

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICII

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COMUNE
PATRIMONIALE
Ciclo XXVIII

Il “controllo analogo” nelle società *in house*

Tutor:
Prof. Massimo Miola

Candidata:
Dott.ssa Luigia Macchiarulo



INDICE

CAP. I: Le società *in house* nel panorama delle società a partecipazione pubblica.

1. Cenni introduttivi.
2. Società a partecipazione pubblica « di diritto comune » e « di diritto speciale ».
 - 2.1. *Causa lucrativa del contratto di società e interesse pubblico del socio pubblico.*
3. Le società partecipate dagli Enti Locali e la gestione dei servizi pubblici: la prima comparsa delle società *in house providing*.
4. La legislazione recente volta a contenere la diffusione delle società a partecipazione pubblica e a disciplinare il fenomeno.
 - 4.1. *Il Testo Unico in materia di Società a Partecipazione Pubblica e la stabilizzazione di un quadro di regole “speciali”.*
5. La fattispecie degli affidamenti diretti (o *in house providing*): i requisiti delle società affidatarie secondo l’elaborazione della Corte di Giustizia.
 - 5.1. *Il « controllo analogo » dell’Amministrazione pubblica.*
 - 5.2. *La partecipazione pubblica esclusiva al capitale sociale.*
 - 5.3. *La destinazione prevalente dell’attività della persona giuridica (società) controllata.*
6. Il modello *in house* e i “tipi” societari: la realizzazione del controllo analogo nelle società di capitali, secondo l’elaborazione della giurisprudenza nazionale.
 - 6.1. *Gli statuti delle società in house: in particolare, le più diffuse clausole di “controllo analogo”.*
 - 6.2. *Società in house e giurisdizione della Corte dei Conti.*
 - 6.3. *Società in house e fallimento.*

7. La fattispecie normativa dell'*in house providing* nelle Direttive UE n. 23-24-25 del 2014 e nelle leggi che le hanno recepite.

CAP. II: La nozione di « controllo analogo ».

1. Le definizioni di « controllo analogo » solitario e congiunto nelle Direttive europee e nel Testo Unico in materia di Società a Partecipazione Pubblica.
2. I concetti di « controllo » e di « influenza ». Pluralità di nozioni di controllo e parametri definatori di esso. Il controllo di cui all'art. 2359 c.c. quale nozione generale di riferimento. Il « controllo pubblico » nel T.U..
 - 2.1. *Cenni sul controllo societario, ai sensi dell'art. 2359 c.c.*
 - 2.2. *Il « controllo pubblico » solitario e congiunto.*
3. Gli elementi del controllo analogo: a) L'« influenza determinante ».
 - 3.1. *L' influenza « dominante » e « notevole » nell'art. 2359 c.c.: diverse gradazioni di intensità dell'influenza.*
 - 3.2. *Il significato di « influenza determinante ».*
4. Segue: b) L'oggetto dell'influenza e gli strumenti per esercitarla: il carattere prevalentemente “interno” del controllo.
5. Segue: c) Accertamento *ex ante* del controllo ed esercizio potenziale dell'influenza.
6. Le condizioni per l'imputazione « congiunta » del controllo analogo ad una pluralità di Amministrazioni.
7. I rapporti tra il controllo analogo ed il controllo pubblico.
8. I rapporti tra il controllo analogo e l'attività di direzione e coordinamento.
 - 8.1 *Se il controllo analogo si configuri necessariamente quale attività di direzione pubblica dell'impresa societaria, alla luce dei parametri definatori del controllo stesso: soluzione negativa.*
 - 8.2 *L'imputazione dell'attività di direzione e coordinamento al socio pubblico: la rilevanza della natura imprenditoriale degli interessi*

perseguiti ai fini della qualificazione della fattispecie di (etero)direzione.

8.3 Motivi e significato dell'esenzione per lo Stato da responsabilità ai sensi dell'art. 2497, comma 1, c.c., prevista dall'art. 19, comma 6, d.l. 78/2009, convertito in l. 102/2009.

8.4 Conclusioni: il controllo analogo quale fattispecie (potenzialmente) autonoma e distinta dall'attività di direzione e coordinamento. Holding societaria e « gruppo » pubblico di società in house.

CAP. III. L'attuazione del controllo analogo nelle società per azioni.

1. Introduzione: le disposizioni dell'art. 16 T.U. riferibili alle società per azioni.
2. I poteri dell'azionista pubblico in relazione agli spazi offerti all'autonomia statutaria dalla disciplina del codice civile.
 - 2.1 *Il potere "speciale" di nomina diretta di componenti dell'organo amministrativo e di controllo da parte dell'azionista pubblico (art. 2449 c.c.): rilevanza e limiti.*
 - 2.2 *Le attribuzioni limitate e tassative dell'Assemblea in materia di gestione.*
 - 2.3 *Le autorizzazioni assembleari ai sensi dell'art. 2364, n. 5.*
3. I poteri dell'azionista pubblico in relazione agli spazi offerti all'autonomia statutaria dall'art. 16, comma 3, lettera a), T.U.
 - 3.1. *Il principio della competenza gestionale esclusiva degli amministratori.*
 - 3.2. *Le clausole in deroga all'art. 2380-bis, comma 1, c.c.*
 - 3.3. *Competenze assembleari in materia di gestione e responsabilità degli amministratori.*
4. Poteri deliberativi dell'assemblea e controllo analogo congiunto.
5. La rilevanza dei patti parasociali a norma dell'art. 16, comma 3, lettera c), T.U.: i vincoli di fonte convenzionale alle competenze gestionali degli amministratori.

- 5.1. *Contenuto ed effetti dei « contratti di servizio pubblico ».*
6. Cenni all'opzione statutaria per il modello dualistico di amministrazione.
Conclusioni sulle ipotetiche modalità attuative del controllo analogo nelle società per azioni.

CAP. IV. L'attuazione del controllo analogo nelle società a responsabilità limitata.

1. Introduzione alle peculiarità del tipo s.r.l. secondo le esigenze del socio pubblico.
2. Le competenze gestionali attribuibili alla collettività dei soci: *a)* gli argomenti devoluti all'approvazione dei soci in mancanza di previsione statutaria.
3. (Segue:) *b)* Le clausole dell'atto costitutivo che riservano competenze gestionali ai soci.

3.1 Competenze gestionali dei soci e realizzazione del controllo analogo.

4. L'attribuzione di « particolari diritti » al socio pubblico *uti singulus*.
5. La responsabilità degli amministratori e dei soci per il compimento degli atti decisi o autorizzati dai soci.

5.1. Rapporti tra la responsabilità dei soci ai sensi dell'art. 2476, comma 7, c.c. e la responsabilità da esercizio di un'attività di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.).

6. I patti parasociali nelle s.r.l.: loro (residua) utilità per il controllo analogo.

6.1 Sindacati di voto e controllo analogo congiunto. Clausole statutarie alternative ai sindacati di voto.

CAP. I. LE SOCIETÀ *IN HOUSE* NEL PANORAMA DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA.

1. Cenni introduttivi.

Le società di capitali a partecipazione pubblica non costituiscono un fenomeno nuovo, poiché la loro comparsa risale al principio del secolo scorso¹: piuttosto, la novità degli ultimi due decenni è rappresentata dal loro numero elevato ed in costante crescita.

Una significativa presenza di società a partecipazione pubblica fu registrata per la prima volta durante il periodo fascista, quando l'acquisto di azioni divenne lo strumento attraverso il quale lo Stato interveniva a sostegno delle imprese in crisi; proprio negli anni trenta infatti fu costituito l'Istituto per la Ricostruzione Industriale (I.R.I.)². Pertanto il codificatore del '42 conosceva il fenomeno laddove scelse di riservare alle società per azioni a partecipazione pubblica poche

¹ Si veda M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss.

² Su cui ancora M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., 269 ss, e G. COTTINO, *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale*, in *Imprese e società*, Scritti in memoria di Alessandro Graziani, vol. I, Napoli, 1968, 367 ss.

disposizioni normative (gli originari artt. 2458-2460 c.c.)³, lasciandole per il resto assoggettate alle regole comuni⁴.

In séguito, il sistema delle partecipazioni statali si sviluppò ulteriormente e, nel periodo compreso tra gli anni cinquanta – quando si intervenne a regolamentare una situazione prevalentemente ereditata dal periodo fascista – e gli anni novanta, fu caratterizzato da un'organizzazione articolata su tre livelli: le società di diritto privato costituivano il “primo livello” ed erano partecipate dai cd. « enti di gestione »⁵, che costituivano il “secondo livello” ed erano a loro volta soggetti a poteri di indirizzo e coordinamento riservati al Ministero delle Partecipazioni Statali, che costituiva il terzo ed ultimo livello.

L'acquisto di partecipazioni azionarie da parte dello Stato ha realizzato (e realizza tuttora) una forma di intervento pubblico nell'economia italiana: l'organizzazione societaria rappresenta infatti il principale modello privatistico per l'esercizio di

³ La riforma delle società di capitali attuata con d.lgs. 6/2003 aveva cambiato solo la collocazione di tali norme, divenute gli attuali artt. 2449 e 2450 c.c., ma l'art. 2450 è stato abrogato dal d.l. 10/2007, convertito in l. 46/2007, e l'art. 2449 è stato modificato dalla l. 34/2008.

⁴ La scelta legislativa asseconda le ragioni che ispirano e sostengono l'azionariato pubblico; infatti, il par. 998 della Relazione al codice civile spiega: « Il nuovo codice non poteva ignorare la categoria delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici. Il frequente ricorso allo schema delle società per azioni per la creazione di imprese che lo Stato intende sottrarre all'iniziativa privata o gestire in unione con questa riconferma sotto questo profilo la vitalità dell'istituto delle società azionarie. In questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente ».

⁵ Tra cui l'E.N.I., istituito dalla Legge n. 136/1953 con il compito di « promuovere ed attuare iniziative di interesse nazionale nel campo degli idrocarburi e vapori naturali », e l'I.R.I., istituito come ente pubblico a carattere temporaneo dal R.D.L. n. 5/1933 e reso permanente qualche anno dopo. Sul sistema delle partecipazioni statali v. M. T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Società di diritto speciale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, 8, Torino, 1992, 155 ss.

un'impresa pubblica⁶

, alternativo a modelli pubblicistici (in passato più frequentemente ricorrenti) quali l'impresa-ente pubblico e l'impresa-organo⁷.

Con la scelta del modello societario l'Amministrazione non si limita ad esercitare un'attività di impresa e quindi ad agire secondo il diritto comune in forza della propria capacità giuridica di diritto privato – come fa quando esercita direttamente l'attività attraverso una struttura pubblica con o senza personalità giuridica, rispettivamente ente od organo – bensì costituisce o comunque partecipa ad un'autonoma struttura privatistica, la quale diventa l'unico centro di imputazione delle situazioni giuridiche derivanti dall'attività che integra l'oggetto sociale.

⁶ Alla locuzione « impresa pubblica » è riconosciuto pacificamente un significato descrittivo anziché tecnico, che comprende tutte le attività economiche esercitate direttamente o indirettamente da (ovvero riconducibili a) pubblici poteri, qualunque sia la forma giuridica prescelta (di diritto pubblico o di diritto privato), su cui A. ARENA, *Spunti sulle società commerciali pubbliche, sugli enti pubblici imprenditori a struttura istituzionale, sulle società per azioni in mano pubblica e sugli enti pubblici non imprenditori sotto l'aspetto della privatizzazione. In parte disposta, in parte disponenda, in parte attuata, in parte attuanda*, in *Dir. fall.*, 1994, 180 ss. Come noto, la definizione di impresa ricavabile dall'art. 2082 c.c. è unitaria e prescinde dalla natura, pubblica o privata, di colui che esercita l'attività. Si è discusso, soprattutto in passato, se tra gli elementi costitutivi dell'impresa debba annoverarsi anche lo scopo di lucro (almeno nell'accezione oggettiva) cui è finalizzata l'attività. Secondo autorevole dottrina, il movente lucrativo – inteso come finalità di produrre reddito oggettivata nei criteri di gestione – costituirebbe l'essenza della nozione economica (prima ancora della definizione giuridica) di « impresa » e caratterizzerebbe (*rectius*, dovrebbe caratterizzare) l'« impresa pubblica » al pari dell'impresa privata. Diversamente, un'attività gestita secondo modalità idonee soltanto a remunerare i fattori della produzione e non a creare un plusvalore (il guadagno) sarebbe un'attività « economica » ma non anche « imprenditoriale », la quale presuppone scelte dipendenti da giudizi di valore (e non scelte meramente tecniche) circa gli interessi da soddisfare sacrificando il profitto che il mercato consentirebbe di realizzare: l'attività così svolta da un soggetto pubblico avrebbe allora natura « amministrativa », cioè di cura diretta dell'interesse pubblico, e non imprenditoriale (cioè con movente essenzialmente privato). Si fa notare, inoltre, che il lucro è finalità di per sé neutra e strumentale a soddisfare ulteriori bisogni e interessi, anche pubblici. Così A. ARENA, *Contributo alla sistemazione giuridica degli enti pubblici che esercitano attività economica*, in *Imprese e società*, Scritti in memoria di Alessandro Graziani, vol. I, Napoli, 1968, 29 ss.; G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, 70 ss. Tuttavia, la dottrina oggi prevalente e la giurisprudenza interpretano in senso più ampio la nozione di impresa, ricomprendendovi anche le attività gestite con metodo « economico » ma non lucrativo: le « imprese pubbliche » non societarie, quindi, si distinguerebbero normalmente dalle imprese private per il fatto di essere dirette a realizzare scopi diversi dal lucro, con il solo limite dell'autosufficienza economica. Si vedano, tra gli altri, G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 595 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale - I. Diritto dell'impresa*, Milano, 2008, 34; anche M. T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 165 ss., la quale presuppone implicitamente quale contenuto minimo dell'impresa la sola autosufficienza economica.

⁷ L'esercizio di un'attività economica da parte di pubblici poteri può realizzarsi altresì nelle forme del diritto pubblico: attraverso la costituzione di un apposito ente, cd. « ente pubblico economico », oppure mediante l'attribuzione dei relativi poteri ad una struttura organizzativa interna all'ente interessato, ovvero un « organo » dell'ente, privo di personalità giuridica ma dotato di autonomia operativa e contabile. Per le principali differenze tra i modelli, si veda ancora M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., 234 ss.

Quindi, l'impresa societaria soltanto in senso sostanziale può considerarsi "pubblica", poiché ne è sempre titolare (formalmente) la società quale persona giuridica di diritto privato e, per la proprietà transitiva, "privata" risulta essa stessa. La caratterizzazione pubblica si manifesta, invece, indirettamente: nella misura in cui la gestione sia influenzata, o possa esserlo, dalla « determinante pubblica »⁸, cioè dalla presenza maggioritaria di soci pubblici nel capitale, che in quanto tale è potenzialmente rivolta al perseguimento di interessi pubblici (configurandosi una società « in mano pubblica »).

La successiva evoluzione del sistema si è avuta dai primi anni novanta, con l'avvio della fase delle « privatizzazioni »⁹, dietro la spinta anche dell'ordinamento comunitario. La trasformazione in società per azioni ha riguardato gran parte dei preesistenti enti pubblici economici, tra cui i cd. enti di gestione, costituenti la struttura portante del sistema delle partecipazioni statali (in quanto, come detto, fungevano da raccordo tra il Ministero omonimo e le società partecipate), così determinando profondi mutamenti nei "gruppi" pubblici.

Le ragioni storiche delle privatizzazioni sono diverse: prima fra tutte l'enorme crescita del debito pubblico, che poneva la pressante esigenza di un risanamento delle finanze statali, sulle quali pesavano in modo consistente proprio le perdite registrate dalle imprese pubbliche, spesso mal gestite e fonte di sprechi; poi, la partecipazione alla Comunità Europea, che favoriva la liberalizzazione di quei settori del mercato, quali i servizi pubblici (telecomunicazioni, trasporti, energia, etc.), in cui le imprese pubbliche operavano in regime di monopolio. Rispetto a tali esigenze il cambiamento della veste giuridica delle imprese pubbliche (cd. privatizzazione "formale") rappresentava solo la prima fase di un processo a cui avrebbe fatto séguito la privatizzazione "sostanziale", con la cessione a soggetti privati delle partecipazioni detenute dallo Stato nelle società per azioni risultanti dalla trasformazione: fase più lunga e complessa che arriva fino ai nostri giorni.

I provvedimenti legislativi che segnarono le tappe principali del processo di privatizzazione sono: il d.l. 386/1991, convertito nella l. 35/1992, che prevedeva la generale possibilità per gli enti pubblici di trasformarsi in S.p.a., sulla base di

⁸ L'espressione è di M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., 267.

⁹ Sul tema si veda la relazione del CNEL redatta nel 1997, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche. Aspetti giuridico-normativi ed economico-finanziari*, in www.cnel.it.

una decisione facoltativa apparentemente rimessa all'ente stesso – dubbi concernevano le concrete modalità della trasformazione e la stessa competenza a deliberarla – ed introduceva alcune disposizioni derogatorie della disciplina comune per le società che fossero risultate dalla trasformazione¹⁰; il d.l. 333/1992, convertito nella l. 359/1992, che, per superare i dubbi e le titubanze causate dalla precedente normativa, si sostituì ad essa e dispose direttamente la trasformazione in società per azioni di E.N.I., I.R.I., I.N.A. ed E.N.E.L., attribuendone le azioni al Ministro del Tesoro, individuandole quali « concessionarie necessarie » (*ex lege*), inoltre riconobbe al Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE) la competenza a deliberare la trasformazione di altri enti pubblici in S.p.a.¹¹; infine, il d.l. 332/1994, convertito nella l. 474/1994, che fissò una disciplina generale e dettagliata per la dismissione delle partecipazioni azionarie detenute dallo Stato nelle imprese trasformate e stabilì ulteriori deroghe alla disciplina di diritto comune delle società (ad es. limiti al possesso azionario), tra cui la più rilevante fu l'attribuzione al Ministro del Tesoro di poteri speciali (*golden share*) nei confronti di società operanti in determinati settori (difesa, energia, etc.), a prescindere dalla partecipazione azionaria detenuta.

Non è possibile né interessa in questa sede condurre l'analisi del processo di privatizzazione svoltosi dopo il 1994 e degli ulteriori provvedimenti normativi allo scopo emanati, stante la complessità e la diversità delle situazioni che si sono determinate; è opportuno ricordare almeno che la disciplina nostrana della *golden share* ha dovuto subire rimaneggiamenti per evitare il contrasto con le regole comunitarie a tutela della concorrenza, le quali non tollerano limitazioni derivanti da poteri governativi ampi che prescindono dal possesso azionario, non sufficientemente giustificati e circostanziati quanto ai presupposti applicativi¹².

Comunque, l'assetto di fonte legislativa di alcune delle società risultanti dalla trasformazione di enti pubblici ha posto l'interrogativo circa la “effettiva” natura giuridica delle società a partecipazione pubblica: in alcuni casi, infatti, la

¹⁰ Su cui M. T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 200 ss.

¹¹ Tra gli enti trasformati in s.p.a. con delibera del CIPE, sulla base del d.l. 333/1992, anche Ferrovie dello Stato (delibera CIPE 12 agosto 1992).

¹² Cfr. C. Giustizia CE, 26 marzo 2009, C-326/07, in *Foro it.*, 2009, IV, 221 ss. La disciplina vigente (d.l. 21/2012, convertito nella l. 56/2012) regola l'esercizio di poteri speciali del Governo sul presupposto della necessità di salvaguardare interessi essenziali dello Stato, cd. *golden power*.

trasformazione ha prodotto un mutamento più formale che sostanziale – a causa della legislazione speciale introdotta per gli enti privatizzati, della loro persistente soggezione a poteri di direzione da parte di Ministeri statali (nei casi in cui la società è rimasta in mano pubblica) e dello svolgimento di funzioni pubbliche analoghe a quelle in precedenza esercitate nelle forme del diritto pubblico – che ha indotto la dottrina e la giurisprudenza (soprattutto amministrativa) a chiedersi quale rilevanza conservi la veste giuridico-formale di un ente ai fini della sua qualificazione¹³.

Lo scopo delle privatizzazioni è stato di fare arretrare l'intervento pubblico dai settori dell'economia in cui poteva svilupparsi un mercato libero, procedendo alla riduzione della presenza pubblica nel capitale delle società operative ed, in definitiva, alla riduzione del numero di società a partecipazione pubblica.

Tuttavia, proprio a partire dagli anni novanta, il numero complessivo delle società a partecipazione pubblica, anziché ridursi, è cresciuto in modo consistente¹⁴: ne sono stati artefici non più le sole Amministrazioni dello Stato centrale, ma anche gli Enti locali. Questi ultimi infatti, mentre in una prima fase erano stati meno attivi, in seguito all'entrata in vigore della l. n. 142/1990 hanno cominciato ad impiegare il modello societario per la gestione dei servizi pubblici locali, oltre che per una serie ulteriore di servizi e, in alcuni casi, persino per lo svolgimento di funzioni amministrative. L'ubicazione periferica del fenomeno lo ha reso difficilmente controllabile e, di fatto, incontrollato, con la conseguenza che sono

¹³ C. Cost. 28 dicembre 1993, n. 466, in *Foro it.*, 1994, I, 325, argomentò il persistente controllo della Corte dei Conti sulle società per azioni risultanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici ev idenziandone la natura di società « di diritto speciale », con la conseguenza che esse non avrebbero perso del tutto le originarie connotazioni pubblicistiche. Cfr. anche Cons. Stato, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Foro it.*, 2002, III, 425 ss, che qualificò « organismo di diritto pubblico » la società Poste Italiane S.p.a. in quanto soggetta ad una disciplina derogatoria rispetto a quella del codice civile e sintomatica della sua strumentalità al perseguimento di obiettivi pubblicistici; inoltre, affermò che la struttura societaria è compatibile con la natura pubblica di un ente trasformato in S.p.a. e la stessa società Poste Italiane presenta in concreto delle caratteristiche (in particolare, le modalità di esercizio dei suoi diritti da parte dell'unico azionista) che ne evidenziano la natura di ente pubblico. Analogo orientamento, favorevole alla riqualificazione pubblicistica, è stato espresso anche da Cons. Stato, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Foro it.*, 2003, III, p. 238; Cons. Stato, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Foro it.*, 2003, III, p. 205; Cons. Stato, 30 gennaio 2006, n. 308, in *Giornale dir. amm.*, 2006, p. 623. Cfr. però in senso critico G. SCOCA, *Il punto sulle società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 241.

¹⁴ Per avere un'idea (parziale) dell'attuale situazione e dei numeri delle società partecipate – nonostante i molteplici interventi legislativi che si sono succeduti negli ultimi anni allo scopo di ridimensionare il fenomeno – è consultabile *on line* la relazione sulle imprese (anche non societarie) partecipate dagli enti locali redatta nel 2014 nell'ambito del programma di razionalizzazione della spesa pubblica (cd. *spending review*) affidato al Commissario Straordinario Carlo Cottarelli.

stati perpetrati molti abusi ai danni delle finanze locali, che il legislatore di recente ha cercato di contrastare con gli strumenti che vedremo.

2. Società a partecipazione pubblica « di diritto comune » e « di diritto speciale ».

Nell'impianto normativo del codice civile, sia di quello originario sia di quello successivo alla riforma delle società di capitali, la natura pubblica del socio non modifica la disciplina societaria applicabile – salvo che per il potere statutariamente attribuibile all'azionista pubblico di nominare in via diretta alcuni componenti degli organi sociali, attualmente previsto dall'art. 2449 c.c. – poiché, come si è sempre osservato, sono le pubbliche amministrazioni medesime ad assoggettarsi *volontariamente* alla disciplina di diritto comune, allo scopo di trarne tutti i benefici che struttura privatistica per l'esercizio (collettivo) dell'impresa può garantire loro.

Nel caso delle società a partecipazione pubblica, quindi, il diritto comune disciplina sia l'attività di impresa, sia l'ente societario che ne è titolare, sia, infine, la condotta dell'ente pubblico *uti socius*. In particolare, l'ente pubblico partecipa alla società accettando lo scopo di lucro quale causa contrattuale tipica e criterio-guida dell'azione della società (art. 2247 c.c.).

Tuttavia, la formale omogeneità tra società con e senza partecipazione pubblica è stata spesso interrotta attraverso la previsione di rilevanti eccezioni normative per alcune società pubbliche al di fuori del codice civile. Il legislatore, infatti, ha disciplinato l'impiego dell'organizzazione societaria altresì per lo svolgimento di attività « amministrative », cioè finalizzate in via diretta alla cura di interessi pubblici e non riconducibili ad iniziative imprenditoriali, creando categorie di (o anche singole) società a partecipazione pubblica con elementi di « specialità » rispetto ai comuni tipi sociali¹⁵.

¹⁵ C. IBBA, *Le società legali*, Torino, 1992, 9 ss., fa notare che la « specialità » è in questo caso intesa non già secondo il comune rapporto tra *genus* e *species*, in base al quale la seconda presenta tutti gli elementi del primo ed in più uno ulteriore, ma come parziale difformità della « specie » dal tipo generale a causa della mancanza di un elemento (essenziale) di questo. L'Autore individua tre ragioni di specialità delle società, attinenti: alla costituzione/genesi; alla causa/scopo/attività; alla disciplina dell'organizzazione.

Tale fenomeno di “specializzazione” della disciplina dell’ente « società » ha indotto la dottrina, già sul finire degli anni settanta, ad individuare due macro-categorie di società a partecipazione pubblica: le une « di diritto comune » e le altre « di diritto speciale », caratterizzate queste ultime da aspetti strutturali regolati difformemente dal codice civile¹⁶.

Tra le deroghe più significative alla disciplina comune era senz’altro quella concernente la causa contrattuale (non) lucrativa: perlopiù il legittimo perseguimento di finalità pubbliche non veniva enunciato nel testo di legge, ma si desumeva implicitamente dalla natura stessa dell’attività che la legge prevedeva quale oggetto della società, di per sé contrastante con la possibilità di realizzare utili¹⁷.

Peraltro, la carenza dello scopo di lucro (inteso in senso sia oggettivo sia soggettivo) avrebbe comportato che la (restante) disciplina societaria comune, sebbene non formalmente derogata, fosse applicabile non automaticamente ma solo

¹⁶ Sul tema, G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società*, cit., 105 ss., il quale, peraltro, con la locuzione « società di diritto speciale » si riferiva esclusivamente a quelle che presentano una deviazione dalla causa lucrativa: egli riteneva che tali società – essendo divenute, da strumento dell’iniziativa privata (imprenditoriale) qual erano, strumento di immediata attuazione dell’interesse pubblico – avessero perduto la natura di « società » e fossero in realtà « enti » associativi di diritto speciale. Invece, altre disposizioni speciali concernenti l’organizzazione societaria, del tipo di quelle elencate per le società di interesse nazionale dall’art. 2461 c.c. (oggi art. 2451 c.c.), avrebbero mantenuto le difformità dal tipo generale nei limiti della loro compatibilità con la disciplina societaria comune.

¹⁷ Secondo G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società*, cit., 106, « quando i fini che la legge impone al socio di perseguire sono incompatibili con la causa lucrativa si deve presupporre che il socio stesso sia stato autorizzato a costituire una società con causa conforme alle esigenze poste dall’interesse pubblico »; v. anche C. IBBA, *Le società legali*, cit., 262 ss.; G. MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 106 ss. e 353 ss.

dopo averne vagliato la compatibilità con la causa speciale « pubblica »¹⁸, per la considerazione –oggi tutt’altro che facilmente sostenibile e condivisa – secondo cui la causa lucrativa conformi i « sotto-tipi » di società disciplinati nel Titolo V, Capo II e ss., del Libro V del codice civile¹⁹.

La dottrina riconduceva alla categoria delle società con causa pubblica (non lucrativa) le società « finanziarie pubbliche » (la maggior parte delle quali oggi ha cessato l’attività), aventi funzione di promozione o di risanamento-salvataggio di

¹⁸ Così G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società*, cit., 108, il quale sottolinea che nella società di diritto speciale cambia il contenuto del diritto dei soci rispetto alla società di diritto comune, nel senso che « al diritto di partecipare alla distribuzione degli utili si sostituisce il diritto a partecipare alla gestione di quel particolare interesse pubblico al quale è improntata la causa della società speciale », con la conseguenza che « il valore delle azioni non dipende tanto dal valore patrimoniale intrinseco della quota del patrimonio sociale che rappresentano, quanto soprattutto, dal valore che soggettivamente presenta per le parti il partecipare alla gestione di quell’interesse pubblico affidato alla cura della società » e, pertanto, secondo l’Autore, le società di diritto speciale « non possono ottenere l’ammissione delle azioni alla quotazione in borsa; [...] non possono emettere azioni di risparmio, [...] non possono emettere nemmeno azioni privilegiate con voto limitato, poiché l’unico interesse del socio di queste società è di partecipare con il voto alla gestione di un interesse pubblico »; ne discende quale ulteriore conseguenza che le azioni non sono liberamente trasferibili, poiché « nel silenzio della legge la partecipazione è limitata ai soggetti cui il legislatore ha affidato la gestione dell’interesse pubblico ». Anche C. IBBA, *Le società legali*, cit., 272 ss., concorda con tali considerazioni, richiamandole, e ne desume una peculiare inversione del normale rapporto di strumentalità delle situazioni soggettive di carattere organizzativo rispetto a quelle patrimoniali attribuite dalla partecipazione sociale: mentre, infatti, i diritti patrimoniali di regola costituiscono il contenuto minimo e fondamentale della partecipazione sociale, nel caso delle società che non perseguono scopo lucrativo tale contenuto viene meno ed assumono prioritaria rilevanza proprio gli aspetti organizzativi della partecipazione sociale, funzionali alla realizzazione delle finalità pubbliche.

¹⁹ Così G. MARASÀ, *Le società*, cit., 172 ss.

altre imprese (societarie) operanti in determinati settori e/o aree geografiche²⁰. Ma previsioni legislative di questo tipo non sono andate esenti da critiche per aver creato organismi non riconducibili a nessuna delle formule organizzative (pubblicistiche o privatistiche) tradizionali.

L'analisi delle società « di diritto speciale », o finanche « di diritto singolare », con causa pubblica aveva indotto parte della dottrina ad elaborare un'ulteriore distinzione tra le società che, nonostante il perseguimento di scopi di pubblico interesse, mantengono la loro originaria connotazione privatistica e quelle che, invece, per effetto della disciplina speciale assumono natura pubblicistica, appunto in spregio alla forma societaria²¹.

La riqualificazione in ente pubblico sarebbe stata possibile, secondo l'opinione riferita, quando la disciplina speciale fosse risultata improntata non più ai caratteri dell'autonomia privata ma al regime della « funzione » proprio del diritto pubblico, tale da privare di qualsiasi autonomia l'ente *denominato* "società", al quale la legge direttamente impone il perseguimento dell'interesse pubblico. Infatti,

²⁰ Quali esempi di società finanziarie si possono ricordare: la Finanziaria meridionale - FIME S.p.A., costituita nel 1975 dalla Cassa per il Mezzogiorno e da altri istituti di credito allo scopo di « procedere alla promozione, allo sviluppo, all'espansione e alla ristrutturazione di imprese societarie specie di medie e piccole dimensioni ubicate nei territori meridionali e operanti nei settori dell'industria, dei servizi e della trasformazione dei prodotti agricoli », secondo quanto già previsto dall'art. 9, l. 6 ottobre 1971 n. 853, che attribuiva al CIPE la competenza ad autorizzare la costituzione di una società finanziaria per il meridione; le altre società per azioni a partecipazione statale aventi la finalità di promuovere e sostenere l'economia meridionale nei diversi settori; la Società di gestioni e partecipazioni industriali - GEPI S.p.A., partecipata dall'IMI e da altri enti pubblici di gestione, la cui costituzione era stata autorizzata dalla l. 22 marzo 1971, n. 184, con il compito di attuare interventi a favore di imprese industriali « per concorrere al mantenimento e all'accrescimento dei livelli di occupazione compromessi da difficoltà transitorie di imprese industriali », destinataria in seguito di ulteriori funzioni sulla base di molteplici interventi legislativi; la Società ristrutturazione elettronica - R.E.L. S.p.A., la cui costituzione da parte di soci « necessari », rappresentati per il 95% dal « Fondo per l'elettronica dei beni di consumo e della componentistica connessa » costituito presso il Ministero dell'Industria e per il restante 5% dall'IRI, era prevista dalla l. 5 marzo 1982, n. 63, per il riordinamento del comparto elettronico attraverso anche il coordinamento di imprese e unità produttive e secondo un indirizzo industriale unitario; la Società risanamento agro-industriale zuccheri - RIBS S.p.A., prevista dalla l. 19 dicembre 1983, n. 63, avente ad oggetto interventi nel settore bieticolo-saccarifero. Cfr. G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società*, cit., 119 ss.; C. IBBA, *Le società legali*, cit., 262 ss.; M. T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 205 ss.; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 357 ss.

²¹ Così ancora G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società*, cit., 127 ss., il quale riteneva che fossero suscettibili di essere riqualificate come enti pubblici, tra le altre, la GEPI S.p.A. e soprattutto la Rai S.p.A., per legge concessionaria in esclusiva del servizio pubblico radiotelevisivo, come disciplinata dalla l. 14 aprile 1975 n. 103. Cfr. anche M. T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 241 ss. Sulla controversa natura giuridica della Rai la giurisprudenza si è pronunciata in più occasioni, da ultimo confermandone la natura privata in conformità alla forma giuridica societaria, v. Cass., sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28330, in *Foro it.*, 2012, I, 3450.

nelle “comuni” società « di diritto speciale » le finalità pubbliche sono perseguibili legittimamente dalla società perché ne è investito il socio pubblico nella sua qualità, il quale, in osservanza di una previsione normativa, indirizza la gestione a tali fini esercitando i suoi poteri di socio di controllo, con la conseguenza che la società (distinta dal socio) continua a disporre liberamente dell’interesse da perseguire; invece, nelle società che rivelano natura pubblicistica, il rapporto tra la società e l’ente pubblico – oggetto di disciplina speciale, che concerne allora non solo la causa ma la stessa struttura ed il funzionamento della società – risulta aderente al diritto pubblico e l’autonomia della società e dei suoi organi è affatto compromessa, con la conseguenza che tale vincolo di indisponibilità/necessità pregiudica irreversibilmente l’inquadramento della società che vi è soggetta tra gli enti di diritto privato²².

Tuttavia, il criterio sostanziale che è stato indicato per accertare la natura pubblica della società è di assai incerta applicazione; per questo motivo l’opinione maggioritaria ha ritenuto preferibile riconoscere prevalenza al principio nominalistico ed attenersi alla qualificazione legislativa espressa²³, tenendo conto anche del fatto che quando il legislatore ha voluto coniugare la struttura societaria con la natura di diritto pubblico dell’ente così costituito l’ha fatto apertamente²⁴.

Comunque, l’idea della riqualificazione pubblicistica delle società non è mai stata del tutto sopita, anzi a fasi alterne recupera vigore ponendosi all’attenzione della giurisprudenza e incontrandone talvolta anche il favore, in considerazione non tanto (o non solo) della causa contrattuale bensì del complessivo assetto

²² Così G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società*, cit., 112 ss., secondo il quale la differenza tra società di diritto speciale e società-enti pubblici è che nel primo caso l’interesse pubblico viene attuato « attraverso il controllo azionario, come interesse imposto al socio pubblico, interesse che la società persegue formalmente in regime di autonomia privata, come interesse disponibile »; mentre nel secondo caso « l’oggetto e l’interesse sono direttamente imposti agli organi sociali come oggetto e interesse propri dell’ente, indisponibili non soltanto per il socio pubblico che vi partecipa, ma per la stessa società; la società è vincolata al socio pubblico (o, più in generale, all’Amministrazione) non sulla base dei diritti che al socio pubblico derivano dalla partecipazione azionaria, secondo la disciplina comune, ma sulla base di poteri che trovano la loro fonte in disposizioni particolari [...] incompatibili con i principi che devono informare, anche per disposizione costituzionale, la disciplina dei soggetti privati ». Si tratta di una distinzione sottile, concretamente difficile da verificare, che però si riflette significativamente sulla disciplina applicabile: basti considerare che la società-ente pubblico sarebbe sottratta al fallimento (art. 1, comma 1, l. fall.). A ben vedere, tuttavia, l’esonero dal fallimento potrebbe ugualmente desumersi dalla natura non imprenditoriale dell’attività della società riqualificabile in ente pubblico.

²³ Tra gli altri, v. C. IBBA, *Le società legali*, cit., 338 ss.

²⁴ È il caso dell’AGEcontrol S.p.A., che l’art. 18 della legge istitutiva, n. 887/1984, definisce società « con personalità giuridica di diritto pubblico ».

societario, che comprende anche il tipo di attività, la relazione che intercorre tra la società e l'Amministrazione e altri elementi²⁵.

Propense alla riqualificazione, anche solo limitatamente a certi effetti, sono soprattutto la giurisprudenza amministrativa e quella contabile. In particolare, la giurisprudenza amministrativa considera ormai superata una nozione fissa di ente pubblico e ne accoglie invece una « funzionale e cangiante »²⁶, con conseguente possibile applicazione di istituti pubblicistici anche ad enti formalmente privati laddove le esigenze sostanziali lo impongano.

Le novità legislative degli ultimi anni in tema di società a partecipazione pubblica introducono deroghe prevalentemente all'assetto organizzativo e strutturale delle società previsto dal codice, nel senso di limitare l'autonomia statutaria e di imporre maggiori vincoli, e lo fanno per un novero sempre più ampio di società, con la conseguenza di delineare un diritto speciale quasi per l'intera categoria delle società a partecipazione pubblica, indipendentemente dal tipo di attività esercitato.

Anche il Testo Unico recentemente approvato in materia conferma la descritta tendenza legislativa a generalizzare un sistema di regole speciali per tutte le società a partecipazione pubblica salvo poche eccezioni; esso infatti, seppure non privo di contenuti innovativi, opera soprattutto in funzione di sintesi e riordino del complesso quadro normativo anteriore.

2.1. Causa lucrativa del contratto di società e interesse pubblico del socio pubblico.

²⁵ La riqualificazione pubblicistica serve, il più delle volte, ad estendere all'ente formalmente privato l'applicazione di norme di diritto pubblico, per evitare l'elusione di discipline vincolistiche. Ma è stato avvertito anche il problema opposto: sottrarre le società che presentino indici di « pubblicità sostanziale » all'applicazione delle procedure concorsuali di fallimento e concordato preventivo. Cfr. Tribunale S. M. Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009, 713; Tribunale Patti, 6 marzo 2009, e Tribunale Catania, 20 luglio 2010, in www.osservatorio-oci.org; Tribunale Avezzano, 26 luglio 2013, in www.ilcaso.it; Tribunale Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, 869, con nota di G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e concordato preventivo*. Sul relativo dibattito L. SALVATO, *Le società pubbliche alla prova delle procedure concorsuali*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, n. 6, 60 ss.; C. PECORARO, *Pubblico e privato nella governance delle società partecipate: fermenti ed incertezze nel quadro di riferimento*, in *Dir. fall.*, 2014, II, 701 ss.

²⁶ Tra gli altri, Cons. Stato, 26 maggio 2015, n. 2660, in *Giur. it.*, 2015, 1977 ss.; cfr. anche G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss.

Nelle società “in mano pubblica” di diritto comune, ovvero con causa lucrativa, uno degli aspetti più rilevanti riguarda la compresenza e la composizione dell’interesse pubblico del socio pubblico e dell’interesse lucrativo tipico comune a tutti i soci. È un tema complesso che può essere analizzato da due prospettive, l’una del diritto pubblico, l’altra del diritto privato, le quali, essendo fondate su parametri di valutazione diversi, devono essere differenziate, benché tendano ad intrecciarsi.

Dal punto di vista del diritto amministrativo, la condotta di una persona giuridica di diritto pubblico non è libera, ma è regolata dalla legge, che in primo luogo determina l’interesse pubblico, ovvero le finalità per le quali la persona è stata istituita e alle quali deve tendere la sua azione. Il « principio di legalità » esprime la soggezione dell’ente pubblico alla legge ed assolve essenzialmente una funzione di garanzia dei diritti e delle libertà dei privati che possono subire limitazioni in conseguenza dell’esercizio dei poteri pubblici (autoritativi).

Anche quando l’ente pubblico agisce nelle forme del diritto privato, senza incidere unilateralmente la sfera giuridica altrui, è tenuto ad orientare la propria condotta secondo le finalità istituzionali e ad osservare i precetti legislativi che disciplinano gli atti o l’attività compiuti. Tuttavia, in questo caso difettano agli amministrati (interessati) gli strumenti di tutela con cui far valere eventuali violazioni, in quanto gli atti di diritto privato non sono sindacabili con il giudizio di congruità rispetto all’interesse pubblico che investe i provvedimenti amministrativi, e l’unico rimedio esercitabile è rappresentato dall’azione di responsabilità contabile per il risarcimento dei danni cagionati dal funzionario al patrimonio dell’ente.

Come noto, gli enti pubblici possono, in linea di principio, stipulare contratti ed anche costituire società o acquistare partecipazioni sociali in forza della capacità generale di diritto privato che è loro riconosciuta come persone giuridiche.

In assenza di una norma di legge che espressamente autorizzi l’Ente a prendere parte ad una società per il perseguimento diretto, attraverso l’esercizio dei suoi diritti sociali, di finalità pubbliche²⁷, gli scopi perseguibili dall’Ente sono soltanto quelli che la legge prevede per la formazione del vincolo societario, *in primis* lo

²⁷ Se una disposizione legislativa prescrive che l’ente persegua mediante la partecipazione in società un interesse incompatibile con lo scopo di lucro, essa non potrà che essere interpretata come *lex specialis* rispetto all’art. 2247 c.c., autorizzando che gli effetti del contratto di società si producano per realizzare finalità diverse da quella imprenditoriale-lucrativa; v. par. precedente.

scopo di lucro (art. 2247 c.c.), e che per l'Ente costituiscono una regola di comportamento²⁸.

La partecipazione dell'ente pubblico al capitale di una società presuppone allora la sussistenza di una relazione di strumentalità tra l'interesse ad esercitare un'attività economico-lucrativa – pur con la mediazione dell'organizzazione societaria ed in regime di responsabilità patrimoniale limitata – e l'interesse pubblico istituzionale o quello in concreto perseguito dall'ente stesso. In altre parole, devono essere necessariamente *compatibili* l'interesse sociale tipico e l'interesse pubblico perseguito dall'Ente, salvo che la legge disponga diversamente (allorquando faccia prevalere, anche implicitamente, l'interesse pubblico su quello lucrativo che col primo sia incompatibile).

