, J. BERTONE, (nt. 22), 671 e 678; M. LAMANDINI, *Commento art. 2359 c.c.*, in *Società per azioni*, diretta da P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, Milano, 2016, 751 ss.; F. GALGANO, R. GHENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto pubblico e dell’economia*, Padova, 2006, 277; F. FERRARA JR., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011, 803.

<sup>30</sup> Sul tema v., recentemente, E. CODAZZI, *Il voto degli azionisti sulle politiche di remunerazione degli amministratori: la disciplina italiana e il modello comunitario di “say on pay”*, in *Riv. odc*, 2016, 2.

<sup>31</sup> Sintetizza efficacemente la *ratio* della disciplina in questione, L. SCHIUMA, *sub art. 2361*, in *Commentario al codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Delle società, dell’azienda, della concorrenza* a cura di D.U. SANTOSUOSSO, v. I, 2015, Torino, 2015, 1250-1251.

<sup>32</sup> S. LUONI, *Clausola di prelazione e cambio del controllo – la prelazione ed il cambio del controllo*, nota a Trib. Milano, ord., 24 luglio 2018, in *Giur. It.*, 2019, 3, 594.

manifestare in modo *positivo* e non *in un mero potere di veto*»<sup>33</sup>. Si vedrà come non sempre tale peculiarità sia rinvenibile nella nozione di controllo pubblico.

In terzo luogo, sempre ai fini del presente contributo, pare opportuno tenere a mente come l'influenza dominante (civilistica) descritta possa sussistere anche in assenza della maggioranza descritta, come dimostrano alcuni istituti anche di recente introduzione<sup>34</sup>, quali, ad esempio, per le s.p.a., le azioni "con voto plurimo" ex art. 2351 c.c. o, nelle società quotate, la "maggiorazione del voto" ex art. 127 *quinquies*, D.Lgs. n. 58/1998, le azioni con diritto di voto limitato a particolari argomenti ex art. 2351, comma 2, c.c., gli strumenti finanziari partecipativi forniti del diritto di voto in materia di nomina di amministratori ex art. 2346, ult. comma, e 2351 ult. comma, c.c. o, per le s.r.l., i particolari diritti ex art. 2468, comma 3, c.c. e la possibilità di creare vere e proprie "categorie di quote" (v. d.l. n. 50/2017): in virtù di essi, infatti, si "sfalsa", con tutta evidenza, il binomio proprietà-potere.

Infine, il controllo civilistico - a differenza, forse, come si vedrà, di quello pubblico - è anche, quantomeno secondo l'opinione tradizionale, monocratico o solitario. Se è, infatti, vero che, ai sensi dell'art. 2359, comma 2, c.c., ai fini del computo dei voti per esercitare il controllo interno (di

---

<sup>33</sup> S. LUONI, (nt. 32), 594. Sul punto v., anche, M. NOTARI, J. BERTONE, (nt. 22), 675; V. DONATIVI, *I confini del controllo congiunto*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 575. Sul fatto che il veto non costituisca, da un punto di vista quantomeno civilistico, una forma di dominio o controllo ma solo la possibilità di contrastare la volontà altrui v. F. DI MAIO, ... *ancora sulle Opa: individuazione degli azionisti di controllo*, in *Società*, 10, 1992, 1321; P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. Soc.*, 1992, 1; N. IRTI, *I patti di consultazione*, in *Riv. Soc.*, 1992, 1375 ss. Si vedrà oltre l'importanza, in particolare, di quest'ultimo assunto nell'esame della "tassonomia" delle forme di governo *pubblico* delle società *pubbliche*. Sul punto va detto che, quantomeno per la prima forma di controllo (c.d. di "diritto interno"), il dominio e l'influenza dominante dovrebbero, secondo l'orientamento prevalente, ritenersi sussistenti alla stregua di una presunzione assoluta (V. Cariello, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Riv. Soc.*, 2007, 19, A. GAMBINO, D.U. SANTOSUOSSO, *Società di capitali*, Torino, 2006, 73; M. LAMANDINI, (nt. 23), 400; G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2004, 337. Sul tema, v., anche, CONSOB, *Comunicazione 13 novembre 2003*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2004, II, 80). Tuttavia, per una parte minoritaria, ma autorevole, della dottrina, si dovrebbe comunque avere riguardo alle circostanze del caso concreto, non essendo controllante chi, pur avendo la maggioranza dei voti in assemblea, non possa nominare e revocare gli amministratori (M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. Soc.*, 1995, I, 480; G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Torino, 1994, 688; L.A. BIANCHI, *La nuova definizione di società "controllate" e "collegate"*, in *La nuova disciplina dei bilanci delle società* a cura di M. BUSSOLETTI, Torino, 1993, 8).

<sup>34</sup> Sul tema, v., recentemente, le riflessioni di S. LUONI, (nt. 32), 594, I. POLLASTRO, *Soggetti interessati nell'opa - controllo e collegamento nella disciplina dell'opa*, nota a Cass., 3 maggio 2017, n. 10726, *ivi.*, 2018, 2, 393.

diritto o di fatto), devono considerarsi anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie ed a interposta persona<sup>35</sup>, è altrettanto vero che, secondo l'orientamento prevalente, non potrebbero computarsi quelli spettanti per delega o che, nel caso di azioni oggetto di un sindacato di voto, corrispondono alle azioni degli altri paciscenti<sup>36</sup>. Questo perché dovrebbe trattarsi di voti spettanti nell'interesse proprio ovvero derivanti da un *rapporto qualificato con le azioni* (proprietà o altro diritto reale). Di conseguenza, l'orientamento prevalente (e tradizionale) della dottrina ha sempre ritenuto che l'influenza derivante da un patto parasociale, quale un sindacato di voto, risolvendosi al più in una forma di controllo congiunto, non rientri strettamente nella fattispecie disciplinata dall'art. 2359 c.c., riferendosi tale norma, sempre secondo questi orientamenti, soltanto a situazioni di dominio "monocratico"<sup>37</sup> e non di "condominio"<sup>38</sup> e che esso, al più, consentirebbe ad uno dei paciscenti un diritto di veto che, come visto sopra, non pare idoneo di per sé ad integrare la nozione di controllo civilistico<sup>39</sup>.

Più recentemente, si sono, tuttavia, proprio anche in virtù della previsione del TUSP<sup>40</sup> oggetto di esame, ravvisate maggiori aperture per

---

<sup>35</sup> Con la precisazione che il comma 2 dell'art. 2359 c.c. richiama solo le forme di controllo interno di cui ai numeri 1 e 2 del 1° comma e non quella di cui al n. 3 (Trib. Torino, 16 febbraio 2015, in *www.ilcaso.it*). In altri casi ancora si è parlato di "controllo misto" e tale è stato ritenuto il controllo esercitato in parte attraverso azioni direttamente possedute dalla controllante e in parte attraverso azioni delle quali la controllante medesima disponga indirettamente (Trib. Torino, 9 febbraio 1988, in *Giur. It.*, 1988, I, 2, 308).

<sup>36</sup> R. COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 32.

<sup>37</sup> M. S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. Soc.*, 2005, 487.

<sup>38</sup> R. Costi, G. MINERVINI, *Due pareri su come vada inteso il rapporto di controllo in presenza di sindacati di voto (art. 4 comma 3 legge n. 1/1991)*, in *Contratto e Impresa*, 1991, 1022-1023; *contra v.*, ad es., V. Cariello, *"Controllo congiunto" e accordi parasociali*, Milano, 1997, 130, il quale ritiene comunque applicabile la norma e la relativa disciplina a ciascuno dei soci sindacati; nello stesso senso M LAMANDINI, (nt. 23), 401 ss.

<sup>39</sup> P. Marchetti, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. Soc.*, 1992, 13. In giurisprudenza, si è affermato che «[p]er stabilire se la partecipazione di un socio ad un sindacato di voto attribuisca a quel socio, titolare di un maggior numero di azioni rispetto agli altri aderenti al sindacato, il controllo della società, occorre fare riferimento al contenuto concreto dei patti sindacali e all'assetto dei poteri sociali che ne risulta; né è configurabile, alla stregua dell'ordinamento vigente, l'ipotesi del controllo congiunto su una società da parte di più soggetti uniti in un sindacato di voto, con la correlativa imputazione della qualifica di controllante a ciascuno dei soci aderenti all'accordo sindacale» (Trib. Milano, 19 dicembre 1986, in *Giur. Comm.*, 1987, II, 412).

<sup>40</sup> Si vedano, comunque, anche altre normative speciali, come, ad esempio, il D.Lgs. 58/1998 ("t.u.f.") [art. 122, comma 5, lett. d) e l'art. 93 t.u.f.] nonché il D.Lgs. n. 14/2019 ("Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza") che sembra aver introdotto il controllo congiunto [art. 2, comma 1, lett. h]. In questo senso, M. SPIOTTA, *Codice della crisi d'impresa*

attribuire rilevanza anche al controllo congiunto civilistico (inteso come quella forma di controllo esercitata da parte di una pluralità di soggetti, nessuno di per sé in grado di assumere una posizione di dominio rispetto agli altri)<sup>41</sup>, alle quali una recente sentenza del tribunale meneghino sembra aderire<sup>42</sup>, così assumendo, tale patto, stabilmente la determinazione dell'attività sociale con la conseguenza che la società dovrebbe ritenersi controllata dal sindacato *de quo*<sup>43</sup>.

### 2.1 L'attività di direzione e coordinamento (cenni)

Occorre aprire una breve parentesi prima di procedere oltre nella ricostruzione della nozione di controllo pubblico ex art. 2 TUSP e, in particolare, sulla nozione di attività di direzione e coordinamento, posto che sarà interessante nel prosieguo verificare se, nella tassonomia delle diverse forme di governo delle società pubbliche, anche quest'ultima sia un possibile strumento fruibile da parte delle amministrazioni.

---

*e dell'insolvenza – la disciplina dei gruppi*, in *Giur. It.*, 2019, 8-9, 2014; F. LAMANNA, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza (I)*, in *Il Civilista*, 2019, 61; ID., *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza (IV)*, *ivi*, 2019, 20.

<sup>41</sup> Per il superamento della tesi del controllo "solitario" v. anche, fra altri, F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina TUSP*, Consiglio Nazionale del Notariato, studio n. 228-2017/I, 3, reperibile in internet al seguente indirizzo: [www.notariato.it](http://www.notariato.it), considerando anche l'attuazione in Italia delle Dir. 92/101/CEE e 2012/30/UE. Invero, facendo leva sull'art. 2341 bis, comma 1, lett. c), c.c., v., già, P. MONTALENTI, *I gruppi di società*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, v. IV, Padova, 2010, 1044; V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Riv. Soc.*, 2007, 1 ss. Sul tema v., anche, M. LAMANDINI, (nt. 29), 751 ss. ove ampi riferimenti.

<sup>42</sup> La formula dubitativa è d'obbligo posto che il Tribunale non affronta direttamente la questione ma, nel ragionamento, lascia intendere queste conclusioni: Trib. Milano, ord., 24 luglio 2018, in *Giur. it.*, 2019, 3, 594. Secondo i giudici milanesi, infatti, il controllo congiunto si potrebbe ravvisare in accordi parasociali relativi ad un sindacato (all'interno del quale nessuno dei soci si trova in posizione di prevalenza sugli altri), grazie al quale alcuni soci riescano «ad unire le loro forze in modo da raggiungere tale *quorum*, vincolandosi reciprocamente a votare nel sindacato nel senso indicato dalla maggioranza delle partecipazioni sindacate così assumendo, tale patto, stabilmente la determinazione dell'attività sociale con la conseguenza che la società dovrebbe ritenersi controllata dal sindacato *de quo*» (così, a commento della pronuncia, S. Luoni, (nt. 32), 594. In questo senso, v., Cariello, *Controllo congiunto e patti parasociali*, Milano, 1997). Non pare che, ai nostri fini, il riferimento all'attività sociale piuttosto che all'attività di impresa debba essere sopravvalutata, in quanto presumibilmente il riferimento deve intendersi all'attività tutta, quindi inclusa quella di impresa oppure, al contrario, al più potrebbe deporre nel senso di limitare l'ingerenza (o il veto) all'alta amministrazione.

<sup>43</sup> S. Luoni, (nt. 32), 594. Così, v., CARIELLO, *Controllo congiunto e patti parasociali*, Milano, 1997.

L'esistenza del controllo civilistico fa presumere quella di un'attività di direzione e coordinamento (sancita all'art. 2497-*sexies* c.c.)<sup>44</sup>. La sussistenza di un gruppo<sup>45</sup> e, quindi, di un'attività di direzione e coor-

---

<sup>44</sup> Per tutti, v. P. MONTALENTI, (nt. 41), 1032 ss.

<sup>45</sup> Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza offre, per la prima volta in via generale e organica - una definizione di «gruppo di imprese» [art. l'art. 2, comma 1, lett. h)]: «l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-*septies* del codice civile, sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che: 1) l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci; 2) siano sottoposte alla direzione e coordinamento di una società o ente le società controllate, direttamente o indirettamente, o sottoposte a controllo congiunto, rispetto alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento». Il recente decreto correttivo, da emanarsi in attuazione della legge delega 8 marzo 2019, n. 20, prevede una modifica di tale previsione: i) chiarendo che sono esclusi dalla definizione normativa oltre che lo Stato anche gli enti territoriali; ii) riformulandone il testo in modo da renderne più agevole - almeno negli intenti (cfr. la relativa relazione illustrativa) - la comprensione, con riferimento alle situazioni in presenza delle quali è possibile presumere lo svolgimento, da parte di un'impresa, dell'attività di direzione e coordinamento. Ad ogni modo, come è noto, sulla natura dei gruppi esistono almeno tre orientamenti (sul tema, in generale, per tutti, v.: F. VELLA, *Le società holding*, Milano, 1993, *passim*; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi*, Torino, 1996, *passim*; ID., *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in AA.VV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. SCOGNAMIGLIO, Milano, 2003, 189 ss.; F. GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, I, 86 ss.; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 317 ss.; ID., *I gruppi di società*, in AA.VV., *La società per azioni*, a cura di N. ABRIANI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI e S. AMBROSINI, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale, diretto da G. Cottino*, Vol. 4, t. 1, Padova, 2010, 1047 ss.; ID., *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 111 ss.; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1229; ID., *sub art. 2497 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, 1853 ss.; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, *passim*; C. Angelici, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 377 ss.; ID., *Il "diritto dei gruppi": primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 83 ss., A.M. PERRINO, *Il gruppo di società tra fatto e contratto*, in *Foro it.*, 2009, I, 2829 ss.; F. GALGANO, G. SBISÀ, *sub art. 2497*, in *Direzione e coordinamento, Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA e F. GALGANO, Bologna, 2014, *passim*; G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, Milano, 2014, *passim*): secondo una tesi, autorevole ma minoritaria, il gruppo consisterebbe (anche giuridicamente e non solo economicamente) in un'unica impresa sia pure in presenza di una pluralità di società, scomposta nella società capogruppo che esercita l'attività di direzione e coordinamento e nelle società controllate che esercitano le funzioni operative, tanto che si potrebbe persino sostenere superata la distinta personalità giuridica delle società componenti il gruppo medesimo (F. GALGANO, *sub art. 2497-ter c.c.*, *Commentario C.C.* a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, F. GALGANO, 2014, 240 ss.); secondo un'altra tesi, questa maggioritaria (peraltro al suo interno a sua volta molto variegata circa le soluzioni per giungere a tale risultato), nel gruppo vi sarebbe una pluralità di imprese, pur in presenza di un collegamento e di un

dinamento tra società è, come noto, un *quid pluris* rispetto al mero controllo<sup>46</sup>. Essa consiste, sostanzialmente, in un'attività di «pianificazione, coordinamento ed indirizzo»<sup>47</sup> delle imprese gestite dalle società controllate volta al conseguimento di determinati risultati, ovvero «nell'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali»<sup>48</sup> che, dunque, opera in senso verticale. Ma, come è parimenti noto, direzione unitaria (secondo la tesi prevalente) non dovrebbe significare totale eterodirezione e, quindi, espropriazione dell'autonomia gestionale delle società dipendenti, anzi essa dovrebbe conciliarsi con il principio di esclusività del potere gestorio degli amministratori *ex art. 2380 bis c.c.* e dovrebbe richiedere il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nella costante valutazione dei

---

tessuto connettivo tra di esse definito dal legislatore, appunto, "direzione e coordinamento" in considerazione del quale, ammessa anche la possibilità di costituire un gruppo per via contrattuale (e ciò anche sulla base del tenore letterale dell'art. 2497 - *septies* c.c.), esisterebbe un vero e proprio potere giuridico della capogruppo di impartire direttive (A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum di Gian Franco Campobasso* diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, Torino, 2007, v. III, Torino, 2007, 884 ss.) con conseguente obbligo di osservanza di esse (purché legittime) da parte della società dipendente (P. MONTALENTI, (nt. 41), 1047 e nt. 22 per ulteriori riferimenti *ante* riforma); secondo, invece, una terza tesi «il gruppo persegue la finalità di realizzare un frazionamento del rischio d'impresa attraverso una struttura basata sulla distinta soggettività giuridica delle società aggregate, che tuttavia deve conciliarsi con l'esigenza di realizzare una gestione unitaria e coordinata, volta al perseguimento dell'interesse di gruppo» e giunge alla conclusione per cui «questa difficile convivenza tra 'unità' e 'pluralità' è, peraltro, tutt'altro che infrequente nel mondo del diritto e dell'economia ed è normalmente riconducibile all'istituto del c.d. *collegamento contrattuale*» [S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, 19 (corsivo dell'Autrice)].