Ma ciò non comporta che la condotta partecipativa del socio pubblico sia sempre *conforme*²⁹ (cioè assimilabile) a quella di un socio privato, poiché, se è vero che il guadagno è di per sé un obiettivo meramente strumentale e potenzialmente idoneo a soddisfare qualunque interesse pubblico mediante il suo reimpiego, è pur vero che strumentale all'interesse pubblico perseguito dall'Ente può essere già la realizzazione (prima che di un profitto) di determinate utilità attraverso l'esercizio

²⁸ Dal carattere imperativo dello scopo di lucro quale elemento causale caratterizzante il contratto di società deriva il vincolo per il socio pubblico a rispettarlo: G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società*, cit., 61 ss., fa notare che il principio di legalità che governa l'azione dell'Amministrazione impedisce a questa, anche quando svolge un'attività di diritto privato, di determinarsi liberamente nella scelta degli interessi da perseguire, in particolare di determinarsi in contrasto con gli interessi predefiniti dalla legge, quale l'interesse lucrativo nel contratto di società.

²⁹ L'interesse perseguito in via diretta e immediata dal socio pubblico è *conforme* alla causa lucrativa quando la partecipazione ha scopo di investimento, oppure serve a finanziare l'iniziativa imprenditoriale privata, oppure quando l'ente pubblico è tenuto legislativamente ad agire secondo criteri aziendalistici nell'acquisto e nella gestione delle partecipazioni sociali. In queste ed in altre ipotesi simili, a dispetto della natura pubblica del socio, la sua partecipazione è qualitativamente omogenea a quella dei soci privati.

di

un'attività produttiva³⁰

. In questo caso è ipotizzabile che l'ente pubblico eserciti i suoi diritti sociali in funzione non della massima remuneratività dell'investimento ma (anche) dell'interesse pubblico il cui soddisfacimento è connesso alle modalità di esercizio dell'attività: interesse che quindi emerge come movente della partecipazione sociale dell'ente pubblico³¹.

L'ipotesi formulata è in concreto ravvisabile nelle società a partecipazione pubblica erogatrici di servizi pubblici, laddove l'ente pubblico sembra interessato più alle condizioni e alla qualità del servizio fornito all'utenza, che alla remunerazione dell'investimento; tuttavia, la costituzione di tali società è contemplata dalla legge e quindi nella previsione legislativa potrebbe ravvisarsi un'implicita autorizzazione per i soci a perseguire in via non esclusiva lo scopo lucrativo, affiancando ad esso l'obiettivo di soddisfare le esigenze di servizio pubblico.

D'altro lato, la dottrina riconosce già da tempo il carattere « elastico » della causa lucrativa nelle società – anche in mancanza di deroghe legislative all'art. 2247 c.c., che resta norma imperativa generale – e la possibilità di un contemperamento del fine di lucro con altri interessi in concreto condivisi dalle parti, idonei ad ampliare la causa del contratto di società e come tali legittimamente perseguibili anche dal socio pubblico³²; infatti i limiti di carattere

³⁰ Cfr. G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 96 ss., che distingue tre ipotesi di comportamento del socio pubblico, a seconda che l'individuazione dell'interesse pubblico in ragione del quale acquista la partecipazione in società sia: a) di competenza esclusiva del legislatore; b) di competenza della Amministrazione titolare dei poteri di direzione e controllo sul socio pubblico, che è l'ente (diverso dalla prima) cui spetta la gestione delle partecipazioni; c) di competenza dello stesso socio pubblico. Premesso che quando è l'Amministrazione a dover determinare l'interesse pubblico lo fa comunque in applicazione di un'astratta previsione di legge, nelle prime due ipotesi l'ente pubblico detentore della partecipazione sociale esercita i suoi poteri di socio secondo criteri prevalentemente tecnici, cioè economici, non avendo discrezionalità in ordine agli obiettivi da perseguire; nell'ultima ipotesi, invece, il socio pubblico svolge un'attività « amministrativa », compiendo valutazioni politiche nell'esercizio dei suoi diritti sociali e potendo così determinare una peculiare influenza sulla gestione. Un esempio *sub a*) era ravvisabile nell'Istituto mobiliare italiano (I.M.I.), ente pubblico istituito con r.d.l. 13 novembre 1931 n. 1398 per l'esercizio del credito industriale: l'interesse pubblico, definito direttamente dalla legge, era soddisfatto con la sua sola presenza attiva nel settore del finanziamento industriale, idonea a sostenere e promuovere lo sviluppo dell'economia italiana, attraverso l'esercizio dell'attività in forma di impresa lucrativa, nell'ambito della quale l'Istituto acquisiva anche partecipazioni societarie. *Sub b*) erano inquadrabili gli enti di gestione, che dovevano operare secondo criteri di economicità e potevano assumere partecipazioni in società di diritto comune e, nello stesso tempo, erano strumentali alla politica economica del Governo e dovevano attuare le direttive impartite dal Ministero per le partecipazioni statali.

³¹ Cfr. M.T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 189 ss.

³² Così G. MARASÀ, *Le società*, cit., 383 ss. G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 163 s.

funzionale all'impiego del modello societario conformano la condotta del socio pubblico (e non quella dei soci privati), costituendo un parametro per valutarne la legalità del comportamento dal punto di vista del diritto pubblico.

Dal punto di vista del diritto societario, invece, l'ente pubblico può acquisire partecipazioni in società lucrative quantunque sia motivato dal perseguimento di obiettivi di segno opposto al lucro e tali obiettivi effettivamente ne dirigano l'azione. Non a caso, le società a controllo pubblico ed in particolare quelle a totale partecipazione pubblica sono state descritte in termini di « negozio indiretto », riscontrandosi di frequente, nell'attuazione del programma contrattuale e nell'esercizio dell'attività, una deviazione dallo scopo di lucro dichiarato³³.

Per l'ordinamento societario l'interesse che motiva in concreto la partecipazione del socio pubblico non riceve considerazione diversa dagli altri interessi « extrasociali » di cui i singoli soci possono farsi portatori³⁴: perciò, se si ritiene che la causa del contratto di società possa impinguarsi anche di elementi diversi dal lucro, compatibili con una gestione economica e minimamente lucrativa, l'interesse pubblico stesso può diventare una componente di quello « sociale » qualora sia condiviso dalle parti³⁵.

In ogni caso, la gestione della società può attuarsi, di fatto, secondo modalità che frustrano sistematicamente lo scopo di lucro con la connivenza del socio pubblico che omette di ricorrere agli strumenti in suo potere, dal momento che il diritto privato (societario) rimette la cura degli interessi delle parti all'iniziativa delle stesse (private o pubbliche che siano), che ne dispongono liberamente. Infatti, l'imperatività della causa lucrativa, ai sensi dell'art. 2247 c.c., comporta che gli effetti del contratto di società si producono a condizione che le parti si vincolino reciprocamente ad esercitare un'attività economica per dividersi gli utili³⁶, mentre il

³³ Così A. GRAZIANI, *Partecipazioni pubbliche e società per azioni*, in *Studi di diritto commerciale e marittimo*, Napoli, 1963, 7 ss. Invece, escludono la possibilità di applicare alle società lo schema del negozio indiretto, per motivi e con argomenti diversi (specificamente riferibili al socio pubblico o più generali), G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche*, cit., 61 ss.; MARASÀ, *Le società*, cit., 48 ss.

³⁴ Discorso a parte merita la questione circa la rilevanza che l'interesse pubblico può assumere quando lo statuto attribuisce al socio pubblico i poteri di nomina e revoca previsti dall'art. 2449 c.c.

³⁵ Così G. COTTINO, *Partecipazione pubblica*, cit., 397 ss.; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 377 ss.; G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 163 s.

³⁶ Ma anche questa affermazione, in linea di principio corretta, può essere smentita dalla circostanza che una società di capitali dichiaratamente non lucrativa al di fuori dei casi previsti e consentiti dalla legge non sarebbe comunque affetta da nullità, ex art. 2332 c.c.

perseguimento dello scopo di lucro (oggettivo e soggettivo) non è imposto ai soci (dall'esterno) nella successiva fase attuativa, di esercizio dell'attività.

3. Le società partecipate dagli Enti Locali e la gestione dei servizi pubblici: la prima emersione della fattispecie di società *in house providing*.

Anche le società di capitali a partecipazione comunale, provinciale e regionale hanno origini storiche risalenti: si diffusero per ragioni e in contesti diversi ed in assenza di una pianificazione normativa o di criteri predeterminati, a differenza dell'azionariato statale. Peraltro, con il progressivo espandersi della sfera pubblica in economia non mancarono riconoscimenti legislativi del ruolo dei governi locali nell'ambito della promozione economica attraverso la partecipazione in società (finanziarie regionali; società consortili)³⁷.

Il passaggio fondamentale alla nuova fase avvenne con la legge 8 giugno 1990, n. 142, che incluse espressamente tra le forme giuridiche consentite per la gestione dei servizi pubblici locali le società per azioni « a prevalente capitale pubblico » (art. 22, comma 3, lett. e)³⁸. In seguito, l'art. 12, l. 498/1992, si occupò anche delle società « miste » a capitale pubblico locale « non prevalente », disciplinate poi dal regolamento di delegificazione d.p.r. 533/1996³⁹. Tali disposizioni prevedevano una valutazione rimessa all'Ente locale circa l'opportunità di continuare ad occuparsi in proprio del servizio pubblico, senza darlo in concessione a terzi, ma associando a sé *partners* e capitali privati mediante la costituzione di società miste.

L'opzione per il modello societario, piuttosto che per altri modelli pubblicistici, consentita agli Enti nella gestione dei servizi pubblici – servizi che mirano a

³⁷ Le società finanziarie regionali erano previste dall'art. 10 l. 281/1970 (abrogato dal d.lgs. 118/2011, come modificato dal d.lgs. 126/2014), su cui G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società*, cit., 123 ss.; M. T. CIRENELI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 220 ss.; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 357 ss. La possibilità di costituire società consortili fra piccole e medie imprese ed « enti pubblici, anche territoriali » era espressamente riconosciuta dall'art. 17, l. 240/1981, su cui F. CAVAZZUTI, *Forme societarie, intervento pubblico locale e « privatizzazione » dei servizi: prime considerazioni sulla nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Giur. it.*, 1991, 248 ss.

³⁸ F. CAVAZZUTI, *Forme societarie, intervento pubblico locale*, cit., 248; P. ABBADESSA, *Le società miste per i servizi locali: profili organizzativi speciali*, in *Studi in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*, I, Padova, 1997, 1 ss.; V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 24 ss.

³⁹ Su cui P. ABBADESSA, *Le società miste per i servizi locali*, cit., 3.

soddisfare bisogni e interessi connessi a diritti della persona – testimoniava la fiducia riposta dal legislatore nell'efficienza di tale forma giuridica: efficienza derivante dalla stessa struttura organizzativa delle società di capitali, anche quando adottata per svolgere attività prive di un'intrinseca attitudine lucrativa, come quelle di servizio pubblico. Si confermava, così, la tendenza legislativa ad una certa « neutralizzazione » della forma societaria⁴⁰, da cui tuttavia non si poteva desumere la completa scomparsa della causa lucrativa, poiché questa non si traduce necessariamente nel perseguimento del massimo utile e può dunque essere compatibile con l'interesse pubblico ad una gestione corretta ed efficiente dell'attività (economica) volta a soddisfare bisogni generali⁴¹.

La citata Legge sulle Autonomie locali (n. 142/1990) fu sostituita dal d.lgs. 267/2000 recante il Testo Unico degli Enti Locali, che, allo scopo di disciplinare i « servizi pubblici locali »⁴², distinse quelli « di rilevanza economica » (art. 113) da quelli « privi di rilevanza economica » (art. 113-*bis*)⁴³. Tra i primi si annoverano sicuramente il servizio idrico, di energia elettrica, di trasporto, di raccolta dei rifiuti; ma non è facile individuare un esatto criterio distintivo: secondo la Corte Costituzionale occorre che il servizio possa essere offerto in un mercato, anche solo potenziale, e che i costi dell'attività siano coperti dai ricavi⁴⁴. L'art. 113, comma 5, TUEL, nel regolare le alternative modalità di erogazione dei servizi di rilevanza economica tra cui l'ente pubblico avrebbe dovuto scegliere, compiva un passo avanti rispetto alla precedente disciplina, poiché prevedeva che in ogni caso la gestione del servizio fosse affidata a società di capitali, a capitale privato oppure pubblico con partecipazione dell'ente medesimo.

⁴⁰ Cfr. G. MARASÀ, *Le società*, cit., 165 ss.

⁴¹ Cfr. P. ABBADESSA, *Le società miste per i servizi locali*, cit., 2, secondo il quale l'interesse pubblico perseguito dall'Ente avrebbe conformato la causa contrattuale, costituendo per legge la ragione del vincolo societario che sorgeva tra questo e il *partner* privato.

⁴² L'art. 112 TUEL definisce i « servizi pubblici » la cui gestione spetta agli enti locali nell'ambito delle proprie competenze come quelli aventi « per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali ». Secondo una definizione più completa data dalla dottrina, il servizio pubblico è la relazione che si instaura tra il soggetto pubblico, che organizza un'offerta pubblica di prestazioni rendendola doverosa, e gli utenti, la quale è finalizzata a soddisfare in modo continuativo i bisogni della collettività di riferimento. Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, 745.

⁴³ L'art. 113-*bis* c.c. fu inserito successivamente con l. 448/2001 (legge finanziaria per il 2002) ed è stato poi dichiarato costituzionalmente illegittimo (C. Cost. 27 luglio 2004, n. 272) per violazione della potestà legislativa delle Regioni, in quanto, avendo ad oggetto servizi per i quali non esiste un mercato concorrenziale, lo Stato non aveva titolo per regolamentare la materia.

⁴⁴ C. Cost., 17 novembre 2010, n. 325, in *Foro it.*, I, 1332 ss.

La disposizione, quindi, consentiva la gestione del servizio da parte dell'ente pubblico interessato soltanto mediante l'interposizione di una struttura societaria, escludendola invece secondo le forme tradizionali del diritto pubblico (istituzioni e aziende speciali).

La *ratio legis* era anzitutto di promuovere il ricorso al mercato, sollecitando gli enti pubblici a selezionare operatori (imprese societarie) cui affidare i compiti materiali connessi all'erogazione del servizio; tuttavia, qualora gli enti non avessero ritenuto opportuno – sulla base di valutazioni discrezionali, non sindacabili nel merito – delegare interamente a terzi tali funzioni, avrebbero potuto e dovuto costituire una società per la gestione del servizio, nella cui forma organizzativa il legislatore evidentemente confidava per il miglior impiego delle risorse pubbliche necessarie.

L'ulteriore distinzione tra le società partecipate dall'ente pubblico affidante di cui alle lettere *b)* e *c)* del comma 5, art. 113 TUEL, indicanti rispettivamente le società a partecipazione mista pubblico-privata e le società a partecipazione interamente pubblica, si rendeva necessaria in relazione alla disciplina a tutela della concorrenza « *per il mercato* » di origine comunitaria. Infatti, l'obbligatorietà delle procedure « *ad evidenza pubblica* » per la scelta del terzo concessionario di un servizio pubblico comportava altresì che, qualora l'Ente avesse deciso di riservarsi la gestione del servizio attraverso la costituzione di una società, avrebbe dovuto scegliere l'eventuale socio privato, quale *partner* da associare a sé nella gestione, per mezzo delle stesse procedure (lett. *b)*).

Invece, la costituzione di una società da parte del solo ente pubblico interessato al servizio, in assenza soci privati, e l'affidamento ad essa della gestione del servizio non rappresentavano un'ipotesi di ricorso al mercato (« *esternalizzazione* »), che rendesse necessario l'espletamento di procedure competitive, poiché l'alterità soggettiva tra l'ente pubblico e la società da lui costituita era voluta dal legislatore, ma non corrispondeva (non avrebbe dovuto corrispondere) all'esistenza effettiva di due diversi centri di interessi: si delineava il cd. affidamento diretto o *in house providing*, i cui elementi caratterizzanti erano già stati individuati (e sarebbero stati poi ulteriormente elaborati) dalla Corte di Giustizia⁴⁵.

⁴⁵ C. Giust., 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1339 ss.

La definizione di ente *in house* fornita dalla Corte di Giustizia era ripresa dalla lettera *c*), comma 5, art. 113 TUEL⁴⁶, che elencava le condizioni per il conferimento diretto della titolarità del servizio a « società a capitale interamente pubblico »; le condizioni richieste erano: « che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo *analogo* a quello esercitato sui propri servizi » e « che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano ».

Fatto notorio è il successo che tale formula ha riscosso, per la intuibile ragione che essa ha permesso agli Enti locali di combinare il persistente controllo diretto sulla gestione dei servizi pubblici, assimilabile a quello precedentemente svolto attraverso strutture di diritto pubblico, con i vantaggi derivanti dalla separazione personale e patrimoniale nei confronti di un ente avente personalità giuridica di diritto privato, come tale esonerato dal rispetto di normative e vincoli pubblicistici. In tal modo, si è prodotto l'effetto di un ulteriore significativo aumento del numero di “partecipate” locali, accompagnato inevitabilmente da abusi, a causa della facilità di aggirare le regole amministrative.

Allo scopo di porre un freno, il legislatore era intervenuto sostituendo la disciplina del TUEL nella parte in cui rimetteva alla valutazione discrezionale delle Amministrazioni la scelta tra la gestione esternalizzata e quella *in house* dei servizi pubblici di rilevanza economica, che nella prassi si risolveva quasi sempre a favore della seconda. Precisamente, con l'art. 23-*bis*, comma 11, d.l. 112/2008, convertito nella l. 133/2008, si dispose l'abrogazione del comma 5 dell'art. 113 TUEL in quanto incompatibile con la disciplina di nuova introduzione: questa predeterminava in modo tassativo le peculiari caratteristiche del contesto territoriale di riferimento in presenza delle quali soltanto l'affidamento *in house* sarebbe stato (eccezionalmente) consentito, con l'obbligo di previa verifica della loro ricorrenza attraverso la richiesta di un parere all'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato.

Si rendeva così normalmente obbligatoria l'esternalizzazione (anche sostanziale) del servizio e, di conseguenza, si garantiva un livello di tutela (ed, anzi, di promozione) della concorrenza ben più elevato di quello proprio del diritto

⁴⁶ Nella versione modificata dall'art. 14 d.l. 269/2003, convertito in l. 326/2003.

comunitario, per il quale invece l'autoproduzione è una scelta rimessa alla potestà delle Amministrazioni, senza che tale regime fosse stato imposto al legislatore italiano⁴⁷.

L'art. 23-*bis* è stato, però, a sua volta abrogato dal *referendum* popolare celebrato nel giugno 2011.

La materia restava quindi temporaneamente priva di normazione statale, fino all'entrata in vigore del d.l. 138/2011, convertito nella l. 148/2011, che all'art. 4 ha regolato i servizi locali nuovamente in modo da favorire il mercato e la concorrenza (come aveva fatto la disciplina abrogata), limitando la legittimità dell'affidamento diretto soltanto alle ipotesi di scarso valore economico del servizio (di qualunque tipo) e ad alcuni particolari servizi, tra cui il servizio idrico, che era stato direttamente interessato dal *referendum*, ed altri quali distribuzione di gas, di energia elettrica, etc.

Tuttavia, in séguito, questa disciplina è stata dichiarata costituzionalmente illegittima⁴⁸ nella parte in cui, in contrasto con l'esito del *referendum* abrogativo (art. 75 Cost.), riproduceva la precedente norma oggetto di abrogazione referendaria⁴⁹. Alcune disposizioni relative all'affidamento dei servizi pubblici locali sono poi state introdotte dall'art. 34, d.l. 179/2012, convertito nella l. 221/2012, che però nulla dice in merito specificamente alle modalità di affidamento, di talché devono ritenersi senz'altro ammesse quelle compatibili con il diritto comunitario, quindi sia l'affidamento a società mista, con gara per la scelta del socio operativo, sia l'affidamento *in house*.

⁴⁷ Si veda C. Cost., 17 novembre 2010, n. 325, cit., la quale, essendo stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 23-*bis* citato, ha affermato che le regole comunitarie in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici costituiscono solo prescrizioni minime per gli Stati membri e non impediscono che la legislazione interna disciplini più rigorosamente, nel senso di favorire l'assetto concorrenziale di un mercato, le modalità di tale affidamento.

⁴⁸ C. Cost., 20 giugno 2012, n. 199, in *Foro it.*, 2013, I, 2758 ss., secondo cui la volontà risultante dalla consultazione popolare era nel senso di respingere una normativa interna più stringente di quella comunitaria sui presupposti per l'affidamento diretto con riguardo a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica e non solo al servizio idrico: volontà violata dalla successiva regolamentazione della materia, parzialmente sovrapponibile alla disciplina di cui all'abrogato art. 23-*bis*.

⁴⁹ Non è stato interessato dalla pronuncia di incostituzionalità l'art. 3-*bis*, d.l. 138/2011, convertito nella l. 148/2011, che attribuisce alle Regioni il compito di organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali *a rete* di rilevanza economica « definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali ed omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi »; di norma la dimensione degli ambiti o bacini deve essere non inferiore almeno al territorio provinciale; inoltre, le funzioni di organizzazione dei servizi, di scelta della forma di gestione, di affidamento della gestione e del relativo controllo sono svolte dagli enti di governo degli ambiti o bacini.

Infine, la materia dei servizi pubblici locali di interesse economico generale è stata fatta oggetto di delega legislativa al Governo con la legge di riforma n. 124/2015; lo schema del relativo decreto di attuazione, ancora non definitivamente approvato, all'art. 7 prevede tra le modalità di gestione del servizio l'affidamento *in house* e consente che la relativa scelta sia effettuata dall'ente pubblico senza restrizione alcuna circa i presupposti; l'ente pubblico che ritenga opportuno procedere alla « gestione diretta » del servizio mediante affidamento *in house* ha soltanto un onere di motivazione specifica in ordine ai parametri (convenienza, economicità, efficienza, migliore impiego delle risorse pubbliche, etc.) che avrebbero dovuto guidarne la scelta.

A differenza che in passato, però, attualmente i riferimenti normativi alle società *in house* non sono più contenuti soltanto nell'ambito della disciplina dei servizi pubblici locali; al contrario, tali società sono previste e regolate compiutamente dal nuovo Codice degli Appalti pubblici, d.lgs. 50/2016, e dal Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica, d.lgs. 175/2016, su cui ci soffermeremo dopo.

4. La legislazione recente volta a contenere la diffusione delle società a partecipazione pubblica e a disciplinare il fenomeno.

L'azione dei soggetti pubblici può svolgersi, di fatto, in modo diverso da come dovrebbe; ciò accade maggiormente quando essi agiscono *iure privatorum*, perché in questi casi gli atti compiuti (che non hanno la forma di provvedimenti amministrativi e non costituiscono esercizio di un potere) non sono sindacabili dal giudice amministrativo per la loro (in)coerenza con l'interesse pubblico che avrebbe dovuto essere perseguito.

Per questo motivo, sebbene in linea di principio l'ente pubblico dovrebbe acquisire partecipazioni in una società solo quando l'esercizio della relativa attività imprenditoriale (di per sé e/o per la sua redditività) possa giovare (direttamente o indirettamente) all'interesse pubblico perseguito e perciò dovrebbe tenere, da socio, una condotta confacente alle finalità economico-lucrative proprie della società, in concreto le prassi abusive si sviluppano inesorabilmente, quasi senza possibilità di controllo e di reazione tempestiva. Lo dimostra l'esorbitante numero di società «

partecipate », soprattutto dagli Enti locali, che nella maggioranza dei casi si rivelano inefficienti e mal gestite, generando un grande spreco di risorse pubbliche. Da qualche tempo il legislatore cerca di arginare il fenomeno. Negli ultimi anni – fino alla recentissima emanazione del Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubbliche, che, come vedremo, si prefigge lo scopo di riordinare e stabilizzare un sistema conchiuso di regole “speciali” per tali società – si sono susseguiti, perlopiù in modo caotico e disorganico, molteplici provvedimenti legislativi “emergenziali”.

Una prima tipologia di intervento legislativo riduceva gli ambiti di esistenza e di operatività delle società partecipate⁵⁰, tra l’altro limitando la possibilità per gli enti pubblici di costituire nuove società.

In particolare, l’art. 3, comma 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244 « al fine di tutelare la concorrenza ed il mercato » vietava alle pubbliche amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001 di costituire società aventi per oggetto « attività di produzione di beni e di servizi *non strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali* », nonché di assumere o mantenere direttamente partecipazioni in tali società, con l’obbligo di cedere a terzi le partecipazioni vietate possedute⁵¹.

Altre disposizioni equiparavano, a certi fini, le società a partecipazione pubblica alle pubbliche amministrazioni, con conseguente applicazione del regime

⁵⁰ Tra le norme che avevano inteso limitare l’operatività dalle società partecipate dalle amministrazioni regionali e locali si può ricordare l’art. 13, d.l. 223/2006 (decreto Bersani) convertito nella l. 248/2006; tale disciplina è stata però sostanzialmente superata dall’art. 4 d.l. 95/2012, convertito nella l. 135/2012, che ha colpito, imponendone lo scioglimento, proprio le società che avessero svolto attività nei limiti segnati dalla precedente disposizione.

⁵¹ L’art. 3, commi da 27 a 29, ha superato il vaglio di legittimità costituzionale cui è stato sottoposto: C. Cost., 8 maggio 2009, n. 148, in *Foro it.*, 2010, I, 786 ss., ha ritenuto che la norma sia dettata a tutela della concorrenza e quindi costituisca legittima espressione della potestà legislativa statale ex art. 117, comma 2, lett. e), cost.; inoltre ne ha evidenziato il fine di « rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici » per evitare che « quest’ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione »; v. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 202.

pubblicistico, onde evitare che la costituzione di società servisse ad eludere vincoli e obblighi⁵².

Infine, si prevedevano regimi speciali di « moralizzazione » delle società, con l'introduzione di divieti e prescrizioni rigide sulla loro struttura e sul loro funzionamento, allo scopo di contenerne i costi; tra essi: l'art. 1, comma 725 ss., l. 296/2006 (l. finanziaria 2007) stabiliva tetti ai compensi degli amministratori di società non quotate e obblighi pubblicitari; l'art. 4, commi 4 e 5, d.l. 95/2012, convertito nella l. 135/2012, fissava limiti al numero dei componenti dei consigli di amministrazione di società non quotate. Infine, il d.lgs. 39/2013, attualmente in vigore, prevede una serie di ipotesi di incompatibilità e di limiti al conferimento di incarichi.

4.1 Il Testo Unico in materia di Società a Partecipazione Pubblica e l'assestamento di un quadro di regole « speciali ».

L'emanazione del Testo Unico sulle Società a Partecipazione pubblica ha lo scopo di sostituire le precedenti disposizioni normative in materia (cui abbiamo fatto cenno) disseminate in varie leggi, abrogandole (art. 27 T.U.) e, almeno in parte, riproducendone i contenuti in un solo *corpus*, con l'aggiunta di ulteriori previsioni. Gli obiettivi dichiarati del Testo Unico sono essenzialmente tre: l'« efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche »; la « tutela e promozione della concorrenza e del mercato »; infine, la « razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica » (art. 1, comma 2).

A norma dell'art. 1, « le disposizioni del presente decreto hanno a oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta ».

⁵² Si considerino, tra gli altri: l'art. 18 d.l. 112/2008, convertito nella l. 133/2008, che prevede l'obbligo per le società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali di adeguarsi alla disciplina per il reclutamento del personale e alle limitazioni per l'assunzione del personale stabilite per le pubbliche amministrazioni; l'art. 3-*bis*, commi 5 e 6, d.l. 138/2011, convertito nella l. 148/2011, che vincola le società affidatarie *in house* al rispetto del patto di stabilità interno, all'osservanza delle procedure di cui al d.lgs. 163/2006 (codice degli appalti) e dei principi per il reclutamento del personale ed il conferimento di incarichi di cui all'art. 35, comma 3, d.lgs. 165/2001.

Sono escluse dall'applicazione (integrale) del Testo Unico: le società quotate (art. 1, comma 5), salvo che sia diversamente previsto dalle singole norme (così per alcune regole di condotta del socio pubblico); le altre singole società a partecipazione pubblica che saranno eventualmente individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri a norma dell'art. 4, comma 9.

Il testo unico contiene una composita serie di prescrizioni, talune delle quali rivolte alle amministrazioni pubbliche in quanto titolari di partecipazioni societarie o in procinto di acquisirle; talaltre destinate a regolare direttamente le società, ovvero il loro assetto organizzativo e gli obblighi gravanti sugli organi sociali, in deroga alla disciplina del codice civile, che resta applicabile in via residuale per tutto quanto non espressamente previsto (art. 1, comma 3).

In primo luogo, l'art. 3, comma 1 prevede 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 cooperativa. ».

L'art. 4 limita la possibilità di acquisire partecipazioni societarie in relazione all'attività esercitata dalla società: le amministrazioni pubbliche, infatti, non possono costituire né acquistare o mantenere partecipazioni (anche di minoranza) in « società aventi per oggetto attività di produzione di beni o servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali ».

Si precisa, poi, che le amministrazioni pubbliche possono prendere parte a società esclusivamente per svolgere una delle seguenti attività: a) produzione di un servizio di interesse generale; b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche; c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale in regime di partenariato con un imprenditore privato; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti; e) servizi di committenza apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici. Inoltre, l'oggetto sociale di cui alle lettere a), b), d), e) deve essere « esclusivo » per le società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti (*in house providing*).

Tuttavia, a dispetto del carattere apparentemente tassativo dell'elenco di partecipazioni consentite dal comma 2 citato, i commi successivi a quello (3 e ss.) contengono una serie, non esigua, di eccezioni, con cui sono fatte salve altre attività esercitabili dalle società cui partecipano soggetti pubblici (tra esse, le società indicate nell'allegato A).

Emerge così – almeno in apparenza, poiché, come segnalato, già si profila una trama di scappatoie legali – un atteggiamento di sfavore (motivata dalla sfiducia) del legislatore italiano verso l'impresa pubblica, che realizza un distacco dal diritto dell'UE, che invece è del tutto neutrale nei confronti della proprietà pubblica o privata delle imprese, a condizione che l'impresa pubblica non goda di regimi privilegiati (art. 106 TFUE).

Tra le disposizioni che hanno per destinatarie le amministrazioni pubbliche, l'art. 5 disciplina puntuali obblighi di motivazione da osservare nella delibera con cui l'Amministrazione manifesta la volontà di procedere alla sottoscrizione o all'acquisto di azioni o quote, al fine di garantire maggiore trasparenza e controllo in ordine a tali scelte, pur sempre discrezionali. In particolare, ad eccezione dei casi in cui la partecipazione pubblica in società sia prescritta espressamente dalla legge, l'Amministrazione deve motivare circa la strumentalità della società per il perseguimento delle loro finalità istituzionali, evidenziando le ragioni della scelta « anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato ». È previsto, inoltre, che gli enti locali sottopongano lo schema di atto deliberativo contenente tali informazioni a « forme di consultazione pubblica ».

Successivamente, l'Amministrazione deve inviare l'atto amministrativo che delibera la costituzione della società o l'acquisto di partecipazioni sociali sia alla Corte dei Conti, a soli fini conoscitivi, sia all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che può esercitare i poteri di cui all'art. 21-*bis* l. 287/1990.

Gli artt. 7, 8, 9 e 10 disciplinano, rispettivamente, la costituzione di società, l'acquisto di partecipazioni in società già costituite, la gestione e l'alienazione delle partecipazioni possedute, individuando gli organi competenti a deliberare il

compimento di tali atti⁵³ e le modalità per farlo. Quindi, sono specificamente regolate le conseguenze della violazione di tali prescrizioni, relative ad atti di natura amministrativa, sui successivi atti di diritto privato compiuti.

L'art. 7, comma 6 prevede che, se la società è stata costituita dall'amministrazione pubblica senza la previa adozione dell'atto deliberativo oppure se questo è stato dichiarato nullo o annullato, le partecipazioni sociali dell'Amministrazione devono essere liquidate ai sensi dell'art. 24, comma 5 (che richiama la disciplina del recesso del socio prevista dal codice civile); tuttavia, quando la partecipazione dell'Amministrazione è essenziale per il conseguimento dell'oggetto sociale, « si applicano le disposizioni di cui all'articolo 2332 cod. civ. », pertanto si realizza una causa di scioglimento della società⁵⁴.

Con riferimento all'ipotesi di acquisto di partecipazioni in società già costituite, l'art. 8, comma 2 prevede che la mancanza, la nullità o l'annullamento della preventiva delibera di acquisto rende « inefficace » (perché nullo?) l'acquisto stesso, non sussistendo esigenze di tutela del capitale sociale e della stabilità dell'organizzazione societaria.

Altre disposizioni concernono l'organizzazione e la gestione delle società a controllo pubblico: prescrivono doveri di condotta degli organi sociali (artt. 6 e 14, commi 2, 3 e 4); limitano l'autonomia statutaria riconosciuta dal codice civile in merito all'assetto organizzativo, alla composizione e ai compensi dell'organo amministrativo e di controllo (artt. 3, comma 2, e 11), mentre la ampliano per consentire una maggiore ingerenza dei soci pubblici nella gestione (artt. 16 e 17); potenziano gli strumenti di reazione disponibili alle Amministrazioni in presenza di irregolarità gestionali (art. 13). Alcune di esse saranno esaminate successivamente, nelle sedi opportune.

Si segnala l'obbligo a carico (dell'organo amministrativo) delle società a controllo pubblico di predisporre specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale (art. 6, comma 2) e di valutare l'opportunità di « integrare, in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonché dell'attività svolta, gli strumenti di governo societario » con altri, quali

⁵³ La delibera è un atto amministrativo prodromico al compimento del negozio di diritto privato e soggetto al regime di diritto pubblico (giurisdizione amministrativa).

⁵⁴ Non ci soffermiamo sui problemi interpretativi che pone il richiamo alla disciplina della nullità della società, dichiarata dall'autorità giudiziaria.

regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività alle norme a tutela della concorrenza, codici di condotta, un ufficio di controllo interno, etc. (art. 6, comma 3).

L'organo amministrativo delle società a controllo pubblico è costituito, di regola, da un amministratore unico (art. 11, comma 2); si rinvia, però, ad un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri la definizione de « i criteri in base ai quali, per specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa, l'assemblea della società a controllo pubblico può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, ovvero che sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo previsti dai paragrafi 5 e 6 della sezione VI-bis del capo V del titolo V del libro V del codice civile. In caso di adozione del sistema dualistico, al consiglio di sorveglianza sono attribuiti i poteri di cui all'art. 2409-terdecies, primo comma, lettera f-bis), del codice civile. Nel caso in cui sia adottato uno dei sistemi alternativi, il numero complessivo dei componenti degli organi di amministrazione e controllo non può essere superiore a cinque » (art. 11, comma 3).

Quando la società a controllo pubblico è costituita in forma di s.r.l. « non è consentito, in deroga all'art. 2475, terzo comma, del codice civile, prevedere che l'amministrazione sia affidata, congiuntamente o disgiuntamente, a due o più soci » (art. 11, comma 5).

Particolare importanza assumono, dopo qualche fibrillazione registrata in giurisprudenza, gli artt. 12 e 14. L'art. 12, comma 1 conferma la soggezione degli organi amministrativi e di controllo delle società a partecipazione pubblica alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina delle società, delimitando l'ambito di giurisdizione della Corte dei Conti al solo danno erariale come definito nel secondo comma; mentre l'inciso riguardante le società *in house*, che sembra distinguerle dalle altre, è di incerto significato e non risolve definitivamente il dibattito precedente (su cui torneremo nel prosieguo)⁵⁵. L'art. 14, comma 1

⁵⁵ Cfr. Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Società*, 2014, 55 ss., con nota di F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle società in house providing*, e in *Giur. comm.*, 2014, II, 5 ss., con nota di C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, che aveva inaugurato un orientamento, assai discutibile, secondo cui la giurisdizione della Corte dei Conti sussisterebbe nei confronti degli organi sociali di società *in house* per il danno cagionato al patrimonio della società, considerata mera articolazione interna dell'ente pubblico-socio e non distinta persona giuridica.

conferma l'assoggettamento di tutte le società a partecipazione pubblica, senza esclusioni, al fallimento e al concordato preventivo. Pertanto, sia in tema di responsabilità sia in tema di procedure concorsuali viene esclusa l'equiparazione delle società « partecipate » ad enti pubblici.

L'art. 14 detta ulteriori disposizioni per l'ipotesi di « crisi aziendale », imponendo anzitutto all'organo amministrativo l'adozione senza indugio dei provvedimenti necessari a « prevenire l'aggravamento della crisi, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento » (comma 2). Ma ai sensi del comma 4 dello stesso articolo non costituisce provvedimento adeguato la previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione pubblica socia « a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte ».

Anche il successivo comma 5 limita la possibilità che l'Amministrazione-socia intervenga a ripianare i debiti della società, comprimendo il potere decisionale dell'assemblea dei soci previsto dagli artt. 2446, 2447, 2482-*bis* e 2482-*ter* c.c.: infatti, in presenza di perdite di esercizio per tre esercizi consecutivi viene esclusa la possibilità di procedere sia alla ricapitalizzazione della società, sia a trasferimenti straordinari e ad altre forme di sostegno finanziario alla società.

Il legislatore manifesta ancora una volta sfiducia verso la capacità delle amministrazioni pubbliche di farsi guidare nelle loro decisioni di investimento dai criteri propri di un operatore di mercato e quindi di valutare correttamente il rischio di impresa e di scegliere le modalità di impiego delle risorse pubbliche più vantaggiose e remunerative, o, quanto meno, di rispettare i principi di efficienza, efficacia ed economicità che devono governare l'azione amministrativa. D'altro canto, proprio tale rigido sistema di presunzioni e preclusioni potrebbe risultare in concreto controproducente e dannoso.

Da queste e da altre norme – quali l'art. 20, comma 2, sui presupposti per l'adozione di piani di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche da parte delle pubbliche amministrazioni, e l'art. 21, contenente disposizioni finanziarie per le amministrazioni in caso di risultato economico negativo delle società – si desume che l'interesse delle pubbliche amministrazioni alla corretta gestione dell'impresa

societaria, anche quando la società non opera in concorrenza, ha rilevanza pari all'interesse pubblico istituzionale perseguito; anzi, l'impiego accorto e, magari, proficuo delle risorse pubbliche costituisce ormai una componente dell'interesse pubblico primario connesso alla gestione dei servizi pubblici economici e degli altri servizi di cui si avvalgono gli enti nell'espletamento dell'attività amministrativa.

È opportuna, allora, qualche ulteriore riflessione sulla sopravvivenza della causa lucrativa del contratto di società quando la società sia partecipata da amministrazioni pubbliche. Da un lato, non è prevista alcuna deroga esplicita all'art. 2247 c.c.; dall'altro, il fatto che sia fortemente limitata la possibilità di costituire e di mantenere partecipazioni in società operanti sul mercato (in concorrenza con gli operatori privati) e che, piuttosto, la maggioranza delle attività esercitabili dalle società a partecipazione pubblica siano per legge destinate a soddisfare i bisogni dell'amministrazione pubblica stessa (autoproduzione in senso stretto) o della collettività amministrata (servizi pubblici), induce a ritenere che, almeno nelle due ipotesi descritte, il socio pubblico di controllo possa legittimamente indirizzare la gestione verso obiettivi diversi dalla massima remunerazione dell'investimento secondo criteri di mercato, affinché il corrispettivo dei servizi erogati sia inferiore a quello di mercato e, così, la gestione pubblica risulti più conveniente dell'alternativa rappresentata dall'esternalizzazione del servizio (cfr. art. 5, comma 1, T.U.).

La conseguenza è che, quando la società non opera in regime di concorrenza e al suo capitale non partecipano soci privati, l'interesse pubblico all'erogazione del servizio che presenti il miglior rapporto qualità-prezzo per l'utenza può prevalere sull'interesse esclusivamente lucrativo (interesse sociale tipico), mentre non può (nel senso che non dovrebbe) prevalere sull'interesse ad una gestione *almeno* economica ed efficiente, tipicamente imprenditoriale.

5. Le società *in house*: gli elementi costitutivi della fattispecie secondo l'elaborazione della Corte di Giustizia.

La qualificazione *in house* individua le società a partecipazione pubblica che, in ragione di caratteristiche strutturali (non strettamente dipendenti dal tipo di società

adottato), si trovano in una peculiare relazione con le Amministrazioni che partecipano al loro capitale, tale da consentirne l'equiparazione sostanziale alle Amministrazioni stesse: in conseguenza, le amministrazioni pubbliche possono stipulare contratti di appalto e concessioni con le "loro" società *in house* senza indire le procedure « ad evidenza pubblica » normalmente obbligatorie.

La qualificazione *in house* descrive, dunque, un "modello" di società, che è adeguato a soddisfare ben determinate esigenze dell'ente pubblico-socio e potenzialmente compatibile con una pluralità di "tipi" societari, e non, invece, un nuovo tipo di società a se stante.

È stata la Corte di Giustizia CE a circoscrivere, in via di interpretazione, l'ambito di applicazione delle direttive comunitarie che disciplinano le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici (a tutela della concorrenza « per » il mercato⁵⁶) alle sole ipotesi di esternalizzazione effettiva della produzione di beni o servizi di interesse pubblico (cioè di ricorso al mercato), che si verifica quando la controparte contrattuale dell'amministrazione pubblica è un soggetto « terzo » in senso sia formale sia sostanziale.

Al contrario, la Corte riscontrò un fenomeno di « autoproduzione » pubblica – che rappresenta una scelta, alternativa al ricorso al mercato, disponibile ai pubblici poteri in forza della potestà organizzativa loro riconosciuta – non soltanto quando l'Amministrazione soddisfa direttamente con mezzi propri le esigenze pubbliche, ma anche quando, a questo scopo, costituisce una distinta persona giuridica sulla quale esercita un « controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi » e che svolge la parte più importante della sua attività esclusivamente nei confronti dell'Amministrazione controllante⁵⁷: tale entità può essere designata quale affidataria « diretta » (in assenza di procedure competitive) dell'appalto o della concessione pubblica, cioè *in house providing*, poiché essa è considerata *longa*

⁵⁶ Il principio della libera concorrenza di derivazione comunitaria trova applicazione nel significato di competizione « ad armi pari » sia all'interno del mercato sia per accedere ad un mercato limitato qual è quello pubblico, cui dà luogo la domanda di beni e servizi di interesse pubblico. Per garantire parità di trattamento alle imprese interessate ed evitare indebiti condizionamenti sulle scelte delle amministrazioni pubbliche, il diritto di fonte sovranazionale, recepito nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006, sostituito dal nuovo d.lgs. 50/2016), impone loro di osservare procedure competitive per selezionare l'operatore che sarà incaricato della realizzazione di un'opera o della produzione di un servizio.

⁵⁷ C. Giust., 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, cit., che costituisce il *leading case* in materia.

manus dell'Amministrazione, anziché un centro di interessi autonomo e a questa contrapposto (controparte sostanziale).

L'approccio sostanzialistico fatto proprio dalla Corte di Giustizia (e conforme all'ordinamento dell'UE) non deve ingannare: la terzietà giuridico-formale dell'ente costituito dall'amministrazione pubblica permane, nonostante la sua assimilazione sostanziale all'Amministrazione stessa, strettamente limitata alle finalità per le quali è stata riconosciuta la fattispecie *in house*, cioè di sottrazione alle procedure di selezione dell'impresa affidataria⁵⁸.