<sup>46</sup> Per tutti v.: G. FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Atti del convegno svoltosi a Bellagio il 19-20 giugno 1981, Milano, 1982, 72; G. COTTINO, *Diritto Commerciale*, Padova, 1994, 640, per il quale ogni gruppo presuppone una posizione di controllo, ma non ogni posizione di controllo sfocia necessariamente in un fenomeno di gruppo; A. PAVONE LA ROSA, "Controllo e gruppo" nella fenomenologia dei collegamenti societari, in *Dir. Fall.*, 1985, 14, secondo cui la posizione di controllo è necessaria, ma non sufficiente per l'esistenza di un gruppo; P. MONTALENTI, (nt. 45), 317 ss. Parzialmente contrario, nel senso che vi potrebbe esistere anche una direzione e controllo senza controllo, A. NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, *Giur. Comm.*, 2004, I, 993.

<sup>47</sup> G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 46), 28 ss.; P. JAEGER, *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in *Gruppi di società, Riv. Soc.*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11-1995, II, 1432.

<sup>48</sup> P. MONTALENTI, (nt. 41), 1040 ss.

vantaggi compensativi *ex art. 2497 c.c.*<sup>49</sup>: la società eterodiretta in sostanza, dovrebbe essere (solo) una società “a sovranità limitata”<sup>50</sup>.

Pertanto, il controllo, per quanto elemento essenziale del gruppo e presupposto della sua formazione, non coincide con la nozione di gruppo e di direzione e coordinamento, dovendosi necessariamente distinguere la posizione di chi, titolare di una posizione di controllo, si limiti ad esercitare i diritti da ciò derivanti, da quella più complessa in cui tale soggetto esercita<sup>51</sup> un’attività di direzione e coordinamento delle società controllate.

La precisazione è importante poiché, come si vedrà, una tale evidente distinzione non pare ravvisabile tra il concetto in questione e quello di controllo analogo e di controllo pubblico.

### 3. Gli elementi “aggiuntivi” del TUSP

Esaminato succintamente l’art. 2359 c.c., richiamato dall’art. 2 TUSP, occorre focalizzarsi sugli ulteriori elementi, che potremmo chiamare “aggiuntivi”, della fattispecie onde comprendere se il concetto di controllo pubblico disegnato dal TUSP possa costituire un’ipotesi speciale e autonoma, quindi, del tutto nuova, di controllo (tanto da smentire o quan-

---

<sup>49</sup> Sulla teoria c.d. dei “vantaggi compensativi” la letteratura è sterminata. Senza alcuna pretesa di esaustività non possono non menzionarsi i lavori di P. MONTALENTI (*Conflitto di interesse nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 710 ss e *Operazioni intragrupo e vantaggi compensativi: l’evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1999, 2318) da cui la teoria ha preso piede anche in Italia. È infatti noto che essa, in Italia, prima di essere recepita dal legislatore negli artt. 2497 e 2634 c.c. [e, poi, anche dal Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza che ha menzionato espressamente i vantaggi compensativi agli artt. 284, comma 4, c.c.i.i. (nella versione oggetto del Decreto legislativo 26/10/2020, n. 147) e 285, comma 5, c.c.i.i. in materia di concordato, accordi di ristrutturazione e piano attestato di gruppo] fu dapprima proprio proposta in dottrina, poi accolta dalla giurisprudenza di merito [decisioni riportate da P. MONTALENTI, *Operazioni intragrupo*, (nt. 49), 2319] e, successivamente, da quella di legittimità (le prime: Cass., 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1, 1996, 1222, poi, nell’immediatezza, Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325 e Cass., 21 gennaio 1999, n. 521, in *Pluris*) mentre in Germania essa era già stata codificata, seppur in senso non analogo, per i gruppi di fatto [ovvero al § 311. AktG su cui v., anche per i relativi riferimenti bibliografici, U. TOMBARI, (nt. 45), 105 nonché N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1998, 558 ss. Per una ricostruzione del dibattito al momento della riforma si rinvia a G. SBISA, (nt. 45), 150 ss. il quale precisa altresì come la soluzione del sistema tedesco sia trattata anche dal Forum Europaeum (*Corporate Group Law for Europe*, Stoccolma 2000), *Un diritto dei gruppi di società per l’Europa*, in *Riv. soc.*, 2001, 382 ss.)] e, in Francia, fu la Corte di Cassazione penale ad enucleare da tempo i principi della materia (Cass. crim., 4 febbraio 1985, in *Dalloz-Sirey*, 1985, jurispr., 478).

<sup>50</sup> L’espressione, come è noto, è di A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contratto e Impresa*, 1986, 799, ID. *La società per azioni. Problemi – letture – testimonianze*, t. 1, Milano, 2002, 123.

<sup>51</sup> Tra altro, professionalmente.

tomeno sfumare l'assunto, che talvolta si rinviene in alcune pronunce giurisprudenziali<sup>52</sup>, per cui la disciplina civilistica rappresenterebbe la «direttrice interpretativa di tutte le disposizioni del TUSP per le società a partecipazione pubblica») oppure semplicemente contempra una fattispecie che si aggiunge a quelle già esistenti e disciplinate dal codice civile.

3.1 (segue) *Due possibili letture: quella dell' "ipotesi aggiunta" e quella dell' "ipotesi qualificante"*.

Tanto premesso, nella ricostruzione della nozione di controllo pubblico pare doversi partire, come peraltro fa anche la giurisprudenza, dall'art. 1, comma 3 TUSP per il quale, per tutto quanto non derogato dallo stesso decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica (quindi, anche le società a controllo pubblico e quelle *in house*<sup>53</sup>) le norme sulle società del codice civile e le norme generali di diritto privato, le quali, rappresenterebbero.

Sulla scorta di tale premessa si è affermato, in giurisprudenza, che<sup>54</sup>:

1) il richiamo, da parte dell'art. 2, comma 1, lett. b), alla «*situazione*» descritta nell'art. 2359 c.c. da parte dell'art. 2, comma 1, lett. b) TUSP «non può che essere letto [...] negli stessi termini in cui è inteso nel codice civile, ovvero con riferimento all'esistenza di un soggetto (una società) o di un gruppo organizzato in grado di manifestare una volontà unitaria idonea a esercitare un dominio effettivo sulla *governance* societaria»;

2) il secondo inciso dell'art. 2, comma 1, lett. b) TUSP «costituisce l'elemento di specialità rispetto alla disciplina civilistica, che ne amplia la portata», in quanto in tale disposizione troverebbe fondamento, a certe condizioni, «quello che la dottrina e la giurisprudenza antecedente l'emanazione del TUSP è stato definito come "controllo congiunto", ovvero la possibilità che una pluralità di pubbliche amministrazioni [(ai sensi dell'art. 2, lett. m)], detentrici di un capitale azionario frammentato inidoneo a configurare la "situazione" di cui all'art. 2359 cit., da "moltitudine" diventi "una", in grado di influire sulle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale»;

---

<sup>52</sup> Corte dei conti, Sez. riunite in s.g., 29 luglio 2019, n. 25, in *Giur.it.*, 2020, 391 ss. con nota di M.E. COMBA e F. SUDIERO, *Le società a "controllo pubblico" (congiunto): luci e ombre dal (e sul) codice civile?*.

<sup>53</sup> Posto che, come è noto, in assenza di norme derogatorie, le disposizioni dettate per la categoria più generale risultano applicabili anche alle categorie speciali (v., per tutti, N. IRTI, *L'età della decodificazione*, IV ed., Milano, 1999, 54 ss.) e salvo quanto si dirà oltre con riferimento al controllo senza partecipazione (pubblica).

<sup>54</sup> V., sempre, Corte dei conti, Sez. riunite in s.g., 29 luglio 2019, n. 25, cit.

3) «siffatta *reductio ad unum* della volontà assembleare [...] deve risultare da norme di legge o statutarie, ovvero da patti parasociali»;

4) tutte le ipotesi di controllo considerate «compresa quella aggiunta dal TUSP, presuppongono dunque un'organizzazione giuridica unitaria da parte [di, ndr] chi esercita il "dominio", in modo da poter imprimere un'unità di indirizzo strategico al soggetto partecipato»;

Questa lettura del combinato disposto dell'art. 2, comma 1, lett. m) e b), invero, può essere oggetto di critica.

Infatti, secondo una prima possibile interpretazione di tale combinato disposto si potrebbero ipotizzare quattro forme di controllo pubblico, ovvero mediante: i) il possesso, da parte del socio pubblico, della maggioranza assoluta dei voti in assemblea [art. 2359, comma 1, n. 1)]; ii) il possesso, da parte del socio pubblico, della maggioranza di fatto dei voti [art. 2359, comma 1, n. 2)]; iii) l'esercizio, da parte del socio pubblico, di un'influenza dominante derivante da particolari vincoli contrattuali [art. 2359, comma 1, n. 3)]; iv) il potere di influire in maniera determinante (attraverso il necessario consenso unanime di tutti gli enti «che condividono il controllo»), sulla base di disposizioni di legge, statutarie o di patti parasociali, sulle «decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale» [art. 2, comma 1, lett. b), TUSP].

Dunque, il TUSP, secondo questa prima impostazione, avrebbe introdotto una quarta forma di controllo del tutto indipendente dalle altre tre del codice civile, una fattispecie di controllo totalmente nuova, che potrebbe materializzarsi in presenza di fonti qualificate (legge, statuto, patto parasociale)<sup>55</sup>, indipendentemente dal verificarsi di una delle tre ipotesi di cui all'art. 2359 c.c.<sup>56</sup>, ed anzi, dando pure rilievo alla partecipazione di

---

<sup>55</sup> «Così, l'art. 2, comma 1, alle lett. b) ed m) nel richiamare la nozione di controllo attraverso l'art. 2359 c.c., confermandone la relativa centralità, affianca una 'nuova' nozione di controllo la cui origine potrà di volta in volta individuarsi in norme di legge, statuti o patti parasociali richiedendo l'ulteriore *connotazione soggettiva ed oggettiva*. Si richiede, infatti, il "consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo" e, da un punto di vista oggettivo, viene richiesto (il consenso unanime) solo per quelle "decisioni finanziarie e gestionali strategiche", finalità evidentemente da relazionare alla stessa ratio della norma collegata alla necessità di monitoraggio e controllo dei "veicoli" destinatari di provviste finanziarie di fonte pubblica. Controllo che, evidentemente, deve riguardare sia l'attività, incidendo su quelle decisioni strategiche, sia la gestione delle stesse risorse finanziarie" (M.V. SUSANNA, *Osservazioni in tema di controllo congiunto e relativa necessaria "formalizzazione" nel testo unico partecipate pubbliche*, in *Soc.*, 2019, 143, corsivo mio).

<sup>56</sup> Così paiono esprimersi, ad esempio: Corte dei conti Piemonte Sez. contr. Delib., 23 aprile 2018, n. 42, in *Quotidiano Enti Locali*, 2018 («[I]a lettura congiunta della lett. m) e della lett. b) dell'art. 2, D.Lgs. n. 175/2016 consente, pertanto, d'individuare la sussistenza del controllo pubblico: i) nel caso in cui una singola p.a. o una pluralità di p.a. congiuntamente si trovino in una delle situazioni descritte dall'art. 2359 c.c.; ii) nel caso in cui, a prescindere dall'esistenza dei presupposti di cui all'art. 2359 c.c., tutte le parti che condivi-

minoranza, potendosi, quindi, concepire anzitutto come influenza “*negativa*” (nei termini di un potere sostanziale di veto)<sup>57</sup> con riguardo alle «decisioni finanziarie e<sup>58</sup> gestionali strategiche relative all’attività sociale».

In questo modo il controllo interno “*positivo*” ex art. 2359 c.c. sarebbe equiparato al controllo “*strategico*” negativo di cui all’art. 2, comma 1, lett. b), secondo periodo, con evidente rischio di sovrapposizioni laddove il controllo sulle decisioni strategiche lasci l’area del veto per manifestarsi nella forma di un potere positivo e, quindi, entrando nell’area dell’art. 2359 c.c. (se non, come si vedrà, persino, della direzione e coordinamento).

Secondo altra lettura, invece, si potrebbero reinterpretare tutte le forme di controllo del codice civile alla luce del secondo periodo della disposizione in esame e, quindi, ritenere sussistente il controllo pubblico solo se esista quell’influenza (se del caso congiunta<sup>59</sup>) sulle «decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale», dovendosi, pertanto, escludere l’esistenza di un controllo pubblico, quantomeno nei ter-

dono il controllo siano tenute, in base a norme di legge/previsioni statutarie/patti parasociali, ad esprimersi all’unanimità sulle “decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale”»); Corte dei conti Liguria Sez. contr. Delib., 24 gennaio 2018, n. 3, in *Quotidiano Enti Locali*, 2018 («[i]n virtù del combinato disposto delle lett. b) ed m), art. 2, D.Lgs. n. 175/2016, vanno qualificate come “società a controllo pubblico” quelle in cui “una o più” amministrazioni dispongono dei voti o dei poteri indicati nell’art. 2359, n. 1), 2) e 3), c.c. A queste, si aggiunge la fattispecie, ulteriore e autonoma, indicata al secondo periodo, lett. b), art. 2, TUSP»).