Naturalmente, nel corso del tempo la Corte di Giustizia ha meglio delineato le tre condizioni – alle due sopracitate si è aggiunta, infatti, quella relativa all'assenza di partecipazioni private nel capitale – che devono sussistere affinché l'ente si configuri come « *in house* » ed è pervenuta ad una più completa elaborazione del modello, che nell'ordinamento italiano ha dovuto adattarsi soprattutto alla veste delle società di capitali, prescelte dal legislatore per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Nel 2014 sono intervenute tre nuove Direttive UE, le numero 23, 24 e 25, rispettivamente in materia di concessioni, appalti pubblici e appalti nei settori speciali, che per la prima volta hanno contemplato (rispettivamente negli artt. 17, 12 e 28) le ipotesi di affidamento dei contratti pubblici sottratte all'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica ivi regolate (*in house providing*).

Riteniamo opportuno, prima di soffermarci sulle Direttive di recente emanazione, ripercorrere brevemente le principali tappe dell'elaborazione giurisprudenziale dei requisiti degli enti *in house*, poiché tale conoscenza aiuta a comprendere meglio le nuove norme, i cui contenuti per la gran parte traggono fondamento proprio dalla precedente giurisprudenza.

5.1. Il « controllo analogo ».

⁵⁸ Ma è giunta a conclusioni diverse, negando la distinta soggettività giuridica, allo scopo di dichiarare la giurisdizione contabile nei confronti degli organi della società per il danno cagionato al patrimonio di questa Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.

Il « controllo analogo » è senza dubbio il requisito che ha posto maggiori difficoltà agli interpreti, connesse all'individuazione di un significato del concetto sufficientemente determinato ma, allo stesso tempo, adattabile alle diverse forme giuridiche che l'ente può assumere, sia nei diversi ordinamenti degli Stati membri sia all'interno di uno stesso ordinamento.

La locuzione « controllo analogo » abbrevia la formula completa « controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi », impiegata dalla Corte di Giustizia per indicare il potere di cui l'amministrazione dispone nei confronti della persona giuridica affidataria diretta dell'appalto o della concessione⁵⁹.

Il termine « servizi » in alcune sentenze è sostituito da « uffici », facendo sorgere un primo dubbio su quale sia l'oggetto del potere: se i servizi, e dunque l'attività svolta nei confronti dell'Amministrazione, oppure l'ente come struttura organizzativa e centro decisionale.

In ogni caso, il significato dell'espressione presupporrebbe che si identificassero i « servizi propri » delle amministrazioni pubbliche aggiudicatrici e, più in generale, il tipo di relazioni che si instaurano tra gli « organi » che le costituiscono, sicuramente non identiche in tutti gli Stati membri.

Perciò, un'esigenza di uniformità rese necessario che la Corte di Giustizia esprimesse in termini meno ambigui e relativi la natura del « controllo » richiesto. Nella sentenza *Parking Brixen*, su un caso italiano, la Corte stabilì, allora, che si dovesse trattare di una « possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti » della persona giuridica⁶⁰.

L'ente su cui si appuntò l'attenzione della Corte era, nel caso specifico, una società per azioni risultante dalla trasformazione di un'azienda speciale incaricata dello svolgimento di alcuni servizi pubblici comunali: a tale cambiamento di forma giuridica la Corte imputava l'acquisizione altresì di una « vocazione commerciale » dell'ente, derivante dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dalla programmata apertura a breve termine della società a investitori privati, dall'espansione territoriale dell'attività; infine, la Corte considerò l'autonomia di cui godeva il

⁵⁹ C. Giust., 18 novembre 1999, *Teckal*, cit.

⁶⁰ C. Giust., 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, par. 65 e 69, in *Foro it.*, 2006, IV, 74 ss.; in *Giust. amm.*, 2005, 1061 ss., con nota di A. CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l'in house*; in *Giur. comm.*, 2006, II, 780 ss., con nota di I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*.

consiglio di amministrazione, titolare di poteri gestionali propri, nei confronti del Comune azionista di maggioranza. La Corte quindi, per tutti gli elencati motivi, escluse che nella specie si potesse ravvisare la soggezione della società concessionaria al « controllo analogo » del Comune concedente.

Dalla sentenza risulta che la disponibilità in capo all'Amministrazione della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea, rilevante quale ipotesi di « controllo societario », ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1), c.c., non fu ritenuta sufficiente ad integrare il « controllo analogo », poiché l'organo assembleare era privo di competenze relative alla gestione e non disponeva di poteri direttivi nei confronti degli amministratori.

Anche nella sentenza *Carbotermo*⁶¹, di poco successiva, la Corte confermò lo stesso principio, sostenendo che le competenze e l'autonomia del Consiglio di amministrazione di una società per azioni – il cui capitale era stavolta interamente detenuto da un'altra società per azioni partecipata in misura quasi totalitaria dall'Amministrazione aggiudicatrice – impedissero di configurare il controllo analogo dell'Amministrazione stessa.

Tuttavia, almeno nel caso *Parking Brixen*, l'indagine volta ad accertare la sussistenza del « controllo analogo » aveva tenuto conto, oltre che della formale autonomia dell'organo amministrativo, anche di altre circostanze concrete, le quali, prospettando l'apertura imminente della società al mercato, nel loro insieme avevano rivelato alla Corte la precarietà dell'influenza esercitabile dal socio pubblico e avevano portato ad escludere che si trattasse di società *in house*.

Quanto da ultimo evidenziato impedisce di concludere che il « tipo » società per azioni sia per definizione incompatibile con i requisiti propri delle società *in house*, come dimostrano altre successive sentenze della Corte di Giustizia.

Nel caso riguardante la società ASI S.p.A., partecipata dal Comune di Mantova⁶², la Corte riconobbe sussistente il controllo analogo del Comune per le seguenti concomitanti circostanze: il Comune « aveva la possibilità, per il suo ruolo di socio di maggioranza dell'ASI, di designare i membri degli organi direttivi e di

⁶¹ C. Giust., 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo*, in www.curia.eu.

⁶² C. Giust., 17 luglio 2008, C-371/05, *Commissione CE c. Repubblica italiana*, anche nota come *ASI - Comune di Mantova*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 5 ss., con nota di D. PIAZZONI, *In house providing, partenariati pubblico-privati istituzionalizzati e partecipazione al capitale sociale a scopo di finanziamento*.

condizionare l'attività di questa società »⁶³; il Consiglio comunale, in applicazione della convenzione stipulata tra Comune e società per la fornitura del servizio, disponeva di poteri di verifica sul rispetto degli obblighi assunti dalla società con la convenzione e relativi alle modalità di esercizio dell'attività, una parte dei quali da esercitarsi attraverso la nomina di un funzionario comunale⁶⁴. Tenendo conto di tali poteri, la Corte argomentava che il Comune « aveva la facoltà di incidere in modo determinante tanto sugli obiettivi strategici quanto sulle decisioni importanti dell'ASI [...]. Tale facoltà è sufficiente a dimostrare l'esistenza di un *potere di controllo strutturale e funzionale* del Comune di Mantova su detta società *analogo* a quello esercitato sui propri servizi »⁶⁵.

Anche nel caso della società Se.T.Co. S.p.A., partecipata da una pluralità di Comuni, tra cui in misura minoritaria il Comune di Ponte Nossola, che le aveva poi assegnato in via diretta un appalto di servizi, la Corte di Giustizia ritenne integrato il requisito del « controllo analogo » da parte di quest'ultimo, sebbene non individualmente ma congiuntamente con gli altri comuni⁶⁶.

A tale conclusione la Corte pervenne attraverso l'analisi di alcune disposizioni dello statuto della società che regolavano appositi organismi di consultazione, definiti « comitati », nell'ambito dei quali i Comuni interessati concordavano le decisioni in merito a modalità e condizioni della gestione dei servizi affidati (o da

⁶³ C. Giust., 17 luglio 2008, *Commissione c. Repubblica italiana*, cit., par. 25.

⁶⁴ Funzionario comunale che nella sentenza si legge essere « incaricato di collaborare, stimolare e controllare l'operato dell'ASI » (par. 25).

⁶⁵ C. Giust., 17 luglio 2008, *Commissione c. Repubblica italiana*, cit., par. 26.

⁶⁶ C. Giust., 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea s.r.l.*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 127 ss.

affidare)

alla società⁶⁷

Va osservato che, per effetto dell'inserimento delle citate clausole nello statuto della società, questo aveva assunto un contenuto atipico, regolando la fase che precede l'esercizio del voto in assemblea⁶⁸ ed altre determinazioni di competenza esclusiva dei Comuni (quali quelle relative all'affidamento del servizio): il giudice del rinvio pregiudiziale argomentava, infatti, che tali clausole producessero effetti meramente obbligatori tra le parti stipulanti, alla stregua di accordi parasociali. Nondimeno, la disciplina statutaria *de qua* fu valutata dalla Corte di Giustizia idonea a realizzare il controllo analogo, restando impregiudicata la soluzione che il

⁶⁷ Si riportano gli articoli dello statuto della società Set.Co., relativi all'attuazione del controllo analogo, che sono stati riprodotti nelle premesse della sentenza in commento. Art. *8bis*: « Par. 3. I soci esercitano congiuntamente e/o disgiuntamente i più ampi poteri di direzione, coordinamento e supervisione sugli organi ed organismi societari ed in particolare: possono convocare gli organi societari per chiarimenti sulle modalità di svolgimento dei servizi pubblici locali; richiedono periodicamente e comunque almeno due volte l'anno relazioni sulla gestione dei servizi e sull'andamento economico finanziario; esercitano forme di controllo di gestione con le modalità stabilite dai regolamenti interni delle Amministrazioni affidanti; esprimono il proprio preventivo consenso, da intendersi quale condizione di legittimità, per ogni modifica statutaria inerente la gestione dei servizi pubblici locali. [...] Par. 6. Il controllo da parte dei soci affidanti, oltre che mediante le prerogative di azionista della società così come definite dal diritto societario, viene svolto attraverso: un Comitato unitario di indirizzo e controllo politico-amministrativo (di seguito "Comitato unitario"); un Comitato tecnico di controllo per ogni divisione (di seguito "Comitato tecnico") ». Art. *8ter*: « Par. 1. Il Comitato unitario è formato: da un rappresentante per ogni ente affidante [...]; da un funzionario, con compiti di supporto e verbalizzazione e senza diritto di voto, nominato congiuntamente dai soci affidanti [...]. Par. 2. Il Comitato unitario esercita funzioni consultive, di indirizzo e decisionali ai fini dell'esercizio del controllo analogo ed in particolare: a) esercita nei confronti degli organi e degli organismi della società le competenze e le prerogative riconosciute al Consiglio, alla Giunta ed al Sindaco/Presidente relativamente al controllo sui propri uffici e servizi. Il controllo si esplica su tutti gli aspetti di organizzazione e funzionamento dei servizi oggetto di affidamento; [...] c) designa i rappresentanti degli Enti locali in seno al Consiglio di Amministrazione della società; d) designa il Presidente del Consiglio di Amministrazione e del collegio sindacale [...]; e) detta gli indirizzi per la nomina degli amministratori delegati e del Direttore generale della società; f) adotta la proposta del piano programma, del bilancio economico di previsione pluriennale, del bilancio economico di previsione annuale nonché del rendiconto consuntivo annuale; g) effettua audizioni degli organi di vertice della società [...] ». Art. *8quater*: « Par. 1. È istituito un Comitato tecnico per ciascuna delle seguenti divisioni [...]. Par. 2. Il Comitato tecnico è formato da un rappresentante di ogni ente affidante [...]. Par. 4. Il Comitato tecnico, in particolare: a) esercita nei confronti degli organi e degli organismi della società le competenze e le prerogative riconosciute agli organi tecnici dell'Amministrazione sui propri uffici [...]; b) supporta il Comitato unitario nelle decisioni inerenti l'organizzazione ed il funzionamento dei servizi di competenza della divisione; [...] ».

⁶⁸ Si veda l'art. 14 dello Statuto: « Par. 1. L'Assemblea ordinaria, salve le prerogative degli organismi di controllo analogo, congiunto e differenziato di cui ai precedenti articoli *8bis*, *8ter* e *8quater*, delibera sulle materie previste dalla legge e dal presente statuto tenuto conto delle direttive, degli indirizzi e delle eventuali prescrizioni impartite dai citati organismi relativamente alla organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali affidati direttamente alla società. Par. 3. Sono sottoposti alla preventiva autorizzazione dell'Assemblea ordinaria, su conforme parere favorevole del Comitato unitario [...], i seguenti atti degli amministratori: a) piano programmatico, bilanci economici di previsione pluriennale e annuale; [...] ».

giudice di rinvio avesse dato alla questione interpretativa di diritto interno circa l'efficacia delle clausole.

Pertanto bisogna precisare che, sebbene la Corte avesse fatto riferimento, anche nell'enucleazione del principio di diritto, ad « organi statuari » deputati ad attuare il controllo analogo, in realtà dal punto di vista societario non si riscontrava (non avrebbe potuto) alcuna effettiva sottrazione di competenze all'organo assembleare né all'organo amministrativo⁶⁹, poiché i suddetti « comitati » servivano perlopiù a regolare un coordinamento tra i Comuni-soci, allo scopo di svolgere funzioni di indirizzo dell'attività degli organi sociali veri e propri (Assemblea e C.d.A.) e/o di esercitare sui servizi pubblici i poteri (anche dispositivi e di controllo) che erano di loro diretta spettanza in quanto pubbliche amministrazioni aggiudicatrici.

In definitiva, il potere esercitato dai Comuni azionisti sulla società affidataria Se.T.Co. risulta, per la fonte contrattuale e non statutaria da cui deriva⁷⁰, dello stesso tipo di quello esaminato in precedenza (controllo del Comune di Mantova sulla ASI s.p.a.), con l'unica differenza – rilevante ai fini dell'imputazione « congiunta » del controllo – rappresentata dal procedimento di consultazione e/o codeterminazione della volontà pubblica comune, reso necessario dalla presenza di una pluralità di piccoli azionisti pubblici, individualmente privi di alcuna forma di controllo.

L'elemento da ultimo segnalato induce a soffermarsi, infine, sulla possibilità ammessa dalla Corte di giustizia che il « controllo analogo » sia imputato « congiuntamente » ad una pluralità di amministrazioni aggiudicatrici, al fine di

⁶⁹ Si veda l'art. 16 dello Statuto: « Par. 1. La società è amministrata da un Consiglio di Amministrazione, con poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, fatti salvi quelli che per legge o per statuto: a) sono riservati all'Assemblea; b) sono soggetti a preventiva autorizzazione assembleare; c) sono riservati agli organismi di controllo analogo di cui agli articoli 8*bis* e seguenti dello statuto. Par. 2. Il Consiglio di Amministrazione è formato da n. 3 a 7 membri, nominati dall'Assemblea su designazione del Comitato unitario. In ogni caso ai soci affidanti spetta la nomina diretta, la revoca e la sostituzione di un numero di amministratori proporzionale all'entità della propria partecipazione e comunque superiore alla metà degli stessi. Par. 6. Il Consiglio di Amministrazione adotta le decisioni inerenti l'organizzazione e/o la gestione dei servizi pubblici locali oggetto di affidamento diretto nel rispetto degli indirizzi adottati dagli organismi di controllo di cui agli articoli 8*bis* e seguenti del presente atto ».

⁷⁰ Le clausole dello statuto che prevedono organi atipici sono nulle, ma suscettibili di conversione (art. 1424 c.c.): infatti possono, più limitatamente, esplicare un'efficacia meramente obbligatoria tra le parti, al pari di convenzioni parasociali.

consentire l' « affidamento congiunto » ad una stessa persona giuridica da parte di più Amministrazioni.

La Corte, in particolare, ritenne non necessario che, quando più Amministrazioni partecipano al capitale di uno stesso ente e sono interessate a conseguire le prestazioni, ciascuna di esse sia in grado di esercitare l'influenza determinante sugli obiettivi e sulle decisioni dell'ente⁷¹.

Ma, allora, quale potere avrebbe dovuto essere accertato affinché ciascuna amministrazione fosse considerata co-controllante? Al riguardo la Corte di giustizia ha affermato soltanto (ancora una volta in merito ad un caso italiano) la necessità che ciascuna delle amministrazioni aggiudicatrici « partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi » dell'ente⁷².

3.2. *La partecipazione pubblica esclusiva al capitale sociale.*

Nel *leading case* la Corte di Giustizia indicava due requisiti dell'ente affidatario *in house*: la soggezione al « controllo analogo » dell'Amministrazione affidante e la destinazione prevalente dell'attività in favore dell'Amministrazione stessa⁷³; soltanto in seguito ebbe ad occuparsi della composizione che avrebbe dovuto avere la compagine societaria della società *in house*, considerandola però non tanto in via autonoma bensì quale presupposto per la configurabilità del controllo analogo.

Nella pronuncia sul caso *Stadt Halle*⁷⁴ la Corte affrontava per la prima volta la questione della compatibilità di una partecipazione privata di minoranza con il « controllo analogo » dell'amministrazione pubblica aggiudicatrice: la risolse in senso ostativo, affermando che la partecipazione privata esclude senz'altro la possibilità che l'amministrazione eserciti sull'entità societaria di cui trattasi un « controllo

⁷¹ C. Giust., 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, in www.curia.eu; C. Giust., 10 settembre 2009, *Sea s.r.l.*, cit.

⁷² C. Giust., 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11, *Econord*, in *Giur. comm.*, 2014, 765 ss., con nota di V. DONATIVI, *I "confini" (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*.

⁷³ C. Giust., 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, cit.

⁷⁴ C. Giust., 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, in *Foro it.*, 2005, IV, 136 ss.; in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1004 ss., con nota di V. FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*.

analogo a quello esercitato sui propri servizi », poiché « il rapporto tra un'autorità pubblica [...] ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli enti privati e persegue obiettivi di natura differente ».

In séguito, alla Corte di Giustizia fu presentato il caso *Carbotermo*,⁷⁵ che concerneva una fattispecie in cui la società affidataria del servizio (Agesp s.p.a.) era controllata dall'ente affidante (il Comune di Busto Arsizio) in via indiretta, attraverso una società (Agesp holding s.p.a.) di cui il Comune deteneva il 99,98%, mentre il restante 0,2% faceva capo ad altri sei comuni, e che a sua volta aveva una partecipazione totalitaria nella società affidataria. La pronuncia si segnala perché la partecipazione soltanto indiretta dell'amministrazione aggiudicatrice al capitale della società affidataria di per sé non fu ritenuta preclusiva del controllo analogo, benché la Corte riconoscesse una possibile *deminutio* dell'influenza esercitabile per mezzo di un siffatto tramite.

Nella successiva pronuncia emanata su ricorso della Commissione contro la Repubblica italiana⁷⁶, la Corte respinse le argomentazioni della Commissione circa la mancanza del controllo analogo (da parte del Comune di Mantova affidante) sulla società per azioni affidataria diretta del servizio (ASI s.p.a.), derivante dalla potenziale, non attuale, partecipazione di soci privati al capitale. In particolare, a giudizio della Corte, non ostavano al controllo analogo: le partecipazioni di minoranza già detenute da due enti formalmente societari, poiché questi erano, a loro volta, imprese comunali; la possibilità, espressamente prevista, di cessione delle partecipazioni a soggetti privati, poiché le vicende della compagine societaria successive al momento dell'affidamento del servizio e della stipula della convenzione non avrebbero influito sull'accertamento dei requisiti della società affidataria *in house* e sulla conseguente disapplicazione dell'obbligo di gara.

Su quest'ultimo aspetto fu poi necessaria una precisazione, resa nella sentenza sul caso *Sea s.r.l.*⁷⁷. La Corte, dopo aver confermato il principio secondo cui l'esistenza di una partecipazione privata al capitale, che pregiudicherebbe il

⁷⁵ C. Giust., 11 maggio 2006, *Carbotermo*, cit.

⁷⁶ C. Giust., 17 luglio 2008, *Commissione CE c. Repubblica italiana*, cit.

⁷⁷ C. Giust., 10 settembre 2009, *Sea s.r.l.*, cit.

controllo analogo, deve essere verificata al momento dell'affidamento, fece salva l'eventualità che « in via eccezionale, circostanze particolari poss[a]no richiedere che siano presi in considerazione avvenimenti intervenuti successivamente alla data di aggiudicazione »: circostanze individuabili in condotte tali da smascherare un programma elusivo delle norme comunitarie, quale l'alienazione a privati delle partecipazioni societarie immediatamente dopo che la società avesse ottenuto l'affidamento diretto. Inoltre, la Corte era consapevole che in ogni caso in cui mancassero divieti statutari, considerati non necessari, si sarebbe potuto procedere alla cessione delle partecipazioni, ma tale possibilità meramente astratta non avrebbe dovuto avere alcuna rilevanza: infatti, « se il capitale di una società è interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice, da sola o con altre autorità pubbliche, al momento in cui l'appalto in oggetto è assegnato a tale società, l'apertura del capitale di quest'ultima ad investitori privati può essere presa in considerazione solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura ».

È da menzionare una sentenza emanata a breve distanza dalla precedente, nella quale la Corte⁷⁸ stabilì la legittimità di un affidamento diretto (non preceduto da alcuna gara) in favore di una società « mista », a partecipazione pubblico-privata: l'affermazione merita di essere chiarita, onde evitare che erroneamente si creda che le società miste siano riconducibili al fenomeno *in house*. La Corte, difatti, confermò il principio secondo cui una partecipazione privata nel capitale della società avrebbe impedito il controllo analogo dell'Amministrazione e, quindi, di configurare la fattispecie come *in house providing*. Il motivo per il quale non occorre una gara per la scelta della società mista affidataria del servizio era diverso e, in particolare, ravvisabile nella circostanza che già la scelta del socio privato risultava procedimentalizzata: la prima (ed unica) procedura competitiva assolveva nello stesso tempo sia alla funzione di scelta del socio economico privato, sia a quella di aggiudicazione dell'appalto o della concessione alla società a capitale misto appositamente costituita e con oggetto sociale esclusivo.

Ulteriore conferma si trae da una più recente pronuncia su un caso portoghese, in cui la Corte di Giustizia ha negato la riconducibilità alla fattispecie *in house*

⁷⁸ C. Giust., 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*, in www.curia.eu.

dell'affidamento diretto ad un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro, tra i cui membri vi erano, accanto ad enti pubblici, istituti privati di solidarietà sociale (senza scopo di lucro)⁷⁹. Ancora una volta la motivazione è stata basata proprio sulla presenza di enti di natura privata tra i partecipanti all'entità affidataria: presenza che, secondo la Corte, era sufficiente ad impedire, senza bisogno di ulteriori indagini, il controllo analogo dell'amministrazione aggiudicatrice, in quanto, indipendentemente dalla forma giuridica assunta e dalle finalità perseguite, « tali enti privati seguivano considerazioni inerenti ai loro interessi privati, che erano di natura diversa da quella delle finalità di interesse pubblico perseguite dall'amministrazione aggiudicatrice ».

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, come constatato, nonostante abbia sempre espresso la necessità che il capitale della società (o di altro ente) *in house* sia interamente pubblico – presupposto indefettibile ma non sufficiente per il controllo analogo – ha avuto un'evoluzione che le ha consentito di chiarire che: a) per partecipazione pubblica si intende non soltanto quella « diretta » dell'Amministrazione aggiudicatrice, ma altresì quella « indiretta », cioè mediata dalla partecipazione di un ulteriore ente, anche privato, controllato dall'Amministrazione stessa; b) non rileva l'astratta possibilità della cessione delle partecipazioni a privati in un momento successivo a quello dell'affidamento.

3.3. La destinazione prevalente dell'attività della persona giuridica (società) controllata.

L'ultima condizione necessaria ai fini dell'accertamento della fattispecie *in house providing* è che la persona giuridica controllata « realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano »⁸⁰; diversamente, infatti, non si configurerebbe un'ipotesi di autoproduzione.

Tale requisito garantisce nel contempo che l'impresa che intercetta una determinata domanda pubblica di beni o servizi grazie ad un affidamento diretto – quindi senza che la sua offerta sia risultata la “migliore” dal confronto con quelle di imprese concorrenti – non offra poi anche sul mercato le sue prestazioni, con

⁷⁹ C. Giust., 19 giugno 2014, C-574/12, in *www.curia.eu*.

⁸⁰ C. Giust., 18 novembre 1999, *Teckal*, cit., par. 50.

l'effetto di beneficiare di un vantaggio indebito sui concorrenti che gli deriva dalla posizione privilegiata nei suoi rapporti con la P.A.

D'altronde, la Corte di Giustizia ha dovuto poi chiarire quale fosse la « parte più importante » dell'attività della persona giuridica controllata.

In primo luogo, si considera attività realizzata con l'amministrazione aggiudicatrice anche quella che non è svolta nei confronti dell'amministrazione stessa ma direttamente nei confronti della comunità territoriale amministrata, secondo il modello della concessione di servizi pubblici, in cui le prestazioni sono erogate ai cittadini-utenti, pur sempre nell'ambito dell'espletamento di compiti assunti verso l'amministrazione⁸¹. In quest'ultimo caso, pertanto, lo svolgimento dell'attività incontra i limiti geografici propri dell'ambito territoriale di governo dell'amministrazione pubblica.

Il criterio della « prevalenza » riferito all'attività realizzata con l'Amministrazione deve essere inteso congiuntamente in senso quantitativo e, soprattutto, qualitativo.

Per l'aspetto quantitativo non era possibile indicare una misura precisa, in assenza di determinazione legislativa. In ogni caso, però, la Corte di Giustizia non si accontentava di un riferimento al fatturato, ma richiedeva anche che l'attività fosse qualitativamente prevalente, cioè che fosse attività principale: l'eventuale attività svolta sul mercato avrebbe dovuto essere marginale ed accessoria, esclusivamente funzionale ad un più efficiente esercizio dell'attività rivolta all'amministrazione⁸². L'accertamento di tali circostanze esclude la « vocazione commerciale » della persona giuridica controllata, contribuendo indirettamente a rafforzare il controllo dell'amministrazione.

Infine, nel caso in cui la persona giuridica sia controllata da una pluralità di amministrazioni, la prevalenza dell'attività viene valutata tenendo conto dell'attività che la società esercita indistintamente nei confronti di tutte le amministrazioni nel loro insieme⁸³.

⁸¹ Così C. Giust., 11 maggio 2006, *Carbotermo*, cit., par. 66.

⁸² Così C. Giust., 10 settembre 2009, *Sea s.r.l.*, cit., par. 77 ss.; un esempio di attività accessoria è indicato con riferimento all'attività principale di raccolta differenziata dei rifiuti, che può rendere necessaria l'attività (accessoria) di rivendita ad enti specializzati di talune categorie del materiale recuperato a scopo di riciclo.

⁸³ Così C. Giust., 11 maggio 2006, *Carbotermo*, cit., par. 70, e C. Giust., 17 luglio 2008, *Commissione CE c. Repubblica italiana*, cit., par. 32.

6. Le società *in house* nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento al controllo analogo, secondo l'elaborazione della giurisprudenza nazionale.

Dopo l'individuazione del modello di ente *in house* da parte della giurisprudenza comunitaria, il legislatore nazionale ha previsto espressamente l'ipotesi dell'affidamento diretto a società *in house* come una delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali (art. 113, comma 5, T.U.E.L.), richiamando i requisiti necessari. Ciò ha determinato la diffusione delle società stesse (o meglio di società che si qualificavano "*in house*"), a cui gli enti pubblici partecipanti (e controllanti) avrebbero potuto affidare le concessioni (ed eventualmente gli appalti) senza osservare le procedure ad evidenza pubblica.

Sullo sfondo restava però il problema (già emerso in sede di analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia) relativo alle modalità in cui le società costituite secondo la disciplina dei "tipi" previsti, in primo luogo le società per azioni, potessero soddisfare i requisiti della fattispecie *in house providing* ed, in particolare, il requisito del controllo analogo del socio pubblico: infatti, « l'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni più importanti della società », che avrebbe dovuto poter essere esercitata dall'Amministrazione, appariva di difficile coordinamento con l'ampia autonomia gestionale riconosciuta all'organo amministrativo delle società per azioni.

In precedenza abbiamo ricordato che la Corte di Giustizia aveva escluso la "qualità" *in house* di alcune società per azioni, a causa, tra gli altri motivi, della completa autonomia degli amministratori nell'esercizio dei loro poteri di gestione e della conseguente vocazione commerciale acquisita dalle società stesse.

Pertanto, a parere di chi scrive, gli interpreti avrebbero dovuto sforzarsi di cercare strumenti statutari (e/o convenzionali) che garantissero al socio pubblico, anche indirettamente, un potere di ingerenza nella gestione minimo sufficiente secondo la *ratio* del controllo analogo, ma in ogni caso compatibile con la sfera di autonomia insopprimibile dell'organo amministrativo della società; qualora non si fossero rinvenuti strumenti tali – il rischio riguardava soprattutto le società per azioni, stante la scarsa flessibilità statutaria in merito alle competenze degli organi sociali – avrebbe dovuto escludersi che la società in questione potesse considerarsi *in house* e l'eventuale affidamento diretto a questa sarebbe risultato illegittimo.

Naturalmente, per rintracciare una soluzione di compatibilità tra il controllo analogo e le norme imperative proprie del tipo di società adottato, sarebbe stato necessario, anzitutto, intendere con una certa “elasticità” la nozione di controllo analogo fornita dalla Corte di Giustizia, così da risultare adattabile a diverse forme di organizzazione.

Al contrario, però, i giudici nazionali hanno interpretato restrittivamente il requisito del controllo analogo, facendo risaltare la connotazione pubblicistica del rapporto che avrebbe dovuto instaurarsi tra l’Amministrazione e la società controllata e, ciononostante, non hanno rilevato l’incompatibilità di simile modello con i nostri tipi societari.

La giurisprudenza amministrativa – investita della questione della legittimità degli affidamenti diretti – ha dapprima sostenuto che la disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria (*id est* una situazione equivalente alla fattispecie di controllo societario di cui all’art. 2359, n. 1, c.c.) non fosse sufficiente a dimostrare il controllo analogo del socio pubblico, poiché l’assemblea è (quasi) priva di competenze in materia di gestione; quindi, ha richiesto che i poteri degli amministratori fossero ridotti, a beneficio del socio pubblico, in misura da rendere il rapporto tra l’Amministrazione e la società (*ergo*, il suo organo direttivo) assimilabile alla « delegazione inter-organica », propria del diritto pubblico⁸⁴. Questo tipo di relazione pubblicistica si realizza quando l’organo investito in via primaria di una competenza (“delegante”), avendo consentito unilateralmente ad altro organo di esercitarla, acquisisce una serie di poteri penetranti nei confronti dell’organo “delegato” (poteri di direttiva, vigilanza, revoca, etc.), nei limiti dell’oggetto della delega.

È chiaro, però, che, almeno nelle società per azioni, dove vige inderogabilmente il principio di separazione tra proprietà e gestione (art. 2380-*bis*, comma 1, c.c.), il rapporto tra l’assemblea e l’organo amministrativo non avrebbe potuto essere

⁸⁴ Così Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro it.*, 2008, III, 161 ss.; in *Giornale dir. amm.*, 2008, 1119 ss., con note di R. CARANTA, *Ancora in salita la strada per le società miste*, e di G. PIPERATA, *Modelli societari e compiti pubblici*; in *Urb. e app.*, 2008, 1008 ss., con nota di R. ROTIGLIANO, *Le società miste secondo la Plenaria e l’Unione Europea*; in *Foro amm.-CdS*, 2008, 740 ss., con nota di C. ACOCELLA-F. LIGUORI, *Questioni vere (e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*. Cfr. anche Cons. Stato, 30 agosto 2006, n. 5072, in *Urban. e app.*, 2006, 1417 ss.; Cons. Stato, 3 aprile 2007, n. 1514, in *Giornale dir. amm.*, 2007, 839 ss.; Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 544 ss.

regolato secondo il modello della delega di funzioni dalla prima al secondo, cosicché nemmeno il socio pubblico di maggioranza avrebbe potuto disporre dei poteri propri di un mandante.

L'orientamento giurisprudenziale descritto avrebbe dovuto coerentemente sancire l'incompatibilità assoluta del controllo analogo, inteso come delegazione inter-organica (o, peggio, come rapporto gerarchico) tra Amministrazione e società, almeno con il "tipo" della società per azioni.

Ma così non è stato. Persisteva, infatti, l'idea (*rectius*, l'equivoco) che l' « anomalia » delle società *in house* (ovvero delle società i cui organi sono subordinati all'Amministrazione), costituite in forma di società per azioni o anche di società a responsabilità limitata, fosse giustificata e legittimata direttamente dalla giurisprudenza comunitaria, quasi si trattasse di un nuovo tipo di società, senz'altro ammissibile.

Quest'idea sembra emergere anche dalla pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, su una questione di giurisdizione⁸⁵, con cui è stata bensì esclusa la riconducibilità piena delle società *in house* ad alcuno dei tipi di società del nostro ordinamento (sia s.p.a. sia s.r.l.), in quanto il controllo analogo eccederebbe sia il potere di direzione e coordinamento spettante all'ente/società capogruppo – perché in quest'ultimo caso l'autonomia gestionale della società controllata non sarebbe del tutto annullata, mentre dovrebbe esserlo in presenza del controllo analogo – sia il potere attribuibile al socio di s.r.l. sotto forma di « particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società » (art. 2468, comma 3, c.c.), ma nondimeno è stata riconosciuta l'esistenza di società (*in house*) così *straordinariamente* caratterizzate.

In realtà, la presunta autolegittimazione delle società *in house* è priva di fondamento normativo. Infatti, l'applicazione del modello di ente *in house* non era obbligatoria in forza dell'efficacia direttamente vincolante dell'interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia, dal momento che quella giurisprudenza si proponeva soltanto lo scopo di delimitare l'ambito di operatività delle procedure

⁸⁵ Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit..

di aggiudicazione, appunto escludendone la fattispecie *in house providing*⁸⁶. In altre parole, l'ordinamento UE prescrive l'osservanza delle condizioni dell'*in house providing* nei limiti in cui l'Amministrazione voglia aggiudicare un appalto o una concessione senza gara ad una propria società; se l'Amministrazione non si adegua o se l'ordinamento giuridico nazionale non appronta strumenti conformi a quel modello, ridiventa obbligatorio il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente. La stessa Corte di Giustizia in qualche occasione ha ipotizzato la possibilità che il modello *in house* fosse inattuabile per incompatibilità con la disciplina organizzativa degli enti previsti dall'ordinamento degli Stati membri, ma ha escluso, correttamente, che si trattasse di una valutazione di sua competenza.

Inoltre, non si poteva ravvisare nell'art. 113, comma 5, lettera c), TUEL (oggi abrogato) una disposizione "speciale", che consentisse la configurazione del controllo analogo in deroga alle norme societarie con esso incompatibili, poiché il riferimento normativo esplicito alle società a capitale pubblico nei cui confronti l'Ente locale esercita « un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi » serviva a recepire l'orientamento interpretativo della Corte di Giustizia e non, invece, a regolare l'ordinamento delle società *in house* difformemente dalla disciplina societaria comune.

In conclusione, il modello *in house* dovrebbe essere considerato un *habitus* che riveste il tipo di società adottato dall'amministrazione pubblica senza alterarne gli elementi consustanziali.

Quindi, il *vulnus* del ragionamento condotto dalla Suprema Corte nella pronuncia sopracitata in tema di giurisdizione⁸⁷ consiste nel fatto che la ritenuta « anomalia » (originaria) delle società *in house* non impedisce la loro configurabilità (e riconoscibilità), come invece ci si aspetterebbe quale conseguenza della nullità delle clausole statutarie che regolano il controllo analogo del socio pubblico in contrasto con norme imperative (impregiudicata la questione di una loro più limitata efficacia, per effetto di conversione).

⁸⁶ Ritiene diversamente invece F. GUERRA, *Il "controllo analogo"*, in *Giur. comm.*, 2011, 796 ss., secondo il quale i principi comunitari dell'*in house* darebbero vita ad uno statuto speciale per le società pubbliche soggette al controllo analogo e, pertanto, le deroghe al diritto societario comune al fine di realizzare il controllo analogo stesso risulterebbero legittime.

⁸⁷ Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit..

Peraltro, la S.C. nella medesima pronuncia, accertato che il controllo analogo del socio pubblico (in qualunque modo si sia realizzato) ha soggiogato la società, perviene finalmente a sanzionare l'anomalia della società, smascherando la meramente *apparente* forma societaria dell'ente (a causa dell'anomalia stessa), così che la società *in house* cessa di essere considerata distinta persona giuridica e ridiventa un tutt'uno con l'Amministrazione controllante, ovvero un'articolazione interna dell'Amministrazione. A ben vedere, la circostanza che la S.C. abbia applicato la tecnica del cd. "superamento della personalità giuridica"⁸⁸, che è stata tradizionalmente prospettata (ma raramente accolta) in relazione ad impieghi abusivi dello schermo societario, può indurre a ritenere che la S.C. considerasse la costituzione di società assoggettate al controllo analogo (piuttosto che autolegittimantesi) quale prassi fattuale interamente abusiva, sanzionabile solo *ex post*.

In ogni caso, la prima critica che si può muovere sia alla giurisprudenza di legittimità sia a quella amministrativa concerne l'interpretazione rigorosa e restrittiva del controllo analogo, che risulta del tutto incompatibile con la scelta dell'amministrazione pubblica di costituire una società.

In particolare, i giudici di legittimità hanno inteso il controllo analogo come il potere statutariamente riconosciuto all'ente pubblico socio di « dettare » non solo « le linee strategiche » ma anche « le scelte operative della società », al punto che gli organi amministrativi della società « vengono a trovarsi in posizione di vera e propria *subordinazione gerarchica* »; si tratterebbe, cioè, di « un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente », in forza del quale « agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale »⁸⁹.

Ai fini del controllo analogo si pretenderebbe, quindi, che l'ingerenza del socio pubblico nella gestione dell'impresa sia pervasiva, tale da ridurre il ruolo degli

⁸⁸ Con la peculiarità che, in questo caso, il superamento della personalità giuridica non rende inoperanti gli effetti connessi alla separazione patrimoniale che deriva dalla costituzione di una società di capitali, poiché la S.C. ha fatto salva proprio la separazione del patrimonio della società *in house* da quello dell'ente pubblico, ma serve solo a dichiarare la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori della società, in conseguenza del fatto che questa non è più distinta persona giuridica ma appendice dell'ente pubblico e il danno al suo patrimonio è, in realtà, danno diretto al patrimonio (separato) dell'ente pubblico.

⁸⁹ Così ancora Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit..

amministratori pressoché a quello di meri esecutori di decisioni altrui. Significativo è il riferimento non più alla « delegazione inter-organica », ma finanche alla « gerarchia », quale relazione pubblicistica in cui l'organo sovraordinato ha una competenza comprensiva anche di quella del subordinato, da cui derivano i poteri vincolanti del primo nei confronti del secondo.

Invece, il controllo analogo dovrebbe essere un requisito strutturalmente flessibile, affinché possa consentire, insieme agli altri requisiti con cui si combina, una valutazione *complessiva e sostanziale* del fenomeno come autoproduzione.

Il controllo esercitabile dall'Amministrazione sulla società (o su un altro ente), infatti, non è (né potrebbe essere) « lo stesso » esercitabile all'interno dell'organizzazione pubblica nei confronti di un proprio organo, ma è un controllo, appunto, « analogo » a quest'ultimo: l'analogia, anziché l'identità, deriva proprio dalla diversità delle forme giuridiche impiegate; gli obiettivi connessi ad una determinata formula organizzativa – quali l'efficienza nella gestione dell'impresa – non dovrebbero essere frustrati, purché non sia compromessa l'esigenza sottesa all'*in house providing*, ossia la riconducibilità dell'azione della società alla sfera di “dominio” in senso lato dell'Amministrazione, che si può estrinsecare in modi diversi⁹⁰.

Oltretutto, anche gli apparati amministrativi non si costituiscono esclusivamente di relazioni di natura « gerarchica » tra gli organi, cioè tali che l'organo sovraordinato ha il potere di emanare « ordini » al subordinato, di annullarne o revocarne gli atti, di sostituirsi ad esso; si costituiscono pure di rapporti di « direzione », la quale invece preserva una sfera di autonomia in capo al subordinato: in questo caso l'organo sovraordinato ha il potere di indicare gli scopi da perseguire, mediante « direttive », ma lascia al subordinato la facoltà di scegliere modalità e tempi di azione, salvo il potere del primo di vigilare sull'operato del secondo.

Un'ulteriore tipologia di relazioni nell'ambito del diritto pubblico è quella che si instaura tra l'Ente locale e le « istituzioni » (art. 114, commi 2, 3 e 4, TUEL), che sono organismi strumentali previsti per la gestione dei servizi pubblici sociali (cioè privi di rilevanza economica) e dotati di « autonomia gestionale » nei

⁹⁰ Così I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 790 ss.

confronti dell'Ente di riferimento. In passato, moduli di diritto pubblico simili (aziende speciali, istituzioni, etc.) erano previsti anche per la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica. Ciò dimostra che, a seconda delle attività svolte e delle finalità perseguite, cambiano necessariamente gli strumenti giuridici e si predispongono diversi modelli di relazioni, anche all'interno delle strutture pubbliche.

Infine, occorre sottolineare che, a fronte dell'intransigenza dimostrata dalla giurisprudenza verso i presupposti del controllo analogo solitario, risultano impalpabili le condizioni richieste per la partecipazione al controllo analogo congiunto, in quanto si consente (in completa aderenza all'orientamento della Corte di Giustizia) che il potere di influenza delle singole amministrazioni pubbliche co-controllanti sia minore dell'influenza individuale necessaria per il controllo solitario.

Al riguardo, si segnala una sentenza in cui il Consiglio di Stato ha ritenuto legittimo l'affidamento *in house* del servizio idrico da parte della Provincia (Imperia) in favore di una società partecipata in misura maggioritaria da altre due società, a loro volta partecipate da alcuni Comuni della stessa provincia, e nella misura restante (minoritaria) direttamente da altri Comuni, dopo aver accertato l'assenza di un controllo individuale e, al suo posto, una forma di controllo diffuso, realizzato mediante un sistema convenzionale di consultazioni su base capitaria tra i Comuni soci per determinare il contenuto delle « direttive » da indirizzare al Consiglio di Amministrazione della società⁹¹. Secondo i giudici, gli accordi tra i soci pubblici consentivano la condivisione del controllo da parte potenzialmente di tutti gli enti locali interessati compresi nell'ambito provinciale di riferimento.

Se ne ricava che non solo è effimero il contributo fornito sul piano decisionale dalla singola Amministrazione partecipante al controllo congiunto, ma lo stesso oggetto del potere esercitabile congiuntamente da tutte le Amministrazioni sembra ridotto, non essendo stata accertata alcuna sostanziale o straordinaria modifica delle competenze con sottrazione di poteri gestionali all'organo amministrativo della società, quale la giurisprudenza richiede per il controllo solitario.

⁹¹ Cons. Stato, 14 ottobre 2014, n. 5080, in *Giur. it.*, 2015, 187 ss.

Di séguito analizzeremo alcuni statuti di società *in house*, che in vario modo formalizzano la soggezione della società al controllo analogo dell'Amministrazione pubblica, in conformità alle condizioni richieste dalla giurisprudenza fin qui esaminata, e che quindi rappresentano un tentativo (incerto e malriuscito) di adeguamento della prassi all'orientamento sviluppatosi in tema di autoproduzione pubblica.

Successivamente considereremo le conseguenze, in punto di disciplina applicabile alle società *in house*, che sono derivate dall'interpretazione giurisprudenziale restrittiva del requisito del controllo analogo, inteso quale totale assoggettamento degli organi della società all'ente pubblico e produttivo della compenetrazione tra l'una e l'altro. D'interesse per gli studiosi di diritto commerciale sono soprattutto le questioni relative alla giurisdizione della Corte dei Conti per l'azione di responsabilità amministrativa nei confronti di amministratori e sindaci della società – che pone problemi di coordinamento con la giurisdizione ordinaria per le azioni di responsabilità civile nei confronti degli stessi amministratori e sindaci – e alla soggezione della società al fallimento; entrambe sono state risolte dal Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica, ma resta utile fare il punto sugli orientamenti giurisprudenziali pregressi.

6.1 La prassi statutaria delle società in house: in particolare, le clausole di controllo analogo.

Abbiamo riferito che, complice l'opera mediatrice della giurisprudenza amministrativa, il controllo analogo è stato percepito dagli operatori giuridici come un elemento estraneo ai modelli organizzativi delle società di capitali e che avrebbe dovuto aggiungersi, *sic et simpliciter*, ai modelli stessi, eventualmente anche deformando le caratteristiche strutturali ed operative proprie del tipo di società adottato.

Quindi, prevalentemente, gli statuti di società *in house* si sono limitati a prevedere, accanto alla disciplina degli organi sociali, la titolarità in capo all'Amministrazione socia del potere di “controllo analogo” sulla società, ovvero di

una serie di poteri di indirizzo, vincolanti, informativi e di vigilanza, poco o nulla integrati con il sistema delle competenze degli organi sociali.

Peraltro, le soluzioni prescelte per dare corpo e concretezza ad una nozione ampia e generica, qual è quella di controllo analogo, sono le più varie e disparate.

In primo luogo, il soggetto titolare dei poteri complessivamente costitutivi del controllo analogo è talvolta indicato come « Ente » (pubblico o locale, o come Comune, Provincia o Regione), talaltra come « socio », mentre il soggetto passivo viene identificato negli amministratori oppure nella società; più raramente il rapporto intercorre tra l'assemblea e l'organo amministrativo.

La differenza tra le diverse ipotesi non è puramente nominale, perché la qualità con cui la (stessa) persona è indicata rivela la natura del rapporto (obbligatoria, anziché organizzativa) e la fonte di esso, che, a dispetto dell'apparenza, potrebbe essere convenzionale e non statutaria: così, ad esempio, quando lo statuto descrive i poteri dell'Amministrazione, da un lato, e gli obblighi della società, dall'altro, il contenuto dell'atto eccede quello tipico di uno statuto societario e produce effetti diversi, meramente obbligatori per le parti. Infatti, si riscontra spesso, all'interno degli statuti di società *in house*, la presenza di clausole che disciplinano le modalità di svolgimento del servizio che sarà erogato dalla società, come se lo statuto operasse altresì da convenzione relativa al servizio pubblico; in questi casi il controllo analogo (viene inteso e) si manifesta soprattutto come potere decisionale e di vigilanza avente ad oggetto il servizio in quanto tale, piuttosto che l'attività della società.

Di séguito analizzeremo le peculiarità di alcune clausole di controllo analogo contenute negli statuti di società *in house*.

Lo statuto della società A.S.I.A. Napoli S.p.A., costituita per il servizio di raccolta dei rifiuti dal socio unico Comune di Napoli, prevede che « la società è soggetta al controllo analogo da parte dei soci », i quali, « d'intesa tra loro in caso di pluralità degli stessi », esercitano i seguenti poteri: « a) indicano alla società, nelle forme di rito, gli obiettivi strategici aziendali; b) definiscono le linee guida per l'elaborazione da parte della società dei piani di esercizio, nonché le caratteristiche dei servizi da rendere; c) possono esaminare [...] i documenti

amministrativi, contabili e i libri sociali; d) controllano lo stato di attuazione degli obiettivi fissati; e) esprimono il proprio consenso preventivo per l'eventuale esercizio, in qualsiasi forma, di attività rientranti nell'oggetto sociale ma non ancora avviate; f) esaminano preventivamente le decisioni più importanti della società; g) esaminano preventivamente le eventuali proposte di modifica dello statuto sociale decise dall'Organo Amministrativo » (art. 13).

Nonostante lo statuto attribuisca tali poteri ai « soci », non ci sembra che il Comune di Napoli (o gli altri eventuali soci pubblici) ne disponga in qualità di socio, poiché, se così fosse stato, le competenze deliberative avrebbero dovuto essere attribuite all'assemblea, quale organo costitutivo della struttura (necessariamente) corporativa delle società per azioni. Inoltre, che le disposizioni non abbiano ad oggetto la disciplina dell'organizzazione societaria risulta dal fatto che soggetto passivo dei poteri è la società, unitariamente intesa, e non l'organo sociale competente; anche la clausola che richiede l'esame preventivo dei soci sulle proposte di modifica dello statuto sarebbe priva di significato se l'esame dovesse essere svolto da parte dello stesso organo (assemblea straordinaria) e con le stesse modalità previste per l'approvazione finale delle modifiche statutarie.

D'altronde, ancora l'art. 13 dello Statuto prevede « nell'ambito del medesimo controllo analogo di cui ai commi precedenti, la società, attraverso l'Organo Amministrativo, trasmette al Comune di Napoli ed agli altri eventuali soci: a) relazione periodica sull'andamento della stessa, con particolare riferimento alla qualità e quantità del servizio reso, nonché ai costi di gestione; b) relazione annuale sull'andamento della gestione, sui piani di esercizio e sulle iniziative più importanti, congiuntamente al bilancio di esercizio approvato ». Se ne ricava che il controllo analogo è inteso come relazione tra la società e l'ente pubblico, estranea alla disciplina dell'organizzazione societaria.

Al riguardo, si considerino anche le clausole relative alla composizione (art. 32) e ai poteri (art. 33) dell'organo amministrativo della società Asia S.p.A.. In primo luogo, si sottraggono all'Assemblea (cfr. art. 15) la nomina e la revoca dell'intero organo amministrativo, che può essere monocratico o collegiale (composto da tre membri), per attribuirle al Comune di Napoli (nella persona del Sindaco) ai sensi dell'art. 2449 c.c., con soluzione di dubbia legittimità. Quindi, si prevede che « le

nomine di cui al precedente comma 2 avvengono anche in considerazione del rapporto fiduciario esistente tra l'Amministratore Unico o i componenti del Consiglio di Amministrazione e il Socio Pubblico. Detto rapporto fiduciario rappresenta condizione imprescindibile per l'esercizio del "controllo analogo", così come disciplinato dal presente statuto e dai soci – d'intesa tra loro in caso di pluralità degli stessi –, di modo che il venir meno di detto *pactum fiduciae*, pregiudicando l'effettività del citato "controllo analogo" ed, in conseguenza, la sussistenza dei requisiti per il cosiddetto "*in house providing*", integra gli estremi della giusta causa di cui all'art. 2383, terzo comma del codice civile. ». È curioso il tentativo di riconoscere rilevanza sul piano oggettivo alla rottura della relazione fiduciaria tra i soci e gli amministratori nominati dai primi (che, in realtà, si verifica sempre, cioè ogniqualvolta i soci decidono la revoca), allo scopo di vincolare gli amministratori ad eseguire le direttive provenienti dai soci sotto minaccia di revoca "giustificata".

Con riferimento ai poteri, l'art. 33 prevede che « l'Organo di Amministrazione, fermo restando le modalità di esercizio del "controllo analogo" stabilite dal presente statuto e dai soci, d'intesa tra loro in caso di pluralità degli stessi, è investito di ogni potere per l'amministrazione ordinaria e straordinaria della società e provvede a tutto quanto non sia riservato, dalla legge o dallo statuto, all'assemblea dei soci ». La disposizione sembra dire che, nonostante la vincolatività per gli amministratori degli obblighi (perlopiù assunti dalla società) correlati al controllo analogo, questi non alterano le regole di azione degli amministratori e, pertanto, la loro osservanza non integra condizione di validità delle deliberazioni dell'organo amministrativo.

Lo statuto della società *in house* A.S.M. Pavia S.p.A., società multiservizio partecipata dal Comune di Pavia e da altri Comuni limitrofi, ai fini dell'esercizio del "controllo analogo" prevede (art. 1): « i Comuni che affidano servizi alla Società esercitano poteri di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività di ASM Pavia con le modalità definite dal presente Statuto, dalla convenzione [...] e dai contratti di servizio ». In attuazione di ciò, da un lato, si rafforzano i poteri dell'Assemblea e, dall'altro, si prevede la costituzione, attraverso la stipula di una convenzione ai sensi dell'art. 30 TUEL, di un « organismo comune denominato

“Assemblea di coordinamento e controllo intercomunale”, formato dai Sindaci dei Comuni affidanti (o loro delegati) e di cui la convenzione disciplina il funzionamento ».

Con riferimento all’Assemblea, l’art. 1, comma 6, lettera a), dello Statuto, in merito al controllo analogo, prevede che : essa « fornisce al Consiglio di Amministrazione indirizzi vincolanti sui seguenti oggetti: piano industriale [...] ed altri eventuali documenti programmatici; bilancio di sostenibilità, ambientale, sociale; codice etico, carte dei servizi, indagini di *customer satisfaction*; schemi generali dei contratti di servizio; qualora lo richiedano due terzi dei componenti dell’organismo comune disciplinato alla successiva lettera b), il piano industriale predisposto dal Consiglio di Amministrazione deve essere sottoposto all’approvazione dell’Assemblea: tale approvazione si intende avvenuta qualora si esprimano favorevolmente il rappresentante in Assemblea del Comune di Pavia ed almeno la maggioranza del numero dei Comuni soci partecipanti all’Assemblea che abbiano affidato servizi alla società ». Di conseguenza, tali poteri di indirizzo e, ove previsto, di approvazione, sono richiamati nell’articolo che disciplina specificamente le competenze dell’Assemblea ordinaria (art. 18, comma 1, lettera b), alla quale spetta anche deliberare l’autorizzazione di una serie di atti degli amministratori (art. 18, comma 2).

Il controllo analogo è così attuato, almeno in parte, attraverso la struttura corporativa della società, formalizzando e rafforzando i poteri di indirizzo dell’assemblea nei confronti dell’organo amministrativo, peraltro senza che possa ritenersi limitata la competenza gestionale spettante a quest’ultimo ai sensi dell’art. 2380-*bis*, comma 1, c.c..

Tuttavia, lo Statuto, prevedendo anche la (futura) costituzione, per atto separato (apposita convenzione), di un « organismo » denominato “Assemblea di coordinamento e controllo intercomunale” (art. 1, comma 6, lettera b), ne raccorda i compiti e le funzioni con quelli degli organi della società, benché si tratti palesemente di una struttura estranea e terza rispetto all’organizzazione societaria. In particolare, tale organo: « b1) definisce (in coerenza con le decisioni strategiche assunte in sede di Assemblea societaria) indirizzi operativi sui servizi affidati, alla luce dei quali il Consiglio d’amministrazione adatterà l’operato delle

strutture gestionali societarie; b2) esercita il controllo di efficacia complessiva dei servizi affidati dai Comuni soci ed a questo fine riceve report periodici, redatti a cura del Consiglio d'amministrazione della Società, sui principali indicatori di ASM Pavia relativi ai servizi stessi [...]; b3) esercita il potere previsto alla precedente lettera a); b4) può chiedere motivatamente la convocazione dell'Assemblea societaria e può riunirsi in vista dello svolgimento delle Assemblee per definire posizioni comuni tra i soci sulle deliberazioni da assumere in tale sede. ».

Infine, in merito ai poteri dell'organo amministrativo l'art. 20 stabilisce: « il Consiglio d'amministrazione, nel rispetto del presente Statuto ed in particolare dell'art. 1, comma 6, e dell'art. 18, comma 1, lettera b), e comma 2, è investito dei poteri di ordinaria amministrazione corrente della Società, nonché di esecuzione delle decisioni assembleari relative sia ai principali atti di gestione ordinaria, sia agli atti di straordinaria amministrazione della Società, essendo ad esso demandato il compito di compiere gli atti necessari per l'attuazione dell'oggetto sociale, esclusi quelli che per legge e per Statuto sono riservati ad altri organi. » (*sic!*). Come appare evidente, il testo è formulato male e risulta poco comprensibile. Il secondo comma dello stesso articolo prevede: « sarà cura del Consiglio d'amministrazione adattare l'operato delle strutture gestionali societarie agli indirizzi operativi enunciati dall'Assemblea di coordinamento e controllo intercomunale [...]. Il Consiglio d'amministrazione approva, previo parere dell'organismo comune, il regolamento per l'accesso dell'organismo stesso agli atti societari e per l'esercizio delle attività ispettive nell'ambito dei suoi poteri di controllo; qualora il Consiglio d'amministrazione intenda discostarsi dal parere dell'organismo comune, la relativa decisione deve essere assunta all'unanimità del Consiglio stesso ». Infine, il terzo comma precisa che « fermi i poteri di ciascun Comune che affida l'erogazione di servizi ad ASM Pavia [...] restano comunque pieni i compiti e le responsabilità del Consiglio d'amministrazione inerenti alle attività gestionali ed all'esecuzione materiale dei contratti di servizio. A tale scopo, nel definire gli indirizzi sui contenuti essenziali dei contratti di servizio [...] l'Assemblea dovrà delineare forme e modalità dei controlli comunali sui servizi affidati che tengano conto dei compiti e delle specifiche responsabilità relativi alla gestione che incombono sul Consiglio d'amministrazione ».

A ben vedere, quindi, lo statuto della società viene a contenere la disciplina non soltanto dell'organizzazione societaria ma anche dei rapporti tra la società e gli enti pubblici, nella loro qualità di titolari del servizio pubblico che affidano alla società, e addirittura dei rapporti tra i soli enti pubblici, allo scopo di racchiudere in un unico atto la previsione di tutti i concomitanti strumenti che, su piani e con effetti diversi, realizzano il controllo analogo, onde agevolare l'accertamento della sua sussistenza. Si determina, però, un quadro particolarmente confuso, in cui non è sempre facile distinguere le prescrizioni statutarie in senso stretto, la cui violazione può invalidare il procedimento di formazione della volontà degli organi sociali coinvolti, dagli altri obblighi convenzionalmente assunti dalla società e/o dagli enti pubblici.

La stessa critica di imprecisione, approssimazione e genericità può essere mossa quasi ad ogni altro statuto di società *in house*, che, preoccupandosi, al pari dei precedenti, di dimostrare la soggezione della società al controllo analogo dell'ente pubblico come se si trattasse di una relazione di stampo pubblicistico del tutto autonoma dalle dinamiche societarie (interne), rappresenta poteri speciali dell'Amministrazione pubblica idonei a conformare davvero l'organizzazione della società, ma capaci soltanto di sovrapporsi ad essa.

Si consideri ancora lo statuto della società Campania Ambiente e Servizi S.p.A. a socio unico, partecipata dalla Regione Campania, il cui art. 11 prevede: « alla Regione spettano poteri ispettivi e di controllo sulla attività sociale analoghi a quelli esercitati sui propri servizi , essendo la società in posizione subordinata. I contenuti e le modalità di detti controlli sono definiti dalla Giunta regionale. L'organo di Amministrazione, ove richiesto, è tenuto a fornire debita informativa alla Giunta regionale relativamente a qualsiasi operazione intrapresa dalla società. Ai fini dell'esercizio del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, la Regione Campania impartisce, annualmente, agli amministratori della società direttive in ordine al programma di attività, all'organizzazione aziendale, alle politiche finanziarie ed economiche. Fermi restando i poteri di indirizzo, di direttiva e di controllo della Regione Campania, all'Organo amministrativo spettano i poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società e la rappresentanza legale della società, salvo quanto per legge è inderogabilmente riservato

all'Assemblea dei soci. Le decisioni in tema di strategie e politiche aziendali, segnatamente quelle relative al Piano industriale della società, devono essere sottoposte al vaglio preventivo e all'approvazione della Giunta regionale. L'organo Amministrativo determina gli indirizzi generali di gestione in coerenza con gli atti di programmazione della Regione Campania ».

In realtà, l'ente pubblico non ha il potere unilaterale, neanche in fase di costituzione, di assoggettare la società a vincoli nei propri confronti e, pertanto, se i poteri che lo statuto gli attribuisce non sono riconducibili a quelli propri dei soci, la violazione delle relative prescrizioni potrebbe rilevare quale giusta causa di revoca degli amministratori solo se si ravvisasse l'assunzione volontaria di obblighi/impegni da parte della società.

Ma le modalità di attuazione del controllo analogo non sono molto diverse neppure nelle società *in house* costituite in forma di società a responsabilità limitata.

Si consideri lo statuto della società consortile a responsabilità limitata Pavia Acque s.c.a.r.l., costituita per la gestione del servizio idrico integrato nell'Ambito Territoriale Ottimale della Provincia di Pavia. L'art. 4 prevede che, ai fini del controllo analogo, « le attività di indirizzo, programmazione e controllo congiunto da parte degli Enti Locali dell'Ambito Ottimale della Provincia di Pavia, sono previste e garantite: - dal presente statuto; - dagli atti di affidamento del servizio e dal contratto di servizio [...]; - dall'obbligo cogente per la Società di assumere come indirizzi essenziali ed integrativi del proprio scopo sociale i contenuti di cui al precedente allinea; - dall'obbligo per la Società di operare in conformità alle indicazioni disposte, nelle forme e con le modalità previste dal presente statuto, dal Comitato sul Controllo Analogo disciplinato dai successivi articoli; - dall'obbligata stipula di patti parasociali nonché di apposita convenzione e/o regolamento consortile che [...] dovrà essere deliberato dall'Assemblea della Società e diverrà atto di regolamentazione essenziale ed integrativo del presente statuto, cui i Soci e gli organi sociali sono vincolati per tutti gli adempimenti ivi previsti; [...] ». Ne risulta che l'autonomia della società viene limitata all'atto stesso della sua costituzione attraverso l'imposizione di doveri che condizioneranno le successive modalità di esercizio dell'attività.

Uno degli aspetti più peculiari è l'istituzione di un organo atipico, denominato Comitato sul Controllo analogo, costituito da undici membri, di cui uno è il legale rappresentante della Provincia di Pavia e gli altri sono nominati dall'Assemblea con il voto favorevole della maggioranza del capitale sociale, purché rappresentativa della maggioranza della popolazione anagrafica degli Enti Locali, nel rispetto di una serie di criteri. L'art. 7 dello statuto prevede che il Comitato « è preposto a verificare che la società operi coerentemente e si conformi: - agli indirizzi e direttive gestionali impartiti congiuntamente e in qualsiasi forma, ivi comprese quelle previste nei contratti di affidamento e nei contratti di servizio, dagli Enti Locali serviti e dall'Ente Responsabile dell'Ambito provinciale; [...] - alla valutazione della gestione del servizio affidato alla società e all'andamento generale della medesima; - all'indicazione, all'inizio di ogni esercizio sociale, degli obiettivi e dei livelli prestazionali che la società deve perseguire; alla verifica, prima della chiusura dell'esercizio sociale, del raggiungimento degli obiettivi [...] ». Come risulta, il Comitato, costituito da rappresentanti degli Enti locali soci, ha una funzione di coordinamento, sostituendosi (o sovrapponendosi) agli Enti nel verificare il rispetto, da parte della società, degli impegni assunti circa le modalità di svolgimento del servizio pubblico; il concetto di "controllo analogo" è quindi inteso anche come potere di « vigilanza », oltre che di indirizzo, sui servizi erogati dalla società. A ben vedere, il Comitato non integra l'organizzazione della società, perché è titolare di compiti e poteri che esorbitano dalle competenze proprie degli organi sociali e, piuttosto, opera in funzione di supporto agli Enti locali, in qualità più di enti affidanti che di soci – allora, è singolare che i suoi componenti siano nominati dall'Assemblea. Pertanto, il Comitato avrebbe potuto essere istituito da una convenzione stipulata tra gli Enti locali e le sue funzioni essere riconosciute nei contratti di servizio stipulati da ciascun Ente con la società.

In materia di poteri del Consiglio di Amministrazione, l'art. 28 dello Statuto prevede che « Coerentemente alla natura, composizione e finalità della Società *in house providing*, l'organo amministrativo ha i poteri di ordinaria amministrazione della Società, nel rispetto del presente statuto, delle decisioni dell'Assemblea, delle direttive impartite dall'Ente Responsabile dell'Ambito, dalla Conferenza dei Comuni

e dal Comitato sul Controllo Analogo, nonché della convenzione e/o regolamento di organizzazione della società, del contratto di servizio e di ogni altra pattuizione tra i Soci funzionale al miglior perseguimento dell'interesse sociale. ». Insomma, inspiegabilmente lo statuto regola i rapporti dell'organo amministrativo non con gli altri organi sociali, bensì con tutti i soggetti a vario titolo coinvolti dall'esercizio dell'attività di servizio pubblico, imponendogli di adeguarsi alle indicazioni provenienti da costoro (non si sa a quale titolo).

L'ultimo elemento di interesse da segnalare è che, per un numero, non esiguo, di materie di competenza assembleare, lo statuto (art. 25) richiede l'unanimità di consensi, salvo prevedere, qualora per due sedute consecutive non si raggiunga l'unanimità, maggioranze qualificate calcolate in proporzione alla partecipazione posseduta da ciascun Ente, ma tali che in ogni caso i soci favorevoli devono rappresentare la maggioranza (assoluta) della popolazione degli Enti locali dell'Ambito Ottimale della Provincia di Pavia.

In conclusione, gli statuti di società *in house* che sono stati adottati fino a questo momento appaiono gravemente anomali e fortemente disomogenei nei contenuti; è auspicabile che essi siano depurati di quelle clausole che non attengono alla disciplina dell'organizzazione societaria nei limiti della flessibilità consentita per il tipo scelto.

6.2 Società in house e giurisdizione della Corte dei Conti.

L'orientamento della Cassazione che si è consolidato da qualche anno in tema di giurisdizione della Corte dei Conti – prevista dagli artt. 13 e 52 R.D. 1214/1934 e 1, comma 4, l. 20/1994 – per la responsabilità (cd. amministrativa) di

amministratori e sindaci di società a partecipazione pubblica distingue le società *in house* da tutte le altre (eccetto quelle di diritto singolare⁹²).

Come già esaminato, la Suprema Corte ha condotto alle estreme conseguenze l'impostazione interpretativa secondo cui il controllo analogo – non riconducibile ad alcun potere del socio pubblico previsto dal nostro ordinamento – renderebbe le società *in house* un'anomalia nel panorama societario italiano, tale per cui, infine, nemmeno si dovrebbe più parlare di società, ma di un patrimonio separato nella titolarità dell'ente pubblico, al quale l'organizzazione societaria organicamente appartiene⁹³. Ne consegue che il danno cagionato al patrimonio della (apparente) società da parte dei suoi organi sociali si rivela, in realtà, un danno diretto al patrimonio dell'ente pubblico, ovvero un danno erariale, che giustifica la giurisdizione della Corte dei Conti sull'azione di responsabilità.

Queste considerazioni valgono soltanto per le società *in house*, mentre per le altre società a partecipazione pubblica trova conferma il ragionamento fondato sulla distinzione tra danno “diretto” e danno “riflesso” (o indiretto) all'ente pubblico-socio, che soltanto nel primo caso riconosce la giurisdizione della Corte dei Conti.

Secondo l'orientamento generale, infatti, essendo la società un ente di diritto privato distinto dal socio pubblico (anche di maggioranza o unico), il danno che la società subisca per effetto della condotta dei suoi amministratori e sindaci non

⁹² Tra le società di diritto singolare, che, in quanto tali, sono state considerate equiparabili ad enti pubblici, si annoverano: la Rai S.p.A., almeno secondo Cass., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092, in *Foro it.*, 2010, I, 1472, che ha dichiarato la giurisdizione della Corte dei Conti in tema di risarcimento del danno cagionato alla società stessa da componenti del suo consiglio di amministrazione e da suoi dipendenti, in ragione del fatto che, nonostante la veste giuridico-formale, la società dovesse considerarsi sostanzialmente un ente pubblico; la Anas S.p.A., almeno secondo Cass., sez. un., 9 luglio 2014, n. 15594, in *Riv. Corte conti*, 2014, 479, che ha parimenti dichiarato la giurisdizione contabile sull'azione di responsabilità promossa nei confronti degli organi e dei dipendenti dell'Anas, in base all'assunto che la trasformazione in società per azioni non ha alterato i connotati pubblicistici dell'ente.

⁹³ Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit., cui hanno fatto séguito altre pronunce che hanno confermato la giurisdizione contabile per la responsabilità di amministratori e sindaci di società *in house*, tra cui: Cass., sez. un., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Società*, 2014, 953; Cass., sez. un., 24 ottobre 2014, n. 22609, in *Riv. Corte conti*, 2014, 370; Cass., sez. un., 24 marzo 2015, n. 5848, in *Giur. comm.*, 2016, II, 789 ss., con nota di M. COSSU, *Le sezioni unite non compongono il contrasto di giurisdizione in materia di società a partecipazione pubblica totalitaria*.

è un danno erariale: pertanto, la responsabilità degli autori del danno deve essere fatta valere con l'azione sociale di responsabilità dinanzi al giudice ordinario⁹⁴.

L'unico ambito di responsabilità amministrativa rientrante nella giurisdizione della Corte dei Conti sussiste, secondo la S.C., con riferimento al danno cagionato direttamente al socio pubblico (fattispecie di cui agli artt. 2395 e 2476, comma 6, c.c.)⁹⁵; un esempio di danno diretto sarebbe rappresentato dal danno all'immagine subito dall'Amministrazione sociale in conseguenza di condotte illecite degli amministratori⁹⁶.

D'altronde, qualora il socio pubblico, in presenza dei presupposti della responsabilità di amministratori e sindaci verso la società, non si adoperi (per quanto in proprio potere) a promuovere l'esercizio dell'azione stessa per ottenere la reintegrazione del patrimonio della società, la responsabilità amministrativa dinanzi alla Corte dei Conti può senz'altro essere attivata nei confronti (non degli amministratori della società, bensì) di chi, in qualità di rappresentante del socio pubblico o di titolare del potere decisionale, abbia ommesso di esercitare le ordinarie prerogative del socio con l'effetto di pregiudicare il valore della partecipazione sociale.

⁹⁴ Così, Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Foro it.*, 2010, I, 1473; in *Giur. comm.*, 2011, II, 306, con note di L.E. FIORANI, *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, e A. LAMORGESE, *Società a partecipazione pubblica, responsabilità, giurisdizione*; in *Giur. it.*, 2010, 853, con nota di O. CAGNASSO, *Una «brusca frenata» da parte delle Sezioni unite della Cassazione alla vis espansiva della responsabilità amministrativa-contabile*. Le pronunce successive hanno seguito lo stesso indirizzo; si vedano, tra le altre, Cass., sez. un., 25 marzo 2013, n. 7374, in *Riv. Corte Conti*, 2013, 462; Cass., sez. un., 13 novembre 2015, n. 23306, in *Giur. it.*, 2016, 166.

⁹⁵ Ma anche in questo caso si pongono problemi di coordinamento tra l'azione contabile e l'azione civile di responsabilità degli amministratori, la prima esperibile dalla Procura della Corte dei Conti dinanzi al giudice speciale, la seconda esperibile dal socio pubblico dinanzi al G.O.. Inoltre, si può dubitare dell'esistenza di uno dei presupposti della giurisdizione della Corte dei Conti (accanto al danno erariale), che è il rapporto di servizio tra la P.A. e l'autore dell'illecito: non è chiaro, infatti, come sia possibile che il rapporto di servizio – seppur inteso in un'accezione molto lata, quale relazione funzionale tra la P.A. ed un soggetto ad essa estraneo investito di compiti di pubblico interesse (qualunque sia la natura giuridica dell'atto di investitura), relazione che potrebbe allora ravvisarsi tra l'ente pubblico e la società partecipata che gestisce un servizio pubblico – sussista tra la P.A. e gli *amministratori* della società (persone diverse dalla *società* incaricata di svolgere il servizio pubblico) con riferimento all'illecito che produce un danno diretto al socio pubblico ed, invece, non sussista, come testualmente affermato, tra la P.A. e gli stessi amministratori della società con riferimento all'illecito che produce un danno alla società; in argomento Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, cit.. Comunque, nonostante le perplessità sollevate da questa sentenza e dalle successive pronunce che l'hanno confermata, essa è apprezzabile quanto meno perché delimita l'ambito della giurisdizione della Corte dei Conti, contrastando il pericolo di un'estensione ingiustificata dell'ambito medesimo che si era profilato in precedenza.

⁹⁶ Cfr. ancora Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, cit.

Come anticipato, il criterio di riparto tra le giurisdizioni così individuato non opera per le società *in house*. Per queste ultime, infatti, la giurisdizione della Corte dei Conti si estenderebbe anche all'azione (sociale) di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci per il danno arrecato al patrimonio della società, dal momento che, essendo stata esclusa la distinta soggettività giuridica della società assoggettata al controllo analogo nei confronti dell'Amministrazione controllante, il patrimonio della società (considerata una mera articolazione interna dell'Amministrazione) è indistinguibile dal patrimonio dell'Amministrazione, nella cui titolarità ricade, ed inoltre si instaura un rapporto di servizio tra i componenti degli organi sociali e l'Amministrazione.

Simile impostazione, tuttavia, è criticabile sia sotto il profilo della coerenza e della correttezza delle sue premesse (relative al controllo analogo e alle società *in house*), come abbiamo già messo in evidenza, sia per le disarmonie che provoca a livello di sistema.

Quanto al primo profilo, si consideri anche la latente contraddittorietà tra la configurazione del controllo analogo come totale assoggettamento degli amministratori della società alla volontà del socio pubblico, che annulla qualunque barlume di autonomia dei primi, ed il principio della responsabilità degli amministratori per l'attività svolta, che giustifica la giurisdizione contabile: se il controllo analogo fosse davvero quello che è stato inteso (al malcelato scopo proprio di argomentare la giurisdizione della Corte dei Conti), gli amministratori opererebbero quali meri esecutori e giammai potrebbero incorrere in responsabilità (che non sia di tipo oggettivo), di natura civile, amministrativa o penale. A ben vedere, affermare la giurisdizione della Corte dei Conti si rivela inutile se il ragionamento che la sostiene conduce a dimostrare *in re ipsa* il difetto del presupposto soggettivo della responsabilità, ovvero la possibilità per l'autore della condotta di determinarsi in modo diverso, poiché l'esito prevedibile dell'azione di responsabilità sarebbe negativo (nel merito).

Dal punto di vista sistematico, poi, si pone il problema di regolare, in assenza di norme, il concorso tra la giurisdizione contabile e la giurisdizione del giudice ordinario per l'azione sociale di responsabilità degli amministratori e dei sindaci,

dal momento che quest'ultima non può essere esclusa dalla prima⁹⁷, ma i fatti materiali a fondamento della domanda ed il danno risarcibile sono gli stessi e quindi il risarcimento viene corrisposto un'unica volta. Problematica è, soprattutto, l'ipotesi in cui sia stata promossa (per prima) l'azione di responsabilità amministrativa innanzi alla Corte dei Conti, poiché in tal caso del risarcimento beneficerà direttamente l'Amministrazione e non la società (considerata quale "organo") che ha contratto le obbligazioni, con conseguente pregiudizio per i creditori sociali. Inoltre, si ricordi che la responsabilità amministrativa presuppone il dolo o la colpa grave dell'agente, mentre non rileva la colpa lieve, che, al contrario, farebbe insorgere la responsabilità civile degli amministratori e dei sindaci (artt. 2392 ss.).

Infine, il legislatore si è occupato del tema all'interno del T.U.S.P.P., all'art. 12. L'ultima versione del testo, quella approvata in via definitiva, visibilmente esprime l'intenzione legislativa di cristallizzare l'orientamento giurisprudenziale di cui abbiamo dato conto, anche con riferimento al "doppio binario" che distingue le società *in house* dalle altre⁹⁸. Tuttavia, il dato normativo, considerato in sé, appare tutt'altro che chiaro e univoco nel definire l'ambito della giurisdizione della Corte dei Conti sulle società *in house*, inoltre lascia insoluti gli interrogativi relativi alla concorrenza della giurisdizione ordinaria sulle azioni civili di responsabilità.

L'art. 12, comma 1, T.U. prevede: « I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*. È devoluta alla Corte dei

⁹⁷ Sul rapporto di alternatività, anziché di esclusione reciproca, tra la giurisdizione contabile e quella ordinaria, tale per cui la loro eventuale reciproca interferenza pone un problema di proponibilità dell'azione (e di osservanza del principio del *ne bis in idem*) e non una questione di giurisdizione, si veda Cass., sez. un., 24 marzo 2015, n. 5848, cit..

⁹⁸ Mentre la versione precedente della norma prevedeva un regime unitario per tutte le società a partecipazione pubblica, comprese quelle *in house*, riconoscendo la giurisdizione della Corte dei Conti soltanto in materia di danno (erariale) direttamente arrecato al socio pubblico. La scelta legislativa è criticabile in quanto i presupposti del ragionamento che aveva condotto la Corte di Cassazione a dichiarare la giurisdizione della Corte dei Conti sono venuti meno: in particolare, il rapporto che si instaura tra l'Amministrazione sociale e la società *in house* non presenta natura pubblicistica né il controllo analogo annulla l'autonomia dell'organo amministrativo della società, come si evince dalla disciplina contenuta nell'art. 16 T.U. e come avremo modo di meglio constatare nel prosieguo del lavoro.

Conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. ». L'art. 12, comma 2, prevede quindi: « Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti, o comunque titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione. »⁹⁹.

Almeno un paio di disposizioni enunciate ci sembrano superflue: in particolare, l'*incipit* del primo comma, poiché a conclusione non diversa si sarebbe dovuti pervenire in applicazione (residuale) della disciplina di diritto comune (art. 1, comma 3, T.U.), e l'inciso finale del secondo comma, inteso a comprendere nella giurisdizione della Corte dei Conti la responsabilità (non già degli amministratori della società, ma) dei pubblici funzionari che, in rappresentanza dell'ente pubblico, avrebbero dovuto esercitare i diritti a lui spettanti in qualità di socio, allo scopo di reintegrare il danno patrimoniale subito dalla società e di riflesso dagli enti medesimi partecipanti, poiché non si dubitava della sussistenza della giurisdizione contabile in questa ipotesi.

Le restanti disposizioni, "centrali" per posizione e contenuto, appaiono, invece, gravemente carenti. Infatti, la circostanza che sia fatta salva la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato da amministratori e dipendenti delle società *in house* non è sufficiente ad indicare quale sia la (diversa) disciplina applicabile, poiché l'inciso non definisce il danno erariale: l'interprete potrebbe identificarlo nel « danno erariale » di cui al secondo comma, così vanificando lo scopo della clausola di "salvaguardia", ossia la distinzione tra le società *in house* e le altre.

In ogni caso, per tutte le società a partecipazione pubblica, sono devolute alla giurisdizione della Corte dei Conti le controversie in materia di danno erariale, da intendersi come mero danno ("diretto") subito dagli enti pubblici soci, nei limiti della partecipazione posseduta; si prescinde, quindi, completamente dall'ordinario presupposto del rapporto di servizio tra l'autore della condotta causativa del

⁹⁹ Per un analitico commento del testo, anche in relazione agli orientamenti giurisprudenziali anteriori, accuratamente ricostruiti, si veda V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 837 ss.

danno erariale e l'ente pubblico che lo subisce (in via diretta). La disposizione tace sul rapporto tra l'azione di responsabilità contabile e l'azione di responsabilità civile che può essere promossa dal socio pubblico ai sensi dell'art. 2395 c.c., per le società per azioni, e dell'art. 2476, comma 6, c.c., per le società a responsabilità limitata.

6.2 Società in house e fallimento.

Le società a partecipazione pubblica sono state interessate negli ultimi anni da un dibattito relativo alla loro soggezione al fallimento¹⁰⁰: soggezione che era stata messa in discussione dall'orientamento giurisprudenziale favorevole alla riqualificazione pubblicistica di alcune di esse. Si era sostenuto, infatti, che l'equiparazione sostanziale (ove possibile) delle società "partecipate" agli enti pubblici valesse anche ai fini della sottrazione alle procedure concorsuali del fallimento e del concordato preventivo, prevista dagli artt. 2221 c.c. e 1 l.fall.¹⁰¹. Tuttavia, è risultata prevalente l'opinione contraria (condivisa anche dalla dottrina), la quale, confermando la fallibilità delle società a partecipazione pubblica, ha contestato all'orientamento sopra enunciato talvolta l'ammissibilità in astratto della riqualificazione, talaltra la ricorrenza in concreto degli indici di « pubblicità

¹⁰⁰ Per una sintesi delle contrapposte posizioni, si vedano C. PECORARO, *Pubblico e privato nella governance delle società partecipate: fermenti ed incertezze nel quadro di riferimento*, in *Dir. fall.*, 2014, II, 701 ss.; L. SALVATO, *Le società pubbliche alla prova delle procedure concorsuali*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, n. 6, 60 ss..

¹⁰¹ In questo senso si sono apertamente pronunciate soltanto corti di merito; si vedano Trib. S. Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fallimento*, 2009, 713; Trib. Patti, 6 marzo 2009, e Trib. Catania, 20 luglio 2010, in www.osservatorio-oci.org; Trib. Avezzano, 26 luglio 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, 869, con nota di G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e concordato preventivo*. L'orientamento favorevole alla riqualificazione pubblicistica delle società (cd. tipologico) ravvisa quali indici di "pubblicità sostanziale": il capitale interamente pubblico; l'assenza di (o la ridotta) autonomia gestionale del consiglio di amministrazione; la titolarità di penetranti poteri di controllo e di intervento in capo all'ente pubblico, maggiori di quelli che competerebbero al socio di una società di capitali; le peculiari modalità di svolgimento dell'attività; etc.. Peraltro, l'esclusione dal fallimento è stata anche argomentata – indipendentemente dai presupposti per la riqualificazione pubblicistica del soggetto – per le società a partecipazione pubblica che svolgano servizi essenziali (destinati al soddisfacimento di bisogni collettivi), tali che le società stesse acquisirebbero carattere "necessario", parimenti ai servizi erogati: allora, l'interesse pubblico connesso all'attività sociale risulterebbe incompatibile con la disciplina e le finalità delle procedure concorsuali, secondo un approccio (non tipologico, ma) cd. "funzionale". L'opinione è sostenuta da G. D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Fallimento*, 2014, 498; ID., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fallimento*, 2010, 691.

sostanziale », talaltra ancora l'idea che la riqualificazione pubblicistica possa operare indiscriminatamente, a prescindere dalla disciplina da applicare¹⁰².

Successivamente, come noto, le Sezioni Unite hanno dichiarato che le società *in house* costituiscono, in realtà, articolazioni della Pubblica Amministrazione e non distinti soggetti giuridici¹⁰³. Tale conclusione, benché espressamente riferita al tema della giurisdizione della Corte dei Conti, avrebbe potuto nuovamente revocare in dubbio la soggezione (almeno) delle società *in house* al fallimento; e così è stato. Alcune corti di merito, infatti, seguendo il percorso argomentativo tracciato dalla Cassazione per delineare la fattispecie delle società *in house*, hanno sostenuto che le stesse fossero insuscettibili di fallimento (e così hanno rigettato i relativi ricorsi) in ragione dell'appartenenza organica alla Pubblica Amministrazione e della conseguente natura giuridica pubblica¹⁰⁴.

Infine, però, anche con riferimento alle società *in house* è prevalso l'orientamento già dominante secondo cui l'eventuale equiparazione (o assimilazione) delle società a partecipazione pubblica agli enti pubblici partecipanti ha un'efficacia limitata al settore disciplinare in relazione al quale l'equiparazione stessa sia dichiarata, in quanto può essere giustificata in funzione della tutela di alcuni interessi e non di altri. Quest'orientamento non risulta scalfito, ma, al contrario, risulta indirettamente confermato proprio dalla giurisprudenza di legittimità che riconosce la giurisdizione contabile per la responsabilità dei componenti degli organi delle società *in house*, dal momento che le argomentazioni sostenute circa la carenza di autonomia delle

¹⁰² Così, tra gli altri, App. Napoli, 24 aprile 2013, in *Dir. fall.*, 2013, II, 563, con nota di G. POSITANO, *Il fallimento delle società «private» a partecipazione pubblica*; App. Napoli, 27 maggio 2013, in *Fallimento*, 2013, 1290 ss., con nota di F. FIMMANÒ, *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*; Trib. Nocera Inferiore, 21 novembre 2013, in *Dir. fall.*, 2014, II, 701 ss., con nota di C. PECORARO, *Pubblico e privato nella governance delle società partecipate: fermenti ed incertezze nel quadro di riferimento*; Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Fallimento*, 2013, 1273; Cass., 27 settembre 2013, n. 22209, in *Foro it.*, 2014, I, 113. A ben vedere, non tutte le sentenze che escludono l'esonero dal fallimento per le società a partecipazione pubblica sono ascrivibili al cd. "approccio privatistico puro", secondo il quale tali società in ogni caso non possono essere equiparate ad enti pubblici ai fini della sottrazione alle procedure concorsuali (quandanche possano esserlo ad altri fini). In particolare, quando la sentenza conferma la soggezione al fallimento della società "partecipata" in base alla circostanza che questa non presenta caratteri pubblicistici, permane incertezza sulla disciplina applicabile alle altre società. Per una ricognizione aggiornata, sintetica ma esauriente, di un quadro giurisprudenziale più articolato di come l'abbiamo schematizzato, V. DONATIVI, *Le società*, cit., 1181 ss.

¹⁰³ Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.

¹⁰⁴ Così, Trib. Verona, 19 dicembre 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Napoli, 9 gennaio 2014, in www.ilcaso.it.

società *in house* nei confronti del socio pubblico di controllo servirebbero soltanto a far emergere la situazione sostanziale che ha rilevanza ai fini della giurisdizione della Corte dei Conti¹⁰⁵.

Viceversa, la soggezione alle procedure concorsuali si giustifica esclusivamente in ragione della forma giuridica di diritto privato (societaria, appunto) assunta dall'ente che esercita l'impresa commerciale: emergono, in questo caso, esigenze di certezza, di uguaglianza di trattamento e di tutela dell'affidamento dei creditori, che sarebbero ingiustificatamente pregiudicate dalla riqualificazione pubblicistica della società, senza che ne derivi un correlativo vantaggio per alcuno¹⁰⁶.