<sup>57</sup> Si veda sul punto F. GUERRERA, (nt. 41): «[o]rbene, se la nozione codicistica di controllo ricomprende, ormai contrariamente a quanto prima si riteneva, il controllo congiunto derivante da accordi di governo della società atti a ricomprendere tutte le decisioni gestionali strategiche e imperniati su procedure decisionali a maggioranza, la specificità della prescrizione del TUSP risiede nell’intento di allargare la nozione di “controllo pubblico” ai casi in cui l’ente partecipante detiene una posizione di minoranza, ma rafforzata da un potere di veto che implica il “concorso volitivo necessario” alla formazione della volontà del gruppo di comando» (corsivo mio). Si è affermato altresì che «[v]a osservato che la novità della norma introdotta dal legislatore “speciale” sembra doversi ricondurre, in una lettura combinata fra primo e secondo periodo della lett. b), sicuramente alla previsione esplicita di “controllo congiunto” o “condiviso” nonché all’aver dato rilievo a tutte quelle forme di influenza dominante o positiva, di cui al richiamato art. 2359 c.c., ovvero determinante o di “veto” o “interdittive”, di cui al secondo periodo della stessa lettera, la cui valenza dovrà trovare verifica nei principi espressi nei successivi art. 4, vincolo di scopo e di attività, e art. 5, sugli obblighi motivazionali, del T.U.» [M.V. SUSANNA, (nt. 55), 143, corsivo mio].

<sup>58</sup> Peraltro, ci si potrebbe chiedere se la previsione della congiunzione «e» sia da intendersi nel senso che l’influenza determinante debba riguardare cumulativamente o anche solo alternativamente le decisioni finanziarie e gestionali strategiche.

<sup>59</sup> Rimarrebbe peraltro da domandarsi se il potere congiunto possa, quindi, estendersi a tutte le ipotesi di controllo (in caso contrario si avrebbero di nuovo quattro ipotesi, ma rilette secondo questa interpretazione, la cui quarta si distinguerebbe dalle altre perché consentirebbe il controllo congiunto sulla base di legge, statuto o patti parasociali).

mini di cui al TUSP, se, pur in presenza di una situazione di controllo *ex art. 2359 c.c.*, i soggetti pubblici «che condividono il controllo» non siano in grado di esercitare quell'influenza determinante (almeno negativa, ovvero in termini di veto) sulle «decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale»<sup>60</sup>.

In altre parole, l'ultima ipotesi contemplata dalla norma in questione non solo rappresenterebbe una fattispecie ulteriore di controllo rispetto a quelle civilistiche descritte dall'*art. 2359 c.c.*, ma avrebbe l'effetto di individuare, in questo potere di influenza, l'elemento "qualificante" di tutti i tipi di controllo descritti dalla norma, elemento, in assenza del quale, quindi, non potrebbe parlarsi di controllo pubblico.

Numerosi argomenti depongono sia per l'una che per l'altra tesi.

Per la prima sembra deporre il tenore letterale e la struttura dell'*art. 2, comma 1, lett. b)*: il secondo periodo è separato da un punto e contiene la congiunzione «*anche*» che parrebbe, in effetti, affiancare una nuova ipotesi a quelle precedenti. Depone, in tal senso, altresì la *ratio* della disciplina delle società a controllo pubblico ispirata ai principi di efficienza, efficacia ed economicità della pubblica amministrazione nonché a quella di contenimento della spesa e di salvaguardia delle risorse pubbliche di cui agli *artt. 1, 4, 5 e 11 TUSP*<sup>61</sup>, in quanto estende effettivamente la nozione di controllo rispetto alla norma civilistica sia in senso soggettivo che oggettivo, in modo tale da abbracciare, così, più ipotesi possibili. In terzo luogo, anche il tenore letterale dell'*art. 16 TUSP* sembra distinguere il controllo [prima parte dell'*art. 2, comma 1, lett. b)*] dal veto [seconda parte della medesima *lett. b)*], laddove afferma che, ai fini dell'affidamento diretto, le società *in house* non possono essere partecipate da capitali privati se non nella misura prescritta da norme di legge e purché ciò «avvenga in forme che non comportino "controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante" sulla società controllata»<sup>62</sup>.

In favore della seconda lettura, milita, invece, anzitutto il riferimento dell'*art. 2, comma 1, lett. m)*, TUSP ai «*poteri*» della *lett. b)* anziché alla «*situazione*» ivi descritta. Infatti, quantomeno testualmente, i primi so-

---

<sup>60</sup> Ritiene che non sia sufficiente, ai fini del "controllo pubblico, la maggioranza azionaria in mano pubblica anche M. LIBERTINI, (nt. 22), 9, G. D'ATTORRE, *La governance delle società pubbliche*, in *Giur. Comm.*, 2020, I, 262 ss. nonché anche parte della giurisprudenza amministrativa: v., in particolare, TAR Marche-Ancona, 11 novembre 2019, n. 695

<sup>61</sup> F. GUERRERA, (nt. 41). Sul punto v. anche F. FRACCHIA, *I controlli sulle società pubbliche*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2018, 861 ss., F. GOISIS, *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in *Dir. economia*, 2017, 1 ss. Sul tema, in generale degli obiettivi "gestori" e dei controlli nelle società a controllo pubblico, v. già R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012, 239 ss.

<sup>62</sup> Corsivo mio.

no descritti nel secondo periodo, mentre il controllo è, anzitutto una «*situazione*»<sup>63</sup> [descritta al primo periodo della lett. b)]. In secondo luogo, occorrerebbe considerare un possibile argomento *a contrario*: sembrerebbe, infatti, che, se l'influenza sulle scelte strategiche e finanziarie fosse elemento essenziale solo per la quarta fattispecie di controllo pubblico [di cui al secondo periodo della lett. b)], allora si dovrebbe concludere che per le altre ipotesi di controllo di cui al primo periodo (ovvero quelle *ex art.* 2359 c.c.) tale influenza non sia necessaria, posto che il controllo di cui all'art. 2359 c.c. non comporta necessariamente, in sé, come si è sopra accennato, l'esercizio di una influenza su scelte finanziarie e gestionali strategiche. In altre parole, così ragionando, parrebbe esservi una certa asimmetria tra le diverse ipotesi di controllo, specie se si considerano tutti quegli istituti sopra succintamente esaminati (come le speciali categorie di azioni o quote, i diritti particolari *ex art.* 2468 c.c., gli strumenti partecipativi, il voto multiplo ed altri) che possono caratterizzare le partecipazioni sociali, attribuendo peculiari prerogative, anche amministrative, a prescindere dalla misura della partecipazione stessa. Infine, sempre a sostegno di questa tesi, si potrebbe affermare che il tenore dell'art. 16 non dovrebbe essere sopravvalutato, posto che il diritto di veto potrebbe essere, al più, solo un elemento della più complessa fattispecie del controllo pubblico, connotata da diverse possibili intensità (dal veto sulla base di norme di legge, statuto, patti parasociali, partecipazioni societarie, all'influenza positiva grazie alle medesime fonti, sino, come si vedrà, forse, persino alla direzione e coordinamento e al controllo analogo, comunque astrattamente rientranti nel concetto di influenza determinante<sup>64</sup>).

Secondo, dunque, questa diversa lettura, la parola «*anche*» dell'art. 2, comma 1, lett. b) secondo periodo, starebbe a significare che l'*influenza determinante* sulle decisioni gestionali strategiche e finanziarie, necessaria ai fini della nozione di «società a controllo pubblico», potrebbe verificarsi, non solo attraverso il controllo nei casi di cui all'art. 2359 c.c., ma, appunto, «*anche* [solo, ndr.]» mediante il mero potere di veto esercitabile dalle pubbliche amministrazioni in forza della legge, statuto o patti parasociali.

In altre parole, il minimo comun denominatore starebbe nel (quantomeno) potere di veto delle pubbliche amministrazioni, in tutte le quattro ipotesi di controllo tratteggiate dall'art. 2, comma 1, lett. b) e m), TUSP.

In questo senso (e se si condivide la c.d. *reductio ad unum* degli enti pubblici partecipanti), sembra convincente l'affermazione di chi ritiene che resterebbero fuori dalla nozione di controllo quelle società che, pur inte-

---

<sup>63</sup> Corte dei conti, Sez. riunite in s.g., 29 luglio 2019, n. 25, cit.

<sup>64</sup> Su cui v. oltre.

ramente controllate da enti pubblici, presentino un assetto proprietario e di governo talmente frammentato e instabile (in assenza di patti parasociali anche di fatto) da non consentire l'individuazione di un «nucleo di controllo»<sup>65</sup>.

Va, tuttavia, detto che questa lettura della lett. b) ridurrebbe il perimetro di applicazione del controllo pubblico perché richiede sempre la presenza dell'elemento dell'influenza determinante su aspetti decisionali strategici e finanziari, non parendo sufficiente il semplice controllo di tradizione civilistica. E ancor più ristretto sarebbe tale perimetro – ma questo in ogni caso anche se si seguisse la prima interpretazione – se si ritenesse che la congiunzione «e», contenuta nella disposizione, implichi la necessità di una tale influenza sia sulle decisioni gestionali strategiche sia su quelle finanziarie e non solo, alternativamente, su una delle due.

Ad ogni modo, quale che sia la lettura preferita, ma specie se si intende tale dominio effettivo e dinamico esteso a tutte le ipotesi di controllo, sembra potersi individuare, nel TUSP, una nuova concezione di controllo che pare collocarsi a fianco dell'attività di direzione e coordinamento e del controllo civilistico. Generando, così, diversi dubbi, anche rispetto al rapporto con altra categoria di “controllo”, questa tutta pubblicistica, di “controllo analogo” di cui alle società *in house* (ove, invece, l'influenza pare necessariamente “positiva”<sup>66</sup>).

#### 4. Controllo pubblico e direzione e coordinamento

Pare, quindi, opportuno un breve approfondimento anzitutto sul rapporto tra i concetti di controllo pubblico, delineato dal TUSP, di controllo civilistico, di cui all'art. 2359 c.c., e di attività di direzione e coordinamento, di cui all'art. 2497 c.c.

In effetti, alla luce di quanto appena esposto, la questione pare complessa e ciò sia che si ritenga ammissibile il fenomeno della direzione e coordinamento per le società pubbliche sia che lo si escluda<sup>67</sup>: nel primo caso il controllo pubblico delineato dal TUSP parrebbe integrare una nuova categoria di governo della società a partecipazione pubblica da raffrontare, appunto, con l'attività direzione e coordinamento (onde compren-

---

<sup>65</sup> F. GUERRERA, (nt. 41). Pare invece contraria a questa tesi Corte dei conti Sez. riunite contr., Delib., 20 giugno 2019, n. 11, secondo cui, ai fini dell'integrazione della fattispecie delle “società a controllo pubblico”, rilevante per l'ambito di applicazione di alcune disposizioni del D.Lgs. n. 175/2016, deve ritenersi sufficiente, che una o più P.A. dispongano, in assemblea ordinaria, della maggioranza dei voti previsti dall'art. 2359 cod. civ.

<sup>66</sup> F. GUERRERA, (nt. 41). Sul tema si veda comunque *infra*, ma sin d'ora per la tesi opposta si rinvia, per tutti, alle osservazioni di V. DONATIVI, *Gli strumenti per l'esercizio del controllo analogo*, in AA.VV., *Le società in house*, Napoli, 2020, 98 ss.

<sup>67</sup> Sul punto v. subito oltre.

derne le differenze ed il rapporto), nel secondo, essa potrebbe, invece, tenere luogo (o fare le veci) proprio di quest'ultima nello specifico ambito della *governance* di tali società, specie nella sua versione "positiva" (ovvero non corrispondente ad un mero potere di veto). Dovendo poi, in entrambi i casi, fare i conti anche con l'ulteriore nozione di controllo analogo<sup>68</sup>.

In altre parole, ci si potrebbe domandare se tra i "modelli" di governo societario del controllo civilistico e dell'attività di direzione e coordinamento - laddove ritenuta ammissibile per tali società - sia possibile individuare delle figure intermedie (di intensità proporzionata al grado di ingerenza nell'autonomia della partecipata) o alternative tra cui, anzitutto, proprio quella di controllo pubblico tratteggiata dal TUSP nei termini appena illustrati.

Sul punto valga un cenno, senza alcuna pretesa di esaustività essendo la ricerca ancora aperta.

Come è noto, non è per nulla pacifica<sup>69</sup> l'ammissibilità nelle società pubbliche del fenomeno della direzione e coordinamento, posta anche la legge di interpretazione autentica che ha escluso lo Stato dai soggetti legittimati passivi dell'azione risarcitoria di cui all'art. 2497 c.c.<sup>70</sup>. Ciò, in quan-

<sup>68</sup> Il controllo analogo è stato accostato, con varie declinazioni, al potere di eterodirezione che si rinviene nei rapporti di gruppo di imprese ex articolo 2497 c.c.: in dottrina, ad esempio, oltre alle già recenti riflessioni di A. VALZER, (nt. 17), 1027 ss., v. F. FIMMANÒ, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in *Gazzetta forense*, 2014, 1, 27; F. GUERRERA, *L'amministrazione, in Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. IBBA, Milano, 2019, spec. 146 ss.; A. Zoppini, *Le società in house: un diverso modo di realizzare la direzione e il coordinamento tra imprese?*, reperibile in internet al seguente indirizzo: [www.andreazoppini.it](http://www.andreazoppini.it); in giurisprudenza, v. Trib. Roma, 2 luglio 2018, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>69</sup> Tema dibattuto sin dalla riforma societaria del 2003. Tra i sostenitori dell'applicabilità della norma agli enti pubblici e allo Stato v., oltre ai riferimenti di cui alla nota successiva, per tutti, C. Ibba, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005, 1 ss., G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 2005, 157, G.B. PORTALE, *Fondazioni "bancarie" e diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005, 23 e 34, P. MONTALENTI, (nt. 45), 335 ss., F. GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2005, 690, G. Romagnoli, *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2004, II, 214. Per la tesi contraria, quantomeno per lo Stato, v., in particolare, F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario C.C.* a cura di F. GALGANO, G. SBISA, Milano, 2012, 80, 126 e 194 secondo il quale le direttive dello Stato sarebbero al più direttive politiche e non imprenditoriali; A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2004, 842 che ravvisa al più, per gli enti pubblici, una responsabilità aggiuntiva ai sensi dell'art. 2497, comma 3, c.c.; R. WEIGMANN, *Le imprese di servizi pubblici locali dopo la riforma societaria*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, Milano, 2005, 4090 per la tesi della parziale inapplicabilità.

<sup>70</sup> Il riferimento è all'art. 19, comma 6, d.l., n. 78/2009. In senso critico per la disposizione v.: V. Cariello, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, comma 1° c.c. (art. 19, comma 6°, D.L., n. 78/2009)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 343, il quale

to, il soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento dovrebbe necessariamente essere un «ente portatore di interessi d'impresa»<sup>71</sup>. Vi è, invero, una diversa opinione, per la quale il senso del richiamo all'interesse imprenditoriale non sarebbe quello di escludere la responsabilità nei casi di violazione delle regole di corretta gestione per un interesse diverso, ma quello di precisare che la condotta sanzionata si inserisce nello svolgimento di un'attività di impresa e che l'interesse perseguito da questa deve essere estraneo a quello della società eterodiretta, tanto da essere indifferente che esso sia della capogruppo o altrui<sup>72</sup>. Secondo questa interpretazione la predetta legge di interpretazione autentica deporrebbe, di contro, proprio in tal senso, posto che pone come unica condizione, ai fini dell'applicazione dell'art. 2497 c.c., la circostanza che i soggetti giuridici collettivi «detengano la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria». Non solo, dunque, l'interesse imprenditoriale non sarebbe elemento costitutivo della fattispecie<sup>73</sup>, ma altresì esso non sarebbe neppure un requisito dell'attività di direzione e coordinamento<sup>74</sup>.