Nemmeno le considerazioni avanzate dai sostenitori dell'approccio cd. funzionale colgono nel segno, perché l'esenzione dal fallimento prevista per gli enti pubblici si giustifica in relazione alla natura pubblica del soggetto e non dell'attività esercitata, dovendo comunque trattarsi di impresa commerciale; inoltre, la titolarità del servizio pubblico resta in capo all'ente pubblico anche quando la gestione sia stata affidata ad un soggetto terzo (società, pubblica o privata che sia), con la conseguenza che se la società erogatrice fallisce, l'ente conserva il potere di riorganizzare le modalità di svolgimento del servizio onde garantirne la continuità¹⁰⁷.

Infine, la scelta normativa di esentare dal fallimento gli enti esercenti un'impresa commerciale in ragione soltanto della forma giuridica di diritto pubblico (art. 1, comma 1, l. fall.) è ribadita nel T.U.S.P.P., che all'art. 14 sancisce la soggezione delle società a partecipazione pubblica alle procedure del fallimento, del concordato preventivo e, ove ricorrano i presupposti, dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, superando i dubbi precedentemente emersi¹⁰⁸. Non è prevista alcuna eccezione: la soggezione al fallimento anche delle società *in house* emerge dall'ultimo comma dell'art. 14, che stabilisce alcuni limiti

¹⁰⁵ Così, da ultimo, anche Cass., sez. un., 1 dicembre 2016, n. 24591, in *Foro it.*, 2017, I, 154, che conferma la soggezione delle società *in house* alla disciplina propria dell'impresa e delle società, senza la possibilità di ravvisare nelle condotte del socio pubblico l'esercizio di poteri amministrativi idonei a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo.

¹⁰⁶ Sulla base di queste argomentazioni e di altre simili, i giudici di merito hanno ritenuto le società *in house* assoggettabili al fallimento; si vedano Trib. Modena, 10 gennaio 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Pescara, 14 gennaio 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Napoli, 29 maggio 2014, in *Dir. fall.*, 2015, II, 66 ss.; Trib. Palermo, 13 ottobre 2014, in www.ilcaso.it; App. Napoli, 27 ottobre 2015, inedita.

¹⁰⁷ Così, tra gli altri, Trib. Napoli, 29 maggio 2014, cit..

¹⁰⁸ Sulle novità legislative si veda G. RACUGNO, *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2016, 1144 ss.

per l'Amministrazione in conseguenza del fallimento di società titolari di affidamenti diretti.

7. La fattispecie normativa dell'*in house providing* nelle Direttive UE n. 23-24-25 del 2014 e nelle leggi che le hanno recepite.

Come già anticipato, “a valle” della fitta giurisprudenza comunitaria, dell'interpretazione/applicazione che ne è stata data dalla giurisprudenza nazionale e della prassi applicativa conseguentemente formatasi, la fattispecie *in house providing* è stata, infine, riconosciuta espressamente e definita dalle Direttive n. 23 (art. 17), 24 (art. 12) e 25 (art. 28) del 2014, rispettivamente in materia di concessioni pubbliche, appalti pubblici e appalti pubblici in settori speciali. Le disposizioni di nuova introduzione dovrebbero quanto meno semplificare l'individuazione dei requisiti caratterizzanti la fattispecie dei cd. affidamenti diretti e sgombrare il campo dalla stratificazione caotica di pronunce, interpretazioni e opinioni varie che si sono accumulate negli anni.

Gli articoli di riferimento di ciascuna Direttiva (nell'ordine, artt. 17, 12 e 28) sono quasi identici tra loro, salvo qualche variazione lessicale, e quindi bisogna attribuire a tutti lo stesso significato, anche perché comune ne è la *ratio* ispiratrice. Per evitare riferimenti plurimi, in questo paragrafo citeremo l'art. 12 della Direttiva Appalti UE n. 24/2014.

Il par. 1 prevede: « Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento di compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione

di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. » Quindi si precisa: « Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice. ».

Il paragrafo 2 consente l'affidamento diretto cd. "rovesciato" e quello cd. "orizzontale": cioè consente che la persona giuridica controllata di cui al paragrafo 1, che sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice, aggiudichi l'appalto senza l'osservanza delle procedure ad evidenza pubblica alla propria amministrazione controllante o ad altra persona giuridica controllata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice.

Il paragrafo 3 consente l'affidamento diretto cd. "congiunto" prevedendo che: « un'amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo ai sensi del paragrafo 1 può nondimeno aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la presente direttiva quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80% delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata ». Quindi si precisa a

quali condizioni le amministrazioni aggiudicatrici esercitano il controllo congiunto di cui alla lettera a), ma rinviando al prossimo capitolo l'esame di questa parte della disposizione.

Come appare evidente, le norme sono state formulate tenendo conto della giurisprudenza anteriore, benché per alcuni aspetti se ne discostino.

Ad esempio, il requisito del capitale pubblico dell'ente *in house* non costituisce più una pre-condizione del controllo analogo, ma da questo è stato definitivamente affrancato, essendo considerato un requisito distinto ed ulteriore. Non solo: è tanto vero che il controllo analogo non presuppone il capitale interamente pubblico, che non è più preclusa in assoluto la partecipazione di capitali privati nella persona giuridica controllata, purché si tratti di partecipazioni « *prescritte* dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati ». Sembra, quindi, che la partecipazione privata al capitale della società *in house* sia pur sempre un'ipotesi eccezionale, mentre il requisito del capitale pubblico resta regola generale, valida ogniqualvolta non sia previsto diversamente¹⁰⁹.

Rileva anche la circostanza che sia stato fissato un limite quantitativo, anziché qualitativo (o quantitativo e qualitativo insieme), all'attività svolta con i terzi dalla persona giuridica controllata, pari a meno del venti per cento. Naturalmente, l'accertamento di tale requisito – perlomeno quando la società sia di nuova costituzione – richiede una previsione circa la futura attività della società e quindi occorrerà basarsi sul programma operativo della società.

La nozione del controllo analogo è stata desunta dalla giurisprudenza, ma rinviando l'analisi delle relative disposizioni al capitolo successivo.

Le Direttive citate sono state recepite dal d.lgs. 50/2016, recante il nuovo “Codice dei Contratti pubblici”, che all'art. 5 descrive la fattispecie degli affidamenti sottratti all'applicazione della disciplina contenuta nel codice medesimo (appunto “diretti”) sulla falsariga dell'art. 12 Dir. 2014/24.

Il comma 1 dell'art. 5 prevede: « Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte

¹⁰⁹ Così Cons. Stato, 26 maggio 2015, cit..

tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuato nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata ».

Il comma 2 dell'art. 5 prevede: « Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. ».

Il comma 4 dell'art. 5 prevede: « Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore può aggiudicare un appalto pubblico o una concessione senza applicare il presente codice qualora ricorrano le condizioni di cui al comma 1, anche in caso di controllo congiunto ». Il successivo comma 5 indica le condizioni necessarie affinché una pluralità di Amministrazioni o di enti eserciti il controllo congiunto, su cui ci soffermeremo nel prossimo capitolo.

Si noti che sia le Direttive UE sia il Codice dei Contratti pubblici, nel delineare la fattispecie *in house providing*, si riferiscono genericamente ad una « persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato » quale affidatario e soggetto passivo del controllo analogo, non sussistendo limiti in ordine alla forma (e natura) giuridica dell'ente affidatario (purché assoggettabile al controllo analogo).

Soltanto nel d.lgs. 175/2016, T.U. sulle Società a partecipazione pubblica, si profila la scelta della forma giuridica societaria per gli enti titolari di affidamenti diretti. In tal caso, però, il legislatore ha evitato di fornire nuovamente una definizione completa di società *in house*, facendo riferimento soltanto al requisito

della soggezione al controllo analogo. L'art. 1, lettera o), T.U., infatti, definisce le « società *in house* » come « le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto ». Inoltre, l'art. 16, comma 1, T.U. prevede: « Le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata ».

Risulta confermato il divieto di partecipazioni private al capitale della società, salvo deroghe normative, che però al momento non sono previste: l'inciso finale sulla partecipazione di capitali privati è pertanto inutile, riproducendo il testo della direttiva nella parte in cui conteneva piuttosto un'indicazione rivolta agli Stati membri.

CAP. II: LA FATTISPECIE DEL « CONTROLLO ANALOGO ».

1. Le definizioni di « controllo analogo » individuale e congiunto nelle Direttive europee e nel Testo Unico in materia di Società a Partecipazione Pubblica.

L'intervento normativo che ha riguardato la fattispecie *in house providing*, quale ambito escluso dall'applicazione della disciplina sulle procedure aggiudicative di concessioni e appalti pubblici, ha determinato la stabilizzazione dei requisiti costitutivi della stessa, consentendo di superare talune incertezze che le pur

normali oscillazioni interpretative della giurisprudenza della Corte di Giustizia inevitabilmente sollevavano.

L'art. 12 della Direttiva UE 2014/24, che abbiamo preso a riferimento, richiede che sia soddisfatta la condizione secondo cui « l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi » (par. 1, lettera a) e, allo scopo, precisa: « si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata ».

La stessa formula è impiegata nel testo delle altre due Direttive, salvo soltanto una variazione lessicale nell'art. 17, par. 1, Dir. 2014/23, che qualifica l'influenza « decisiva »; tuttavia, non ne deriva una diversità di significato per almeno tre motivi: gli aggettivi sono sinonimi; la *ratio legis* delle tre disposizioni è visibilmente unitaria; infine, lo stesso art. 17 con riferimento al controllo congiunto (par. 3) definisce l'influenza « determinante », uniformandosi al testo delle altre direttive.

È prevista, poi, la possibilità che il controllo sia esercitato « da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice »: l'ipotesi prefigura un controllo indiretto dell'Amministrazione. Restano però insoluti alcuni interrogativi: è sufficiente che l'ente di livello intermedio sia soggetto al controllo analogo dell'Amministrazione o deve osservare anche le altre due condizioni (capitale pubblico e destinazione prevalente dell'attività) della fattispecie *in house*? Esso può avere indifferentemente forma giuridica pubblica o privata? Se l'ente intermedio ha natura privatistica, può ritenersi comunque rispettata da parte dell'ente ulteriormente controllato (aggiudicatario) il requisito del capitale pubblico?

La risposta che si dà al primo quesito condiziona quelle del secondo e del terzo: infatti, se l'ente intermedio rispetta tutti e tre i requisiti ed, in particolare, ha un capitale interamente pubblico, cui partecipa l'Amministrazione controllante da sola o con altre Amministrazioni, sarà sostanzialmente assimilabile ad un soggetto pubblico qualunque forma giuridica rivesta, senza che si ponga un problema di

partecipazione di capitali privati all'interno dell'ente ulteriormente controllato (aggiudicatario).

Non si dubita, invece, che l'ente aggiudicatario, controllato di "secondo livello", debba osservare (oltre alla soggezione al controllo come descritta) anche i requisiti del capitale pubblico e dell'attività prevalente.

È ammessa, inoltre, l'imputazione del controllo analogo ad una pluralità di Amministrazioni al fine di consentire il cd. « affidamento congiunto », che si realizza quando più Amministrazioni procedono all'aggiudicazione diretta in favore di una stessa persona giuridica, la quale svolge oltre l'80% della sua attività nei confronti complessivamente di tutte le Amministrazioni (senza obbligo di rispettare quote minime individuali) ed è assoggettata al controllo analogo « congiunto » di queste.

L'art. 12, Dir. 2014/24, par. 3, comma 2, prevede: « Ai fini del primo comma, lettera a), le amministrazioni aggiudicatrici esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: *i)* gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti », con la precisazione, però, che « singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici controllanti »; *ii)* « tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica »; *iii)* « la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti ».

Bisogna soprattutto osservare che il requisito del controllo analogo in tal caso non si identifica con la sola influenza determinante, ma necessita di ulteriori presupposti. Il motivo probabile di questo apparente maggior rigore sta nel fatto che la possibilità di esercitare l'influenza determinante sembra riferita non a ciascuna delle Amministrazioni che condividono il controllo, ma a tutte loro congiuntamente, con conseguente minore incisività dei poteri individuali.

La terza condizione elencata ha scarsa rilevanza applicativa, esplicitando una circostanza fondante il "progetto" della partecipazione congiunta delle

Amministrazioni aggiudicatrici ad uno stesso ente¹¹⁰, mentre più significativa è la prima condizione, secondo cui la composizione dell'organo direttivo della persona giuridica controllata deve essere rappresentativa di tutte le Amministrazioni che partecipano al capitale, ma senza che il numero dei componenti dell'organo eguagli necessariamente quello delle Amministrazioni stesse.

Abbiamo già osservato che non costituisce più condizione assolutamente necessaria la mancanza di partecipazioni private al capitale della persona giuridica soggetta al controllo analogo, purché si tratti di partecipazioni « che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei Trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata »; l'indicazione risulta importante anche al fine di acquisire maggiori elementi sulla natura del controllo analogo, che a quanto pare può astrattamente coesistere con la presenza di investimenti privati (possibilità in precedenza esclusa dalla Corte di Giustizia).

Le fonti interne hanno dato attuazione fedele alle direttive, descrivendo il controllo analogo senza variazioni di rilievo.

L'art. 5, comma 2, d.lgs. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici) prevede: « Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata ».

In merito al controllo analogo congiunto, l'art. 5, comma 5, d.lgs. 50/2016 prevede: « Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti

¹¹⁰ Il significato della previsione è chiarito da C. PECORARO, *Il controllo sulle società in house secondo le nuove Direttive sugli appalti pubblici e sull'aggiudicazione di concessioni*, 31, dattiloscritto presentato al VII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale, Roma, 26/27-2-2016, secondo il quale « il progetto imprenditoriale sotteso alla costituzione della società pluripartecipata (e, naturalmente, la corrispondente gestione) tiene conto della valorizzazione delle esigenze di tutte le amministrazioni partecipanti (es., per una società di trasporto pubblico che i territori siano coperti dal servizio), a prescindere dalla dimensione dell'investimento e dal valore percentualistico della partecipazione capitaria ».

aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica; c) la persona giuridica partecipata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti ».

Il Testo Unico in materia di Società a Partecipazione Pubblica riproduce le medesime definizioni di controllo analogo adattandole alla forma giuridica societaria dell'ente affidatario.

L'art. 2, lettera c), T.U. definisce il « controllo analogo » 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. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante ».

L'art. 2, lettera d), T.U. definisce il « controllo analogo congiunto » come « la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La suddetta situazione si verifica al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 5, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ».

In conclusione, la nozione di controllo analogo recepita nei testi normativi non è nuova, ma è la stessa elaborata dalla Corte di Giustizia (fin dal caso *Parking Brixen*); ciò, però, non rende senz'altro corrette e vincolanti tutte le interpretazioni e indicazioni applicative che la giurisprudenza nazionale ha desunto da quella nozione.

Già prima dell'emanazione delle direttive, in realtà, appariva contestabile sia l'assolutezza del potere (gerarchico) richiesto all'Amministrazione nei confronti della società, sia la ritenuta possibilità di assoggettare in ogni caso la società a questo vincolo. A maggior ragione dopo l'emanazione delle direttive e dopo la cristallizzazione della nozione di controllo analogo in una disposizione normativa è opportuno procedere ad una revisione critica del precedente orientamento

giurisprudenziale particolarmente restrittivo, attraverso un'interpretazione analitica della nozione. Anche il T.U., come vedremo, ha ricondotto le società *in house* nell'alveo delle altre società a partecipazione pubblica e dei tipi sociali previsti dal codice civile (salvo qualche deroga), imponendo così un'interpretazione del controllo analogo compatibile ed integrata con il modello organizzativo delle società di capitali.

2. I concetti di « controllo » e di « influenza ». Pluralità di nozioni e parametri definatori del controllo. Il controllo di cui all'art. 2359 c.c. quale nozione generale di riferimento. Il « controllo pubblico » sulle società a partecipazione pubblica.

La locuzione che qualifica il controllo dell'Amministrazione sulla società *in house* come « analogo a quello esercitato sui propri servizi » sembra assolvere una funzione non più tanto descrittiva, quale forse aveva in origine nell'elaborazione giurisprudenziale (cosicché l'accertamento del controllo presupponeva la comprensione degli elementi su cui si basava l'analogia), ma prevalentemente definatoria, cioè limitata ad individuare e “nominare” una particolare tipologia di controllo, distinguendola dalle altre.

Il controllo analogo, infatti, può considerarsi esplicito attraverso il solo concetto di « influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società »: nozione che oggi esprime gli elementi costitutivi del controllo in modo esauriente e vincolante e che pertanto sarà oggetto di analisi.

Anzitutto, appare evidente che il termine « controllo » è usato nel significato non di « sorveglianza », ma di « potestà » su qualcuno o qualcosa, intesa come potere di condizionare l'altrui decisione o attività.

In questa accezione controllo è sinonimo di « influenza », che è propriamente la « possibilità di intervenire nella determinazione o nella modificazione di un fatto »¹¹¹ o di una condotta. I due concetti sono infatti correlati anche in altre fonti normative, contenenti altre definizioni di « controllo » su società o imprese: basti citare l'art. 2359 c.c..

¹¹¹ La definizione è tratta da G. DEVOTO - G.C. OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Milano, 2014.

Qualunque nozione di « controllo » individua perciò una relazione tra due parti: una in posizione di potere, l'altra di soggezione. Tale relazione può essere variamente caratterizzata e le diverse nozioni presenti nell'ordinamento specificano i requisiti della relazione rilevanti in ragione della disciplina da applicare¹¹².

Se la relazione di controllo ruota intorno al concetto di influenza, gli elementi costitutivi del controllo sono gli attributi, o « variabili »¹¹³, dell'influenza, che operano come parametri definatori della fattispecie. Il controllo si configura allora come un'influenza “qualificata”.

Così, nel caso del controllo analogo l'influenza è « determinante » e si esercita su « gli obiettivi strategici e le decisioni significative della società »: il primo elemento indica il grado di intensità dell'influenza, cioè la misura del condizionamento esercitabile; il secondo indica l'estensione dell'influenza, dipendente dall'oggetto di essa.

La nuova fattispecie del controllo analogo si inserisce quindi in un contesto ordinamentale in cui sono già presenti altre definizioni di controllo su società, ciascuna delle quali delimita l'ambito di applicazione della disciplina cui è preordinata a quelle sole “influenze” che siano caratterizzate secondo le finalità della disciplina stessa: al riguardo, in dottrina si è parlato di « nozioni relazionali », inscindibilmente connesse con la disciplina cui si riferiscono¹¹⁴ e tali che la disciplina, a sua volta, funge da criterio teleologico per loro interpretazione.

Come noto, il controllo analogo è funzionale alla disapplicazione delle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente di un contratto pubblico. Il motivo della sua rilevanza per il diritto societario dipende quindi non dalla disciplina cui è preordinato (di diritto pubblico), ma dall'incidenza che le modalità della sua realizzazione possono avere sulla struttura societaria.

Con riferimento alla pluralità di fattispecie di controllo, si opera una fondamentale distinzione tra la nozione « generale » contenuta nel codice civile e le nozioni settoriali previste da leggi speciali.

¹¹² M. NOTARI, *La nozione di «controllo» nella disciplina antitrust*, Milano, 1996, 203 ss.

¹¹³ Così M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 227 ss.

¹¹⁴ M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 458 ss.; M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 185 s. Cfr. P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, 3 ss.

Infatti, sebbene anche la nozione di controllo dell'art. 2359 c.c. sia funzionale all'applicazione della relativa disciplina dettata dal codice civile, le cui finalità potrebbero integrare un criterio interpretativo della nozione stessa¹¹⁵, essa resta nozione generale o, più limitatamente, residuale¹¹⁶, in quanto valevole anche al di là del suo originario ambito applicativo – cioè operante ogniqualvolta una norma ponga tra i presupposti della sua applicazione il controllo, senza dettarne una definizione specifica – e con cui le nozioni speciali sono inevitabilmente destinate a confrontarsi¹¹⁷: ciò dipende dalla centralità normativa dell'art. 2359 c.c. e dal frequente rinvio che ad esso fanno le definizioni speciali di controllo.

La nozione di controllo analogo, che è settoriale nel senso chiarito, invece non contiene alcun riferimento all'art. 2359 c.c., perché riproduce, quasi alla lettera, la definizione prevista dalle direttive europee – benché siano rintracciabili dei precedenti in cui nozioni di controllo di derivazione comunitaria sono state recepite con l'aggiunta di un rinvio all'art. 2359 c.c., com'è per il controllo nella disciplina *antitrust*, di cui art. 7 l. 287/1990.

L'utilità del confronto con l'art. 2359 c.c.¹¹⁸ deriva in ogni caso dall'esigenza di interpretare la nozione di controllo analogo ed, a tal fine, di differenziare le caratteristiche di questo tipo di « influenza » da quelle dell'influenza che costituisce il controllo societario.

In linea di principio, il « controllo analogo » ed il controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. si distinguerebbero anche per il soggetto attivo del controllo, che nel primo caso è un'amministrazione pubblica (o comunque un soggetto ad essa equiparato in materia di aggiudicazione di contratti pubblici), nel secondo è una società; ciò escluderebbe qualunque formale interferenza tra le due fattispecie. Tuttavia, il T.U. ha introdotto anche una nozione di « controllo pubblico » che consente l'imputazione attiva del rapporto di controllo di cui all'art. 2359 c.c. alle amministrazioni pubbliche; in realtà, tale nozione non è testualmente prevista, ma

¹¹⁵ Questa è l'impostazione metodologica seguita da A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate - I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, II, 2, 586 s.; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 478 s.

¹¹⁶ Cfr. M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 477.

¹¹⁷ Per i diversi orientamenti della dottrina sul modo d'intendere il carattere « generale » del controllo societario ai sensi dell'art. 2359 c.c. si veda M. NOTARI, *La nozione di « controllo »*, cit., 188 ss.

¹¹⁸ L'osservazione è di M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 462, secondo il quale « lo studio della nozione di controllo non può [...] prescindere da un confronto di ciascuna nozione particolare con quella generale ».

emerge dalla combinazione delle definizioni contenute nelle lettere *b)* e *m)* dell'art. 2 T.U.. Risulta ulteriormente utile, quindi, delimitare le fattispecie del “controllo analogo” e del “controllo pubblico” per definire il rapporto tra loro intercorrente. Secondo l'art. 2, lettera *m)*, T.U. sono « società a controllo pubblico » quelle « in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera *b)* ». La lettera *b)* dello stesso articolo definisce il « controllo » come « la situazione descritta nell'art. 2359 del codice civile. [...] ».

A questo punto, prima di continuare ad analizzare il controllo analogo, è opportuno soffermarsi sia sulla (nuova) nozione di controllo pubblico sia sul controllo societario dell'art. 2359 c.c., che la prima presuppone ed in qualche modo estende all'ente pubblico in posizione di controllante.

2.1 Cenni sul controllo societario, ai sensi dell'art. 2359 c.c.

L'art. 2359, comma 1, c.c. non dà una definizione unitaria di controllo, ma individua tre fattispecie di « società controllate », che sono: 1) quelle nelle quali « un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria »; 2) quelle nelle quali « un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria»; 3) quelle « sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa ».

Il soggetto attivo e quello passivo della relazione di controllo sono entrambi soltanto società¹¹⁹.

Nelle prime due ipotesi il controllo è « interno » in quanto consegue al possesso di partecipazioni sociali e alla titolarità dei diritti di voto che ne derivano, mentre nella terza il controllo è « esterno » perché fondato su rapporti contrattuali.

Il concetto di influenza dominante, sebbene sia impiegato per definire solo la seconda e la terza fattispecie, si considera pacificamente un denominatore comune

¹¹⁹ Da intendere sicuramente almeno come società di capitali, anche diverse dalle società azionarie, benché questo non metta al riparo da ulteriori questioni applicative concernenti, in modo diverso, sia le s.a.p.a sia le s.r.l., cfr. M. NOTARI e J. BERTONE, *Art. 2359 - Società controllate e società collegate*, cit., 717 ss. Si escludono invece generalmente le società di persone, poiché la loro estraneità alla disciplina cui l'art. 2359 c.c. soprintende è maggiore, v. A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate - I gruppi*, cit., 589.

a tutte e tre¹²⁰, poiché esprime una possibilità sussistente *in re ipsa* nel caso di disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea (controllo « di diritto »)¹²¹. Infatti, la previsione del numero 2) ha una funzione essenzialmente esplicativa di quella del numero 1) e rappresenta una situazione *di fatto* equipollente a quest'ultima (controllo « di fatto »): l'influenza dominante in assemblea costituisce il potere di determinare il contenuto della delibera assembleare, connesso alla disponibilità o della maggioranza assoluta dei voti o di un numero di voti comunque sufficiente a raggiungere il *quorum* deliberativo (maggioranza relativa) quando non è rappresentato l'intero capitale o per altre circostanze (quali l'adesione ad un sindacato di voto, su cui *infra*).

Inoltre, ai sensi del comma 2, ai fini del controllo interno si computano anche i voti spettanti a società controllate, oltre che a società fiduciarie e a persona interposta (mentre non si computano i voti spettanti per conto di terzi), cosicché il controllo da partecipazioni sociali può anche essere « indiretto ».

¹²⁰ A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate - I gruppi*, cit., 582; M. MIOLA, *Le garanzie intragrupo*, Napoli, 1993, 28; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 479; M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 266; M. NOTARI e J. BERTONE, *Art. 2359 - Società controllate e società collegate*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, *Azioni*, 668.

¹²¹ Il controllo di diritto « rappresenta pertanto la fattispecie “tipica” del potere di influenza dominante » – secondo M. NOTARI e J. BERTONE, *Art. 2359*, cit., 702 s. – « che peraltro si configura come tale solo nella situazione paradigmatica assunta dal legislatore come presupposto logico della definizione [...] » (corsivo del testo), ovverosia quando « la disponibilità della “maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria” abbia ad oggetto tutte le deliberazioni dell’assemblea ordinaria e a condizione che a tale maggioranza sia attribuito il potere di assumere tutte le deliberazioni medesime. »

Il controllo interno, sia « di diritto » sia « di fatto », sussiste a prescindere dal suo esercizio, configurandosi come un mero “potere”¹²²; tuttavia, quando il controllo è « di diritto » il potere è insito nel possesso di tante azioni (o di una partecipazione) che attribuiscono il 50% più uno dei voti e non occorre accertare altro, mentre quando il controllo è « di fatto » devono essere accertati in concreto i presupposti del potere di determinare la volontà assembleare, cioè deve essere effettiva l’influenza dominante, che in questo caso (a differenza del precedente) è un elemento costitutivo del controllo.

L’oggetto dell’influenza non è espresso ma si desume dal luogo in cui essa si esercita, cioè l’assemblea ordinaria: pertanto comprende le deliberazioni di competenza di questo organo, tra cui la nomina e la revoca degli amministratori e dei sindaci, l’azione di responsabilità nei loro confronti, l’approvazione del bilancio e la destinazione degli utili (art. 2364 c.c.).

Le competenze dell’assemblea ordinaria non concernono direttamente la gestione dell’impresa, ma neppure le sono del tutto estranee: significativo è soprattutto il potere di nominare e revocare gli amministratori, cioè di scegliere le persone che devono gestire l’impresa sociale e di valutarne l’operato.

Allora, chi detiene la maggioranza (assoluta o relativa) in assemblea può, con il suo voto, nominare gli amministratori ed eventualmente revocarli: così instaura con loro un rapporto fiduciario ed acquisisce altresì il potere, informale, di

¹²² Sul carattere “potenziale” del controllo interno, in funzione preventiva, si vedano M. NOTARI e J. BERTONE, *Art. 2359*, cit., 701 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate - I gruppi*, cit., 582; M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 280. Peraltro, occorre distinguere, e non confondere, i due profili di rilevanza della “potenzialità” del controllo, posti in evidenza dall’Autore citato da ultimo (p. 279 ss.): « [i] quello dello stesso concetto di influenza (che è idonea a configurare il controllo anche se non viene esercitata, ovverosia se non viene effettivamente determinata l’attività dell’impresa controllata), e [ii] quello della situazione di fatto o di diritto che consente ad un soggetto di disporre del potere di influire sull’altrui impresa [...] ». La distinzione si coglie particolarmente con riferimento al controllo « interno di fatto » (art. 2359, n. 2, c.c.): si può discutere infatti se il presupposto del potere di influenza dominante « debba essere verificato in concreto o possa essere una situazione solo “prevedibile”, tale da rendere potenziale e non effettivo lo strumento che conferisce al socio di maggioranza *relativa* un potere di voto uguale a quello che avrebbe il detentore della maggioranza *assoluta* [...] » (corsivo del testo); così M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 281, che propende per la prima soluzione (accertamento in concreto). Sembra riguardare prevalentemente il secondo profilo (esposto sotto forma di questione) anche l’opinione espressa da A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate - I gruppi*, cit., 582, nota 2, secondo il quale, essendo (la capacità di esercitare) l’influenza « elemento “costitutivo” del controllo “di fatto” », è necessario « accertare che la partecipazione azionaria posseduta, sebbene minoritaria, abbia consentito in concreto di svolgere un ruolo determinante nella formazione della volontà assembleare »; avrebbero, invece, errato M. NOTARI e J. BERTONE, *Art. 2359*, cit., 703, nell’attribuire alle citate parole dell’Autore il significato di configurare il controllo « interno di fatto » quale esercizio “effettivo” (anziché potenziale) di influenza dominante.

indirizzarne l'attività. Ne consegue che il socio di maggioranza, ovvero quello che dispone di un numero di voti comunque sufficiente ad esercitare l'influenza dominante, ha dapprima il potere di determinare la volontà dell'assemblea, in particolare di nominare gli amministratori, e poi quello ulteriore di condizionare le decisioni e gli atti degli amministratori nominati, cioè l'attività della società.

In altre parole, ciò che rende rilevante, ai fini del controllo su una società, la posizione di dominio nell'assemblea di questa è il fatto che l'influenza del socio di maggioranza si svolga non soltanto nei confronti dell'assemblea, dove è dominante, ma anche potenzialmente nei confronti dell'organo amministrativo, sotto forma di condizionamento informale.

Il controllo « esterno » invece si realizza quando una società è « sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa ». Anche in questo caso il controllo resta una relazione tra due società e quindi l'influenza dovrebbe esercitarsi nei confronti degli organi della controllata ed avere ad oggetto le loro deliberazioni; tuttavia, il potere ha fondamento, anziché nella titolarità dei diritti che derivano dalla partecipazione sociale, in un contratto, che disciplina un rapporto giuridico tra le società e, probabilmente, il diritto della controllante di esercitare l'influenza.

Sulla base di tali elementi, il contratto-fonte dell'influenza dominante di una società sull'altra avrebbe potuto assumere la fisionomia di un « contratto di dominazione ». Almeno in passato, la prevalente dottrina ha escluso un'interpretazione di questo tipo, negando la legittimità dei contratti di dominazione – ma oggi incontra maggiori consensi l'opinione contraria, anche *ex art. 2497-septies c.c.*¹²³ – e ha considerato l'«influenza dominante» *sulla società* come un potere di condizionamento derivante da quei vincoli contrattuali (fornitura, agenzia, *franchising*, licenze, etc.) che pongono una società in condizioni di forte dipendenza economica nei confronti di un'altra¹²⁴.

¹²³ In passato la legittimità dei contratti di dominazione era perlopiù esclusa, oggi invece, a séguito del riconoscimento normativo espresso dell'attività di direzione e coordinamento, aumentano gli argomenti favorevoli all'ammissibilità: così P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 328 ss.; per ulteriori riferimenti bibliografici v. M. NOTARI e J. BERTONE, *Art. 2359*, cit., 688, nota 63.

¹²⁴ M. NOTARI e J. BERTONE, *Art. 2359*, cit., 687 ss.; cfr. anche M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 368 ss., in particolare nota 123.

Si ritiene, infatti, non necessario che il contratto riconosca un vero e proprio diritto della controllante di imporre le sue determinazioni alla controllata e un correlativo obbligo di quest'ultima di adeguarvisi, purché l'esercizio dei diritti contrattuali della controllante sia idoneo a vincolare di fatto le decisioni della controllata, a causa della debolezza economica di quest'ultima, che la priva della libertà di scegliere e fare diversamente. Il requisito dell'influenza dominante sussiste quando le scelte della controllata, pur non essendo formalmente determinate o imposte dalla controllante, lo sono sostanzialmente.

Quindi il controllo contrattuale potrebbe essere, in linea di principio, sia « di diritto » sia « di fatto », ma nella prassi si riscontra prevalentemente in quest'ultima forma.

In ordine all'interrogativo se il controllo « esterno » si configuri come esercizio dell'influenza¹²⁵ o come mera influenza (potere), parimenti al controllo interno, propendiamo per la seconda alternativa¹²⁶, con la precisazione che i presupposti del potere della controllante devono essere effettivi ed accertati in concreto.

La disposizione, inoltre, non individua nemmeno indirettamente l'oggetto dell'influenza dominante, cioè il numero e/o la tipologia di decisioni della società (ovvero deliberazioni dei suoi organi) su cui opererebbe il condizionamento della

¹²⁵ Così P. FERRO LUZZI e P. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 423.

¹²⁶ Così anche M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 280; M. NOTARI e J. BERTONE, *Art. 2359*, cit., 705 s., secondo cui « sul piano funzionale, sussistono anche per il caso di controllo esterno le esigenze di applicare le discipline dipendenti dalla nozione di controllo, *a priori*, sulla base di una valutazione prognostica, *dopo* che si è realizzata la fonte del potere (il contratto), ma *prima e a prescindere* dal suo effettivo esercizio [...], fermo restando, s'intende, che il mancato esercizio di tale potere potrà poi assumere rilevanza quale indice della mancanza in radice del potere medesimo e quindi dell'insussistenza della nozione stessa di controllo. Ma si tratta di una *quaestio facti* che non incide sulla ricostruzione teorica della fattispecie. ».

controllante, ma si ritiene che esso sia costituito dalle decisioni gestionali più importanti di competenza degli amministratori¹²⁷.

Infine, un ultimo aspetto del controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. è quello della sua imputazione singola o congiunta.

L'opinione prevalente interpreta alla lettera il riferimento ad « un'altra società » quale soggetto attivo delle fattispecie di controllo, escludendo che l'utilizzo del termine al singolare sia fungibile con il plurale: si considera quindi controllante la società che dispone *da sola* della maggioranza dei voti o dell'influenza dominante¹²⁸. Viene fatto osservare, inoltre, che la nozione di influenza con gli attributi che la qualificano esprime il “punto di vista” della (singola) società controllante, poiché definisce il potere e non la soggezione (che sussiste sempre, ogniqualvolta e comunque si formi la maggioranza per l'approvazione di una delibera, e quindi non sarebbe indicativa)¹²⁹.

Ne consegue che il controllo non potrebbe che essere solitario, dal momento che l'influenza dominante è esclusiva.

Anche qualora due o più soci di minoranza decidano di coordinare i loro voti stipulando un accordo parasociale e vengano così a disporre congiuntamente di più della metà dei voti esercitabili in assemblea o di un numero di voti in concreto sufficiente all'approvazione delle delibere (« sindacato di maggioranza » o « di controllo »), comunque non più di uno di essi ¹³⁰ disporrebbe dell' «

¹²⁷ In senso restrittivo, invece, si segnala l'opinione di M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 478 ss., che dà un'interpretazione unitaria e coerente delle tre fattispecie, impiegando quale criterio teleologico le finalità della disciplina del controllo prevista dal codice, in particolare dell'art. 2359-bis c.c., cioè prevenire le distorsioni di carattere amministrativo conseguenti agli incroci di partecipazioni (in forma di alterazione dei rapporti di potere all'interno dell'assemblea della controllante); di conseguenza l'Autore intende come « dominante » « quella influenza che si esprime e si manifesta nella decisione di investire il patrimonio sociale in partecipazioni azionarie o quote di società » (480) e ritiene che i vincoli contrattuali rilevanti per il controllo esterno siano solo quelli che « attribuiscono alla società controllante poteri parificabili a quelli che deriverebbero dalla disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria o dal dominio di fatto di quest'ultimo organo sociale », quali la nomina di almeno la maggioranza dei componenti del consiglio di amministrazione e tali da consentire « una soppressione o un vero condizionamento dell'autonomia della volontà della società dipendente, non genericamente nella gestione, ma nella decisione sul se comprare partecipazioni nella società dominante e come votare nelle sue assemblee » (483).

¹²⁸ Ma in senso critico si esprime V. CARIELLO, *“Controllo congiunto” e accordi parasociali*, Milano, 1997, 88 ss.

¹²⁹ In argomento M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 247 ss.

¹³⁰ Titolare del controllo non potrebbe comunque essere il sindacato in sé, che non ha soggettività, ma pur sempre i singoli soci – tutti, alcuni o uno solo – che lo costituiscono.

influenza dominante » e non si configurerebbe alcun controllo congiunto ai sensi dell'art. 2359 c.c.¹³¹.

Infatti, se il sindacato delibera a maggioranza, si danno due casi: se un socio dispone da solo della maggioranza dei voti nel sindacato, egli assume l'influenza dominante sul sindacato e, tramite questo, di fatto anche sull'assemblea (art. 2359, n. 2, c.c.), ma il controllo è individuale¹³²; se invece nessun socio ha la maggioranza nel sindacato, questa si forma di volta in volta e nessun socio ha una capacità di condizionamento tale da integrare un'influenza dominante¹³³. Allo stesso modo, se il sindacato delibera all'unanimità, ciascun socio sindacato dispone soltanto di un potere di veto, e non di influenza dominante¹³⁴.

In conclusione, ritenendo che l'influenza dominante sia riferita alla singola società (controllante) secondo la dizione normativa, il sindacato di voto o rafforza la posizione di un socio (dominante nel sindacato) garantendogli il controllo solitario in assemblea e sulla società¹³⁵, oppure è irrilevante ai fini del controllo, nonostante la collettività dei soci sindacati disponga complessivamente di un numero di voti che rappresenta la maggioranza (assoluta o relativa) in assemblea.

2.2 Il « controllo pubblico » solitario e congiunto.

¹³¹ V. DONATIVI, *I « confini » del controllo congiunto*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 577 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 487 ss. *Contra* V. CARIELLO, "Controllo congiunto", cit., 124 ss.; ID., *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, 1 ss., il quale, seguendo anche l'elaborazione della dottrina tedesca in materia, non attribuisce rilevanza decisiva alla lettera della legge né alla prospettiva della singola società controllante, da cui generalmente si analizza l'influenza dominante, ma piuttosto considera la dominazione di cui all'art. 2359 c.c. anche « quale risultante del coordinamento e dell'interagire dei poteri di influenza che sono nella disponibilità originaria dei soggetti coordinati e nel convergere dei loro interessi rispetto all'impresa soggetta alla dominazione [...] » (p. 10) e, continua, « l'impossibilità per ognuno dei soggetti controllanti congiunti di imporre unilateralmente il proprio volere non si traduce di necessità nell'ulteriore impossibilità di avere nella dominazione congiunta o comune un'influenza dominante [...] Tale convinzione è l'esito dell'abbandono del pregiudizio radicato nella contrapposta idea che la pluralità di forze è normalmente causa di confronto e di contrapposizione tra le stesse, piuttosto che di stabile unificazione di poteri e di comando » (pp. 12 e 13, corsivo del testo); l'Autore ammette quindi la rilevanza generale del controllo congiunto.

¹³² Così, M. NOTARI e J. BERTONE, *Art. 2359*, cit., 677 ss.; V. DONATIVI, *I « confini »*, cit., 578; M. NOTARI, *La nozione di « controllo »*, cit., 352 ss..

¹³³ Cfr. V. DONATIVI, *I « confini »*, cit., 580.

¹³⁴ Cfr. V. DONATIVI, *I « confini »*, cit., 579.

¹³⁵ P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, 12 ss.

Mentre ai sensi dell'art. 2359 c.c. parte attiva e passiva della relazione di controllo sono soltanto società¹³⁶, chiunque – persone fisiche, enti di forma non societaria di diritto privato o pubblico – può trovarsi in posizione di dominio assembleare, di diritto o di fatto. Come sappiamo, tale potere attribuisce al suo titolare anche la possibilità di indirizzare l'attività degli amministratori e cioè di esercitare un'attività di direzione, mediata, dell'impresa societaria. Quindi, al fine di cogliere le dinamiche di potere interne alla società, il dominio in assemblea è rilevante anche quando spetta a soggetti diversi da società.

Anche le società a partecipazione pubblica tradizionalmente sono state distinte in base alla misura della partecipazione stessa, di minoranza o di maggioranza: solo in questo secondo caso infatti l'interesse pubblico può, attraverso l'esercizio del voto e dei poteri informali che acquisisce il socio di maggioranza, permeare l'organizzazione societaria e incidere sull'indirizzo dell'impresa, ponendo così il problema di individuare i limiti entro cui sia legittimo il suo perseguimento, come visto.

Il « controllo » di un soggetto pubblico sulla società è stato, infine, formalizzato nella nozione che risulta dal combinato disposto delle lettere *m)* e *b)* dell'art. 2 T.U. e che coniuga le fattispecie di società controllate previste dall'art. 2359 c.c. con la natura di amministrazione pubblica del soggetto in posizione attiva.

Per le società soggette al controllo pubblico il T.U. detta alcune disposizioni speciali rispetto alla disciplina prevista dal codice civile, che limitano l'autonomia statutaria e/o l'autonomia decisionale degli organi della società (artt. 3, comma 2; 6; 11; 13; 14, commi 4 e 5, T.U.). Il legislatore dimostra sfiducia nei confronti del soggetto pubblico che detiene partecipazioni di controllo e teme che le decisioni a lui imputabili siano antieconomiche e inefficienti, pertanto riduce gli spazi di autonomia allo scopo di prevenire tale rischio.

Ci sono però alcuni problemi interpretativi che concernono la fattispecie del controllo pubblico.

La lettera *m)* definisce le « società a controllo pubblico » come quelle in cui « *una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della*

¹³⁶ La disciplina consequenziale mira infatti principalmente ad evitare distorsioni patrimoniali e funzionali in danno non solo della controllata ma anche della società controllante; v. A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate - I gruppi*, cit., 604 ss.; V. CARIELLO, "Controllo congiunto", cit., 144 ss.

lettera *b*) ». La disposizione introduce due elementi di novità rispetto al controllo societario: la possibilità di un'imputazione individuale o congiunta del controllo, che risulterà più chiara dall'analisi della lettera *b*); la necessità (almeno apparente) che il controllo, inteso quale « potere » secondo l'art. 2359 c.c., sia effettivamente esercitato affinché alla società sia applicabile la disciplina cui la nozione è preordinata.

Seguendo l'interpretazione letterale, lo statuto organizzativo speciale delle « società a controllo pubblico » troverebbe applicazione solo nei confronti delle società sulle quali è già accertato l'esercizio del controllo (o potere di influenza) da parte dell'Amministrazione e non già il controllo in sé. L'effetto è quello di posticipare nel tempo l'applicazione della disciplina in tema di controllo, che svolge pur sempre una funzione preventiva dei rischi sopra segnalati; ma l'applicazione della disciplina potrebbe intervenire non tempestivamente, quando le conseguenze che voleva evitare si sono già prodotte, anche a causa di incertezze e/o ritardi nella fase dell'accertamento.