Ad ogni modo, la tesi dell'ammissibilità della direzione e coordinamento per le società a partecipazione pubblica – peraltro in linea con alcune esperienze straniere<sup>75</sup> – parrebbe persuasiva (ed anzi, come già visto,

auspica anche un'abrogazione della norma per illegittimità costituzionale; V. DONATIVI, (nt. 3), 40, E. MARCHISIO, *L'eterodirezione "pubblicistica"*, in *Analisi Giurid. Econ.*, 2015, 425. Ritiene, invece, la norma non un privilegio, bensì una limitazione del potere dello Stato di emanare direttive lesive dei diritti dei soci e dei creditori, posto che, in tal caso, questi soggetti dovrebbero godere di una tutela forse anche più forte di quella di cui all'art. 2497 c.c. (che contiene diverse esimenti), ovvero, ad esempio, quella risarcitoria dell'illecito aquiliano, M. CARLIZZI, *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *La governance delle società pubbliche nel D.Lgs. n. 175/2016*, Milano, 2017, 343 ss., Id, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, 1177. Sul tema v. anche le novità sopra descritte (nt. 46) apportate dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza e s.m.i.

<sup>71</sup> M.T. CIRENEL, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir. Comm. Int.*, 2005 52-53; M. MAUGERI, *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2007, I, 284; fa riferimento alla gestione del gruppo quale attività volta a gestire l'insieme delle società alla stregua di "una sola impresa" P. JAEGER, *"Direzione unitaria" di gruppo e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. Soc.*, 1985, 825. M. CARLIZZI [(nt. 70), 355-356] ha osservato che la centralità di questo elemento parrebbe proprio confermata dalla norma di interpretazione autentica dell'art. 2497 c.c. prevista dal d.l. n. 78/2009.

<sup>72</sup> C. IBBA, (nt. 69), 10.

<sup>73</sup> P. MONTALENTI, (nt. 45), 336 ss.

<sup>74</sup> I. EBALLI, *Direzione e coordinamento nelle società a partecipazione pubblica alla luce dell'intervento interpretativo fornito dal "Decreto Anticrisi"*, in *Nuovo Dir. Soc.*, n. 10, 2010, 51.

<sup>75</sup> Per una sintesi si veda G.B. Portale, *Fondazioni "bancarie" e diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005, 34 ss. Si v., inoltre, in Germania il noto *leading case* del *Bundesgerichtshof* (II Senat, 13

spesso accostata al controllo analogo<sup>76</sup>) trovando, peraltro, fondamento nello stesso testo del TUSP posto che il relativo art. 11, comma 11 espressamente contempla il fenomeno della direzione e coordinamento «pubblico»<sup>77</sup>.

Sembra che, stanti le argomentazioni delle autorevoli voci favorevoli<sup>78</sup>, nonché taluni orientamenti giurisprudenziali anche recenti<sup>79</sup>, non si

ottobre 1977, versione italiana pubblicata in *Riv. Soc.*, 1978, 1333 ss.), a mente del quale «il fatto che la mano pubblica interviene nel campo dell'impresa privata per perseguirvi [...] i suoi svariati interessi comporta proprio la necessità di riconoscere l'applicabilità a tali ipotesi delle norme a tutela dell'impresa dominata: giacché per l'impresa dominata, che il legislatore ha voluto proteggere da influenze imprenditoriali esterne, non fa alcuna differenza che le decisioni d'impresa vengano determinate da un grande azionista anche o prevalentemente in vista dell'interesse generale; il pericolo di diventare vittima di quell'influenza rimane almeno lo stesso», pertanto, quando la mano pubblica «partecipa ad una società per azioni, essa è soggetta - come ogni azionista - a tutte le regole dell'*Aktiengesetz*, salvo che la legge stessa stabilisca per essa o per i suoi rappresentanti negli organi sociali qualche cosa di diverso».

<sup>76</sup> V. *supra* ma anche le riflessioni e la letteratura di cui oltre.

<sup>77</sup> «Nelle società di cui amministrazioni pubbliche detengono il controllo indiretto, non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere continuativo ovvero che la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante o di favorire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento». Più generico, pare invece, l'art. 17, comma 5, TUSP, in tema di società miste: «[n]el rispetto delle disposizioni del presente articolo, al fine di ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche non simultaneamente assegnati, la società può emettere azioni correlate ai sensi dell'articolo 2350, secondo comma, del codice civile, o costituire patrimoni destinati o essere assoggettata a direzione e coordinamento da parte di un'altra società».

<sup>78</sup> In senso favorevole per l'applicazione dell'art. 2497 c.c. agli enti pubblici diversi dallo Stato, ad esempio, C. ANGELICI, *In tema di socio pubblico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, I, 179, sul presupposto che, nonostante la legge di interpretazione autentica (art. 19, comma, 6, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, conv. in l. 2 agosto 2009, n. 102) residui uno spazio per applicare l'art. 2497 c.c. all'eterodirezione esercitata da enti pubblici che detengono partecipazioni sociali nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità economica o finanziaria. Sul tema v., anche, E. MARCHISIO, *L'eterodirezione "pubblicistica"*, in *Analisi giur. economica*, 2015, 435 ss. Sembra deporre in tal senso quell'orientamento dottrinale che assimila la situazione di una società in house a quella di una società soggetta a direzione e coordinamento: sul punto v. E. CODAZZI, *Le "nuove" società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, VIII Convegno Annuale Dell'associazione Italiana Dei Professori Universitari Di Diritto Commerciale "Orizzonti Del Diritto Commerciale" "Il Diritto Commerciale Verso Il 2020: I Grandi Dibattiti In Corso, I Grandi Cantieri Aperti", Roma, 17-18 febbraio 2017, 31 ss., in <http://rivistaodc.eu/media/65601/codazzi.pdf>, ID., *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazioni alla luce dell'art. 2497, comma 1, c.c.*, in *Giur. Comm.*, 2015, I, 1041 ss.; F. FIMMANÒ, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 8 aprile 2012, spec. 36 e 39; Id., *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, in *Soc.*, 2014, 76; F. GUERRERA, *Le società di capitali come formula organizzativa dei servizi pub-*

possa, dunque, escludere l'attività di direzione e coordinamento dalla "tassonomia" del governo delle società pubbliche (quantomeno per gli enti diversi dallo Stato).

Ed anzi, dovendosi presumibilmente considerare che la stessa, alla luce degli approdi della dottrina civilistica sopra sintetizzati, possa rappresentare una forma di ingerenza nella gestione della società forse di più ampio spettro (anche se non è detto che sia più incisiva, non comportando l'attività di direzione e coordinamento, in sé, poteri di veto), rispetto al concetto di controllo pubblico come appena ricostruito, ma presumibilmente meno intensa (o, quantomeno, meno specifica) del controllo analogo<sup>80</sup> (e, in ogni caso, non perfettamente sovrapponibile con quest'ultimo<sup>81</sup>).

*blici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2005, 689. *Contra*, oltre al già citato M. CARLIZZI, (nt. 70), 343 ss., ID., *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, 1177., S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale, Ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012, 94 ss.; R. WEIGMANN, *Le imprese di servizi pubblici locali dopo la riforma societaria*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, Milano, 2005, 4091.

<sup>79</sup> In giurisprudenza, si veda la rassegna della Sezione regionale di controllo per il Veneto e di quella per la Lombardia della Corte dei conti in I. Bonitatibus, E. RIVOLA, *Società pubbliche locali: divieto di "soccorso finanziario" e operazioni elusive, l'orientamento della Giustizia contabile*, in *Enti Locali Online*, nonché C. Conti Piemonte, 19 gennaio 2012, n. 3, in *Azienditalia*, 2012, 3, 245: «[i]n base al principio sancito per le società di capitali dagli articoli 2325 e 2462 cod. civ., deve ritenersi applicabile la responsabilità dell'ente pubblico nei confronti dei creditori sociali ai sensi dell'art. 2497 cod. civ., atteso che il controllo analogo determina l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento nell'interesse istituzionale dell'ente pubblico e non nell'interesse esclusivo della società controllata».

<sup>80</sup> Sul punto v., recentemente, A. Valzer, (nt. 17), 1027 ss. Secondo cui l'attività di direzione e coordinamento opererebbe su di un piano diverso del controllo analogo il quale, peraltro, rappresenterebbe una forma più intensa di influenza, ovvero un vero e proprio vincolo gerarchico tra società ed ente pubblico (v. anche Trib. Roma, 27 gennaio 2015, n. 1777, in *giurisprudenzadelleimprese.it*). Secondo l'Autore il controllo analogo, lungi dal rappresentare - almeno così mi pare di comprenderne il pensiero - una forma di influenza meramente negativa (o di veto) costituirebbe una forma di ingerenza vincolante nelle decisioni anche gestorie alla stregua di quanto avviene altrove (in particolare, a proposito della alienazione, anche parziale, del governo societario nei gruppi d'impresa nell'esperienza si veda l'ordinamento tedesco dei c.d. *Unternehmensverträge* e, in particolare, nel *Beherrschungsvertrag* di cui ai § 291 ff. AktG): «[d]etto controllo analogo, anzi, si concreta nell'esercizio di un potere speciale di influenza, che ha una diretta incidenza strutturale e funzionale endosociale: si attua, cioè, prima che sull'impresa dell'ente o nell'individuazione del suo mercato di riferimento, propriamente sull'attività gestoria dell'ente, provocando così quella deviazione dalle tradizionali regole di produzione dell'azione della società che ha in più occasioni evocato un giudizio di incompatibilità con il normale assetto dei tipi sociali e la necessità del riconoscimento a favore del socio pubblico di poteri « di controllo, di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, previsti in specifiche disposizioni dell'atto costitutivo, dello statuto o di appositi patti parasociali» (l'A.N.A.C., Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house, previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016, approvate dal

Ma la conclusione potrebbe rivelarsi, a tal punto, prematura. Occorre, infatti, soffermarsi maggiormente sul concetto di controllo analogo.

5. (segue) *Controllo pubblico e società in house.*

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 16 e 2, comma 1, lett. c) TUSP la società *in house* è caratterizzata da tre requisiti: i) il *controllo analogo*, definito come «la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata»<sup>82</sup>; ii) il capitale interamente pubblico (o, meglio, «l'assenza di capitale privato se non negli eccezionali casi previsti»<sup>83</sup> dalla

Consiglio dell'Autorità con delibera n. 235 del 15 febbraio 2017 e successivamente aggiornate). Sul tema v., anche, F. GUERRERA, (nt. 41), secondo cui, invece, le due nozioni (di controllo analogo e di *in house*) sarebbero compatibili, ed anzi, dovendo il controllo analogo inserirsi nel rispetto dei principi della direzione e coordinamento: «[l]e previsioni appena illustrate costituiscono degli ulteriori indici di 'specialità' della società *in house*, ma non escludono – e anzi probabilmente rafforzano – la configurabilità di un rapporto di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c.; con quel che ne consegue, sul piano organizzativo, con riguardo l'assoggettamento dell'organo amministrativo della società *in house* alle direttive e decisioni 'strategiche' dell'ente (o degli enti) controllante(i) – ferma, beninteso, la possibilità di disattendere a propria tutela eventuali scelte illegittime; sia in punto di responsabilità diretta dell'ente controllante (verso i soci di minoranza, pubblici o privati, e i creditori sociali) per eventuali atti di eterodirezione abusiva». Si è, invero, precisato che il controllo analogo (su cui, comunque, v. meglio oltre) parrebbe una forma di eterodirezione limitata ovvero un controllo diverso da quello societario ma pur sempre limitato ad un'attività d'indirizzo o supervisione. Così, facendo leva sull'art. 147 *quater* D.Lgs. n. 267/2000 ("TUEL"), si è affermato che «il controllo della pubblica amministrazione sfuma in un'eterodirezione riguardante le linee strategiche da seguire nella gestione più che tradursi in un'attività propulsiva o attiva di gestione» potendo associare «il controllo non tanto alla struttura organizzativa nel suo complesso (e sugli organi in sé considerati) quanto all'esercizio dell'attività commissionata alla società partecipata attraverso l'affidamento diretto. In tal senso, pertanto, il controllo andrebbe riferito all'organizzazione del servizio per il quale la società ha ricevuto l'affidamento *in house*» (C. PECORARO, *Le società in house: profili societari*, in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica* diretto da C. IBBA e I. DEMURO, Bologna, 2018, 203-204).

<sup>81</sup> Ancora, ritiene che il legislatore delegato abbia recepito l'indirizzo ermeneutico «che riconduce il "controllo analogo" alla fenomenologia societaria della "direzione unitaria"» F. GUERRERA, (nt. 41).

<sup>82</sup> Corsivo mio.

<sup>83</sup> Invero la norma, a differenza del Codice dei contratti pubblici (art. 5, d.lgs. 50/2016) utilizza il termine «prescritte» dalla legge. Sulla questione terminologica v. A. MALTONI, *La partecipazione detenuta in società in house da privati e da altri enti non affidanti e controllanti*, in AA.VV., *Le società in house*, Napoli, 2020, 153 ss. e ivi riff. (che critica la tesi prevalente per cui il termine «prescritte» assorbirebbe quello di «previste», frutto di erroneo recepimento della disposizione comunitaria) e G. VELTRI, *L'in house nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2016, 4, 436 (per il quale il fatto che il Codice dei contratti

*legge e purché ciò non comporti un controllo o potere di veto né l'esercizio di un'influenza determinante sulla controllata da parte del soggetto privato»<sup>84</sup>; iii)*

---

pubblici faccia riferimento alle partecipazioni private «previste» e non «prescritte» dalla legge rischierebbe di trasformare l'eccezionalità dell'affidamento diretto in modalità ordinaria) nonché il peculiare approccio del Consiglio di Stato che sebbene con parere n. 2583 dell'8 novembre 2018 avesse affermato che «la locuzione 'prescritta' utilizzata all'articolo 16 del d.lgs. n. 175/2016 non debba essere intesa in senso precettivo (come 'obbligo' imposto dalla legge)» bensì nel senso che «la legge "prescrive" che possa consentirsi la presenza di privati», con il successivo parere n. 1389 del 7 maggio 2019 ha stabilito, invece, che «occorre quindi che, a livello interno, la partecipazione sia 'prescritta', e non meramente consentita».

<sup>84</sup> La previsione normativa [invero anche comunitaria: v. art. 12, comma 3, lett. c) direttiva 2014/24/UE] ha consentito di superare anche le perplessità che si erano manifestate sul punto anche in ambito comunitario in virtù di pronunce della Corte di Giustizia (come, ad esempio, le note sentenze *Stadt Halle* dell'11 gennaio 2005, C-26/03 e *Parking Brixen* del 13 ottobre 2005, C-458; per la giurisprudenza nazionale v., invece, Cons. Stato, Sez. V., 30 agosto 2006, n. 5072. ; sul tema, v., per una ricostruzione storica, S. VERNILE, *L'affidamento in house*, in AA.VV., *Contratti delle pubbliche amministrazioni*, a cura di G.M. CARUSO, D. D'ALESSANDRO, D. PAPPANO, Torino, 2019, 177 ss. nonché, più in generale, v. A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). ed il recentemente il contributo di A. MALTONI, (nt. 83), 153 ss.

Ci si potrebbe, invero, quasi provocatoriamente, domandare se (al di fuori dei c.c.d.d. *golden powers*) sia possibile un controllo pubblico senza partecipazione (pubblica). La suggestione, almeno ad un esame letterale, non sembra tanto peregrina, posto che sia l'art. 2359, comma 1, n. 3 c.c., richiamato dalla formulazione generica dell'art. 2, comma 1, lett. b) TUSP, sia l'art. 2, comma 1, lett. b) secondo periodo, sembrano consentirlo. Così facendo, in particolar modo considerando quest'ultima ulteriore forma di controllo come una forma di influenza positiva (e non di mero veto), si darebbe, però, adito ad una situazione piuttosto complicata e forse contro-intuitiva, ovvero di considerare a controllo pubblico tutti quei soggetti che, in qualche modo, "dipendono" (in via contrattuale ma soprattutto per legge) dagli enti pubblici (come i soggetti destinatari di finanziamenti pubblici) o le cui decisioni, comunque, sono prese dagli stessi enti. Un esempio significativo potrebbe essere quello delle società che gestiscono *public utilities* soggette alla regolazione dell'ARERA, ai sensi del D.Lgs. n. 481/1995 e delle diverse normative di settore. In tali casi, infatti, l'Autorità determina sia le tariffe che i soggetti regolati possono pretendere dai loro clienti sia gli obblighi che a tali tariffe corrispondono, oltre persino ai livelli di qualità del servizio. Ci si domanda quindi, ma come mero spunto, se tali elementi possano avvicinarsi ad una forma di controllo, in quanto ogni loro modifica incide certamente sulle scelte gestionali e finanziarie dei soggetti regolati, benché, d'altra parte, si tratti di provvedimenti generali e non diretti alla singola società. Inoltre, ci si potrebbe persino spingere ancora oltre, chiedendosi se possa esistere anche un controllo analogo senza partecipazione. Come è noto, ai sensi dell'art. 4, comma 4 TUSP, le società *in house* possono avere come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b) d) ed e) del comma 2 e devono operare «in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti»; in tali casi, in base alla lettera della norma, potrebbero esservi enti affidanti che non sono partecipanti. In secondo luogo, partendo sempre dal medesimo presupposto e considerato che, come si è visto, la definizione di controllo analogo non si riferisce al capitale sociale se non in termini negativi [art. 2, comma 1, lett. o) TUSP] (ovvero affermando che i capitali privati possono essere presenti solo se tale partecipazione è prevista dalla legge e purché ciò non comporti controllo, potere di veto né influenza determinan-

lo svolgimento della parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano. Inoltre l'art. 16, comma 2 TUSP prevede che l'assetto in questione possa essere raggiunto mediante: i) la previsione da parte degli statuti delle società per azioni, di clausole derogative degli artt. 2380 *bis* e 2409 *novies* c.c. (che prevedono l'esclusività in capo all'organo amministrativo, dell'attività gestoria)<sup>85</sup> ii) la previsione da parte degli statuti delle società a responsabilità limitata di diritti particolari ai sensi dell'art. 2468, comma 3 c.c. in favore dei soci ente o degli enti pubblici<sup>86</sup>; iii) la conclusione di appositi patti parasociali.

Come è noto, il concetto di controllo analogo e, in generale, il tema delle società *in house* ha conosciuto una travagliata evoluzione<sup>87</sup>. La Com-

te) potrebbe, per assurdo, verificarsi che una legge, che consenta (*recte*, prescriva? v. *supra*) una partecipazione totalitaria privata, attribuisca, sempre per legge, il controllo ed il potere di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata ad un ente pubblico affidante, dunque, di nuovo, non partecipante? In tal senso potrebbe deporre anche la posizione del Consiglio di Stato (Sez. V, ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138) per il quale la possibilità di ammettere soci pubblici non affidanti, ossia soci di mero conferimento di capitale, non dovrebbe essere preclusa. A tal proposito il Supremo Consesso amministrativo ha sollevato questione pregiudiziale chiedendo alla Corte di giustizia UE, questione pregiudiziale decisa dalla Corte di giustizia UE con l'ordinanza della sez. IX del 6 febbraio 2020 (cause riunite C-89/19, C-90/19 e C-91/19).

<sup>85</sup> Su cui v. *infra*.

<sup>86</sup> Sul tema, v., in particolare, il recente contributo di P. Valensise, *L'esercizio dei diritti del socio pubblico nella prospettiva della responsabilità erariale ex D.Lgs. 19 agosto 2016 n. 175. Spunti di diritto societario*, in *Il diritto dell'economia*, 2019), 95 ss.

<sup>87</sup> Sull'evoluzione giurisprudenziale dell'*in house*, senza pretesa di esaustività, v.: G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1467; C. ALBERTI, *L'in house negli orientamenti della Comunità europea*, in *Aa.Vv., Società pubbliche-private e procedure di affidamento. L'in house alla prova delle regole comunitarie*, Trento, 2007; I. MOSCARDI, *In house providing: il punto di arrivo della giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di "controllo analogo"*, in *Foro amm. Tar*, 2007, 6, 2245; G. URBANO, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, reperibile in internet al seguente indirizzo: [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it); F. Goisis, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in *Dir. amm.*, 2008, 579; V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 6, 1501; G. CARULLO, *Prime riflessioni in merito alle "nuove" eccezioni relative agli affidamenti tra enti nell'ambito del settore pubblico, alla luce della "vecchia" giurisprudenza sull'in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 3-4, 823; M.A. SANDULLI, F. APERIO BELLA, *Le evoluzioni dell'in house providing*, in *Aa. Vv., Libro dell'anno del Diritto 2016*, Roma, 2016, 228.

Le menzionate disposizioni hanno recepito le indicazioni europee e segnatamente della direttiva 2014/24/UE. Per un esame v., per tutti, C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 5, 1168 e M. CIAN, *I requisiti qualificatori della società in house*, in *Giur. comm.*, II, 2019, 196 ss.; D. USAI, *Elenco delle società in house - essenza del controllo analogo nelle società di diritto comune*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2019, 81 ss.

missione europea ha utilizzato per la prima volta l'espressione "*in house providing*" nella Comunicazione 11 marzo 1998 n. 143 COM(98), Libro Bianco sugli appalti, ma l'elaborazione dei requisiti della relazione in questione si deve in particolare alla pronuncia della Corte di giustizia del 18 novembre 1999, resa nella causa C-107/98, *Teckal s.r.l. c. Comune di Viano e Agac*. Di qui, si è sviluppato un fitto dibattito in dottrina e giurisprudenza il cui approdo è rappresentato dalla menzionata definizione del TUSP (art. 16) e del Codice dei contratti pubblici (art. 5).

Due, dunque, anzitutto, i requisiti sostanziali: il c.d. "*controllo analogo*" e il c.d. "*vincolo di prevalenza*". Quanto, in particolare, al primo - più rilevante per l'economia del presente lavoro - si è soliti affermare che esso sussiste allorché un'amministrazione possa esercitare sulla società un controllo, appunto, *analogo* a quello esercitato sui propri organi, ovvero un controllo di tipo amministrativo, paragonabile ad un controllo di tipo gerarchico e l'ente, «oltre al potere di direttiva e di indirizzo, deve avere anche il potere di autorizzare o di annullare quantomeno tutti gli atti più significativi della società, come il bilancio, i contratti che superino una certa soglia ed in generale gli atti più qualificanti della gestione che non si risolvano in meri atti ordinari e burocratici»<sup>88</sup>. In altri termini, quindi, tra ente e società deve sussistere una relazione quasi di subordinazione gerarchica<sup>89</sup> che ha come presupposto necessario e indefettibile «un controllo effettivo sulla gestione dell'ente partecipato, attraverso poteri di condizionamento sull'operato del *management* in grado di conformare l'azione di quest'ultimo agli interessi pubblici»<sup>90</sup>.

Onde valutare la sussistenza di tale forma di controllo non parrebbe sufficiente, secondo l'opinione prevalente, verificare l'elemento strutturale della partecipazione pubblica al capitale sociale, ma occorrerebbe esaminare anche gli specifici poteri - come peraltro sottolineato dai citati artt. 2, comma 1, lett. c) e 16 TUSP - che possono essere esercitati sul soggetto controllato<sup>91</sup>. Più in particolare secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, il controllo analogo presuppone che l'ente controllante disponga di «una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti», che non si traduce in via esclusiva nel (solo) potere di nominare la maggioranza dei componenti degli organi di amministrazione e di controllare la maggioranza assembleare (alla

---

<sup>88</sup> Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1181, in *Pluris*.

<sup>89</sup> Cass., Sez. un., 17 settembre 2019, n. 22712, in *Pluris*.

<sup>90</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 30 aprile 2018, n. 2599, in *Pluris*, sostanzialmente con linea con i propri precedenti più risalenti.

<sup>91</sup> Così, M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria. In house providing*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 2-3, 537. Sul tema v., in generale, V. DONATIVI, (nt. 66), 98 ss.

stregua di un controllo civilistico), «ma che richiede altresì la verifica puntuale della sussistenza di penetranti poteri decisionali idonei a incidere sugli obiettivi strategici della società controllata che deve risultare sostanzialmente priva di effettiva autonomia»<sup>92</sup>.

Sicché non pare sufficiente a tal fine né il controllo dell'assemblea né la totalità del capitale sociale, quindi, non si tratta, tecnicamente di *influenza dominante*<sup>93</sup>, ma occorre che la "mano pubblica" abbia la possibilità di influire sulle decisioni più importanti, addirittura, alla stregua (secondo alcuni) di quanto avviene altrove a proposito dei cc.dd. "contratti di dominio"<sup>94</sup>.

Il tema e, in particolar modo, sino a quanto ci si possa spingere nel derogare alla disciplinare societaria comune<sup>95</sup> e segnatamente, l'art. 2380

<sup>92</sup> Così, testualmente, F. FRACCHIA, S. VERNILE, (nt. 11), 12 ss. e ivi riferimenti giurisprudenziali.

<sup>93</sup> E, infatti, l'art. 2, comma 1, lett. c) parla di influenza «determinante».

<sup>94</sup> V. *Supra* a proposito dell'ordinamento tedesco e le riflessioni contenute nel recente contributo di A. VALZER, (nt. 17), 1027 ss. per cui il controllo analogo rappresenterebbe un'ipotesi espressa di dominio gerarchico nel nostro ordinamento addirittura più intenso della direzione e coordinamento e dell'influenza dominante di cui all'art. 2359 c.c.: «Le precedenti riflessioni accreditano una ferma conclusione: se si guarda alle esigenze che invocano tutela e alla sintesi degli interessi effettuata dalle disposizioni di diritto positivo dettate dall'art. 16 t.u.s.p.p. per le società *in house*, può concludersi che, oggi, il nostro ordinamento ammette e legittima direttamente una specifica fattispecie di rapporto gerarchico in materia gestoria tra enti formalmente distinti».

<sup>95</sup> Sul tema V., in particolare, M. CIAN, (nt. 87), 196 ss., C. PECORARO, (nt. 80), 209 ss., F. Goisis, *La natura della società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in *Riv. Corte Conti*, 2014, 13, C. ANGELICI, (nt. 9), 25 ss., R. Costi, *Introduzione*, in *Aa.Vv., Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, a cura di C. IBBA, Milano, 2019, 1 ss.; C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, *ivi*, 27 ss., a p. 40 ss. e, più recentemente, M. LIBERTINI, (nt. 22), 14, V. DONATIVI, (nt. 66), 98 ss. il quale in particolare distingue due scuole di pensiero: una possibilista, che si fonda sul peculiare sistema dell'affidamento "diretto" e, quindi sul rapporto di forte immedesimazione che deve instaurarsi tra ente affidante e società affidataria; una "negazionista" basata sull'argomento letterale e sull'inesistenza di previsioni specifiche che consentano tali deroghe. Secondo l'Autore la disciplina del TUSP non ha chiarito, ma ha gettato ancor più ombre sul tema, posto che, in particolare, non pare pacifico il significato del verbo «potere» utilizzato dall'art. 16 (che pare avere diversi significati) ed assai complesso si presenta il rapporto di questa norma con le altre dettate dal medesimo testo unico a proposito delle società a controllo pubblico e quelle di cui al nuovo d.lgs. 50/2016. L'Autore nel suo contributo attraverso un metodo induttivo-normativo giunge alla conclusione che [d]all'approccio ermeneutico/ricostruttivo sopra accennato emerge in primo luogo, e in modo testuale, come il legislatore abbia optato per la concessione di una possibilità di deroga "limitata" e "condizionata" rispetto agli schemi organizzativo/funzionali di cui al diritto societario comune: e dunque nel senso di far assurgere le "società in house" non già a nuovo tipo societario, né a soggetto giuridico *sui generis* e ancor meno a una semplice articolazione organica interna alla pubblica amministrazione affidante, ma piuttosto a una società riconducibile al tipo della società per azio-

*bis* c.c., è assai discusso<sup>96</sup>, ma ciò che pare emergere è che queste previsioni intendano attribuire un potere ancor più specifico e, forse, penetrante rispetto sia ad un “semplice” controllo – che, per quanto riguarda quello pubblico delineato dal TUSP, come si è visto sopra, al più potrà comportare, oltre al governo assembleare e, quindi, ad esempio, alla nomina e revoca degli organi sociali, ad una *influenza* (anche in termini, peraltro, di mero “veto”) *sulle scelte finanziarie e gestionali strategiche* – sia all’attività di direzione e coordinamento<sup>97</sup>, che postula, invece, come si è visto, un sistematica e costante serie di atti di indirizzo che, per quanto eventualmente di più ampia e generale portata ed idonei ad incidere sulle scelte strategiche, non dovrebbe risolversi in una espropriazione dell’autonomia delle società dipendenti (né, pare, quantomeno giuridicamente, in poteri di veto<sup>98</sup>), dovendosi proprio conciliare con il principio di esclusività del potere gestorio degli amministratori *ex art. 2380-bis* c.c. Invero, come si è anticipato, anche la disciplina dell’*in house* dovrebbe rispettare, secondo alcuni, i paletti fissati dalle norme in tema di competenze degli organi, tuttavia, non sembra potersi escludere, nel controllo analogo, una più incisiva, specifica

---

ni o della società a responsabilità limitata e sottoposta a un regime speciale limitatamente ad alcuni (e solo ad alcuni) profili». In giurisprudenza v., recentemente, Trib. Roma, Sez. spec. in materia di imprese Decr., 2 luglio 2018, n. 20276, in *Foro. It.*, 2018, 11, 1, 3750 ss. e in *Giur. Comm.*, 2019, II, 1490 ss. secondo cui «[I]a possibilità, concessa dalla norma speciale dell’art. 16 del D.Lgs. n. 175/16 agli statuti di società *in house*, di derogare alla norma generale dell’art. 2380-bis c.c. non può tradursi in una limitazione della competenza dell’organo amministrativo ai soli atti di ordinaria amministrazione, legittimandosi solo l’attribuzione al socio pubblico del controllo su decisioni strategiche o comunque particolarmente significative, oltre che in materie funzionali all’esercizio del controllo analogo». Sulle deroghe ammissibili al diritto societario v., nuovamente, V. Donativi, *Ibidem.*, il quale fa riferimento a: i) spostamento di competenze dall’organo gestorio all’assemblea, ii) la creazione di categorie speciali di azioni (escludendo invece la possibilità di attribuzione di diritti o poteri diretti extra-assembleari nonché la legittimità di clausole statutarie che attribuiscono carattere vincolante per gli amministratori alle decisioni adottate in via parasociale)

<sup>96</sup> Anche prima della riforma: v. I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 780..

<sup>97</sup> Specie ove si consideri sfumare la soggettività giuridica dell’eterodiretta come affermato da Cass., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Società*, 2014, 1, 55. Similmente Cons. Stato, Ad. plen 3 marzo 2008, in *Pluris. Contra* C. IBBA, *La responsabilità*, in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica, Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017* diretto da C. IBBA e I. DEMURO, Bologna, 2018, 177 ss. ID., *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. Comm.*, 2014, II, 5; C. PECORARO, (nt. 80), 195 ss., E. CODAZZI, *La giurisdizione delle società c.d. in house: spunti per una riflessione sul tema tra anomalia del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2015, II, 236, F. FIMMANÒ, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, reperibile in internet al seguente indirizzo: <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/417.pdf>, 37, ss.

<sup>98</sup> Che potranno, invece, sussistere, certamente ed eventualmente, di fatto.

e intesa ingerenza del soggetto pubblico rispetto a quanto dovrebbe avvenire nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento civilistica, specie alla luce degli orientamenti comunitari descritti, non dovendosi limitare alla «pianificazione, coordinamento ed indirizzo»<sup>99</sup>, tipici della seconda<sup>100</sup>.