Così come è formulata, allora, la nozione di « società a controllo pubblico » risulta disfunzionale rispetto alle finalità di tutela della relativa disciplina; inoltre, si discosta dal modello generale del controllo societario al quale fa rinvio.

Sembra opportuna un'interpretazione correttiva, che consideri sufficiente la posizione di controllo dell'Amministrazione nella società, con l'accertamento dei soli presupposti dell'influenza dominante.

La lettera *b*), che completa la definizione della lettera *m*), definisce il « controllo » come « la situazione descritta nell'art. 2359 c.c. [...] ». La formula è imprecisa perché la norma richiamata prevede ben tre fattispecie di « società controllate » e non una « situazione »; inoltre, al terzo comma individua anche le « società collegate », che restano evidentemente estranee alla nozione di controllo del T.U.¹³⁷.

Soprattutto, il rinvio generico all'art. 2359 c.c. suscita dubbi sulla rilevanza del controllo pubblico « esterno » (numero 3 dell'art. 2359 c.c.), in cui l'influenza dominante dell'Amministrazione deriva da vincoli contrattuali con la società; peraltro, occorrerebbe preliminarmente individuare i contratti che costituiscano la

¹³⁷ Così anche V. DONATIVI, *Le società*, cit., 1279.

fonte del potere di influenza: tali potrebbero essere considerati i contratti di servizio pubblico stipulati in occasione delle relative concessioni¹³⁸.

Tuttavia, sembra che la nozione di « controllo » del T.U. presupponga sempre la partecipazione dell'Amministrazione al capitale della società, configurandosi come controllo esclusivamente « interno »: da un lato, l'ambito di applicazione della disciplina introdotta dal T.U. è circoscritto alle sole società « con partecipazione pubblica » (art. 1, comma 1, T.U.); dall'altro, l'art. 2, lett. *n*) dà una definizione delle « società a partecipazione pubblica » che contiene « le società a controllo pubblico, [...] »¹³⁹, escludendo quindi la rilevanza dell'influenza eventualmente esercitabile dall'Amministrazione in mancanza di una partecipazione sociale.

Inoltre, la disciplina delle società a controllo pubblico è finalizzata perlopiù a limitare alcuni poteri che l'Amministrazione potrebbe esercitare *uti socius*: poteri decisionali attinenti ad aspetti organizzativi (numero, requisiti personali, compenso degli amministratori, etc.).

Se ne desume che il « controllo pubblico » è soltanto quello « interno », di diritto e di fatto, di cui ai numeri 1) e 2) dell'art. 2359 c.c.¹⁴⁰.

Infine, l'art. 2, lettere *b*) e *m*) T.U. prevede espressamente la fattispecie del controllo pubblico condiviso da una pluralità di Amministrazioni; ma prima di esaminare il testo può essere utile qualche riflessione.

L'« influenza dominante » in assemblea è il concetto che riassume la natura del controllo « interno », anche di quello pubblico, come visto; la prevalente dottrina ha ritenuto che tale potere – di positiva determinazione della volontà altrui – fosse da riferire al singolo ente controllante e quindi ha escluso la configurabilità del controllo congiunto ai sensi dell'art. 2359 c.c. perché trattasi di un potere che non può spettare a più soggetti contestualmente.

Se il legislatore volesse (superare tale orientamento e) riconoscere la fattispecie del controllo congiunto dovrebbe ammettere espressamente la possibilità che l'influenza dominante venga riferita all'insieme di coloro che condividono il

¹³⁸ Così anche V. DONATIVI, *Le società*, cit., 1276 s.

¹³⁹ La definizione continua così: « nonché le *altre* società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico ». Quindi devono intendersi per società a partecipazione pubblica quelle in cui l'Amministrazione detiene una partecipazione diretta al capitale della società, di controllo o non, e quelle in cui l'Amministrazione detiene una partecipazione indiretta attraverso l'interposizione di una società controllata dall'Amministrazione stessa.

¹⁴⁰ Cfr. però V. DONATIVI, *Le società*, cit., 1276, che ritiene diversamente.

controllo e che ciascuno di essi disponga di un potere di intensità (necessariamente) inferiore, qual è, ad esempio, il potere di veto, bensì determinante ma solo in senso negativo.

Invece l'art. 2, lettera *b*), T.U. prevede che « [...] Il controllo 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 ».

Sebbene la disposizione richieda l'unanimità dei consensi delle parti affinché il controllo si intenda condiviso, consentendo che ciascuna parte possa disporre solo di un potere di veto sulle decisioni comuni (influenza meno che dominante), manca qualunque riferimento agli altri presupposti del controllo previsti dall'art. 2359 c.c., che pure è richiamato dalla disposizione – la cui prima parte definisce come controllo « la situazione descritta nell'art. 2359 c.c. ».

Il problema concerne le delibere oggetto del controllo, che non sono le stesse oggetto di influenza dominante, perché non sono individuate attraverso le competenze dell'assemblea; in realtà, manca non solo la comunanza dell'oggetto, ma anche qualunque forma di connessione tra le fattispecie di controllo individuale e congiunto.

Probabilmente, allora, non si può generalizzare la rilevanza del controllo pubblico congiunto, riferendola alle fattispecie di controllo « interno » dell'art. 2359 c.c.; piuttosto, la definizione del controllo congiunto sembra introdurre un'ulteriore fattispecie di « controllo », avente ad oggetto « le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale », ma senza indicazione dell'intensità dell'influenza esercitabile complessivamente dalle parti, se pari o superiore (in tal caso « dominante ») al potere di veto, che è il *quantum* di potere di ciascuna parte.

In ogni caso, la fonte del controllo congiunto e della correlata regola unanimistica può essere, indifferentemente, normativa (è da credere anche di rango sub-legislativo) o convenzionale, sia statutaria sia parasociale¹⁴¹.

¹⁴¹ Per altre considerazioni su questa fattispecie di controllo plurimo, cfr. V. DONATIVI, *Le società*, cit., 1278.

3. Gli elementi del controllo analogo: a) l'« influenza determinante ».

Dopo aver considerato la fattispecie di « controllo » esercitato su società da parte di pubbliche amministrazioni, è giunto il momento di soffermarsi sulla nozione di controllo analogo, il cui soggetto attivo è un'amministrazione pubblica ai sensi dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001, come previsto dall'art. 2, lett. a), T.U.¹⁴², e il cui soggetto passivo è una società per azioni o a responsabilità limitata (art. 3 T.U.).

Come anticipato, l'esercizio del controllo analogo consisterebbe nell'esercizio di « un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata ».

La nozione deve essere segmentata nelle sue diverse componenti, che indicano i caratteri dell'influenza o altri elementi a questa connessi.

In primo luogo, l'influenza è « determinante »: l'aggettivo specifica la forza del condizionamento esercitabile.

Il suo impiego nel linguaggio normativo non costituisce una novità, ma trova un precedente nella definizione di controllo prevista in sede di disciplina *Antitrust* dall'art. 7 l. 287/1990¹⁴³. L'acquisto del controllo su un'impresa, da cui discende la definizione, rappresenta una delle tre ipotesi di « concentrazione » previste dall'art. 5 l. 287/90¹⁴⁴: si tratta di operazioni potenzialmente pericolose per la concorrenza, in quanto idonee a ridurre il numero di operatori autonomi operanti

¹⁴² Ma non solo, infatti ai sensi dell'art. 5 d.lgs. 50/2016 (nuovo Codice appalti e concessioni pubbliche) possono procedere ad affidamenti diretti (*in house providing*) le « amministrazioni aggiudicatrici » e gli « enti aggiudicatori » come definiti dall'art. 3, rispettivamente lettere a), e), tra cui potrebbero essere compresi anche soggetti di diritto privato, come quelli considerati « organismi di diritto pubblico ».

¹⁴³ L'art. 7, comma 1, l. 287/1990 dispone: « Ai fini del presente titolo si ha controllo nei casi contemplati dall'art. 2359 del codice civile ed inoltre in presenza di diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa, anche attraverso: a) diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un'impresa; b) diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa ».

¹⁴⁴ L'art. 5, comma 1, l. 287/1990 prevede: « L'operazione di concentrazione si realizza: a) quando due o più imprese procedono a fusione; b) quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese; c) quando due o più persone procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune ».

sul mercato¹⁴⁵, e che oltre una certa soglia devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell’Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato.

Già in questa prima occasione gli interpreti ebbero a interrogarsi sul corretto modo d’intendere il concetto di « influenza determinante » ed in particolare sul significato della variazione lessicale rispetto all’aggettivo « dominante » che qualifica l’influenza nel controllo previsto dal codice civile¹⁴⁶.

Gli esiti dell’indagine in materia *antitrust* sono ormai consolidati, potranno quindi fare da guida anche nella presente ricerca.

Peraltro, *in limine* giova osservare che la materia *antitrust* e quella degli affidamenti *in house* appartengono allo stesso macro-settore disciplinare della concorrenza, che ha origine nella legislazione comunitaria e da cui risulta mutuato anche il linguaggio dei testi normativi nazionali (considerazione che potrebbe valere a sminuire la differenza tra gli aggettivi « determinante » e « dominante »).

3.1. L’ influenza « dominante » e « notevole » nell’art. 2359 c.c.: diverse gradazioni di intensità dell’influenza.

L’indagine deve nuovamente partire dall’art. 2359 c.c., perché il significato dell’aggettivo « determinante » riferito all’influenza non può che essere colto attraverso il confronto con gli altri aggettivi presenti nelle norme.

L’art. 2359 c.c. impiega ben due aggettivi per qualificare l’influenza: « dominante » nel primo comma ai fini del « controllo », come noto; « notevole » nel terzo comma ai fini del « collegamento » societario, dove si prevede che « sono considerate *collegate* le società sulle quali un’altra società esercita un’influenza notevole ».

¹⁴⁵ Le concentrazioni, dal punto di vista economico, rappresentano le operazioni che conducono all’acquisto stabile e duraturo da parte di imprese preesistenti di nuove quote di mercato mediante processi di crescita esterna, cioè attraverso l’acquisizione di altre imprese già dotate di un proprio potere di mercato, con l’effetto di ridurre il numero degli operatori economicamente indipendenti che offrono i loro prodotti sul mercato. Al riguardo M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 10 ss.

¹⁴⁶ Sulla nozione di controllo nella disciplina *antitrust*, M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 457 ss.; M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 55 ss.; V. DONATIVI, *I « confini »*, cit., 575 ss.

L'aggettivo « dominante » nel linguaggio comune significa « che tiene altri sotto il proprio dominio » e il « dominio », a sua volta, è « la padronanza o potestà incontrastata »¹⁴⁷.

Se l' « influenza » è « la possibilità di intervenire nella determinazione di un fatto », allora, con riferimento al controllo societario, l' « influenza dominante nell'assemblea ordinaria » di cui al n. 2) dell'art. 2359, comma 1, c.c. rappresenta il potere assoluto ed incontrastato di determinare la volontà dell'organo.

Ciò è confermato dall'equipollenza tra le fattispecie del controllo di cui ai numeri 1) e 2) dell'art. 2359 c.c.: la situazione di chi ha un numero di voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante in assemblea (controllo « di fatto ») assume autonoma rilevanza giuridica quando il numero di voti è inferiore alla maggioranza – altrimenti l'influenza dominante si risolverebbe nella disponibilità della maggioranza dei voti (controllo « di diritto ») – e indica appunto il potere, di cui è titolare un socio di minoranza per concomitanti circostanze concrete, di intensità uguale a quello che avrebbe il socio di maggioranza (assoluta), cioè il potere di fare approvare le delibere assembleari soltanto col proprio voto¹⁴⁸.

L'aggettivo « notevole » riferito all'influenza indica una rilevante, considerevole (letteralmente, « degna di nota ») capacità di condizionamento.

La diversa intensità dell'influenza esercitabile in questo caso risulta più chiaramente dal testo di legge: infatti, la seconda parte del terzo comma dell'art. 2359 c.c. stabilisce che « l'influenza [notevole] si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati ».

La disponibilità di una minoranza qualificata di voti consente al socio, almeno di regola (la presunzione semplice può essere superata con la prova contraria), di contribuire in modo significativo a determinare la volontà dell'organo assembleare: perciò è considerata un' « influenza notevole », inidonea però da sola a prevalere e ad imporsi sull'assemblea¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Tratto da G. DEVOTO - G.C. OLI, *Vocabolario*, cit.

¹⁴⁸ Si vedano più ampiamente M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 468; M. NOTARI e J. BERTONE, *Art. 2359*, cit., 673.

¹⁴⁹ M. NOTARI e J. BERTONE, *Art. 2359*, cit., 693 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 470 ss.

Anche il « collegamento » allora è una relazione di potere tra due società, una delle quali riveste una posizione attiva, l'altra passiva; ma il potere di incidere sulle decisioni della società collegata, definito ancora in termini di « influenza », ha un'intensità minore, « notevole » anziché « dominante », rispetto a quella che caratterizza il « controllo ».

L'influenza rappresenta quindi un potere la cui intensità è graduabile e l'art. 2359 c.c. individua due diverse misure dell'influenza; affinché si configuri il controllo societario l'intensità non può essere meno che dominante.

3.2. Il significato di « influenza determinante ».

La nozione di controllo ai fini *antitrust* (art. 7 l. 287/90), prima, e quella di controllo analogo, poi, hanno richiesto che l'influenza fosse « determinante », qualificando in modo ancora diverso dalle ipotesi precedenti l'intensità del potere. Anche in questo caso può essere utile considerare dapprima il significato dell'aggettivo nel linguaggio comune.

« Determinante » indica ciò « che costituisce il presupposto causale assoluto di qualcosa; risolutivo, decisivo »¹⁵⁰. L'influenza determinante è, allora, quella in cui la volontà del soggetto attivo condiziona irresistibilmente le decisioni e i comportamenti del soggetto passivo.

Gli aggettivi « determinante » e « dominante », sebbene non siano sinonimi, perché esprimono circostanze diverse (il primo un nesso di causalità, il secondo una relazione potestativa), condividono una parte del loro significato: il dominio su qualcosa o qualcuno si esplica attraverso la determinazione, incontrastata e incontrastabile, di fatti o condotte altrui; una relazione di dominio instaura un particolare tipo di nesso causale tra una volontà ed un fatto o una condotta.

L'influenza « dominante » è, quindi, anche immancabilmente « determinante »: chi dispone della maggioranza dei voti in assemblea, ricoprendo una posizione dominante in essa, sicuramente *determina* la volontà dell'organo.

Non se ne può dedurre, però, la verità dell'affermazione inversa, che l'influenza « determinante » sia anche « dominante »; la possibilità che i due aggettivi siano

¹⁵⁰ Tratto da G. DEVOTO - G.C. OLI, *Vocabolario*, cit.

intesi come sinonimi, almeno quando qualificano l'influenza, deve invece essere dimostrata.

Come risulta, due sono le alternative percorribili dall'interprete: far prevalere la convergenza di significato tra i due aggettivi e ritenere che essi indichino sostanzialmente la stessa intensità dell'influenza; oppure prestar fede alla divergenza terminologica e valorizzare la scelta legislativa ricercandone la *ratio*.

Ebbene, questa seconda direzione dovrebbe perlomeno essere tentata¹⁵¹. Parte della dottrina, allora, presumendo non casuale la diversità, ha ravvisato la differenza di significato tra gli aggettivi nel fatto che, mentre l'influenza dominante comporta l'imposizione del proprio volere sul soggetto passivo, ovvero la positiva determinazione delle scelte altrui, l'influenza determinante presuppone bensì la volontà del controllante come antecedente causale necessario di decisioni o comportamenti del controllato, ma in senso sia positivo sia soltanto negativo (come assenza di contrarietà e diniego) e quindi è ravvisabile già nel potere meramente ostativo all'adozione di scelte non gradite¹⁵².

In altre parole, il *minimum* di potere che integra un'influenza determinante è il potere di veto (o di blocco) sulle decisioni della società controllata, che invece è insufficiente a realizzare una situazione di « dominio ». Così, in assemblea costituisce influenza determinante la disponibilità di un numero di voti che possa impedire (ma non imporre) l'assunzione di una delibera (anche attraverso un patto di sindacato), cioè di voti necessari ma non sufficienti a raggiungere il *quorum* deliberativo (così qualora sia richiesta una maggioranza qualificata).

¹⁵¹ Pertinente è l'indicazione metodologica di M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 466: « Benché l'interpretazione letterale non conduca ad esiti definitivi e per quanto la diffidenza verso questa tecnica ermeneutica sia ancora più giustificata quando, come autorevolmente si è rilevato, il legislatore si dimostri poco rigoroso o addirittura incerto nella formulazione delle sue disposizioni, resta pur sempre vero che le espressioni del linguaggio legislativo sono, per quanto possibile, da valorizzare. »; più specificamente, 475, « [...] per quanto possibile si deve cercare di far credito al legislatore di una certa coerenza di linguaggio. Se il sostantivo "influenza" è qualificato da due aggettivi diversi, che nel linguaggio comune non sono perfettamente sinonimi, fino a prova contraria l'interprete ha l'obbligo di credere che la differenza sia voluta dalla legge per qualche motivo più serio del desiderio di evitare le ripetizioni. », così argomentando contro l'opinione di quanti affermavano che i due aggettivi avessero il medesimo significato, v. bibliografia p. 473, nota 46.

¹⁵² M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 251 s.: « Riteniamo cioè che l'effetto di cui è causa la volontà della controllante non debba consistere inevitabilmente nell'assunzione, da parte della controllata, di un comportamento corrispondente alla volontà della controllante, bensì possa anche essere rappresentato dall'impossibilità di attuare un comportamento diverso da quello voluto da quest'ultima »; così anche V. DONATIVI, *I « confini »*, cit., 575 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 496.

L'aggettivo « determinante » riferito all'influenza indica allora un potere quantitativamente diverso, di intensità (potenzialmente) inferiore a quello espresso dall'aggettivo « dominante »¹⁵³. Su una scala di valori, « determinante » rappresenta un'ulteriore intermedia graduazione di intensità dell'influenza, compresa tra « notevole » e « dominante ».

L' « influenza determinante », però, è idonea a comprendere un novero di ipotesi più ampio di quella « dominante »: sia l'ipotesi di una capacità di condizionamento dell'altrui volontà (pur sempre “irresistibile” ma) soltanto in forma impediente, sia quella di un dominio pieno, assoluto e positivo.

L'interpretazione formatasi in materia di controllo *antitrust* si giustifica in quell'ambito anche in considerazione delle finalità sottese alla disciplina: la conservazione dell'assetto concorrenziale del mercato, che potrebbe essere minato da operazioni di concentrazione, necessita della persistente autonomia economico-operativa della pluralità di imprese concorrenti. Ne consegue che l'acquisto del controllo di un'impresa (fattispecie di « concentrazione », ai sensi dell'art. 5, lettera *b*), l. 287/90) si realizza anche quando « la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa », che costituisce il « controllo » ai sensi dell'art. 7, comma 1, l. 287/90, viene intesa come mero potere “di blocco” sulle attività medesime, poiché « l'impresa che, pur non trovandosi soggiogata al dominio (positivo) altrui, subisce un potere di veto sulle proprie scelte comportamentali *cessa di essere un libero concorrente rispetto alla controllante* »¹⁵⁴.

Il potere di veto, infatti, rende la volontà (conforme) del suo titolare un presupposto causale assoluto, cioè « determinante », delle decisioni di chi vi è assoggettato, il quale diventa così « dipendente » dal primo perdendo la sua autonomia.

¹⁵³ Cfr. M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 471 ss., il quale però, nel corso del suo lavoro, perviene poi a tralasciare una puntuale differenziazione *quantitativa* e piuttosto a ravvisare una complessiva differenza di ordine *qualitativo* tra le fattispecie del controllo societario e *antitrust* e quindi anche tra l'influenza « dominante » e quella « determinante ».

¹⁵⁴ M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 253, corsivo del testo. Della stessa opinione M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 496, « La restrizione della concorrenza non si verifica però solamente quando la quota di mercato di un'impresa prima indipendente viene *aggiunta* a quella di un'altra impresa, che l'assorbe, ma anche quando l'impresa A può impedire all'impresa B di rafforzarsi, di crescere, di affermarsi, di lottare o di difendere efficacemente la propria posizione nei confronti dei concorrenti. Dal punto di vista del diritto *antitrust* il potere di paralizzare il funzionamento di un'impresa non può dunque che essere “controllo”. » (corsivo del testo).

Anche il controllo analogo si collega ad una finalità di tutela della concorrenza, ma secondo una logica diversa: mentre l'acquisto del controllo nella disciplina *antitrust* rileva quale fattore capace di comprimere la concorrenza nel mercato, il controllo analogo serve proprio a preservare la concorrenza¹⁵⁵. Il controllo infatti, insieme agli altri requisiti della fattispecie *in house*, delinea un modello di ente-imprenditore la cui attività, svolta nei confronti o su incarico dell'Amministrazione, non lede la concorrenza "per" il mercato né "sul" mercato.

Essenzialmente due sono le condizioni necessarie ad escludere che si ponga un'esigenza di tutela della concorrenza: 1) che a godere del "privilegio" di intrattenere rapporti con un'Amministrazione pubblica, in mancanza di una previa procedura competitiva, sia un soggetto né privato né comunque terzo rispetto all'Amministrazione stessa, ma sostanzialmente ad essa assimilabile, in quanto i pubblici poteri interessati all'erogazione di un servizio possono scegliere se esternalizzarlo o autoprodurlo ed il fenomeno *in house* è ricondotto a questa seconda ipotesi; 2) che il privilegio così ottenuto (che rappresenta un potenziale vantaggio rispetto alle altre imprese) non sia indebitamente sfruttato in pregiudizio degli operatori concorrenti mediante l'esercizio dell'attività anche sul mercato.

Il controllo analogo è ascrivibile proprio alla prima condizione, poiché esprime una relazione di « dipendenza » tra la società *in house* e l'Amministrazione tale da permettere di considerare l'attività espletata dalla società come esercitata da un organo dell'Amministrazione, con la conseguenza che l'affidamento diretto (senza gara) del servizio ad un soggetto solo formalmente terzo non altera le regole della concorrenza avvantaggiando ingiustificatamente un operatore del mercato rispetto ad altri.

Si può ritenere, pertanto, che quando l'Amministrazione dispone di un potere di veto sulle decisioni più importanti della società, compresi gli indirizzi generali e la politica gestionale, sia soddisfatta l'esigenza sottesa al controllo analogo, poiché tale potere è sufficiente a realizzare la dipendenza sopra descritta della società nei confronti dell'Amministrazione. Non è necessario, infatti, che l'Amministrazione sia in grado di esercitare un dominio sulla persona giuridica controllata.

¹⁵⁵ Come constata C. PECORARO, *Il controllo sulle società in house*, cit., 22.

Qualora all'Amministrazione occorresse acquisire il dominio sulla società, le dovrebbe essere attribuita, anche per il tramite dell'organo assembleare cui partecipa, una competenza decisionale piena ed esclusiva in ordine alle materie oggetto di influenza determinante, tale da poter imporre la propria positiva determinazione all'organo amministrativo della controllata. Un'interpretazione di questo tipo, però, vincolerebbe notevolmente l'Amministrazione nella scelta del modello organizzativo della persona giuridica, probabilmente in contrasto con il principio ispiratore della libertà di organizzazione della P.A.

Dal momento che le Direttive europee non predeterminano alcun modello di ente affidatario, sarebbe opportuno che il requisito del controllo analogo fosse inteso in senso ampio e flessibile, tale che l'influenza determinante comprenda (sicuramente) un potere assoluto e positivo (dominante) ma anche un mero potere interdittorio.

Inoltre, un'indiretta conferma del fatto che l'influenza dell'Amministrazione può essere di intensità inferiore a quella dominante si trae dalla previsione secondo cui il requisito del capitale interamente pubblico della società *in house* può essere derogato da una norma di legge che prescriva la partecipazione di privati alla società, purché quest'ultima non comporti « controllo o potere di veto né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata »: così dispone l'art. 16, comma 1, T.U..

Da una prima lettura potrebbe, in realtà, desumersi il contrario di quello che si vuole dimostrare e cioè che ai fini dell'influenza determinante non sia sufficiente un potere di veto, poiché l'una e l'altro sono menzionati distintamente. Tuttavia la formula, che è la trasposizione del testo dell'art. 12, par. 1, lettera c), Dir. 2014/24, non sembra puntuale nel riferimento ai termini « controllo », « potere di veto » e « influenza determinante »: i tre termini non indicherebbero tre fattispecie diverse (ci sarebbe una sovrapposizione anche tra « controllo » e « influenza determinante »), ma la stessa fattispecie o fattispecie parzialmente coincidenti nominandola/e in modi diversi¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Come risulta anche dall'art. 5, d.lgs. 50/2016, contenente il nuovo codice in materia di appalti e concessioni pubblici, dove, tra i requisiti della fattispecie *in house*, il comma 1, lettera c) prevede: « nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata »; l'ulteriore riferimento al « controllo » e al « potere di veto » in questo caso sparisce, in quanto evidentemente assorbito nel concetto di « influenza determinante ».

D'altronde, l'art. 5, comma 1, lettera c), d.lgs. 50/2016 semplifica l'articolata locuzione citata, prevedendo l'ammissibilità di « forme di partecipazioni di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, *che non esercitano un'influenza determinante* sulla persona giuridica controllata », così ritenendo di includere il significato dei termini « controllo » e « potere di veto », propri del testo delle direttive, nel concetto di « influenza determinante ».

Rileva quindi il fatto che la disposizione individua un elemento della società *in house* ulteriore e autonomo rispetto al controllo analogo, senza pregiudicare quest'ultimo: l'eventuale influenza determinante di soci privati è astrattamente compatibile con il controllo analogo dell'Amministrazione, quindi l'aggettivo « determinante » non può essere inteso come sinonimo di « dominante », ma deve esprimere un potere anche meno intenso, che possa coesistere con poteri dello stesso tipo, qual è appunto il potere di veto.

4. (Segue:) b) L'oggetto dell'influenza determinante e gli strumenti per esercitarla: il carattere prevalentemente "interno" del controllo.

L'altro elemento caratterizzante il controllo analogo è l'« ampiezza » dell'influenza: l'influenza determinante deve potersi esercitarsi « sia sugli *obiettivi strategici* che sulle *decisioni significative* della società ». L'oggetto dell'influenza è quindi duplice, essendo rappresentato dagli « obiettivi strategici » insieme alle « decisioni significative » della società.

Se ne ricava, in primo luogo, che non per tutte le decisioni della società deve risultare una conforme volontà dell'Amministrazione pubblica controllante, ma almeno una parte di esse può essere assunta in completa autonomia dagli organi sociali competenti.

Di conseguenza, risulta quantomeno ridimensionato il problema della compatibilità del « controllo analogo » con l'autonomia gestionale che l'ordinamento riconosce all'organo amministrativo nelle società di capitali, dal momento che dovrebbe escludersi ormai che il « controllo analogo » comporti il « *totale assoggettamento* dei suoi [cioè della società] organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare

della partecipazione sociale »¹⁵⁷. Infatti, sono senz'altro non ricomprese tra le « decisioni significative », quale oggetto dell'influenza determinante, le decisioni che attengono alla gestione ordinaria e agli affari correnti dell'impresa, il cd. *day by day management*¹⁵⁸.

L'influenza dell'Amministrazione sulla gestione dell'impresa societaria potrebbe addirittura ritenersi circoscritta agli « obiettivi strategici », che soli rimandano all'indirizzo della politica gestionale: essi segnerebbero il limite oltre il quale l'Amministrazione non è tenuta ad ingerirsi in materia di gestione; mentre le « decisioni significative » riguarderebbero in via diretta soltanto la struttura organizzativa e finanziaria dell'ente ed, eventualmente, di riflesso (la gestione de) l'impresa, restando integra la libertà dell'organo direttivo della società in ordine a tutti gli aspetti esclusivamente gestionali.

Tuttavia, in assenza di sicuri indici, sarebbe ingiustificatamente restrittiva un'interpretazione che escludesse dal novero delle « decisioni significative » quelle gestionali. È invece preferibile ritenere che vengano in rilievo, quale oggetto di influenza determinante, tutte le decisioni più importanti per la società, riguardanti aspetti sia strutturali e organizzativi sia gestionali.

Infine, si segnala l'accostamento dei termini « obiettivi » e « decisioni », entrambi oggetto di influenza determinante.

I primi hanno natura soltanto programmatica: sono suscettibili di realizzazione con modalità diverse, per questo richiedono il compimento di scelte successive che restano impregiudicate, ponendo solo un vincolo di scopo.

Il termine « decisione » ha una doppia accezione: può intendere sia l'atto di decidere (*rectius* deliberare), cioè il processo volitivo che conduce ad una scelta tra un insieme di alternative, qualunque contenuto abbia la scelta (programmatorio o puntuale), sia l'oggetto definito dal predetto atto, nella forma di una concreta e puntuale determinazione circa un'azione da intraprendere.

¹⁵⁷ Cass., sez. un., 25 novembre 2013, cit.

¹⁵⁸ Così, evidenziando la limitatezza dell'oggetto del controllo analogo, E. CODAZZI, *Le "nuove" società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, presentato al VIII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale "Orizzonti del Diritto Commerciale", Roma 17-18 febbraio 2017, 9; nello stesso senso, ma già prima delle novità legislative, anche C. PECORARO, *Il controllo sulle società in house*, cit., 20 e 26; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione*, cit. 218.

Poiché anche gli « obiettivi » sono il risultato di un processo volitivo e l'oggetto di una scelta, le « decisioni », che a quelli sono giustapposte, sono da intendere nel secondo significato e rappresentano le scelte finali, suscettibili di esecuzione.

Allora, l'influenza di intensità « determinante », corrispondente almeno alla disponibilità di un potere di veto, deve avere ad oggetto due tipi di atti la cui deliberazione è formalmente imputabile alla società (ovvero ai suoi organi): la programmazione degli obiettivi strategici, che è un atto a contenuto generale indicante l'indirizzo politico dell'impresa e i risultati cui deve tendere l'attività; e le decisioni, che sono atti operativi dal contenuto indistintamente organizzativo, finanziario o gestionale, purché abbiano prioritaria importanza per la società. La conseguenza è che la medesima capacità di condizionamento produrrà concretamente sulla società effetti vincolanti diversi a seconda degli atti che ne sono oggetto. Peraltro, con riferimento all'individuazione degli obiettivi strategici da perseguire, è probabile che l'influenza dell'Amministrazione si atteggi prevalentemente come "dominante".

L'oggetto dell'influenza determinante, come descritto, copre materie che, nel modello legale delle società di capitali, rientrano nella competenza sia dell'assemblea dei soci sia dell'organo amministrativo e, in questo secondo caso, sono quindi tendenzialmente estranee ai poteri deliberativi dei soci: il tema si collega così a quello, controverso, degli strumenti attraverso cui esercitare l'influenza determinante sulla società.

Bisogna domandarsi se, ai fini dell'influenza, rilevino soltanto i diritti e i poteri dell'Amministrazione derivanti da o collegati al rapporto di società, oppure anche quelli derivanti da altri rapporti *con* la società, di natura contrattuale; in altre parole, è necessario che il fondamento dell'influenza sia rintracciabile esclusivamente nella struttura organizzativa appositamente costituita o prescelta per l'esercizio dell'attività, con la conseguenza che il controllo analogo è soltanto « interno »? Oppure vi è una perfetta fungibilità tra strumenti « interni » ed « esterni » alla società, purché conferiscano, o contribuiscano a conferire, la disponibilità dell'influenza determinante in ordine ad obiettivi e decisioni come sopra visti?

Il problema non è nuovo, tuttavia il legislatore europeo non si è espresso chiaramente sul punto, probabilmente perché si trattava di un problema poco avvertito dalla Corte di Giustizia e molto di più, invece, dalla giurisprudenza interna, concernendo esso questioni applicative.

Si osservi però che, nonostante il controllo sia definito « analogo a quello esercitato sui propri *servizi* », l'influenza determinante che lo realizza non ha ad oggetto direttamente i servizi né l'attività della persona giuridica (società), ma appunto obiettivi e decisioni *della persona giuridica* (società), considerata – sembrerebbe – come ente-imprenditore. Ciò emerge anche confrontando tale nozione con la diversa formula che descrive il controllo *antitrust* come « un'influenza determinante *sulle attività* di un'impresa » (art. 7 l. 287/90).

Tenendo conto anche del fatto che il requisito del controllo analogo si accompagna a quello della partecipazione al capitale della società da parte dell'Amministrazione controllante, quest'ultima finisce per diventare (come la giurisprudenza ha costantemente affermato¹⁵⁹) un presupposto ed altresì uno strumento del controllo, con la conseguenza che il controllo analogo si configura prevalentemente quale controllo proprietario sull'organizzazione societaria e sul governo di essa e, come tale, è di tipo “interno”.

D'altronde, il controllo strutturale dell'Amministrazione sull'ente soddisfa l'esigenza della sostanziale immedesimazione soggettiva tra essi, che autorizza a considerare il fenomeno dell'*in house providing* come autoproduzione della P.A.

Si potrebbe, comunque, ammettere che taluni vincoli contrattuali abbiano la capacità di integrare o rafforzare i poteri di cui l'Amministrazione dispone per effetto della partecipazione al capitale, contribuendo a realizzare la fattispecie del controllo analogo. Piuttosto, il problema in questo caso si sposta dallo strumento in sé ai suoi effetti e, soprattutto, alla loro durata, essendo necessaria una certa stabilità del vincolo che sorge dal contratto affinché esso possa concorrere ad attribuire un potere di influenza determinante all'Amministrazione.

Il pensiero corre, in particolare, a due tipi di accordi che normalmente accompagnano e sostengono il fenomeno dell'affidamento *in house*, ovverosia i patti parasociali, che le Amministrazioni stipulano per disciplinare l'esercizio

¹⁵⁹ V. *retro* cap. I, par. 3.2.

congiunto del controllo analogo, e i contratti di servizio, che ciascuna Amministrazione concedente stipula con la società concessionaria del servizio pubblico¹⁶⁰.

Sebbene siano entrambi contratti che non producono gli effetti propri del contratto di società, i primi presentano una connessione intensa con l'organizzazione societaria, perché gli stipulanti agiscono *uti socii*, ed infatti sono oggetto di disciplina da parte del diritto societario (art. 2341-*bis* s. c.c.), cosicché i poteri che tali accordi conferiscono si confondono con quelli derivanti direttamente dalla partecipazione sociale e gli accordi stessi potrebbero essere considerati integrativi dell'assetto organizzativo della società, al pari di clausole statutarie¹⁶¹.

La correttezza di tale intuizione in ordine al proficuo impiego di strumenti convenzionali e, soprattutto, dei patti parasociali per realizzare il controllo analogo trova conferma nell'art. 16 T.U., che al comma 2, lettera c), espressamente riconosce l'idoneità dei patti medesimi, a tal fine consentendo alle parti di derogare al limite massimo di durata, pari a cinque anni, stabilito dall'art. 2341-*bis*, comma 1, c.c.

Inoltre, dal comma 2 dell'art. 16 T.U. si ricava, più in generale, che il controllo analogo conforma l'assetto organizzativo della società e si realizza attraverso di esso e che, quindi, è un controllo « interno ».

A questo punto, considerando sia l'intensità sia l'oggetto dell'influenza necessaria ad integrare il controllo analogo, si delinea il potere minimo richiesto all'Amministrazione pubblica nei confronti della società, privo dei caratteri di assolutezza e di pervasività che spesso gli sono stati attribuiti: infatti, da un lato, ci sono ambiti decisionali che sfuggono del tutto al condizionamento dell'Amministrazione, dall'altro, dove presente, l'influenza ha un carattere sì determinante (o decisivo) ma non necessariamente dominante, tale che non pregiudica l'esistenza di un'altra volontà, concorrente, quale potrebbe essere quella dell'organo amministrativo.

¹⁶⁰ Su cui v. *infra*, cap. III, par. 5.

¹⁶¹ Cfr. l'ipotesi in cui l'influenza dominante in assemblea è conseguita da un socio attraverso la stipula di un sindacato di voto (sindacato di maggioranza), all'interno del quale egli è in posizione dominante: si ritiene che il controllo sia « interno » ai sensi dell'art. 2359, n. 2), c.c. e non « esterno », da vincoli contrattuali; v. *retro* par. 2.1.

Il controllo analogo, pur instaurando un rapporto di “dipendenza” *lato sensu* della società nei confronti dell’Amministrazione, non sopprime l’autonomia della società: quest’ultima, infatti, non si limita a dare esecuzione agli ordini dell’Amministrazione, eventualità che, invece, frustrerebbe inspiegabilmente le numerose e positive motivazioni di costituire una distinta persona giuridica in forma privatistica e societaria (per definizione modello di efficienza operativa) a fini di autoproduzione.

Non bisogna dimenticare, inoltre, che l’Amministrazione non svolge istituzionalmente funzioni imprenditoriali, quindi il principio della libertà organizzativa della P.A. deve riservare all’Amministrazione non solo la scelta di esternalizzare oppure di autoprodurre, ma anche, in questo secondo caso, la scelta in ordine alle modalità organizzative e gestionali più idonee per un esercizio economico ed efficiente dell’attività, senza imporle di assumersi la direzione dell’impresa. Infine, un ostacolo alla possibilità di espansione dell’impresa attraverso le autonome iniziative dell’organo amministrativo, che costituirebbero un potenziale pericolo per la concorrenza, deriva già dalle clausole dello statuto che circoscrivono accuratamente l’oggetto sociale e vietano alla società di svolgere attività con terzi, in osservanza di un’altra, distinta condizione prescritta alla fattispecie *in house*.

5. (Segue:) c) Accertamento *ex ante* del controllo ed esercizio potenziale dell’influenza.

Fino a questo momento abbiamo considerato il controllo come una relazione tra due entità, descrivendo il potere dell’una sull’altra, e non come gli atti (o l’attività) di esercizio del potere.

La rilevanza del mero potere è un elemento che caratterizza anzitutto la nozione di controllo societario ai sensi dell’art. 2359 c.c., laddove il controllo si identifica nella « disponibilità » della maggioranza dei voti (n. 1) o di un numero di voti sufficienti ad esercitare l’influenza dominante in assemblea (n. 2), oppure nell’influenza dominante in sé (n. 3), che esprime la possibilità di condizionamento sulla società.

Peraltro, il profilo dell'esercizio potenziale o effettivo del potere non deve essere confuso con quello della sussistenza potenziale o effettiva del potere: nel controllo societario la distinzione si apprezza con riferimento alle ipotesi di controllo « di fatto », dove è pur sempre necessario accertare l'attualità (e non la potenzialità) della situazione che consente di disporre del potere¹⁶². L'esercizio del controllo societario, invece, acquisisce autonoma rilevanza quando, nella sua naturale proiezione, si manifesta in forma di attività di « direzione unitaria » dell'impresa societaria¹⁶³.

Il motivo per il quale ai fini del controllo è sufficiente il potere e non il suo esercizio è che la disciplina del controllo è preventiva, volta non a sanzionare le conseguenze lesive dei comportamenti, ma a prevenirle, impedendo l'attuazione di alcune condotte pericolose di esercizio del potere.

Rappresenta ugualmente un concetto potenziale anche la nozione di controllo prevista dalla disciplina *antitrust* (prima considerata): la finalità legislativa è di accertare che l'operazione di concentrazione non presenti pericoli per la concorrenza prima che essa sia realizzata, cioè prima che il controllo sia acquisito e l'influenza venga esercitata; perciò la fattispecie del controllo di cui all'art. 7 l. 287/90 sussiste quando è potenziale non solo l'esercizio dell'influenza ma, stavolta, anche la situazione che genera l'influenza¹⁶⁴.

Il carattere meramente potenziale dell'esercizio dell'influenza, sebbene ricorrente, non può essere però generalizzato e ritenuto senz'altro comune a qualunque tipo di « controllo » (inteso come influenza qualificata), poiché anch'esso è un

¹⁶² A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate - I gruppi*, cit., 582, nota 2; M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 281; M. NOTARI e J. BERTONE, *Art. 2359*, cit., 704.

¹⁶³ Rispetto alla situazione di controllo « interno », il potere di influenza dominante in assemblea ordinaria può sfociare in due consequenziali modalità di esercizio: l'esercizio del dominio assembleare attraverso il voto e quindi la nomina degli organi amministrativo e di controllo; l'esercizio di un'attività di indirizzo della gestione attraverso le direttive rivolte all'organo amministrativo, con la possibilità di accrescere l'integrazione tra controllante e controllata (ed altre eventuali controllate) fino ad esercitare un'attività di direzione unitaria, con contestuale accrescimento anche del grado di complessità organizzativa del fenomeno, che assume la forma del « gruppo » di società. La prima ipotesi, in cui alla disponibilità del voto segue il suo esercizio, è quasi scontata; la seconda ipotesi, benché « naturale », potrebbe non verificarsi in tutto o in parte. Al riguardo, A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate - I gruppi*, cit., 599 ss.; M. MIOLA, *Le garanzie*, cit., 42 ss.; cfr. anche U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, 56 ss. Nel caso del controllo « esterno », invece, l'esercizio dell'influenza dominante si manifesta direttamente sulla gestione sociale o su alcuni suoi aspetti, v. M. NOTARI e J. BERTONE, *Art. 2359*, cit., 724.

¹⁶⁴ Così M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 276 ss.

elemento caratterizzante ciascuna fattispecie, cioè costituisce una delle « variabili » del controllo¹⁶⁵.

Allora, per determinare se il requisito del controllo analogo richieda o meno l'esercizio dell'influenza, bisogna dapprima analizzare le norme.

L'art. 12, par. 1, Dir. UE 2014/24 indica come condizione per l'affidamento diretto che « l'amministrazione aggiudicatrice *esercita* sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo [...] », ipotesi che si verifica « qualora essa *eserciti* un'influenza determinante [...] ». La formula normativa riferisce, quindi, l'esercizio sia al controllo sia all'influenza che definisce il controllo.

Soltanto in merito al controllo congiunto, il par. 3 prevede che le Amministrazioni aggiudicatrici « *esercitano* su una persona giuridica un controllo congiunto quando », insieme ad altre condizioni, esse « *sono in grado di esercitare* congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica »¹⁶⁶. La sciatteria, se non la contraddittorietà, di una formula che equipara, letteralmente, l'esercizio del controllo alla possibilità di esercitare l'influenza potrebbe renderla inattendibile, ma è comunque utile interrogarsi sulla ragione di questa previsione: sembra che il legislatore abbia voluto porre una condizione meno stringente per l'ipotesi del controllo congiunto; tuttavia la potenzialità, anziché l'effettività, dell'esercizio dell'influenza non incide sul *quantum* di potere delle Amministrazioni – che invece è l'aspetto più significativo – e quindi non realizza il presumibile obiettivo.

Il legislatore nazionale replica le definizioni delle direttive, utilizzando generalmente il verbo « esercitare », con riferimento sia al controllo analogo sia all'influenza determinante (art. 5, comma 1, d.lgs. 50/2016 e art. 2, lettere *c* e *d*, T.U.), ed invece impiegando la perifrasi « essere in grado di esercitare » con riferimento alla sola influenza determinante per il controllo congiunto (art. 5, comma 5, d.lgs. 50/2016, cui fa rinvio l'art. 2, lettera *d*, T.U.); quindi non svolge alcuna ulteriore elaborazione, idonea ad attenuare le incongruenze e/o le omissioni delle direttive. Anzi, notiamo che il legislatore del T.U. sembra distratto in ordine alle conseguenze applicative che discendono dall'alternativa tra esercizio potenziale o

¹⁶⁵ Cfr. M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 245.

¹⁶⁶ Il testo è tratto dal par. 3 art. 12 dir. 2014/24 (Appalti): la formulazione è identica a quella del par. 3 dell'art. 28 dir. 2014/25 (Appalti in settori speciali), mentre diverge leggermente, ma non in modo rilevante, dal par. 3 art. 17 dir. 2014/23 (Concessioni).

effettivo del controllo: infatti definisce le « società a controllo pubblico » (art. 2, lett. *m*)) come quelle in cui « una o più amministrazioni pubbliche *esercitano* poteri di controllo ai sensi della lettera *b*) » riferendosi alle fattispecie di controllo dell'art. 2359 c.c., che rappresentano situazioni di mero « potere », rilevanti disgiuntamente dall'esercizio.

Ci sembra, comunque, che il controllo analogo si identifichi sempre (solitario o congiunto che sia) nella mera influenza determinante e, dunque, nella titolarità del potere, poiché la formula che riferisce dell'*esercizio* dell'influenza determinante è visibilmente correlata al requisito dell'*esercizio* del controllo analogo, con la conseguenza che l'influenza determinante esprime il concetto del controllo analogo. Ma a questo punto occorre domandarsi se sia sufficiente la sussistenza del controllo analogo, inteso come influenza, o se sia necessario accertare altresì l'esercizio del controllo – come sembrerebbe – quale presupposto della fattispecie *in house*.

Anzitutto, tale accertamento non potrebbe che essere svolto *ex post*, cioè dopo che la società ha operato e alla luce del comportamento tenuto dall'Amministrazione controllante, la quale abbia concretamente dimostrato di esercitare il suo potere di influenza. L'ipotesi, però, confligge con le modalità e i tempi che scandiscono l'affidamento di appalti e concessioni alla società *in house* e dunque l'accertamento dei requisiti necessari, che di regola precede (e non segue) l'inizio dell'attività e la stessa operatività della società; potrebbe anche accadere che la società *in house* prescelta dall'Amministrazione sia preesistente e già operativa (ovvero non sia stata appositamente costituita per l'esercizio della nuova attività che le viene affidata) e rispetto ad essa sia possibile un accertamento in concreto dell'esercizio del potere prima di procedere al nuovo affidamento, ma questa sarebbe pur sempre una mera eventualità, inidonea ad escludere la ricorrenza di casi diversi nei quali, se si richiedesse la verifica sull'esercizio del potere, si dovrebbe dapprima consentire l'affidamento diretto e solo successivamente (all'operatività della società) valutarne la legittimità.

In ogni caso, la considerazione svolta non è risolutiva: infatti, se il requisito necessario fosse davvero l'esercizio del controllo analogo, il problema del suo accertamento potrebbe essere superato distinguendo un accertamento prodromico

all'affidamento, per verificare la sussistenza dei presupposti del potere, da un accertamento successivo, per verificare l'attuale esercizio dell'influenza. Soluzione simile, ad esempio, è stata adottata per un altro requisito, quello della destinazione prevalente dell'attività della società in favore dell'Amministrazione controllante: mentre l'art. 5, comma 1, lettera b), d.lgs. 50/2016, recependo il testo delle direttive europee, prevede che « oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata è *effettuata* nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione », l'art. 16 T.U. individua come condizione preliminare per la legittimità dell'affidamento la previsione statutaria di limiti all'attività (comma 3), preoccupandosi comunque di garantire la successiva, effettiva osservanza di essi e di sanzionarne l'eventuale violazione (commi 4 e 5). Si noti, comunque, che non c'è alcuna disposizione normativa concernente la verifica dell'esercizio del controllo analogo successiva all'affidamento.

Ma in che cosa consisterebbe l'esercizio dell'influenza determinante propria del controllo analogo? Consisterebbe, forse, nell'esercizio di una *attività* di "direzione" dell'impresa societaria?

Se così fosse, si apprezzerrebbe la necessità di verificare l'esercizio del controllo analogo quale esercizio di un'attività direttiva¹⁶⁷, piuttosto che l'esercizio dei singoli atti attraverso i quali si manifesta il potere di influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni più importanti della società.

Tuttavia, questa soluzione non emerge in modo chiaro, anzi tendenzialmente è incompatibile con il significato (anche) di mero potere di veto, anziché di dominio, che abbiamo attribuito al concetto di « influenza determinante ». Infatti, quando si risolve in un potere di veto, l'esercizio dell'influenza determinante non si manifesta sempre in condotte attive, cioè nel compimento di atti, poiché il mancato veto può dipendere dal consapevole assenso dell'Amministrazione in ordine alla decisione presa da altri. Quindi, l'Amministrazione titolare di un potere di influenza determinante ben può non assumere un ruolo direttivo all'interno della società.

¹⁶⁷ Così C. PECORARO, *Il controllo sulle società* in house, cit., 19 ss., che ricostruisce il controllo analogo in termini di esercizio di un'attività direttiva sulla società, benché limitata all'indirizzo gestionale e alle decisioni più importanti, desumendone l'informalità del titolo giuridico legittimante, parimenti al fenomeno della etero-direzione societaria e del gruppo di imprese.

È pur vero che la rilevanza del potere di blocco non si risolve nel solo momento negativo o statico di esercizio del potere, ma altresì nel successivo momento positivo e dinamico (ovvero collaborativo), che segue il primo non appena le decisioni respinte dovranno essere sostituite da altre alla cui formulazione partecipi in qualche modo attivamente il titolare del potere di veto¹⁶⁸. Però, tale partecipazione attiva non è sufficiente ad essere considerata attività di governo (o direzione) dell'impresa societaria.

In conclusione, soprattutto quando l'influenza determinante consiste in un potere di veto sulle più importanti decisioni della società, come abbiamo ritenuto possibile, la rilevanza del controllo analogo si desume, piuttosto che dall'esercizio del veto, che dipenderà da valutazioni di opportunità circa lo specifico oggetto, proprio dal potere in sé e dalla (conseguente) primazia dell'Amministrazione sulla società.

Considerazioni simili riguardano pure l'ipotesi in cui l'influenza determinante sia integrata da una (piena) competenza decisionale dell'Amministrazione (o dell'organo assembleare cui essa partecipa), dal momento che l'esercizio del potere di deliberare in merito agli obiettivi strategici e alle decisioni più importanti non equivale ad esercitare un'attività di direzione dell'impresa, che presuppone funzioni ordinariamente svolte dagli amministratori.

D'altronde, se il requisito del controllo analogo richiedesse l'esercizio di un'attività direttiva dell'Amministrazione sull'impresa societaria, si imporrebbe a quest'ultima l'esercizio di funzioni (imprenditoriali) che istituzionalmente potrebbero non competerele (di regola non le competono)¹⁶⁹ e quindi non le sarebbe garantita l'autonomia nella scelta del modello organizzativo più congruo ad assolvere i propri compiti – autonomia che pure costituisce il movente dell'intera costruzione e della persistente legittimazione dell'autoproduzione¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Così V. CARIELLO, "Controllo congiunto", cit., 167.

¹⁶⁹ Ciò che compete alla maggioranza delle Pubbliche Amministrazioni, tra cui quelle territoriali, è la cura del solo interesse pubblico cui è finalizzata l'organizzazione del servizio o dell'attività, in primo luogo attraverso l'adeguatezza dell'organizzazione stessa. Non è un caso che prima della diffusione del modello societario le Amministrazioni interessate alla produzione di beni o servizi, salvo che si trattasse già di enti pubblici economici (istituzionalmente esercenti attività economiche), ricorrevano alla predisposizione di moduli organizzativi interni (organi) o esterni (enti), dotati di autonomia operativa, contabile e finanziaria.

¹⁷⁰ Sui rapporti tra il controllo analogo e l'attività di direzione della società, v. anche *infra*, par. 8.

Pertanto, la sola titolarità del potere di influenza determinante, in forma positiva o meramente negativa, dovrebbe essere sufficiente a soddisfare il requisito del controllo analogo ogniqualvolta, in assenza di indici contrari, l'attribuzione formale del potere ne faccia presumere altresì il futuro esercizio.

Quanto ritenuto non esclude che il controllo analogo debba essere "effettivo": nel senso, però, che la possibilità di esercitare l'influenza determinante deve essere accertabile oggettivamente *ex ante*, attraverso la previsione degli strumenti giuridici formali attributivi del potere¹⁷¹.

Infine, si noti che l'art. 16, comma 3, T.U. si occupa della « realizzazione dell'*assetto organizzativo* di cui ai commi 1 e 2 », cioè dell'*assetto* finalizzato a soddisfare il requisito del controllo analogo: controllo che, in ultima analisi, sembra inteso anche dal legislatore non come un'attività, ma come un potere riconoscibile come proprio dell'Amministrazione in qualità di socio.

6. Le condizioni per l'imputazione « congiunta » del controllo analogo ad una pluralità di Amministrazioni.

Ritenendo che la nozione di controllo analogo individui il potere di cui la singola pubblica amministrazione dispone nei confronti della società, il controllo stesso potrebbe essere imputato congiuntamente ad una pluralità di Amministrazioni senza bisogno di una previsione esplicita, in quanto l'influenza determinante, soddisfatta da un potere di veto, può avere nello stesso momento una pluralità di titolari, tutti contestualmente controllanti¹⁷²: il controllo plurimo sarebbe « congiunto » in presenza di un accordo di cooperazione tra le parti, che si impegnano a concordare le decisioni per evitare l'opposizione reciproca del veto, e « disgiunto » in assenza di esso¹⁷³.

L'ipotesi del controllo analogo congiunto è comunque espressamente prevista nell'ambito della disciplina sull'affidamento diretto della concessione o dell'appalto

¹⁷¹ Non è sufficiente che il potere abbia un fondamento meramente fattuale, accertabile solo *ex post*, com'è si verifica nel caso di esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, quando l'accentramento dei poteri gestionali al vertice del gruppo non corrisponde ad una formale limitazione delle competenze degli amministratori delle società controllate.

¹⁷² M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 498 ss.

¹⁷³ V. DONATIVI, *I confini*, cit., 582 ss.

congiuntamente da parte di più Amministrazioni a favore di un'unica persona giuridica.

L'art. 12, par. 3, Dir. 2014/24 stabilisce: « un'amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo ai sensi del paragrafo 1 può nondimeno aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la seguente direttiva quando [...] a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello esercitato sui propri servizi ».

La prima e la seconda parte della disposizione appaiono *prima facie* in antitesi: mentre la prima parte pone quale condizione (negativa) per la sussistenza del controllo congiunto la mancanza di un controllo analogo individuale, la seconda, al contrario, sembra intendere che il potere di ciascuna Amministrazione è identico nelle ipotesi di controllo solitario e congiunto, poiché il verbo « esercitare » è coniugato al singolare e riferisce a ciascuna Amministrazione aggiudicatrice un controllo « analogo a quello esercitato sui propri servizi ».

Tuttavia, a ben vedere, l'avverbio « congiuntamente », che qualifica l'esercizio del controllo, può non essere un semplice rafforzativo della preposizione « con », indicante la contestualità dell'azione delle altre amministrazioni pubbliche, ma suggerire una peculiare modalità di esercizio del controllo, tale che il potere corrispondente possa essere riferito soltanto all'insieme delle Amministrazioni anziché a tutte e ciascuna.

Il dubbio concerne il *quantum* di potere spettante a ciascuna Amministrazione, se pari o inferiore al controllo analogo solitario, cioè all'influenza determinante sulla società¹⁷⁴; per risolverlo è utile proseguire nella lettura del testo normativo.

Essenzialmente due sono le condizioni che configurano il controllo congiunto, ai sensi dell'art. 12, par. 3, comma 2, Dir. 2014/24 (riprodotto nell'art. 5, comma 5, d.lgs. 50/2016)¹⁷⁵: « gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti.

¹⁷⁴ Su cui, prima dell'emanazione delle Direttive, M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione*, cit., 217 ss.

¹⁷⁵ In realtà, è prevista una terza condizione secondo cui « la persona giuridica controllata non persegue interessi pubblici contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti »; questa, però, ha un limitato valore precettivo.

Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni »; « tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica ».

Rinviando l'esame della prima condizione, la seconda riferisce la possibilità di esercitare l'influenza determinante non più alla singola ma, stavolta, a tutte le Amministrazioni aggiudicatrici: risulta confermato allora che per considerare il controllo « congiunto » è sufficiente che il controllo analogo sia imputabile collettivamente alle Amministrazioni e non a ciascuna singolarmente, cosicché non occorre che ciascuna disponga di un'influenza determinante¹⁷⁶.

Si tratta di una scelta che favorisce l'affidamento congiunto ad un ente partecipato da più Amministrazioni, rendendo più agevole la collaborazione tra parti che non dispongono reciprocamente di poteri di veto¹⁷⁷.

Peraltro, non è ragionevole escludere la configurabilità del controllo congiunto quando ciascuna delle Amministrazioni dispone dell'influenza determinante, cioè di un potere sufficiente da solo ad integrare un controllo analogo individuale; deve quindi essere chiarito meglio il significato dell'*incipit* del par. 3, che individua le Amministrazioni potenzialmente co-controllanti tra quelle che non esercitino già un controllo ai sensi del par. 1. Probabilmente ciò che il legislatore europeo ha voluto escludere non è il controllo individuale delle singole Amministrazioni che si coordinano tra loro realizzando altresì un controllo congiunto, ma il controllo solitario di un'unica Amministrazione, che è idoneo a diventare congiunto pur in presenza di accordi con altre Amministrazioni sfornite dello stesso potere.

In altre parole, affinché la partecipazione al capitale della società consenta anche la compartecipazione al controllo analogo, le posizioni reciproche delle Amministrazioni devono essere paritetiche. È configurabile il controllo congiunto laddove le Amministrazioni co-controllanti siano in grado di esercitare collettivamente un'influenza determinante sulle decisioni più importanti della

¹⁷⁶ Il legislatore europeo quindi non si è discostato dalle indicazioni provenienti dalle pronunce della Corte di Giustizia, che postulavano l'irrelevanza del potere della singola Amministrazione, v. Corte Giust., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, cit., e Corte Giust., 29 novembre 2012, *Econord*, cit.

¹⁷⁷ Critico verso questa soluzione M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione*, cit., 219, secondo il quale ogni Amministrazione dovrebbe esercitare un'influenza determinante, altrimenti il controllo congiunto si risolverebbe in un non-controllo.

società, solo a condizione che nessuna Amministrazione sia da sola in grado di farlo (o almeno chi lo era deve aver rinunciato). Al contrario, se sussiste un potere individuale di influenza determinante, questo, affinché possa coniugarsi con una situazione di condivisione del controllo, deve essere controbilanciato da uno o più altri poteri della stessa natura, altrimenti resta un controllo solitario nonostante l'eventuale stipula di accordi di cooperazione con gli altri partecipanti al capitale¹⁷⁸.

Pertanto, o tutte le Amministrazioni dispongono ciascuna di un potere di veto (influenza determinante) e quindi le delibere di loro competenza sono assunte all'unanimità dei consensi, oppure nessuna dispone di un potere di veto – né, ancor meno, di un potere dominante – perché il capitale è equamente ripartito o molto frazionato o perché chi ne disponeva ha rinunciato ad esercitarlo¹⁷⁹.

Allora, nell'ipotesi in cui nessuno abbia individualmente un potere di veto, cioè un potere che integra un'influenza determinante – ipotesi che sembra destinata ad essere la più frequente, onde evitare la paralisi dell'attività sociale – qual è il potere di cui dispongono le singole Amministrazioni e in forza del quale sono considerate co-controllanti? Esse si limitano a prendere parte col proprio voto alle decisioni collettive, assunte a maggioranza e imputabili al “gruppo” delle Amministrazioni-socie, che è il solo in grado di esercitare l'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società.

Anche nel caso in cui l'influenza determinante esercitabile congiuntamente si manifesti in forma, anziché di potere di veto, di competenza deliberativa (piena) sulle principali decisioni della controllata, il potere di cui dispongono le singole Amministrazioni è necessariamente inferiore all'influenza dominante, che non può che essere esclusiva. Ma allora ci si chiede se ciascuna Amministrazione deve avere comunque almeno un potere di veto sulle decisioni imputabili al gruppo o se può disporre di un'influenza di intensità ancora inferiore. Probabilmente anche in questo caso potranno essere assunte decisioni a maggioranza (e non

¹⁷⁸ L'ipotesi è, ad esempio, quella di un « sindacato di maggioranza » all'interno del quale nessuno è in posizione dominante: se i soci sindacati convengono di deliberare a maggioranza ma (soltanto) uno di essi può sempre esercitare un veto, allora questi dispone di un controllo (da influenza determinante) « solitario » e quindi non si realizza un controllo congiunto; V. DONATIVI, *I confini*, cit., 579.

¹⁷⁹ Così, *ex multis*, C. Stato, 26 maggio 2015, n. 2660, cit.

all'unanimità), purché nessuna Amministrazione disponga da sola della maggioranza dei voti o di un potere di veto (altrimenti il controllo torna ad essere solitario).

L'altra condizione (sopra elencata) necessaria per il controllo analogo congiunto sembra prescritta, quindi, allo scopo di incrementare il potere individuale delle Amministrazioni co-controllanti, piuttosto esiguo con riferimento all'influenza determinante imputabile a all'insieme di esse. Pertanto, si richiede che tutte le Amministrazioni esprimano anche propri rappresentanti all'interno dell'organo direttivo della società.

Al riguardo, qualche incertezza può suscitare il termine « rappresentanti » con cui si indicano i membri dell'organo decisionale dell'ente controllato: il termine, infatti, può evocare un rapporto di mandato, cioè una relazione che dovrebbe instaurarsi tra l'Amministrazione ed il componente che la rappresenta al momento della nomina di quest'ultimo e perdurare in seguito, conferendo alla sola Amministrazione rappresentata poteri vincolanti di "direttiva" e il potere di revoca dall'incarico. Tuttavia, una condizione tanto "ingombrante" avrebbe richiesto senz'altro di essere manifestata in modo chiaro e univoco, quindi l'interpretazione avanzata non può essere accolta. Invece, la disposizione sembra limitarsi a richiedere che ciascuna Amministrazione-socia scelga, eleggendolo, un componente dell'organo amministrativo.

Rinviando a breve l'esame di un problema applicativo – che il legislatore, in verità, si è premurato di risolvere – connesso all'ipotesi di un elevato numero di amministrazioni pubbliche partecipanti al capitale della società, cui dovrebbe corrispondere un uguale numero di amministratori di società, bisogna osservare che, a dispetto delle intenzioni, non ne risulta particolarmente accresciuta l'incisività della partecipazione di ciascuna Amministrazione, la quale finisce per avere un proprio "rappresentante" all'interno di un consesso pletorico, quale diventerebbe il consiglio di amministrazione. Una rappresentanza individuale così diluita, infatti, non assicura nemmeno l'esercizio di un potere di veto sulle decisioni di competenza dell'organo amministrativo¹⁸⁰.

È previsto, comunque, che singoli amministratori possano rappresentare varie o tutte le Amministrazioni-socie, secondo un criterio di rappresentanza cd. «

¹⁸⁰ Osserva così V. DONATIVI, *I "confini" (ancora incerti) del controllo analogo*, cit., 765 ss.

sintetico »¹⁸¹, per evitare una composizione numericamente eccessiva del consiglio di amministrazione. In questo caso, la scelta del proprio “rappresentante”, comune anche ad altre Amministrazioni, si risolve, ancora una volta, nel prendere parte all’adozione di decisioni collettive a maggioranza.

Avevamo già osservato in precedenza che l’art. 2, lettera *d*), T.U. rinvia l’individuazione delle condizioni che realizzano il « controllo analogo congiunto » all’art. 5, comma 5, d.lgs. 50/2016, che a sua volta riproduce l’art. 12, par. 3, comma 2, Dir. 2014/24, sopra citato.

In conclusione, la sola partecipazione al capitale della società da parte di una pluralità di Amministrazioni non è sufficiente per l’imputazione congiunta del controllo analogo, ma occorre: 1) che nessuna Amministrazione disponga *da sola* di un’influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società, intesa nella forma sia di un potere di veto sia di un potere assoluto e positivo; 2) che tutte le Amministrazioni aggiudicatrici siano in grado di esercitare *congiuntamente* un’influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società, senza necessità che ciascuna abbia un potere corrispondente; 3) che l’organo direttivo della società sia rappresentativo di tutte le Amministrazioni, anche secondo un criterio sintetico e non atomistico¹⁸².

7. I rapporti tra il controllo analogo ed il controllo pubblico.

Dopo aver esaminato gli elementi caratterizzanti il controllo analogo, è opportuno confrontare quest’ultimo con le fattispecie di controllo societario dell’art. 2359 c.c., non soltanto per ragioni sistematiche, ma anche perché, avendo il nuovo T.U. elaborato, proprio attraverso il rinvio all’art. 2359 c.c., un’ipotesi generale di « controllo pubblico » da partecipazione sociale, occorre stabilire se i rapporti tra loro intercorrenti siano di reciproca autonomia, di continenza oppure di interferenza.

In merito al controllo solitario, le due fattispecie si differenziano (come già osservato) per l’intensità del potere di influenza, che è maggiore, « dominante »,

¹⁸¹ In dottrina già indicato da V. DONATIVI, *I “confini” (ancora incerti) del controllo analogo*, cit. 765 ss.

¹⁸² Così anche C. Stato, 14 ottobre 2014, n. 5080, cit.; C. Stato, 26 maggio 2015, n. 2660, cit.

nel controllo pubblico e minore, « determinante », nel controllo analogo. La nozione di influenza dominante è, pertanto, ristretta: presuppone un'efficienza causale determinante in ordine alla volontà della società controllata, ma soltanto di contenuto positivo (dominio). La nozione di influenza determinante, invece, è più ampia ed è idonea a ricomprendere un potere di determinazione della volontà altrui meramente negativo (impeditivo) ma anche, eventualmente, positivo (vero e proprio dominio).

Le due fattispecie di controllo si differenziano anche per l'oggetto dell'influenza. Nel controllo pubblico l'influenza dominante concerne le materie di competenza dell'assemblea ordinaria, ma l'accento è posto dagli interpreti soprattutto sul potere di nomina e revoca degli amministratori, dal quale deriva l'instaurazione di un rapporto fiduciario tra il socio di maggioranza e gli amministratori eletti e che consente, altresì, un parziale "sconfinamento", di fatto, delle competenze del socio di controllo in materia di gestione di impresa, che altrimenti gli sarebbe preclusa.

Nel controllo analogo, l'influenza determinante si esercita sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società; la formula originaria, di derivazione sovranazionale, è stata elaborata senza far riferimento ad un modello organizzativo specifico (societario o altro), limitandosi ad indicare l'oggetto del potere esercitabile dall'Amministrazione nei confronti della persona giuridica controllata, qualunque forma essa abbia. Quindi, con riferimento alle società, bisogna anzitutto ricondurre le materie oggetto dell'influenza nell'alveo delle competenze legali degli organi della società, in particolare dell'organo assembleare e di quello amministrativo.

Abbiamo ritenuto che le « decisioni significative » siano quelle a contenuto non solo gestionale, ma anche organizzativo e finanziario, con la conseguenza che una parte di esse rientra già nel potere decisorio dell'assemblea dei soci: rispetto a queste materie sarebbe allora sufficiente che l'Amministrazione avesse un'influenza « determinante » in assemblea.

Il problema dell'attuabilità del controllo analogo nelle società di capitali si è posto invece con riferimento alle ulteriori materie oggetto di influenza determinante – obiettivi strategici, decisioni gestionali significative – che rientrerebbero nella competenza legale degli amministratori in materia di gestione.

A tal fine, si potrebbe sostenere che il controllo analogo sia soddisfatto dall'influenza dominante esercitata in assemblea e dall'ulteriore (informale) influenza esercitata nei confronti degli amministratori da parte dell'amministrazione pubblica titolare di una partecipazione di maggioranza: quest'ultima, infatti, è in grado di operare di fatto un condizionamento sulle scelte degli amministratori nominati, agitando "l'arma" della revoca dall'incarico.

Tuttavia, tale influenza del socio di controllo sulle scelte degli amministratori, ai sensi dell'art. 2359 c.c., non si manifesta nell'attribuzione formale a costui di un potere deliberativo in materia di gestione, che resta in linea di principio nella sfera di autonomia degli amministratori (salvo poi considerare l'autonomia statutaria, distinguendo le società per azioni da quelle a responsabilità limitata).

Ne deriva l'affermazione, ricorrente nelle pronunce giurisprudenziali, secondo cui ai fini del controllo analogo non è sufficiente che l'Amministrazione disponga di un'influenza dominante in assemblea ai sensi dell'art. 2359 c.c., perché gli amministratori conservano autonomia di gestione, mentre si dovrebbe accertare un *quid pluris* di soggezione della società verso l'Amministrazione-socia.

In realtà, se con riferimento ad una parte delle materie oggetto di influenza determinante davvero il controllo pubblico non è sufficiente ad integrare il controllo analogo, con riferimento ad un'altra parte delle stesse, ovvero quelle di competenza assembleare, il controllo dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 2359 c.c. è *più che* sufficiente, perché il dominio assembleare del socio di maggioranza integra senz'altro l'influenza determinante.

Quindi, il controllo analogo solitario sembra destinato a presupporre e ad accompagnarsi sempre al controllo pubblico *tout court*, ai sensi dell'art. 2359 c.c.. Infatti, le modifiche al riparto legale delle competenze gestionali, necessarie per realizzare il controllo analogo, tendenzialmente coinvolgono non direttamente il socio pubblico ma l'organo assembleare, cosicché assume importanza la posizione di dominio all'interno dell'assemblea.

In conclusione, tra le fattispecie di controllo pubblico e controllo analogo solitario sussiste una relazione di interferenza e parziale sovrapposizione, perché nessuna delle due è idonea a ricomprendere del tutto l'altra, presentando ciascuna aspetti

di diversa estensione; tuttavia, la sussistenza del controllo pubblico costituisce, di fatto, il fondamento del controllo analogo.

La fattispecie del controllo analogo ad imputazione congiunta richiede qualche ulteriore riflessione sistematica. Essa si caratterizza per l'indubbio recupero di centralità dell'assemblea dei soci come luogo di incontro e mediazione tra le Amministrazioni. Peraltro, soprattutto nei casi di partecipazioni al capitale in misura differenziata, è probabile che bisognerà ricorrere a patti parasociali per compensare gli squilibri di potere derivanti dal principio capitalistico e per rendere paritarie le posizioni delle Amministrazioni tra loro, poiché il controllo analogo congiunto è incompatibile con singole situazioni di potere individuale, quali l'influenza determinante di un solo socio e, ancor più, l'influenza dominante in assemblea.

Il *quantum* di potere delle singole Amministrazioni che condividono il controllo analogo è minimo: inferiore anche al potere di veto (influenza determinante) di cui i soci dovrebbero disporre per l'imputazione congiunta del controllo di cui all'art. 2359 c.c. secondo la dottrina favorevole¹⁸³; quindi, gli approdi dottrinari sul tema del controllo societario congiunto non si rivelano utili per delimitare la fattispecie del controllo analogo congiunto, che ha confini ancora più ampi¹⁸⁴.

Più utile sembra il confronto tra il controllo analogo congiunto e la fattispecie di controllo pubblico congiunto descritta dall'art. 2, lettera *b*), seconda parte, T.U.. Quest'ultima, infatti, prevede quale oggetto del potere di influenza condiviso materie assimilabili a quelle fatte oggetto dell' « influenza determinante » che integra il controllo analogo; esige, però, il consenso unanime delle parti e, dunque, un potere di influenza determinante in capo a ciascuna, diversamente dalla disposizione riguardante il controllo analogo, che si accontenta della titolarità congiunta del potere di influenza determinante. In questo caso, allora, il rapporto tra controllo analogo e controllo pubblico congiunto è di contenenza del secondo nel primo, integrando sicuramente il controllo pubblico congiunto altresì la fattispecie di controllo analogo congiunto, ma non viceversa.

¹⁸³ Si veda V. CARIELLO, "Controllo congiunto", cit., 159 ss.

¹⁸⁴ Così V. DONATIVI, *Le società*, cit., 1057 s.; ID., *I "confini" (ancora incerti) del controllo analogo*, cit., 765 ss..

8. I rapporti tra il controllo analogo e l'attività di direzione e coordinamento.

Un altro profilo di indubbio interesse concerne la definizione dei rapporti tra il controllo analogo e l'attività di direzione e coordinamento, per determinare se e quando la sussistenza del primo comporti anche l'applicazione della disciplina dettata per la seconda (artt. 2497 ss. c.c.).

Nel controllo analogo, oggetto della « influenza determinante » esercitabile dall'Amministrazione sono tutte le decisioni più importanti dell'ente controllato (società), non escluse quelle in materia di gestione; cosicché all'Amministrazione non basta esercitare i poteri che per legge competono ai soci, ma deve acquisire anche un significativo potere di ingerenza su argomenti attinenti alla gestione.

La difficoltà principale incontrata nella ricerca di modelli societari atti a soddisfare il requisito del controllo analogo è consistita proprio nell'individuazione della possibile fonte di questo (maggior) potere, apparentemente inconciliabile, in particolare, con la disciplina delle società per azioni, la quale riconosce una competenza gestionale esclusiva all'organo amministrativo (art. 2380-*bis* c.c.).

Parte della dottrina ha ritenuto di risolvere l'*impasse* sussumendo il controllo analogo nella fattispecie dell'attività di direzione e coordinamento¹⁸⁵, che realizza un'ingerenza extra-assembleare del socio nella gestione attraverso qualificate modalità di esercizio del controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. (*ex art. 2497-sexies* c.c.).

L'osservazione è corretta: qualora l'Amministrazione pubblica, che detiene una partecipazione maggioritaria o totalitaria in società e che, pertanto, domina l'assemblea e nomina gli amministratori, eserciti anche un'attività di direzione e coordinamento sulla società controllata, il controllo analogo può ritenersi senz'altro sussistente, grazie all'ingerenza così operata dal socio di controllo in materia di

¹⁸⁵ In tal senso si vedano C. PECORARO, *Il controllo sulla società in house*, cit., 33 ss.; E. CODAZZI, *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazioni alla luce dell'art. 2497 comma 1 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 1045; F. GUERRERA, *Autonomia statutaria e tipologia delle società in house*, in *Giust. civ.*, 2015, 778 ss.; E. MARCHISIO, *L'« eterodirezione pubblicistica »*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 447 ss.; F. VESSIA, *Società in house providing e miste e responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 662 ss.; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 337; I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il cd. modello in house*, cit., 793 ss. Ma diversamente, Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit., che ha ritenuto che l'attività di direzione e coordinamento non limiti adeguatamente l'autonomia della società sottoposta al fine di realizzare il controllo analogo.

gestione, che si aggiunge al controllo pubblico *tout court* sulla società manifestantesi in sede assembleare.

Tuttavia, dalla ricostruzione proposta residuano alcuni problemi. In primo luogo l'esercizio di una attività di direzione sulla società costituisce un mero fatto, che di solito non corrisponde ad una situazione giuridica (ovvero ad un potere) formale¹⁸⁶, e come tale è accertabile solo *ex post*, mentre il potere di controllo analogo deve essere accertabile prima e a prescindere dal suo esercizio. Pertanto, il requisito strutturale del controllo analogo sulla società normalmente non può essere desunto dall'esercizio di un'attività, che si svolgerebbe in una fase successiva.

Inoltre, se è vero che l'eventuale esercizio di un'attività di direzione da parte dell'ente pubblico dimostra *ex post* la sussistenza del controllo analogo, perché ne risulta la "soggezione" della società *in house*, ciò non significa che il controllo analogo si identifichi necessariamente nella prima e che, quindi, imponga alla p.a. di riservarsi funzioni di direzione della società comprimendo significativamente le competenze e l'autonomia dell'organo amministrativo della società¹⁸⁷.

Se, come ci sembra, l'identità tra il controllo analogo e l'attività direttiva del socio pubblico manca, possono immaginarsi soluzioni alternative per realizzare il controllo analogo. Anche il legislatore del T.U. si è mosso in questa direzione, prefigurando l'attribuzione al socio pubblico dei poteri costitutivi del controllo analogo quale elemento dello statuto organizzativo della società *in house*. Occorre dunque proseguire nell'indagine.

¹⁸⁶ Peraltro, l'attività di direzione e coordinamento, essendo stata riconosciuta e disciplinata dal legislatore, che ne ha fissato limiti e condizioni di legittimità, potrebbe a questo punto rendersi disponibile ad una puntuale regolamentazione da parte dell'autonomia privata e trovare la propria fonte giuridica in un contratto cd. « di dominio » (o, con formula più mite, « di coordinamento gerarchico ») oppure – benché l'ipotesi sia meno considerata – in clausole statutarie che formalizzino la dipendenza di una società all'altra, anche *ex art. 2497-septies c.c.*; si esprimono in senso favorevole F. GUERRERA, *Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 589 ss.; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 179 ss.; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento*, cit., 328 ss.; A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, 831; ma permangono opinioni affatto contrarie, tra cui quella di G. SBISÀ, *Art. 2497 commi 1 e 2*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, 2012, 35 ss.; ID., *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contratto e impresa*, 2011, 383 ss.

¹⁸⁷ Così anche P. PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, Milano, 2016, 33 ss.

8.1 *Se il controllo analogo si configuri necessariamente quale attività di direzione pubblica dell'impresa societaria, alla luce dei parametri definitivi del controllo e di altre considerazioni: soluzione negativa.*

Come già chiarito, l'inquadramento del controllo analogo nel fenomeno dell'attività di direzione e coordinamento, ad opera di una parte della dottrina, si è reso utile per due esigenze, ovvero dimostrare che anche il tipo s.p.a., per il quale era più controversa la compatibilità del controllo analogo con l'autonomia statutaria, consente al socio di condizionare le scelte degli amministratori, di fatto limitandone l'autonomia, e rintracciare una disciplina per questo tipo di ingerenza nella gestione.

Entrambe le esigenze risultano fortemente attenuate in conseguenza dell'emanazione del Testo Unico in materia di Società a Partecipazione Pubblica, che riconosce e disciplina le società *in house*, così legittimando il socio pubblico ad acquisire un potere conforme alla *ratio* del controllo analogo (ma senza identificarlo precisamente): a tale scopo, l'art. 16, comma 2, T.U. favorisce un adeguamento dell'assetto organizzativo della società, consentendo deroghe ad alcune disposizioni del codice civile.

D'altronde, come già osservato in precedenza, la possibilità di intendere il controllo analogo diversamente che attraendolo nella sfera dell'attività di direzione e coordinamento emerge anzitutto dall'interpretazione letterale e teleologica della nozione.

Tenendo conto dei risultati interpretativi esposti fino a questo momento, la differenza tra il controllo analogo e l'attività di direzione non consiste solo nella circostanza che il controllo rappresenta un (mero) potere, il cui esercizio abbiamo ritenuto non necessario ai fini dell'accertamento del requisito: infatti, se così fosse, il successivo esercizio del potere – che si può presumere, in assenza di indici contrari – coinciderebbe senz'altro con l'attività direttiva e il potere ad essa corrispondente, a sua volta, esigerebbe soltanto di essere formalizzato *ex ante* in una situazione giuridica soggettiva. Invece, la differenza più importante va ravvisata proprio negli elementi costitutivi della "attività" di direzione sulla società: la nozione di controllo analogo non esprime affatto l'esigenza della sistematicità

delle condotte del socio pubblico di ingerenza nella gestione, tale da relegare l'organo amministrativo della società in posizione subordinata, diminuendo le funzioni amministrative che gli competerebbero.

Intendiamo riferirci, per il momento, genericamente ad un'attività di (etero)direzione, rinviando l'analisi della fattispecie specifica dell'attività di direzione e coordinamento, di cui agli artt. 2497 ss. c.c.

In particolare, si ravvisa l'esercizio di un'attività di (etero)direzione della società allorquando, nonostante il modello legale di società di capitali conferisca all'organo amministrativo una competenza autonoma, generale e residuale in materia di gestione, altri – in ragione di una qualche posizione di forza (interna o esterna alla società), ma al di fuori di un contesto istituzionale (cioè di un meccanismo di trasferimento di competenze ad un organo sociale consentito dalla legge) – assuma un ruolo preminente nella programmazione dell'attività sociale, con l'effetto di assoggettare l'organo amministrativo alle proprie direttive, per il perseguimento di un interesse diverso da quello « sociale ». Ne consegue la (parziale) esautorazione dell'organo amministrativo della società, che viene privato, di fatto, di buona parte delle competenze autonome che la legge gli affida. Il vero centro decisionale risulta al di fuori della società, la quale diventa mero strumento di un piano/programma altrui, da cui il carattere “eteronomo” della direzione.

Ebbene, la nozione di controllo analogo, quale « influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni più importanti della società », non esprime affatto un potere corrispondente ad una competenza “direttiva” generale in materia di gestione, che renderebbe l'organo amministrativo (o comunque l'organo direttivo di qualsiasi altro ente giuridico) un organo con funzioni amministrative ridotte.

Infatti, sarebbe sufficiente ad integrare il controllo analogo che il socio pubblico disponesse del potere di veto (o autorizzativo) o, altresì, del potere di approvazione sulle principali decisioni di gestione della società, ma senza che

nell'esercizio di tali poteri deliberativi¹⁸⁸ possa intravedersi, per ciò solo, alcuna unitaria programmazione strategica d'impresa o alcuna intromissione nell'ambito delle competenze proprie dell'organo amministrativo.

Il potere deliberativo in materia di gestione che fosse attribuito al socio pubblico, pur alterando i rapporti tra soci e amministratori rispetto al modello legale (sia delle società per azioni sia delle società a responsabilità limitata), sarebbe astrattamente compatibile con l'assetto istituzionale della società, perché presupporrebbe sempre la competenza generale dell'organo amministrativo in materia di gestione.

L'attività di direzione del socio pubblico, invece, collocherebbe gli amministratori in posizione subalterna e sottrarrebbe loro, di fatto, una parte delle funzioni di amministrazione della società. Per questo motivo, la formalizzazione del potere di (etero)direzione – nei limiti di legittimità dell'attività di direzione e coordinamento, *ex art. 2497 c.c.* – dovrebbe avvenire attraverso un'apposita regolamentazione contrattuale esterna allo statuto¹⁸⁹: infatti quest'ultimo, benché conformato al “coordinamento gerarchico”, non potrebbe comunque prevedere un organo amministrativo “dimezzato” (nelle funzioni) e una società acefala.

In conclusione, il controllo analogo potrebbe, in linea di principio, configurarsi sia come potere/dovere di esercitare una vera e propria attività direttiva, eccedente i poteri che l'organizzazione societaria riconosce ai soci, sia come potere di indirizzare la gestione e di operare un'influenza, non sistematica né continuativa, sulle decisioni gestionali più importanti della società, di cui continuano a rispondere gli amministratori, e, pertanto, entro i limiti delle prerogative dei soci (eventualmente ampliate dall'autonomia statutaria rispetto al modello legale).

Si tratta di soluzioni alternative che tendenzialmente si escludono a vicenda. La seconda è quella prefigurata dal legislatore nel T.U. e che dovrebbe condurre ad una sintesi interna (alla società) dell'interesse pubblico con quello economico-lucrativo: infatti, il controllo analogo è destinato a realizzarsi

¹⁸⁸ Quando si dispone di un potere di veto, l'esercizio dell'influenza si manifesta ogniqualvolta che, essendo stato opposto il veto ad una decisione altrui, si apre una fase di dialogo e confronto finalizzata ad individuare una soluzione condivisa dalle parti in conflitto, che implica una condotta attiva e propositiva del titolare del veto. Si veda V. CARIELLO, “Controllo congiunto” e accordi parasociali, cit., 167, il quale evidenzia il « momento positivo e dinamico » insito anche nel potere di veto, che rende “qualificata” l'influenza così esercitabile.

¹⁸⁹ Così F. GUERRERA, *Autonomia statutaria e tipologia delle società in house*, cit., 781.

prevalentemente con riferimento ai poteri che lo statuto della società appositamente riconosce al socio pubblico, ai sensi dell'art. 16, comma 2, T.U. (come poi vedremo)¹⁹⁰.

Peraltro, non si può escludere che anche nel caso in cui il controllo analogo si realizzi all'interno dell'organizzazione societaria, sotto forma di poteri deliberativi, informativi e di vigilanza dei soci, il socio pubblico eserciti in concreto, altresì, una (ulteriore) influenza che presenti i caratteri propri di un'attività direttiva, quale sviluppo naturale (ma non automatico) dell'esercizio del dominio assembleare (al quale è senz'altro correlato anche il controllo analogo solitario).

L'interpretazione fornita, che svincola il controllo analogo dal modello della (etero)direzione del socio pubblico, si rivela funzionale rispetto al principio di autonomia organizzativa della P.A., perché non limita l'opzione per il cd. *in house providing* alle sole ipotesi in cui l'Amministrazione intenda continuare a soprintendere direttamente l'attività economica di cui è destinataria (pur se svolta formalmente da un diverso ente giuridico), ma, al contrario, la consente anche quando l'Amministrazione prediliga una gestione separata ed autonoma dell'attività, benché moderata dalla propria influenza pubblica, che sia idonea ad assicurare i vantaggi propri di una gestione pubblica (es. prezzi dei servizi più bassi per l'utenza) e, nel contempo, efficienza ed economicità, oltre a preservare la limitazione di responsabilità patrimoniale dell'Amministrazione, la quale, non avendo svolto attività direttiva, non potrà essere chiamata a rispondere per cattiva gestione.

8.2 L'imputazione dell'attività di direzione e coordinamento al socio pubblico: la rilevanza della natura imprenditoriale degli interessi perseguiti ai fini della qualificazione della fattispecie di (etero)direzione.

Ogniqualvolta, in dottrina e/o in giurisprudenza, si è fatto riferimento all'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento quale ipotesi di esplicazione del controllo analogo, ci si è interrogati sui presupposti necessari affinché l'ingerenza nella gestione della società operata dal socio pubblico fosse suscumbibile nella

¹⁹⁰ Così anche P. PETTITI, *Gestione e autonomia*, cit., 63.

fattispecie di cui all'art. 2497 c.c., con applicazione della relativa disciplina e responsabilità.