E non pare, inoltre, secondario ricordare come la stessa giurisprudenza e dottrina amministrativistica spesso considerino la società *in house* come mera articolazione dell'ente tanto da non potersi considerare soggetto sostanzialmente diverso dallo stesso ente<sup>101</sup>. Così, nell'aver considerato tali società come articolazioni non autonome degli enti pubblici loro soci<sup>102</sup>, la giurisprudenza ha affermato che, della società, queste strutture organizzative hanno «solo la forma esteriore»: «intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile par-

<sup>99</sup> G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 46), 28 ss.; P. JAEGER, (nt. 47), 1432.

<sup>100</sup> Questo ovviamente allorché non si ritenesse possibile un controllo analogo meramente negativo (o “di veto”) come invece pare essere sostenuto anche da dottrina autorevole [V. DONATIVI, (nt. 66), 98 ss.]. Non vi è certamente la pretesa di risolvere la questione in questa sede, tuttavia, si ritiene di proporre alcune riflessioni in merito. A mio sommo avviso, al di là dei numerosi e validi argomenti contrari fondati anche sulla giurisprudenza comunitaria, il ritenere il controllo analogo sussistente anche nei casi di influenza meramente negativa finirebbe quasi per omologare sostanzialmente il concetto di controllo analogo con quello – sopra visto ed oggetto di queste pagine – di controllo pubblico o, meglio, di relegare la relativa differenza ad alcune distinzioni lessicali peraltro non così pregnanti: si dovrebbe cioè ritenere che vi sia un mero controllo pubblico (e non necessariamente analogo) laddove il potere di veto riguardi (“solo”) decisioni finanziarie e gestionali strategiche, mentre un controllo analogo se tale potere riguardi gli obiettivi strategici e le decisioni significative della società. Ma appare alquanto complesso escludere che le decisioni finanziarie e gestionali strategiche non attengano agli obiettivi strategici e che non siano decisioni significative. Sicché riterrei che proprio l'art. 2, comma 1 lett.b) esaminato in questa sede possa offrire un ulteriore argomento sistematico per colorare il significato dell' «influenza determinante» di cui al controllo analogo di un connotato “di influenza positiva” e non di mero veto. Sempre da un punto di vista sistematico è lo stesso legislatore che distingue il concetto di veto da quello di influenza determinante all'art. 16 TUSP (ove si prevede che la partecipazione dei privati nelle società *in house* debba avvenire «in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante»). Nel senso di una ingerenza positiva v., anche, la giurisprudenza del Consiglio di Stato (ad esempio, la nota sentenza dell'11 febbraio 2013, n. 762, in *Foro aamm.*, C.d.s., 2013, 516).

<sup>101</sup> Così, ad esempio, R. URSI, *L'affidamento in house a società miste*, in Aa. Vv., *Società pubbliche-private e procedure di affidamento. L'in house alla prova delle regole comunitarie*, Trento, 2007; F. FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Dir. econom.*, 2012, 2, 243 ove si afferma che la società *in house* sarebbe «una sorta di proiezione dell'ente pubblico al quale essa si sostituisce nella produzione di utilità, e non già un soggetto ‘formalmente’ e ‘sostanzialmente’ terzo».

<sup>102</sup> *Ex multis*, Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, cit. *Contra* R. COSTI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 798; C. IBBA, (nt. 97), 5; E. CODAZZI, (nt. 97), 236; recentemente, C. PECORARO, (nt. 80), 195 ss.

lare». Parimenti, si è altresì detto che, per queste società, «il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva»<sup>103</sup> e che «l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministratore controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa»<sup>104</sup>.

#### 6. Controllo pubblico congiunto. In particolare, i patti parasociali.

Si è visto che il controllo pubblico può essere pacificamente congiunto.

In particolare, con specifico riferimento al controllo analogo congiunto, sia il legislatore europeo che quello italiano<sup>105</sup> hanno chiarito che il controllo può essere frazionato tra più enti pubblici, purché le decisioni strategiche riguardanti la controllata siano approvate da tutti gli enti pubblici soci: solo in questo modo, infatti, ciascun ente avrebbe la capacità di influire in maniera «determinante» sulle scelte organizzative e gestionali del soggetto controllato<sup>106</sup>. A tal fine è necessario e sufficiente che l'ente, pur titolare di una parte minoritaria del capitale sociale della controllata, sia in grado di esercitare sulla controllata quell'influenza determinante attraverso accordi tali da permettere a tutti gli enti soci, a prescindere dall'entità della partecipazione, di prendere parte all'approvazione delle decisioni strategiche<sup>107</sup>. Potere e influenza che ben potrebbero derivare da patti parasociali o specifiche previsioni statutarie<sup>108</sup>.

---

<sup>103</sup> Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, cit. *Contra* F. FIMMANÒ, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, (nt. 78), 37 ss. (corsivo mio).

<sup>104</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, in *Pluris*.

<sup>105</sup> Già, invero, la giurisprudenza europea aveva riconosciuto tale possibilità (in particolare v. la sentenza c.d. "Econord" del 29 novembre 2012, resa nella causa C. 182/2011 ove la Corte di giustizia UE aveva chiarito che «se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche associate nell'ambito di tale società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso venga esercitato congiuntamente dalle autorità suddette». Sicchè, prosegue la Corte, nei casi di società partecipata da più autorità amministrative, occorre che i soci pubblici esercitino un controllo congiunto, attraverso la partecipazione di ciascuno di essi «sia al capitale, sia agli organi direttivi dell'entità».

<sup>106</sup> V. testualmente artt. 5 Codice dei contratti pubblici e 16 TUSP.

<sup>107</sup> Così F. FRACCHIA, S. VERNILE, (nt. 11), 13. Sul tema v. S. FOÀ, D. GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, reperibile in internet al seguente indirizzo: [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), per i quali sarebbe «sufficiente che la signoria della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettiva e reale, sia esercitata dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti di una verifica della posizione dominante di ogni singolo ente». Sul punto v.: Corte di giustizia UE, 10 settembre 2009, C-573/07: «se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una so-

Il punto merita una precisazione.

Invero (e più in generale, con riferimento al controllo pubblico congiunto), secondo una recente pronuncia, la trasformazione ontologica della pubblica Amministrazione, ai fini del controllo, da “moltitudine” a “una” dovrebbe risultare, come afferma letteralmente l’art. 2, lett. b) TUSP, da norma di legge, statuto o patti parasociali. Tuttavia, questi, sempre ad avviso di tale pronuncia, sebbene debbano essere definiti e disciplinati ai sensi dell’art. 2341-*bis* c.c., dovrebbero essere, quando le relative parti sono soggetti pubblici, «necessariamente formalizzati per iscritto».

Il che si pone in linea sia con la necessaria procedimentalizzazione del patto parasociale quando di esso sia parte una Pubblica Amministrazione sia con le pronunce giurisprudenziali che, in effetti, sembrano richiedere, in tali casi, la forma scritta “*ad substantiam*”<sup>109</sup>, ma rischia di contrastare con numerosi diversi orientamenti amministrativi/governativi. Si pensi all’Orientamento della Direzione VIII del Dipartimento Tesoro del 15 febbraio 2018 istituita con D.M. 16 maggio 2017 presso il MEF, ai sensi dell’art. 15 T.U.<sup>110</sup> secondo il quale al controllo esercitato dalla Pubblica

cietà per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche associate a detta società esercitano su quest’ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso sia esercitato congiuntamente dalle stesse»; Corte di giustizia UE, 13 novembre 2008, C-324/07. Cfr..

<sup>108</sup> Cfr. Tar Lombardia, Sez. I, 21 novembre 2013, n. 2588, con nota di A. CASSATELLA, *Partecipazione “simbolica” alle società in house e requisito del controllo analogo*, in *Giur. it.*, 2014. Sul controllo analogo congiunto si vedano ancora: Cons. Stato, V, 18 luglio 2017, n. 3554, Cons. Stato, Sez. V, 26 maggio 2015, n. 2602 (per il quale ogni ente dovrebbe potere esercitare un controllo effettivo, con la conseguenza che il controllo congiunto sarebbe escluso quando vi siano soci di maggioranza in grado di imporre le proprie scelte alla minoranza, già a partire dalla nomina dell’organo amministrativo: così anche Cons. Stato, III, 27 aprile 2015, n. 2154).

<sup>109</sup> Così, Cass., Sez. un., 9 agosto 2018, n. 20684, in *Foro It.*, 2019, 4, 1, 1392 ove anche ampi riferimenti a precedenti arresti, nonché Cass., 9 aprile 2015, n. 7135, in *Pluris*, ove si afferma espressamente che i contratti della pubblica amministrazione richiedono la forma scritta “*ad substantiam*” accompagnata dall’unicità del testo documentale. In dottrina è stato affermato che un accordo parasociale civilisticamente legittimo se riferito ad una società partecipata pubblica potrebbe risultare comunque invalido (L. GIANNINI, M. VITALI, *I patti parasociali*, Rimini, 2008, 121 nt. 86).

<sup>110</sup> La struttura ha il compito, tra altri, di promuovere sia atti di indirizzo e coordinamento in materia di applicazione del testo unico sia le migliori pratiche presso le società partecipate. Sul tema v., F. FLORÀ, *Commento art. 15*, in *Testo unico sulle società pubbliche* diretto da G. MEO, A. NUZZO, Bari, 2016, 222 ss.; M. MACCHIA, *Monitoraggio, indirizzo e coordinamento delle società*, in *Le società a partecipazione pubblica* diretto da C. IBBA, I. DEMURO, Bologna, 2018, 461 ss.; V. DONATIVI, “*Società a controllo pubblico*” e *società a partecipazione pubblica maggioritaria*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 747 ss.; I. DEMURO, *Il controllo congiunto nelle società a partecipazione pubblica prevalente*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. IBBA, Milano, 2019, 296 ss.

Amministrazione sulla società appaiono riconducibili non soltanto le quattro fattispecie previste dall'art. 2, comma 1, lett. b), del TUSP, «ma anche le ipotesi in cui le fattispecie di cui all'art. 2359 c.c. si riferiscono a più Pubbliche Amministrazioni, le quali esercitano tale controllo congiuntamente e *mediante comportamenti concludenti*, pure a prescindere dall'esistenza di un coordinamento formalizzato»<sup>111</sup>, in quanto «la Pubblica Amministrazione», quale ente che esercita il controllo, [è] stata intesa dal legislatore del TUSP come soggetto unitario, a prescindere dal fatto che, nelle singole fattispecie, il controllo di cui all'art. 2359, 1° comma, n. 1), 2) e 3), faccia capo ad una singola Amministrazione o a più Amministrazioni cumulativamente»<sup>112</sup>. L'orientamento<sup>113</sup> pare, in altre parole, ricomprendere nella fattispecie ipotesi di controllo della Pubblica Amministrazione mediante «*comportamenti concludenti*» che, dunque, prescindono «dall'esistenza di un coordinamento formalizzato», ovvero un governo congiunto che non richiede necessariamente la formalizzazione di un vincolo legale, contrattuale, statutario o parasociale tra le stesse<sup>114</sup>. In altre parole, una forma di applicazione del generale principio della prevalenza della sostanza sulla forma che, nel solco di quell'opinione espressa dal Consiglio di Stato in materia di quote di genere<sup>115</sup>, facendo leva sul richiamo all'art. 2359 c.c.,

---

<sup>111</sup> Corsivo mio.

<sup>112</sup> Orientamento confermato dalle Linee guida emanate dal Ministero dell'Economia e Corte dei conti per il piano di revisione ordinaria delle partecipazioni ai sensi dell'art. 20 del TUSP (D.Lgs. n. 175/2016), reperibile in internet al seguente indirizzo: [http://www.dt.tesoro.it/export/sites/sitodt/modules/documenti\\_it/news/news/Linee\\_Guida\\_TUSP.PDF](http://www.dt.tesoro.it/export/sites/sitodt/modules/documenti_it/news/news/Linee_Guida_TUSP.PDF), 6-7.

<sup>113</sup> Si consideri che in sede di Relazione illustrativa si era ritenuto di non accogliere il suggerimento reso nel parere al testo unico da parte del Consiglio di Stato (adunanza del 21 aprile 2016, n. 968) sull'opportunità di inserire una nozione di "controllo congiunto" viste le difficoltà interpretative derivanti dalla lettura della norma, in quanto l'espressione "controllo congiunto" non risultava mai utilizzata nel testo come, invece, in tema di "controllo analogo". Sul punto S. NICODEMO, M.V. SUSANNA, *Società a partecipazione pubblica*, Pisa, 2017, 40.

<sup>114</sup> Nello stesso senso v. Corte dei conti Liguria, deliberazione n. 3/2018/PAR del 24 gennaio 2018; Id. Emilia-Romagna, deliberazioni: n. 122/2018/VSGO del 15 ottobre 2018; n. 36/2018/VSGO del 13 febbraio 2018; n. 100/2018/VSGO del 2 maggio 2018; n. 103/2018/VSGO del 22 maggio 2018; tutte reperibili in internet al seguente indirizzo: [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

<sup>115</sup> Cons. Stato, 4 giugno 2014, n. 01801/PAR, adunanza del 16 aprile 2014, n. affare 00594/2014, in [www.ditirrodeiservizipubblici.it](http://www.ditirrodeiservizipubblici.it). In dottrina v., recentemente, sul tema, E. DESANA, *La legge n. 120 del 2011: luci, ombre e spunti di riflessione*, in *RDS*, 2, 2017, 539 ss.; M. SARALE, *Quote di genere e sistema monistico: precisazioni e omissioni nella legge Golfo Mosca*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2016, 213 ss.; E. DESANA, *L'equilibrio di genere: la Legge Golfo-Mosca nel quadro delle azioni positive*, in AA.VV., *Dai "soliti noti" alla "gender diversity": come cambiano gli organi di amministrazione e controllo delle società (II parte)* a cura di M. CALLEGARI, E. DESANA, M. SARALE, in *Giur. It.*, 11, 2015, 2515 ss.

«postula un concetto di unitarietà in capo all'ente partecipante anche quando a detenere il controllo non è un solo ente pubblico»<sup>116</sup>. In effetti, anche da un punto di vista civilistico, non sussistono norme che prevedono la necessaria forma scritta<sup>117</sup>, considerato che anche i patti parasociali possono essere stipulati per fatti concludenti se non addirittura essere validi nella loro forma occulta<sup>118</sup>.

La tesi, tuttavia, come rilevato in dottrina<sup>119</sup>, pare non solo contrastare con gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità poc'anzi menzionati in tema di forma dei patti parasociali, ma altresì con quella giurisprudenza amministrativa che intende sottoporre a verifica "documentale" (pertanto non mediante "comportamenti paralleli o accordi"), la possibilità di influenzare l'attività della partecipata attraverso, appunto, un controllo congiunto, onde assicurarne la coerenza con finalità di interesse pubblico<sup>120</sup>. Altro argomento a favore della formalizzazione sarebbe la - invero non del tutto condivisibile<sup>121</sup> - possibile responsabilità del socio

---

<sup>116</sup> M.V. SUSANNA, (nt. 55), 142.

<sup>117</sup> V. R. TORINO, *I patti parasociali*, Milano, 2000, 52 ss. In materia di società quotate, ove, peraltro è prescritta la nullità in caso di inosservanza di specifici obblighi di pubblicazione, deposito e comunicazione degli stessi, v.: F. KUSTERMANN, *Considerazioni critiche sui patti parasociali, come previsti dalla legge delega n. 366 del 2001*, in *Soc.*, 2002, 169. In giurisprudenza v.: per la validità dei patti parasociali conclusi tramite intese verbali, Trib. Belluno, 27 marzo 2010, in *Soc.*, 2010, 910, App. Milano, 28 febbraio 2003, in *Giur. It.*, 3, 2003, 1857 ss.; in materia di società quotate, App. Bologna, 26 gennaio 2010, in *Soc.*, 2010, 587.

<sup>118</sup> V., sul tema, F. BRUNO, A. ROZZI, *Patto parasociale occulto e "non patto" in società quotata: il caso della Carige nella scalata Unipol a Bnl*, in *Giur. Comm.*, 2011, 2, 445 ss., R. COSTI, *I patti parasociali ed il collegamento negoziale*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, 200 ss., 206 ss., F. VENTURINI, *I patti parasociali e la Consob: il caso Unipol - BNL*, in *Soc.* 2010, 600; L. FARENAGA, *I contratti parasociali*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1989, II, 70. In giurisprudenza v.: App. Venezia, 12 agosto 2010, in *Società*, 2010, 1498 ss.; App. Roma, 29 settembre 2009, in [www.ipsoa.it/lesocieta](http://www.ipsoa.it/lesocieta), App. Genova, 19 dicembre 2009, *ivi*; App. Bologna, 27 gennaio 2010, *ivi*, App. Bologna, 26 gennaio 2010, *ivi*; Trib. Milano, 11 giugno 2012, in *Società*, 2012, 12; Trib. Milano, 11 gennaio 2011, in *Pluris*; Trib. Padova, 21 maggio 2005, in *Corriere Giur.*, 2006, 9, 1283.

<sup>119</sup> M.V. SUSANNA, (nt. 55), 142.

<sup>120</sup> T.A.R. Veneto, Sez. I, 7 marzo 2018, n. 363 pubblicata il 5 aprile 2018, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>121</sup> Non è, infatti, affatto pacifico che, salvo il fenomeno dell'abuso nelle diverse sue forme (come, ad esempio, la violazione della buona fede, l'abuso di direzione e coordinamento, l'abuso di maggioranza e di minoranza), il socio di s.p.a., risponda dalle scelte gestorie ancorché poste alla sua approvazione *ex art. 2364, comma 1, n. 5*) [cfr. sul tema F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, *passim.*; v., anche, A. Nigro, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario* (Atti del convegno tenuto a Roma il 23/24 aprile 2004) a cura di A. Nigro, Milano, 2006, 51; V. PINTO, *Deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Le riforme del diritto societario* a cura di P. PERLINGIERI, F. CASUCCI, Napoli, 2004, 107; A. NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, 2003, *ibidem*; sul tema anche M. SPIOTTA, *La responsabilità*, in

pubblico nel caso in cui questi abbia determinato particolari scelte "amministrative"<sup>122</sup>, al fine di ricostruire e allocare le responsabilità<sup>123</sup>.

Queste eccezioni non sembrano convincere appieno<sup>124</sup>. Anzitutto non si rinviene alcuna previsione che richieda che l'accordo emerga in modo espresso<sup>125</sup> o scritto, cosa che, per i principi civilistici (asserito "faro" del TUSP) sarebbe richiesto, vigendo, secondo l'orientamento prevalente, la libertà della forma<sup>126</sup>. Né, peraltro, si ravvisa la sanzione espressa della nullità e non pare che la mancanza di forma scritta possa determinare una nullità virtuale. In secondo luogo, pare parimenti non decisivo l'argomento del necessario rispetto di determinate procedure<sup>127</sup>, posto che, non soltanto il rinvio al solo primo comma dell'art. 7 TUSP (da parte

AA.VV., *Diritto del governo delle imprese* diretto da M. IRRERA, Torino, 2016, 307 ss.]; mentre il socio di s.r.l. risponde allorché, ai sensi dell'art. 2476, comma 8, c.c., abbia «intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi».

<sup>122</sup> M.V. SUSANNA, (nt. 55), 144.

<sup>123</sup> Vengono poi avanzati altri argomenti: «[d]'altronde se così non fosse, potrebbe essere intaccato anche quel ruolo di controllo proprio della magistratura contabile, non potendo sindacare l'eventuale azione od omissione sia in relazione alla corretta gestione del "veicolo" scelto, sia in relazione al corretto utilizzo di denaro pubblico o corretta gestione di investimenti pubblici e, non da ultimo, valutare correttamente ipotesi di responsabilità erariale. Viceversa, si perverrebbe, forse, ad una eccessiva dilatazione dei poteri della magistratura contabile determinata, appunto, dall'inesistenza o meglio dall'impossibilità di definire correttamente il perimetro di riferimento del sintagma "comportamento concludente"» [M.V. SUSANNA, (nt. 55), 146]. È tuttavia nota l'insufficienza dell'*argumentum ab inconvienti* (*adducere incumveniens non est solvere argumentum*) (in dottrina, sui criteri interpretativi, v. G. TARELLO, voce "Appunti interpretativi", in *Digesto Civ.*, I, Torino, 419 ss.).

<sup>124</sup> A proposito v., anche, S. GLINIANSKI, *Società in controllo pubblico congiunto, accordi taciti e comportamenti paralleli*, in *Rivista internet di diritto pubblico*, diretto G. Virga, reperibile in internet al seguente indirizzo: [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it).

<sup>125</sup> *Contra*, M.V. SUSANNA, (nt. 55), 146, secondo cui «il secondo periodo dell'art. 2, lett. b) se da un lato introduce un'ulteriore ipotesi di controllo rispetto a quella civilistica di cui all'art. 2359 c.c., nel senso precisato, dall'altro rileva l'indispensabilità di un riferimento espresso in disposizioni di legge, clausole statutarie o patti parasociali per l'individuazione di un controllo congiunto non lasciando spazi ulteriori e permettere ipotesi di controllo congiunto mediante comportamenti concludenti».

<sup>126</sup> V. comb. disp. artt. 1325, comma 1, n. 4) e art. 1350 c.c. Cfr, sul tema, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000, 273; T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998, 20; R. Guastini, *In tema di libertà delle forme (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1986, II, 539; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1986, II, 203 e in *Osservatorio sul diritto civile*, Milano, 1992, 190. *Contra* N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo negoziale*, Milano, 1985, spec. 41.

<sup>127</sup> Cfr. in particolare l'art. 9 il quale afferma che «la conclusione, la modificazione e lo scioglimento di patti parasociali» devono essere deliberati dall'organo competente individuato ai sensi dell'art. 7, comma 1, TUSP.

dell'art. 9) consente di escludere che per la sottoscrizione di un patto parasociale o per la decisione della sua modifica o scioglimento sia necessario uno specifico obbligo di motivazione<sup>128</sup>, ma anche in materia di società quotate, ove è prevista espressamente la nullità dei patti che non rispettano gli obblighi di pubblicità (art. 122 t.u.f.), si è data rilevanza ai patti «in qualunque forma stipulati»<sup>129</sup>, purché i soci, onde procedere alla comunicazione e agli annunci previsti dall'art. 122 t.u.f., documentino (e, quindi, non per forza stipulino) per iscritto i contenuti e gli elementi del contratto (ritenendo, invece, ai fini del deposito nel registro delle imprese, possibile applicare le regole previste per la pubblicità dell'accordo verbale di costituzione di una società semplice<sup>130</sup>). Non solo, ma se anche si volesse ritenere che i patti parasociali cui partecipa la p.a. debbano essere stipulati per iscritto a pena di nullità, residuerebbero ancora diverse argomentazioni per rendere comunque rilevanti i patti “paralleli” o conclusi verbalmente o per fatti concludenti. Anzitutto, il principio generale della conversione del contratto nullo (art. 1424 c.c.), derivante, ancora una volta dal diritto civile: potrebbe soccorrere in tal caso, infatti, ricorrendone i presupposti, la conversione in ipotesi di controllo o di direzione e coordinamento contrattuale oppure di fatto (congiunto)<sup>131</sup>. Sicché, posta la (quantomeno apparente) similitudine illustrata del controllo pubblico (per lo meno nella sua versione più forte, che non si limiti, quindi, ad un mero veto) con l'attività di direzione e coordinamento, un patto volto a regolare la stessa, ancorché nullo potrebbe ritenersi manifestazione espressa di tale attività e, quindi, implicitamente di una forma di controllo (in questo caso derivante da una espressa previsione di legge, ovvero gli artt. 2497 c.c. che riconoscono, infatti, la liceità dell'attività di direzione e coordinamento)<sup>132</sup>. Inoltre, non

---

<sup>128</sup> Né pare che la delibera o il decreto debba dare indicazione del contenuto dei patti parasociali visto, altresì, il mancato rinvio al terzo comma dell'art. 7 (A. RESTUCCIA, *I patti parasociali*, in AA.VV., *Le società pubbliche* a cura di F. FIMMANÒ e A. CATRICALA, Universitas Mercatorum, 2017, 401-403).

<sup>129</sup> Così recita espressamente l'art. 122 t.u.f.

<sup>130</sup> F. KUSTERMANN, (nt. 117), 169. La giurisprudenza sembra seguire questo orientamento (App. Bologna, 26 gennaio 2010, in *Società*, 2010, 587, App. Milano, 28 febbraio 2003, in *Giur. It.*, 2003, 1875). *Contra* M. CIAN, *Società con azioni quotate: profili sanzionatori della disciplina dei patti parasociali nella Riforma Draghi*, in *Corriere Giur.*, 1998, 731 (il quale dà anche atto della tesi che sostiene una forma di validità provvisoria ed iniziale dell'accordo orale).

<sup>131</sup> Come anticipato, secondo autorevole tesi, la direzione unitaria resterebbe una mera situazione di fatto, data dal connaturale rapporto fiduciario esistente con la “proprietà” [F. GALGANO, (nt. 45), 240 ss.].

<sup>132</sup> Si è infatti sopra visto che la dottrina commercialistica ritiene che la direzione e coordinamento presupponga l'esistenza di un controllo [v., per tutti, G. COTTINO, (nt. 46), 640].

pare potersi trascurare un argomento sistematico e teleologico: se è vero che un contatto nullo – quale potrebbe essere, secondo la tesi in questione, un patto parasociale privo della forma scritta – non produce effetti giuridici, è altrettanto vero che la conseguenza dovrebbe essere limitata ai suoi effetti negoziali<sup>133</sup>. Altrimenti, ad esempio, si dovrebbe escludere il perfezionamento della prescrizione *medio tempore* maturata per l'azione di restituzione dell'indebitato pagato in virtù del contratto nullo<sup>134</sup> oppure si dovrebbe sostenere che un contratto nullo non sia idoneo a chiamare in responsabilità i contraenti in solido tra loro che, in virtù di tale contratto,

---

<sup>133</sup> Si è, infatti osservato, in altro settore (ovvero a commento di un provvedimento dell'Arbitro Bancario Finanziario di Roma) ma con argomentazioni, *mutatis mutandis*, utili ai nostri fini, che «non appare forzato argomentare una generale differenza di trattamento del contratto nullo, in considerazione del vizio che ne determini l'invalidità: rispetto ai vizi (estrinseci, formali) della fonte, troverà (preferenziale) applicazione il principio di conservazione; rispetto al contratto illecito, quello di radicale inefficacia» (G. MASTROPASQUA, *Gli statuti della nullità contrattuale tra vizi formali e vizi sostanziali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 6, 11480 ss., commentando la pronuncia dell'ABF, Dec. n. 72 del 10 gennaio 2014): solo il secondo, in effetti, produce effetti vietati dalla legge. Sulla base di tali argomentazioni si è, peraltro, sostenuto che «[p]ertanto, se le considerazioni appena svolte sembrano condivisibili, meglio si comprendono i dubbi espressi dal Collegio ABF di Roma con l'ordinanza di rimessione: il contratto di conto corrente – nullo per difetto di forma – ed i suoi effetti (le singole *operazioni*), non sono *riprovati* dall'ordinamento; l'esecuzione del contratto nullo, in tali casi, implica o può implicare la rilevanza del rapporto, per lo meno ai fini dell'ammissibilità del ricorso che contesti la legittimità degli addebiti disposti dalla banca» [G. MASTROPASQUA, (nt. 133), 11480 ss.]. È, peraltro, noto che nel trattare il tema dell'efficacia del contratto nullo, la dottrina suole distinguere tra contratto nullo e contratto inesistente, ove solo l'inesistenza, e non anche la nullità, implicherebbe la radicale inefficacia dell'atto: il contratto nullo, sebbene oggetto di una valutazione "negativa", è un *fatto* rilevante ed in quanto tale suscettibile, a certe condizioni, di produrre effetti: F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli 2012, 241 ss., per il quale le disposizioni presenti nell'ordinamento (quali, ad esempio, gli artt. 2126, 2232, comma 5, 799 c.c. e 46, comma 4, T.U. 380/2001, che fanno salvi tutti o alcuni degli effetti del contratto nullo), sarebbero espressioni del principio generale di conservazione del contratto; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti* diretto da M. RESCIGNO e E. GABRIELLI, I, 2, *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, II ed., Torino 2006, 1575. Sul tema dei meccanismi di consolidamento degli effetti del negozio nullo v., anche, M. COSTANZA, *Gli effetti di rapporti giuridici nulli*, in *Dir. privato*, 2001, Padova, *passim*; M. D'AURA, *Nullità della donazione privativa di legittima e prescrizione dell'azione di ripetizione: effetti sulla formazione e tutela della quota di riserva*, in *Giur. It.*, 2003, 8-9. Con riferimento, invece, ad altro settore ancora ma forse parimenti rilevante, ai nostri fini, da un punto sistematico, ovvero agli effetti della invalidità delle cariche sociali, ci si permette di rinviare alle considerazioni esposte recentemente in F. SUDIERO, *Sindaco di fatto: "qualche" onere e nessun "onore"?* – nota a Cass., 14 aprile 2016, n. 15639 e Cass., 8 maggio 2015, n. 9392, in *Giur. Comm.*, 2, 2018, 299 ss.; ID. *Sindaco di fatto e decadenza automatica: riflessioni su formalismo ed eterogenesi dei fini* – nota a Cass., 23 ottobre 2014, n. 22575, in *Giur. It.*, 2015, 1642 ss. Anche nell'ambito qui esaminato, stanti le (quantomeno) simili sottese esigenze di certezza, occorrerebbe adottare un analogo approccio.

<sup>134</sup> Ad esempio, Cass., 26 agosto 2002, n. 12474, in *Giur. It.*, 2003, 8-9.

abbiano arrecato danni a terzi o debbano subire provvedimenti sanzionatori (si pensi, per ipotesi, ai contratti illeciti, ovvero tali per illiceità dell'oggetto, della causa e dei motivi comuni o perché stipulati in frode alla legge). È in questo senso che si potrebbe leggere l'ulteriore argomento, questo testuale, a sostegno di tale tesi, contemplato dall'art. 9, comma 6, TUSP, a mente del quale «[l]a violazione delle disposizioni di cui ai commi da 1 a 5 e il contrasto con impegni assunti mediante patti parasociali non determinano l'invalidità delle deliberazioni degli organi della società partecipata, ferma restando la possibilità che l'esercizio del voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme generali di diritto privato». Infine, la *ratio* della disciplina, sopra delineata, pare suggerire una lettura volta ad abbracciare più ipotesi possibili e non, paradossalmente, a suggerire accordi paralleli non scritti per sfuggire all'applicazione della normativa in questione.

Più corretta parrebbe, dunque, la tesi per cui si dovrebbe dare risalto in ogni caso anche ai rapporti contrattuali di fatto (o esistenti per comportamenti concludenti) – come peraltro stabilito dalla menzionata struttura di monitoraggio istituita presso il MEF –, se del caso mediante un'interpretazione correttiva del testo, che dia maggior risalto alla manifestazione del controllo più che alla sua formale esistenza. Si potrebbe, ad esempio, ipotizzare il seguente testo: «Il controllo può sussistere anche quando [risulti che]<sup>135</sup>, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali [in qualunque forma stipulati]<sup>136</sup>, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo»<sup>137</sup>.

### 7. Alcune prime conclusioni per diverse forme di controllo in «cerca d'autore»

Alla luce di quanto precede sembra che le diverse forme di controllo descritte sia dal TUSP che dal codice civile possano combinarsi tra

---

<sup>135</sup> Parte da me aggiunta.

<sup>136</sup> Parte da me aggiunta. Questo non significherebbe riconoscere la validità in assoluto dei patti parasociali non scritti, ma solo evidenziarne comunque la rilevanza, ai fini del controllo, che, comunque, potrebbe essere rappresentato anche da un potere di fatto.

<sup>137</sup> Interessante la tesi mediana dalla Corte dei conti Sez. riunite Delib., 4 luglio 2019, n. 17, in *Azienditalia*, 2019, 8-9, 1327, secondo cui «[n]el caso di società partecipata in via maggioritaria da più Amministrazioni Pubbliche, la situazione di controllo pubblico non può essere presunta *ex lege* (né *juris tantum*, né tantomeno *juris et de jure*), né si può automaticamente desumere da un coordinamento di fatto; esso deve risultare esclusivamente da norme di legge, statutarie o da patti parasociali (la cui esistenza può in determinate circostanze desumersi da comportamenti concludenti) che, richiedendo il consenso unanime o maggioritario di alcune delle Pubbliche Amministrazioni partecipanti, determina la capacità di tali Pubbliche Amministrazioni di incidere sulle decisioni finanziarie e strategiche della società» (corsivo mio).

loro offrendo alle amministrazioni un notevole ventaglio di opzioni per calibrare le relative scelte e strategie “partecipative” / “imprenditoriali”.

Specularmente, quindi, sembra potersi affermare anche che, con l’ingresso del socio pubblico, la società stessa (e, di riflesso, anche lo *status* dei suoi soci) possa non essere più la stessa, con riferimento sia alla sua libertà organizzativa che imprenditoriale.

Il quadro, però, pare tutt’altro che semplice da delineare.

Senza alcuna pretesa di esaustività, pare che si debba distinguere, anzitutto, a seconda che si ritenga che l’ipotesi aggiunta dal TUSP, rispetto a quelle del codice civile, “qualifichi” o meno, nel senso sopra esposto, tutte le ipotesi di “controllo pubblico”. In altre parole, occorre, in *primis*, domandarsi se, ai fini della nozione di società a controllo pubblico, sia sempre necessaria l’esistenza di quantomeno quel potere di veto di cui al secondo periodo della lett. b) dell’art. 2 TUSP.

Nel caso di risposta negativa, si potrebbe affermare la possibilità per un ente pubblico di scegliere di esercitare tutte le quattro forme di controllo illustrate - le tre dell’art. 2359 c.c. e quella, appunto, aggiunta dal TUSP -, valutando se, con riferimento a quest’ultima, limitarsi ad un *mero veto* o ad una vera e propria *influenza positiva*.

In quest’ultimo caso si potrebbe ritenere che l’ente, allorché non si trovasse anche in una delle «*situazioni*» di cui all’art. 2359 c.c., non potrà governare l’assemblea né, quindi, votare per la nomina e revoca degli organi sociali, ma cionondimeno potrà incidere in maniera determinante (anche se titolare di una quota di minoranza nei casi di controllo congiunto) sulle scelte finanziarie e gestionali strategiche della società: ipotesi, questa, che si potrebbe chiamare di “*controllo pubblico puro o senza influenza assembleare*”, soggetta al TUSP ma forse non alle norme del codice civile in tema di controllo. Se, di contro, l’ente pubblico si trovasse anche in una delle «*situazioni*» di cui all’art. 2359 c.c., allora potrà esercitare una forma di controllo ancora più intensa e che si potrebbe chiamare di “*controllo pubblico aggravato o con influenza assembleare*<sup>138</sup>”, soggetta, quindi, sia al TUSP che alle norme del codice civile in tema di controllo. In questo scenario, a seconda del grado di intensità e della tipologia del potere esercitato, non pare potersi escludere che l’ente venga ad esercitare, anche cumulativamente<sup>139</sup>, sia un controllo analogo che un’attività di direzione e coor-

---

<sup>138</sup> O “*equivalente a tale influenza*”, come nei casi di cui al n. 3) del comma 1 dell’art. 2359 c.c. (v. *supra*).

<sup>139</sup> Sul punto v., recentemente, F. FIMMANÒ, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali e di chiunque abbia preso parte al fatto lesivo nelle società pubbliche*, in *www.ilcaso.it*: «In ogni caso, laddove si verifichi l’ipotesi di controllo ‘analogo’ ci troviamo spesso di fronte ad un caso di violazione, in *re ipsa*, delle regole dettate dal codice civile in tema di eterodirezione e coordinamento, fonte di responsabilità diretta verso soci e creditori *ex*

dinamento, fermo restando, tuttavia, che l'art. 2497-*sexies* c.c. prevede quale presunzione (relativa) di attività di direzione e coordinamento, oltre che la redazione del bilancio consolidato, solo le situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c.

Allorché l'ente intendesse, invece, limitare il proprio controllo ad un mero potere di veto, occorrerà nuovamente distinguere il caso in cui si trovi o meno anche in una delle tre situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c.: nel primo caso si avrà una forma di "controllo pubblico aggravato di mero veto o controllo pubblico di mero veto con influenza assembleare"<sup>140</sup> (soggetta sia al TUSP che al codice civile), nel secondo un tipo di "controllo pubblico puro di mero veto o controllo pubblico di mero veto senza influenza assembleare" (soggetto al TUSP ma, presumibilmente, non alle norme del codice civile in tema di controllo). Dovendocisi, in tali casi, domandare, specie con riferimento al primo, se sia o meno configurabile un controllo analogo o un'attività di direzione e coordinamento che, invero, sembrano presupporre, più una sorta di influenza positiva che di un mero veto, seppur in ambiti non perfettamente coincidenti e tenuto conto della già menzionata presunzione di cui all'art. 2497-*sexies* c.c.

Se, in alternativa, l'ente riterrà di esercitare solo un controllo di tipo civilistico e, quindi, di arrestarsi alle ipotesi di cui all'art. 2359 c.c. - senza, pertanto, esercitare quell'influenza di cui alla seconda parte della lett. b) dell'art. 2 TUSP né nella sua ipotetica versione *positiva* né in quella di mero *veto* - allora potrà esercitare solo poteri "assembleari" diretti [nn. 1) e 2) *ex art.* 2359 c.c.] e indiretti [n. 3) *ex art.* 2359 c.c.]: ipotesi che si potrebbe definire di "controllo pubblico di tipo civilistico puro", soggetto anch'esso, quindi - e sempre allorché si continuasse a ritenere l'ipotesi aggiunta dal TUSP non idonea a qualificare anche le altre forme di controllo -, sia al codice civile che al TUSP stesso.

Nello scenario diametralmente opposto in cui si ritenesse, invece, l'ipotesi aggiunta dal TUSP idonea a qualificare anche le altre - nel senso che non esisterebbe controllo pubblico ai sensi dello stesso TUSP allor-

---

art. 2497, c.c., e di responsabilità risarcitoria "aggiuntiva" solidale di 'chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi abbia consapevolmente tratto beneficio' (art. 2497, comma, 2 c.c.). Anche nel caso di controllo esterno, l'abuso della dipendenza economica può tradursi di per sé in abuso dell'attività di direzione e coordinamento con la conseguente responsabilità riconosciuta dalla giurisprudenza anche prima delle riforme». La questione è, come si è visto, comunque molto discussa e, anche sul tema della responsabilità, si rinvia nuovamente alle recenti riflessioni di A. VALZER, (nt. 17), 1027 ss. secondo il quale in punto responsabilità risarcitoria, nel fenomeno del controllo analogo, il riferimento all'art. 2497 c.c. (specie per quel che attiene la responsabilità c.d. "aggiuntiva") non sarebbe del tutto appagante.

<sup>140</sup> Oppure, anche in tal caso, "equivalente a tale influenza" per i casi di cui al n. 3) del comma 1 dell'art. 2359 c.c.

quando, pur trovandosi nelle situazioni di cui all'art. 2359 c.c., l'ente non fosse in grado di esercitare un'influenza determinante sulle scelte finanziarie e gestionali strategiche della società -, se l'ente si trovasse nelle mere «situazioni» di controllo di cui all'art. 2359 c.c., senza poter esercitare quest'ultimo potere, nemmeno nella forma del (mero) *veto*, allora l'aspetto pubblicistico di questo controllo sarà soltanto frutto di un puro richiamo alla natura del soggetto partecipante e ci si dovrebbe trovare al di fuori della nozione di controllo pubblico ai sensi del TUSP: potendosi, quindi, parlare al più di “controllo civilistico puro da parte di un ente pubblico”; il che determinerà, presumibilmente, l'applicazione delle sole norme dettate dal TUSP per le società partecipate (con esclusione di quelle relative alle società a controllo pubblico) e quelle del codice civile in tema di controllo. Sicché, seguendo tale diversa prospettiva, non potrà esistere la categoria sopra denominata del “controllo pubblico di tipo civilistico puro”. Per il resto, se l'ente, invece, eserciterà il potere “qualificante” di influenza determinante di cui all'art. 2, lett. B), secondo periodo del TUSP, allora ci potremmo trovare nuovamente di fronte alle varie ipotesi di controllo sopra delineate a seconda dell'intensità della ingerenza del soggetto pubblico nelle decisioni della società dominata.

In entrambi gli scenari delineati (ovvero, a seconda che si consideri o meno l'ipotesi aggiunta dal TUSP come “qualificante” delle forme di controllo pubblico) sembra, infine, opportuno precisare, da un lato, che, forse, tutte le ipotesi contemplate potrebbero persino prescindere sia da una partecipazione maggioritaria da parte dell'ente pubblico (specie se si condividono le sovra esposte tesi in tema di diritti particolari o strumenti partecipativi e di patti parasociali anche di fatto o occulti) sia, addirittura, dalla partecipazione societaria stessa<sup>141</sup>. Dall'altro, che, comunque, parrebbe ammessa anche una forma di controllo indiretto: infatti, sembra potersi affermare che sia le società a controllo pubblico che quelle *in house* possano rientrare nell'ambito di applicazione del TUSP anche in presenza di un controllo indiretto ovvero esercitato «da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante»<sup>142</sup>, posto, che, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. g) TUSP, per «par-

<sup>141</sup> E senza necessariamente evocare l'istituto del *golden power*. Sul punto v. note 20 e 84.

<sup>142</sup> C. IBBA, (nt. 97), 5 il quale cita l'art. 2, comma 1, lett. g), secondo periodo sul controllo analogo indiretto. In questo senso si è espressa l'ANAC con la determinazione 11 novembre 2017, n. 1134, “Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici” (par. 3.1.5) anche se in relazione a questioni diverse ovvero concernenti l'applicabilità ai casi di controllo indiretto della disciplina dettata ai fini della prevenzione della corruzione e di quella sulla trasparenza (cfr. d. lg. n. 33/2013 e d. lg. n. 39/2013). *Contra* F. FRACCHIA, *I controlli sulle società pubbliche*, (nt. 61), 861 ss. Secondo l'Autore vi sarebbero

tecipazione indiretta» si intende «la partecipazione in una società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica»<sup>143</sup>.

In conclusione, come si è visto, dal tessuto normativo e dal combinato disposto tra TUSP e codice civile, paiono, in effetti, emergere diverse tipologie di forme di controllo e di governo societario che, lungi dal necessariamente sostituirsi l'una e alle altre a seconda dell'identità, pubblica o privata del soggetto controllante, sembrano, quasi spontaneamente, combinarsi tra loro. Con l'effetto, però, non solo di offrire, come già detto, delle opportunità alle amministrazioni pubbliche ma anche - e soprattutto - di originare non poche interrogativi sistematici e di disciplina. Tali forme di controllo, infatti, hanno una loro propria struttura, una propria e diversa collocazione e funzione ed il loro combinarsi, nel panorama del governo delle società pubbliche, non sembra così prevedibile né agevole. Pare, in altre parole, che, benché specificamente disciplinate dal loro "creatore", ciascuna nella propria *sedes materiae*, esse siano, nel quadro del governo delle società pubbliche, alla ("necessaria") ricerca, come personaggi di pirandelliana memoria, di un'adeguata rappresentazione "scenica" (e, quindi, collocazione sistematica). Rappresentazione che appare assai rilevante

---

invero diversi indici che deporrebbero per una rilevanza, ai fini della nozione di società a controllo pubblico delle sole società *direttamente* controllate da un'amministrazione pubblica, quali, in particolare, l'art. 11 TUSP (unica norma che si detterebbe una disciplina in tema di controllo indiretto), l'art. 13 (che darebbe rilievo alla sola partecipazione diretta) e il già menzionato art. 18 della legge delega madia (l. 124/2015). Non sembra tuttavia che le disposizioni in questione siano così dirimenti da addirittura escludere dal novero delle società a controllo pubblico quelle a controllo diretto. Ciò in quanto, a parte quanto già osservato nel testo: l'art. 11 disciplina proprio un'ipotesi specifica di controllo indiretto, quindi, piuttosto sembra confermare la contemplabilità di tale ipotesi, salvo riservarle una disciplina specifica; stesso dicasi per la legge delega menzionata; quanto all'art. 13, invece, in esso si rinviene solo una deroga al limite minimo di possesso azionario per esercitare il potere di cui all'art. 2409 c.c. e non sembra che tale norma debba necessariamente presupporre che il controllo sia diretto (peraltro anche se così fosse si potrebbe al più trattare forse di una disciplina specifica per le società a controllo pubblico diretto più che escludere *tout court* la categoria del controllo indiretto). Peraltro, la rilevanza del controllo indiretto ai fini del TUSP parrebbe anche avvalorata dalla pacifica ammissione del c.d. *in house* indiretto (v., come è noto, l'art. 5, commi 2 e 3 del Codice dei contratti pubblici, le direttive 2014/24/UE, 2014/23/UE e 2014/25/UE nonché già la nota sentenza "Carbotermo" della Corte di Giustizia UE, 11 maggio 2006, C - 340/2004; sul controllo analogo congiunto indiretto v. Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564).

<sup>143</sup> In ambito civilistico v. l'art. 2359, comma 2, c.c. e, in particolare, Cass., 23 marzo 2003, n. 3722, cit. Vi sono, inoltre, altre sottospecie, non rilevanti ai nostri fini, come, ad esempio, le società a partecipazione mista-pubblico-privata e le società quotate (che, peraltro, soggiacciono al TUSP, ex art. 1, comma 5, «solo se espressamente previsto»).

poiché da essa dipenderà sia la conseguente disciplina applicabile al singolo soggetto societario partecipato sia la soluzione di possibili contrasti derivanti dal rapporto con altri istituti speciali dettati in materia di “controllo pubblico” come i *golden powers*.

E non appare nemmeno facile scovare l’ “autore” di cui esse “vanno in cerca”: se, in altre parole, sia giusto individuarlo nell’interprete oppure nel legislatore. Se è vero che esigenze di ponderatezza, cautela e coerenza sistematica potrebbero suggerire il primo, è altrettanto vero che la delicatezza del tema, il sovrapporsi di numerosi e divergenti approdi interpretativi sui molteplici concetti evocati dal medesimo e quindi, esigenze di certezza, sembrano imporre un intervento netto (quantomeno definitivo ed ordinatorio) del secondo. Di certo, nell’attesa di questo, dottrina e giurisprudenza dovranno fare la loro parte.