Benché riteniamo che la realizzazione del controllo analogo, nella maggioranza dei casi, prescindendo ormai dall'esercizio di una "attività" da parte del socio pubblico, ci sembra comunque utile indagare le condizioni al sussistere delle quali l'influenza sulla gestione, sistematica e continuativa, del socio pubblico sia qualificabile come attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c., allo scopo di delineare ancora meglio la distinzione tra il controllo analogo, quale deve essere inteso alla luce delle scelte legislative compiute dal T.U. ed in funzione dei benefici che da questo modello di organizzazione possano derivare all'Amministrazione pubblica, e, appunto, la fattispecie potenzialmente fonte di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c.

Le norme introdotte nel Capo IX (Titolo V, Libro V del Codice civile) sono state pensate per disciplinare il fenomeno, preesistente e diffuso, della direzione del "gruppo" di società (o di imprese), che è considerato un modello di articolazione della grande impresa economicamente vantaggioso¹⁹¹.

In mancanza di una definizione legislativa, per attività di « direzione » la dottrina intende « l'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 attentano alla conduzione degli affari sociali* »¹⁹². Per « coordinamento » invece si intende la realizzazione di un « *sistema di sinergie tra diverse società del gruppo nel quadro di una politica strategica complessiva, estesa all' "insieme" di società* »¹⁹³.

I due termini formano un'endiadi il cui tratto caratterizzante è la « direzione unitaria », potendosi accertare il coordinamento anche tra due sole società, l'una "dirigente" e l'altra "eterodiretta"¹⁹⁴.

¹⁹¹ Per una descrizione del fenomeno, A. VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011, 27 ss. Sulla disciplina introdotta v., tra gli altri, F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 2005; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit.

¹⁹² P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi*, cit., 321, corsivo del testo.

¹⁹³ P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento*, cit., 321, corsivo del testo.

¹⁹⁴ P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento*, cit., 322.

Gli artt. 2497 ss. non soltanto disciplinano l'attività di direzione e coordinamento ma, in primo luogo, riconoscono ammissibile una forma di etero-direzione di società, prescrivendone le condizioni di legittimità nell'art. 2497 c.c., norma cardine del relativo sottosistema. Quest'ultima, infatti, indica i presupposti della responsabilità da direzione abusiva, da cui *a contrario* si desume quando l'attività è lecita¹⁹⁵.

Il primo comma prevede « le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette ».

I presupposti specifici¹⁹⁶ della responsabilità che può sorgere in conseguenza dell'esercizio dell'attività di direzione sono: a) l'aver agito nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, dunque in vista di un interesse diverso da quello della società eterodiretta, benché di natura imprenditoriale; b) l'aver violato i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società eterodirette.

Entrambi i presupposti confermano che l'oggetto dell'attività consiste in una gestione « di secondo livello » delle società, che mira ad implementare sul piano del gruppo i risultati conseguibili da queste singolarmente (produzione di un plus-valore di gruppo) e quindi presuppone la cura di interessi economici in una dimensione imprenditoriale accresciuta, che sola giustifica il *favor* che la norma accorda alla etero-direzione.

Si è sottolineato, infatti, che i principi di corretta gestione cui la norma fa riferimento, oltre ad « attrarre l'attività di direzione e coordinamento nella sfera

¹⁹⁵ Così U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi*, cit., 12; G. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali, principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 585 ss.; G. SBISÀ, *Art. 2497*, cit., 17.

¹⁹⁶ Tralasciamo quindi di considerare gli altri presupposti della responsabilità, quali il danno e il nesso di causa, che in questa sede non ci interessano.

concettuale dell'attività di gestione dell'impresa: una gestione "di secondo livello" [...] »¹⁹⁷, sono diversi da quelli cui è parametrata la responsabilità degli amministratori della società "monade" e vanno individuati tenendo conto dell'inserimento della società nel gruppo (considerato una sola realtà economica sostanziale) e della sua inclusione in un progetto imprenditoriale di dimensioni più grandi¹⁹⁸. La soggezione della società all'attività di direzione e coordinamento modifica le condizioni di rischio dell'investimento – tanto è vero che l'ingresso e l'uscita dal gruppo comportano il diritto di recesso del socio (art. 2497-*quinquies* c.c.) – ed è in considerazione di tali rinnovate condizioni che la correttezza della gestione va valutata¹⁹⁹.

Inoltre, poiché rileva l'attività complessiva, l'esistenza del danno per la singola società²⁰⁰ va accertata tenendo conto degli effetti economici prodotti non dal singolo atto ma dell'insieme degli atti compiuti dalla società stessa in esecuzione delle direttive provenienti dal capogruppo, con la conseguenza che anche una direttiva (emanata nell'esercizio dell'attività) programmaticamente lesiva, perché contraria ai suddetti principi di corretta gestione, non dà luogo a responsabilità e, dunque, è lecita se le conseguenze dannose risultano compensate da altri e diversi vantaggi sempre derivanti dalle politiche di gruppo²⁰¹.

La norma sulla responsabilità, allora, attraverso la tutela (anche) degli interessi potenzialmente lesi dall'attività di direzione e coordinamento, cioè quelli dei soci di minoranza e dei creditori della società eterodiretta (legittimati attivi all'azione di responsabilità per il danno patrimoniale subito), contiene un nucleo di disciplina

¹⁹⁷ G. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali*, cit., 590.

¹⁹⁸ G. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali*, cit., 596; A. VALZER, *La responsabilità da direzione*, cit., 76 ss.; E. MARCHISIO, *La "corretta gestione" della società eterodiretta ed il recepimento di direttive (programmaticamente o solo accidentalmente) dannose*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 923 ss.

¹⁹⁹ A. VALZER, *La responsabilità da direzione*, cit., 71 s.

²⁰⁰ Ovvero per i soci "esterni" (al comando) e i creditori della società, che dispongono di un'azione a tutela diretta dei loro interessi: su cui, anche per ulteriori riferimenti, P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca e borsa*, I, 2008, 279 ss.

²⁰¹ Così E. MARCHISIO, *La "corretta gestione" della società eterodiretta*, cit., 941 ss.; sulla coerenza di questa previsione con gli standard di correttezza gestionale del gruppo, A. VALZER, *La responsabilità da direzione*, cit., 69 ss., il quale afferma che il danno ai sensi dell'art. 2497, comma 1, c.c. non sussiste « allorché la situazione economica, finanziaria, patrimoniale e reddituale della società, seppur differente dall'ipotetico esserci di questa come monade, sia coerente col risultato atteso da quella società *alla luce dell'attività di direzione unitaria* » (corsivo del testo). Sulle modalità della compensazione, G. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali*, cit., 598 ss.

positiva, di « *promozione e protezione* della fruttuosità dell'investimento *in e di* gruppo per *tutti* i soggetti interessati »²⁰².

La matrice imprenditoriale dell'attività di direzione (da cui la rilevanza unitaria del gruppo come impresa), che costituisce un dato della realtà empirica ispiratrice della disciplina giuridica, emerge dalle norme: in primo luogo, da quella che dispone l'iscrizione nel registro delle imprese, in una sezione appositamente costituita, delle società o degli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento e di quelli che vi sono soggetti (art. 2497-*bis*, comma 2, c.c.), testimoniando appunto la rilevanza imprenditoriale del fenomeno.

Il riferimento, poi, è testuale nel prevedere che chi esercita l'attività di direzione agisca nell'interesse « imprenditoriale » proprio o altrui, cioè di un soggetto diverso dalla società eterodiretta considerata. Il perseguimento di un interesse imprenditoriale, che la norma pone a fondamento della fattispecie di direzione patologica (cioè attuata in violazione dei principi di corretta gestione nell'attività di direzione), vale in realtà a caratterizzare la direzione fisiologica (legittima), della quale costituisce un elemento distintivo essenziale.

A ben vedere, infatti, la formula che richiede l'agire per un interesse imprenditoriale nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento esplica il significato di questa nozione: l'interesse imprenditoriale non è il fine in vista del quale l'attività è esercitata – l'attività oggettivamente considerata può soltanto avere attitudine economico-lucrativa, mentre il “fine” è impresso all'attività dal soggetto che la esercita – ma è un elemento intrinseco all'attività di coordinamento sinergico tra società-impresе, come dire che la gestione dell'“impresa di gruppo” implica la gestione delle imprese di cui il gruppo si costituisce.

Sulla base di queste risultanze, non sembrano riconducibili alla fattispecie cui si applicano gli artt. 2497 ss. c.c. altre eventuali forme di etero-direzione di società, attuate in un contesto di attività e per interessi diversi da quelli descritti. Così, quando è il socio pubblico a trovarsi in condizione di esercitare un'influenza sulla gestione per il tramite degli amministratori di sua nomina (diretta o assembleare), presumibilmente le sue direttive sono finalizzate a far prevalere interessi pubblici

²⁰² A. VALZER, *La responsabilità da direzione*, cit., 23, corsivo del testo.

(e non imprenditoriali) sull'interesse lucrativo della società e, quindi, nessun risultato economico positivo “di ritorno” per la società è consentito aspettarsi. Questo tipo di etero-direzione – ammesso che l'influenza del socio pubblico si presenti con connotati tali da assurgere ad attività direttiva²⁰³ – evidentemente non integra la fattispecie di direzione e coordinamento, che presuppone un disegno imprenditoriale unitario per una pluralità di società (o almeno di imprese).

Né, in senso contrario, giova notare che l'interesse imprenditoriale esterno alla società, da perseguire nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, non coincide con lo scopo lucrativo quale fine ultimo dell'attività e che, pertanto, anche enti *no profit* possono trovarsi al vertice del gruppo e svolgere attività di direzione e coordinamento²⁰⁴: infatti l'agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui caratterizza sul piano oggettivo la direzione che realizza il coordinamento economico tra una pluralità di società e la gestione integrata di esse. L' « attività di direzione e coordinamento » tende a configurarsi come un'attività imprenditoriale – per l'economicità che la contraddistingue e per gli altri requisiti (organizzazione, professionalità) che in relazione all'oggetto dell'attività non possono mancare – e quindi non è nella disponibilità di chiunque esercitarla.

Un'attività di questo tipo, allora, non è verosimilmente posta in essere da un ente pubblico, salvo che si tratti di un ente pubblico economico o che sussistano i presupposti organizzativi in conformità delle norme che disciplinano l'ente medesimo o che comunque sia concretamente provato l'esercizio di un'attività così qualificata.

Al riguardo, la presunzione in ordine all'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, prevista dall'art. 2497-*sexies* c.c., non sembra valere indistintamente per tutti gli enti pubblici, in quanto essa presuppone o l'obbligo di redazione del bilancio consolidato, ai sensi dell'art. 25, d.lgs. 127/1991, che

²⁰³ Così anche, M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, II, 1197 s., che sottolinea la diversità esistente tra il potere di indirizzo politico-amministrativo della società e il potere di elaborare piani e strategie relativi allo svolgimento dell'impresa sociale; oltretutto, non si comprende il motivo per il quale la Pubblica Amministrazione dovrebbe continuare ad ingerirsi in una sfera – amministrazione della società e gestione dell'impresa – che ha appena abbandonato a favore dell'organo amministrativo della società.

²⁰⁴ Così F. GALGANO, *Direzione e coordinamento*, cit. 65; sulla possibilità che enti costituiti per il perseguimento di fini ideali esercitino un'attività di direzione e coordinamento, U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi*, cit., 158 ss.

sussiste per i soli enti di cui all'art. 2201 c.c. (enti pubblici economici), o comunque un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., il cui soggetto attivo è sempre e soltanto una società. Dunque, potrebbe desumersi che la presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento scatti solo per gli enti, comprese le società, che istituzionalmente esercitano attività di impresa. Negli altri casi, in particolare per gli enti pubblici non economici, l'onere della prova dell'esercizio dell'attività dovrebbe essere a carico di chi invoca l'applicazione della relativa disciplina.

Nondimeno, la responsabilità diretta del soggetto esercente la direzione, prevista dall'art. 2497 c.c., ha fatto avvertire a molti l'esigenza di fornire un'interpretazione estensiva della fattispecie dell'attività di direzione e coordinamento, per estendere la relativa tutela in favore di soci e creditori danneggiati al di fuori del perimetro dei gruppi in senso proprio, ad altre forme di etero-direzione, meno sofisticate e di natura non imprenditoriale, compresa quella di matrice pubblicistica, eventualmente attuabile dal socio pubblico²⁰⁵.

In particolare, si è prospettato che il fine imprenditoriale dell'attività direttiva, cui si riferisce il primo comma dell'art. 2497, non costituisca una condizione necessaria per l'accertamento della responsabilità (né, dunque, sia connaturato all'attività di direzione), in quanto sarebbe paradossale affermare la responsabilità in caso di etero-direzione « virtuosa »²⁰⁶, seppur attuata in violazione dei principi di corretta gestione, ed escluderla nel caso, più grave, di etero-direzione « non

²⁰⁵ In realtà, la stessa qualificazione dell'influenza sulla gestione come "etero-direzione" può risultare forzata, giacché le "pressioni" esercitate dal socio di controllo sugli amministratori per il perseguimento di interessi non imprenditoriali raramente si manifestano in forma di attività programmatica per la società; soprattutto il socio pubblico tende a svolgere un'influenza "politica", vincolando gli amministratori negli obiettivi da perseguire anziché nelle modalità per farlo.

²⁰⁶ L'espressione è di E. MARCHISIO, *La "corretta gestione" della società eterodiretta*, cit., 928.

virtuosa », cioè quella che dà prevalenza ad interessi (esterni alla società) non imprenditoriali, personali a chi la esercita o anche pubblici²⁰⁷.

Inoltre, si è sostenuto che il requisito dell'interesse imprenditoriale, previsto dall'art. 2497, comma 1, prima parte, c.c., definirebbe non in generale la fattispecie della responsabilità da direzione e coordinamento, ma soltanto l'ipotesi per la quale è ammissibile la categoria dei "vantaggi compensativi" tra operazioni vantaggiose e svantaggiose, prevista dall'art. 2497, comma 1, seconda parte, c.c.. Cosicché, la (sola) disciplina svantaggiosa per l'ente che etero-dirige, cioè quella che ne afferma la responsabilità, si applicherebbe a qualunque forma di etero-direzione, realizzata in un contesto di impresa o di altro tipo, e quindi anche all'ente pubblico cui l'etero-direzione sia imputabile²⁰⁸.

La tesi però non convince: risulta arbitraria la scissione operata in via di interpretazione tra la prima e la seconda parte del primo comma dell'art. 2497 c.c., differenziando l'ambito di applicazione dell'una e dell'altra e ritenendo che l'agire « nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui », espressamente previsto nella prima parte e non nella seconda, sia, al contrario, essenziale per la seconda fattispecie e non per la prima.

L'infondatezza della soluzione prospettata conferma, indirettamente, l'inapplicabilità dell'art. 2497 comma 1 c.c. a forme di etero-direzione di natura non imprenditoriale: dovendo la responsabilità essere accertata in considerazione dei risultati economici dell'attività nel suo complesso, il vantaggio di poter operare in compensazione, offerto a chi etero-dirige, è giustificato solo allorché l'attività direttiva realizza sinergie tra le società ed in ragione della contiguità tra gli interessi in concreto perseguiti nell'attività e l'interesse della società, non invece negli altri casi.

²⁰⁷ Così E. MARCHISIO, *L'eterodirezione «pubblicistica»*, cit., 443; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 6 ss.; ma v. anche ID., *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2015, 101 ss., dove le considerazioni sono più articolate e l'Autore apre ad una prospettiva diversa dalla sua. Cfr. anche P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento*, cit., 335 ss., convinto che l'ambito di inapplicabilità dell'art. 2497 comma 1 c.c. debba rimanere molto circoscritto. È convinta che la natura imprenditoriale dell'interesse perseguito non sia un presupposto indefettibile della responsabilità anche E. CODAZZI, *Enti pubblici e direzione*, cit., 1048 s., secondo la quale, tuttavia, tale locuzione ribadisce le modalità caratteristiche di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento: ci sembra che in questo modo l'Autrice finisca per confermare che l'imprenditorialità (benché non debba essere provata con riferimento ai singoli atti) è un requisito della fattispecie « attività di direzione » e quindi presupposto della responsabilità.

²⁰⁸ E. MARCHISIO, *L'eterodirezione «pubblicistica»*, cit., 443 s.

Ancora, se si ammettesse che la responsabilità dell'art. 2497 comma 1 c.c. riguardi qualsivoglia etero-direzione, bisognerebbe spiegare quale possibilità i « principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società eterodirette » abbiano di operare come criteri-guida di un'attività priva dell'attitudine ad incrementare i risultati economici del gruppo di società. Appare evidente che la natura (imprenditoriale) dei principi è la stessa dell'attività che essi disciplinano. Se l'etero-direzione non ha natura economica/imprenditoriale, essa incorrerà *ex se* nella violazione dei principi di corretta gestione, risultando inevitabilmente illecita: non può essere questo, allora, il caso che il legislatore ha inteso regolare. L'illecito previsto dall'art. 2497, comma 1, c.c. è rappresentato dalla violazione di quei principi che nell'esercizio dell'etero-direzione avrebbero potuto e dovuto essere rispettati.

Pertanto, il paradigma di responsabilità dell'art. 2497 c.c., che antepone la responsabilità di chi in linea di principio legittimamente etero-dirige a quella degli amministratori della società eterodiretta, appare inappropriato se l'ordinamento non valuta positivamente l'etero-direzione della società in quanto tale, legittimando la sostituzione dei principi di corretta gestione della singola società con altri, che siano coerenti con la natura dell'attività esercitata e degli interessi perseguiti²⁰⁹.

L'irragionevolezza di un'interpretazione estensiva della nozione di attività di direzione e coordinamento emerge considerando che, ad esempio, l'etero-direzione di una società in vista di interessi pubblici (esterni), da un lato, sarebbe ammissibile ma, dall'altro, dovrebbe svolgersi alle medesime condizioni previste per la direzione dell' "impresa di gruppo" plurisoggettiva: la contraddizione è palese.

Così ragionando, deve escludersi anche un'applicazione analogica dell'art. 2497 c.c.

²⁰⁹ Così A. VALZER, *La responsabilità da direzione*, cit., 88 (nota 3) e 208 ss., che esclude la responsabilità *ex art.* 2497, comma 1, c.c. per le ipotesi di mero abuso del controllo, quali sono le operazioni svolte in conflitto di interessi dietro pressione del socio di controllo, che restano confinate in una « dinamica intrasocietaria e di "di soggetto" » appartenendo alla normale dimensione dialettica tra maggioranza e minoranza. Il perseguimento di un interesse imprenditoriale nell'esercizio dell'attività è considerato un elemento qualificante la fattispecie di responsabilità anche da V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, 1° comma, c.c. (art. 19, 6° comma, d.l. n. 78/2009)*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, 2010, 182 ss.; della stessa opinione anche M.T. CIRENEI, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Riv. comm. intern.*, 2005, 52.

Infine, escludere la ricorrenza dei connotati tipologici propri dell'attività di direzione e coordinamento e dunque l'applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c. non significa affatto affermare la liceità di altre ipotesi di etero-direzione (o di ingerenza nella gestione), le quali, anzi, risultano illecite, secondo il paradigma generale dell'illecito aquiliano, nella misura in cui inducano gli amministratori della società a rendersi inadempienti rispetto alle funzioni loro affidate, in vista del perseguimento di interessi esterni che non possono legittimamente prevalere su quello sociale; in questi casi, la responsabilità di chi ha eterodiretto del tutto abusivamente *segue*, secondo un meccanismo di propagazione, e *non precede* quella degli amministratori, così come previsto dall'art. 2476, comma 7, c.c. per i soci di s.r.l.

8.3 Motivi e significato dell'esenzione per lo Stato da responsabilità ai sensi dell'art. 2497, comma 1, c.c., prevista dall'art. 19, comma 6, d.l. 78/2009, convertito in l. 102/2009.

Tanto considerato in merito ad un'ipotetica etero-direzione del socio pubblico e ai presupposti rigorosi (desunti prevalentemente dall'art. 2497, comma 1, c.c.) affinché questa possa essere qualificata come « attività di direzione e coordinamento » con applicazione degli artt. 2497 ss. c.c., è arrivato il momento di analizzare la disposizione legislativa, di interpretazione autentica, con cui è stata espressamente esclusa la responsabilità *ex art.* 2497, comma 1, c.c. dello Stato e non solo.

L'art. 19 d.l. 78/2009, convertito con modificazioni in l. 102/2009, rubricato « società pubbliche », al comma 6 prevede che « l'art. 2497, I comma, del codice civile si interpreta nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria ».

La disposizione ha ricevuto diverse critiche, tuttavia, alla luce del ragionamento che ne ha preparato l'analisi, possiamo smorzarne la presunta anomalia constatando che probabilmente essa si limita a sviscerare in termini più chiari

l'essenza economico-imprenditoriale dell'attività di direzione e coordinamento (da cui l'inedoneità ad esercitarla per alcuni soggetti giuridici) e la irriducibilità ad essa di condotte di influenza pubblica sulla gestione, anche continue e sistematiche, non avvinte da un progetto imprenditoriale unitario che investa una pluralità di società (o di imprese) costituite in gruppo, ma da finalità pubbliche o di altra natura – quale è considerata, senza possibilità di prova contraria, l'influenza operabile dello Stato²¹⁰.

La norma contiene due previsioni attraverso le quali distingue il trattamento giuridico riservato, da un lato, allo Stato e, dall'altro, ai restanti enti pubblici, inclusi quelli territoriali, che pure sono enti a finalità generali (come lo Stato).

La previsione relativa allo Stato è senza dubbio la più contestata. L'esonero previsto per quest'ultimo è stato considerato da una parte della dottrina come operante solo sull'imputazione della responsabilità e non, invece, sulla possibilità di esercitare l'attività di direzione e coordinamento²¹¹; possibilità che allora perdurerebbe, con la conseguenza che, in caso di effettivo esercizio di tale attività, ingiustamente lo Stato non risponderebbe degli eventuali abusi commessi²¹². L'Autore di questa critica bolla come « dogmi privi di fondamento » le presumibili ragioni dell'esonero legislativo, individuandole nell'impossibilità giuridica di qualificare lo Stato come imprenditore e nella carenza di titolarità da parte dello Stato di interessi di natura imprenditoriale²¹³. Lo smascheramento di quest'ultimo assunto, in particolare, sarebbe sufficiente ad imputare allo Stato l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, laddove in concreto se ne ravvisassero gli estremi²¹⁴. Secondo questa opinione, dunque, la disposizione in commento introduce un privilegio ingiustificato in favore dello Stato, che non è

²¹⁰ Favorevole a questa lettura anche C. ANGELICI, *In tema di socio pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, 179 s.

²¹¹ V. CARIELLO, *Brevi note critiche*, cit., 175 s.: « Anche laddove non si enfatizzasse l'esistente compenetrazione tra momento politico, d'indirizzo e programmatico, da una parte, e momento amministrativo, dall'altra, è comunque innegabile, *a meno di non voler indulgere in sottigliezze elusive della sostanza effettuale dei fenomeni*, che a quanto lo Stato potrebbe fare e operare rispetto a determinate società partecipate ([...] nelle quali, ovviamente, lo Stato possa essere configurato titolare di un potere d'influenza sugli obiettivi e sulle decisioni strategiche di natura imprenditoriale) si potrebbe attagliare la classificazione in termini di esercizio di un'attività di direzione e coordinamento che potrebbe essere rilevante ai sensi e per gli effetti degli artt. 2497 ss. c.c. » (corsivo aggiunto).

²¹² V. CARIELLO, *Brevi note critiche*, cit., 170.

²¹³ Così invece GALGANO, *Direzione e coordinamento*, cit. 65.

²¹⁴ V. CARIELLO, *Brevi note critiche*, cit., 180 ss.

mai considerato responsabile ai sensi dell'art. 2497, comma 1, c.c. dei danni provocati da un'attività che pure è in condizione di esercitare, al pari di soggetti privati.

L'esonero per lo Stato appare ancor più criticabile a quanti siano favorevoli ad un'interpretazione estensiva della nozione di attività di direzione e coordinamento, indifferente alla natura degli interessi perseguiti, tale che nessun ostacolo sussisterebbe all'esercizio da parte dello Stato; benché costoro dovranno forse ricredersi del loro convincimento in ragione della seconda parte della disposizione in commento.

Giova precisare che chiunque ritenga che l'esonero per lo Stato dalla responsabilità non rappresenti anche un impedimento giuridico all'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento (comunque la si intenda) è portato ad ipotizzare che inapplicabile allo Stato sia soltanto il primo comma dell'art. 2497 c.c., mentre, sussistendo un'attività di direzione e coordinamento dello Stato, troverebbero applicazione gli articoli successivi disciplinanti altri aspetti dell'attività, salvo verificarne la compatibilità con la disciplina che concerne l'ente-Stato²¹⁵.

È stata avanzata in dottrina anche un'altra lettura dell'esonero da responsabilità per lo Stato: la scelta del legislatore sarebbe collegata ad una valutazione di prevalenza, nelle società a partecipazione statale, dell'interesse dell'investitore pubblico su quello dei privati, nel senso che la responsabilità di diritto comune sarebbe sostituita dalla responsabilità contabile dei funzionari pubblici, diretta a far valere la *mala gestio* delle imprese pubbliche imputabile ai funzionari stessi, « per un presunto assorbimento dell'interesse di tali soggetti [*id est* dei soci di minoranza e creditori della società] in quello del socio pubblico a perseguire con strumenti pubblicistici le manifestazioni della cattiva gestione delle risorse pubbliche e la distrazione di fondi pubblici dagli interessi istituzionali dello Stato »²¹⁶.

Rispetto a tutte quelle sin qui esposte, riteniamo preferibile un'ulteriore opinione, secondo cui lo Stato è escluso dal novero degli enti di cui al primo comma dell'art. 2497 c.c. non soltanto perché non è responsabile ai sensi della stessa norma ma, prima ancora, perché gli è del tutto precluso l'esercizio diretto di

²¹⁵ Così V. CARIELLO, *Brevi note critiche*, cit., 190; E. MARCHISIO, *L'eterodirezione « pubblicistica »*, cit., 437.

²¹⁶ F. VESSIA, *Società in house providing*, cit., 653 s.

un'attività di direzione e coordinamento²¹⁷; ciò anche a causa della difficoltà di « concepire lo Stato come soggetto impegnato, sul ponte di comando del gruppo costituito dall'insieme delle società partecipate, ad elaborare strategie imprenditoriali opportunistiche di massimizzazione del risultato complessivo del gruppo stesso »²¹⁸.

La *ratio* normativa sta dunque nella natura (pubblica) degli interessi perseguiti da chi è in grado di esercitare un'influenza sulla gestione e nella consistenza oggettiva dell'attività di direzione unitaria, incompatibile con interessi non imprenditoriali. Il legislatore ha reputato inverosimile per lo Stato, senza possibilità di prova contraria, la ricorrenza delle condizioni che realizzano la direzione e il coordinamento di società, collegando la preclusione giuridica ad una percepita impossibilità materiale.

Ne consegue che, qualora lo Stato sia interessato al coordinamento strategico delle società partecipate, deve avvalersi di enti o società “intermedie” che svolgano funzioni di *holding*, perpetuando così la struttura che i gruppi pubblici avevano al tempo degli enti di gestione (IRI, ENI, etc.), i quali raccordavano la direzione politica, proveniente dall'allora Ministero delle Partecipazioni Statali, con la gestione economica ed imprenditoriale delle partecipazioni pubbliche.

Anche la disposizione che esonera lo Stato, allora, contribuisce a rafforzare l'idea che l'attività di direzione e coordinamento abbia natura imprenditoriale ed in quanto tale gli sia preclusa.

Ciò, peraltro, non equivale a negare che una partecipazione di maggioranza o totalitaria nella società (*holding* od operativa che sia) consenta allo Stato che ne è titolare di esercitare un'influenza sulla gestione; tuttavia, quest'ultima non presenta i caratteri propri di una attività di direzione unitaria, risolvendosi piuttosto in atti di indirizzo, e non integra la fattispecie cui si applicano gli artt. 2497 ss. c.c.. Comunque, la circostanza che l'influenza esercitabile dallo Stato non costituisca, nemmeno potenzialmente, fonte di responsabilità ai sensi dell'art. 2497, comma 1, c.c. non equivale a escluderne in ogni caso l'illiceità e, quindi, a negare che l'obbligo risarcitorio dello Stato possa sorgere secondo un altro

²¹⁷ Così G. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali*, cit., 616.

²¹⁸ G. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali*, cit., 616.

paradigma di responsabilità ²¹⁹. Deve essere chiaro, infatti, che l'esclusione dello Stato dal novero degli enti dell'art. 2497 comma 1 c.c. non conferisce alcuna legittimità generale all'influenza e/o alla (etero)direzione del socio pubblico sulla società.

Per tutti gli enti diversi dallo Stato, invece, il legislatore ha operato una distinzione in ragione delle finalità per le quali la partecipazione è acquistata e detenuta: gli enti che non svolgono attività imprenditoriale (dunque, gli enti pubblici *non* economici?) e che, in ogni caso, detengono partecipazioni per finalità diverse da quelle di natura economica e finanziaria²²⁰ sono reputati istituzionalmente inidonei ad esercitare l'attività di direzione e coordinamento e sono pertanto esclusi dal novero degli enti dell'art. 2497, comma 1, c.c., proprio come lo Stato²²¹. In verità, sorprende il diverso trattamento giuridico riservato agli enti territoriali rispetto allo Stato, cui pure sono affiancati sul piano dell'ordinamento costituzionale per gli interessi e le finalità generali perseguiti²²².

È forse superfluo precisare che sia l'attività imprenditoriale eventualmente svolta dall'ente pubblico titolare di partecipazioni sociali sia le finalità economico-finanziarie dallo stesso perseguite non esimono dalla necessità di un accertamento in concreto dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

Infine, per tutte le ragioni esposte, andrebbe escluso l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento da parte degli enti territoriali nei confronti delle società

²¹⁹ Così C. ANGELICI, *In tema di socio pubblico*, cit., 180; G. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali*, cit., 616.

²²⁰ È tutt'altro che agevole, però, intendere quando la partecipazione pubblica in società sia motivata da finalità di natura economica o finanziaria, dal momento che la scelta in favore del modello organizzativo societario è innegabilmente sostenuta (sempre) dall'obiettivo di rendere economica e più efficiente la gestione dell'attività sociale, ma ciò non è sufficiente a dimostrare che la logica dell'investimento pubblico sia la stessa di un operatore privato; anzi, l'interesse preponderante dell'ente pubblico concerne, generalmente, proprio l'attività sociale in quanto sia strumentale a finalità di pubblico interesse, come oggi si desume dall'art. 4 T.U., rubricato « finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche ».

²²¹ In realtà, la disposizione è formulata in positivo: « [...] per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria ». Cfr. M. CARLIZZI, *La direzione unitaria*, cit., 1195, secondo il quale la congiunzione "ovvero" dovrebbe essere interpretata non come avente funzione disgiuntiva tra "attività imprenditoriale" e "finalità di natura economica e finanziaria", ma come avente funzione esplicativa, ossia di chiarimento di quel concetto ("attività imprenditoriale") appena espresso.

²²² Non ci sembra comprensibile la netta distinzione tra Enti locali e Stato, in ragione degli interessi di natura imprenditoriale perseguibili soltanto dai primi e non dal secondo, operata da F. GALGANO, *Direzione e coordinamento*, cit., 65, e che induce l'Autore ad escludere, già prima dell'emanazione della novella interpretativa, la possibilità che lo Stato assuma la qualità di *holding*.

che gestiscono i servizi pubblici, poiché tali società sono costituite e partecipate dagli enti stessi allo scopo di soddisfare i bisogni di interesse pubblico a condizioni ottimali e finanziariamente sostenibili, non per mere finalità economiche. Bisogna, infatti, evitare di confondere la natura imprenditoriale dell'attività esercitata dalla società erogatrice del servizio pubblico, che deve riconoscersi senz'altro, e i vantaggi economici (per l'ente pubblico e dunque per la collettività) che dovrebbero derivare dalle modalità di gestione del servizio prescelte in concreto²²³, con il carattere pubblico dell'interesse di cui l'Ente locale si fa portatore affidando l'erogazione del servizio ad una società da sé costituita o partecipata, evitando così la esternalizzazione/privatizzazione del servizio (potenzialmente più onerosa per l'utenza) e, nel contempo, garantendo efficienza ed economicità della gestione.

L'ipotesi descritta riguarda a maggior ragione le società *in house*, nel costituire le quali gli enti pubblici non perseguono obiettivi di investimento finanziario o di espansione imprenditoriale, ma adottano il modello organizzativo più appropriato per (auto)produrre ciò di cui essi stessi o le loro collettività hanno bisogno, soddisfacendo esigenze pubbliche a condizioni ottimali – come ha sempre evidenziato la giurisprudenza comunitaria e nazionale distinguendo l'investimento pubblico, sostenuto da finalità di pubblico interesse, da quello privato, che di regola non è ammesso. Naturalmente, il perseguimento dell'interesse pubblico, che spinge l'ente a prendere parte alla società la cui attività produttiva soddisfa interessi generali, è compatibile (deve esserlo) con la gestione economico-lucrativa dell'attività sociale, perché nella scelta degli strumenti per il perseguimento degli interessi pubblici gli enti sono chiamati a valutare la sostenibilità economico-finanziaria dell'attività da intraprendere ispirandosi ai criteri di efficienza ed economicità.

Ebbene, l'equilibrio tra l'interesse pubblico alla produzione di beni o servizi e l'interesse (altresì di rilevanza pubblica) ad investire proficuamente risorse pubbliche nell'attività produttiva si realizza proprio per mezzo della società e del suo caratteristico modello organizzativo, che distingue il ruolo degli amministratori

²²³ E che, invece, andrebbero vanificati se le funzioni amministrative (ivi compresa la direzione strategica della società) di competenza dell'organo amministrativo della società fossero a questo sottratte per essere (ri)affidate all'ente pubblico, che allora inutilmente avrebbe costituito la società. Così anche P. PETTITI, *Gestione e autonomia*, cit., 55 ss.

da quello dei soci, affidando ai primi compiti e responsabilità di gestione dell'impresa; non si realizza, invece, *a dispetto* della società, allorquando il diaframma non impedirebbe all'ente pubblico di continuare a svolgere direttamente un'attività "super-gestionale", potenzialmente fonte di responsabilità per *mala gestio*, rendendo allora incomprensibile il motivo della costituzione della società²²⁴. In conclusione, a conferma del dato legislativo e delle altre considerazioni svolte, sarebbe una contraddizione che l'ente pubblico territoriale costituisse la società cui affidare la gestione del servizio pubblico, per poi esercitare un'attività di direzione e coordinamento sulla società stessa.

Ben raramente, quindi, potranno in concreto ravvisarsi, pur nell'esercizio di un'influenza sulla gestione da parte del socio pubblico, i caratteri tipologici propri dell'attività di direzione e coordinamento a lui imputabile.

8.4 *Conclusioni: il controllo analogo quale fattispecie (potenzialmente) autonoma e distinta dall'attività di direzione e coordinamento. Holding societaria e « gruppo » pubblico di società in house.*

Per riepilogare, è innegabile che l'ente pubblico che detiene una partecipazione di maggioranza abbia la possibilità, come qualunque altro socio, di esercitare un'influenza sulla gestione attraverso gli amministratori di sua nomina (assembleare o diretta), che spontaneamente diano attuazione alle direttive ricevute dal socio o ne assecondino le richieste. Però, l'influenza del socio pubblico non si configura necessariamente quale etero-direzione né, ancor meno, quale attività di direzione e coordinamento (ulteriormente qualificata rispetto alla prima).

²²⁴ Cfr. F. VESSIA, *Società in house providing*, cit., 656, « se allora il ricorso alle società pubbliche, soprattutto nel campo dei servizi pubblici locali, si spiega in ragione del tentativo di rendere l'agire delle pubbliche amministrazioni più efficiente, efficace ed economico, si deve riconoscere in questa opzione la implicita volontà degli enti pubblici di *sposare i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale assoggettandosi anche ai rimedi civilistici predisposti per i casi di sviamento dagli stessi* quanto alle scelte societarie amministrative » (corsivo aggiunto); in queste affermazioni si scorge l'equivoco secondo cui, per garantire una gestione efficiente del servizio pubblico, l'ente pubblico si assumerebbe la responsabilità diretta per la cattiva gestione della società (*ex art. 2497, comma 1, c.c.*), mentre ci sembra che la volontà dell'ente pubblico-socio sia esattamente opposta ed implichi la dismissione di poteri (e responsabilità) gestionali in favore degli amministratori della società. Anche E. MARCHISIO, *L'eterodirezione*, cit., 441, confonde le finalità (di pubblico interesse) per le quali l'ente pubblico partecipa al capitale della società che gestisce un servizio pubblico con le ragioni (queste sì di efficienza ed economicità) della preferenza per il modello organizzativo societario.

Tutte le molteplici, alternative manifestazioni dell'influenza del socio pubblico sulla gestione possono dimostrare *ex post* la sussistenza del controllo analogo; tuttavia, si rende necessario l'accertamento *ex ante* di tale requisito.

Si prospettano, quindi, almeno un paio di soluzioni: o lo statuto della società accresce i poteri del socio pubblico, riconoscendogli un potere di influenza in ordine all'indirizzo generale e/o a specifiche decisioni di gestione, ma nei limiti in cui egli non assuma formalmente né sostanzialmente funzioni amministrative; oppure si assoggetta la società alla direzione esterna dell'ente pubblico, nei limiti in cui la dipendenza della società possa essere legittimamente formalizzata, ovvero alle condizioni previste dell'art. 2497 c.c.. A questa seconda ipotesi, però, si oppongono i numerosi ostacoli materiali e giuridici sopra segnalati circa la possibilità (e l'opportunità) che gli enti pubblici che non esercitano attività di impresa sovrintendano alla direzione di un gruppo di società.

Inoltre, è evidente che l'attività di direzione e coordinamento rappresenta una fattispecie che realizza esigenze ulteriori – il contemperamento tra interessi imprenditoriali in conflitto, in vista del miglior risultato economico per il gruppo (di imprese) nel suo insieme – rispetto a quelle sottese al requisito del controllo analogo. Infatti, la logica dell'autoproduzione (*in house providing*) muove dall'esigenza di superare la terzietà formale della persona giuridica affidataria esercente il servizio, riavvicinandola alla dimensione degli interessi (pubblici) di cui l'Amministrazione è portatrice.

Dall'interpretazione letterale e teleologica della nozione di controllo analogo ed anche dall'atteggiamento assunto dal legislatore nazionale, che si è preoccupato di consentire un adeguamento dell'assetto organizzativo interno alla società (art. 16 T.U.), emerge che tale requisito individua l'insieme dei poteri che consentono al socio pubblico di rinsaldare le sorti della società e dell'attività esercitata a quegli aspetti di interesse pubblico (la cui definizione è di propria competenza) connessi all'oggetto sociale, che possono sì condizionare la gestione, ma di riflesso e senza che la abbiano puntualmente ad oggetto.

Il controllo analogo e l'attività di direzione e coordinamento possono anche trovare attuazione distinta ma contestuale, nei confronti una pluralità di società a partecipazione pubblica: ciò accade quando un'Amministrazione detiene

partecipazioni in più di una società *in house* e, allo scopo di incrementare i risultati economici delle società attraverso un sistema di coordinamento nella gestione, costituisce una società *holding*.

La catena di controllo societario che così si sviluppasse determinerebbe la formazione di un gruppo di società pubbliche, al cui vertice è la società *holding* e non l'ente pubblico che la partecipa: ne consegue l'applicazione degli artt. 2497 ss. c.c.

Tale fattispecie non pregiudica l'esistenza del controllo analogo dell'ente pubblico sulle società operative, sebbene il primo non partecipi direttamente al capitale delle società, poiché anche per il controllo analogo è previsto espressamente un meccanismo di propagazione indiretta, tale per cui, se l'ente pubblico ha il controllo analogo sulla società intermedia e questa a sua volta ha il controllo analogo sulle società operative, si considera esistente il controllo analogo dell'ente pubblico sulle società operative, ai sensi dell'art. 5, comma 2, seconda parte, d.lgs. 50/2016. Peraltro, il controllo analogo della società *holding* sulle società operative risulterebbe integrato già dal potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento. L'ipotesi descritta, abbastanza diffusa nella prassi, apre la strada ad un'eventuale responsabilità risarcitoria del socio pubblico, però ai sensi dell'art. 2497, comma 2, c.c.

In conclusione, il controllo analogo, almeno quando si realizza all'interno dell'organizzazione societaria, sotto forma di indirizzo politico-amministrativo della società, ha la funzione di introiettare la contrapposizione tra l'interesse sociale astratto (economico-lucrativo) e l'interesse del socio pubblico, ovvero a risolverla all'interno della società stessa.

Il controllo analogo, infatti, conforma strutturalmente la società veicolando all'interno di essa, per il tramite dei poteri attribuiti al socio pubblico, l'interesse pubblico di cui il socio è portatore. Il riconoscimento legislativo del controllo analogo formalizza la permeabilità della società alle istanze pubblicistiche. Ne deriva una (parziale) "metamorfosi" causale del contratto di società, che accoglie altresì l'interesse pubblico, coniugandolo con quello tradizionale economico-lucrativo, il quale finisce per operare come limite del primo.

Resta da scoprire quali poteri deliberativi possano (e/o debbano) essere attribuiti al socio pubblico nelle società per azioni e a responsabilità limitata, onde configurare in concreto il controllo analogo.

CAP. III. L'ATTUAZIONE DEL CONTROLLO ANALOGO NELLE SOCIETÀ PER AZIONI.

1. Introduzione: le disposizioni dell'art. 16 T.U. riferibili alle società per azioni.

L'art. 16 T.U. prevede che le società *in house* si caratterizzino per un peculiare « assetto organizzativo » (comma 2), precipuamente in attuazione del controllo analogo; tuttavia, non precisa quale sia l'assetto organizzativo adeguato allo scopo²²⁵.

Risulta affidato agli interpreti, pertanto, il compito di elaborare uno o più modelli di statuto societario adatti alle esigenze del socio pubblico, come già accadeva prima dell'emanazione del T.U., ma con la differenza che dalle nuove norme emergono segmenti di disciplina difforme da quella contenuta nel codice civile per il tipo di società scelto e, dunque, « speciale ».

In particolare, secondo l'art. 16, comma 2, lettera *a*), T.U. « gli statuti delle società per azioni *possono* contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-*bis* e dell'articolo 2409-*novies* del codice civile ».

La previsione si spiega considerando che i dubbi sull'ammissibilità del controllo analogo nelle società per azioni dipendevano dalla sua presunta incompatibilità col vigente principio della competenza gestionale « esclusiva » dell'organo amministrativo, enunciato nel primo comma degli artt. 2380-*bis* e 2409-*novies* c.c., quest'ultimo con riferimento al consiglio di gestione nel sistema dualistico – oltre che nel primo comma dell'art. 2409-*septiesdecies* c.c. con riferimento al consiglio di amministrazione nel sistema monistico, che però non è richiamato dall'art. 16, comma 2, lettera *a*), T.U..

Il legislatore ha così inteso consentire l'assoggettamento (anche) delle società per azioni al controllo analogo del socio pubblico (e dunque ha ammesso la configurabilità di società per azioni *in house*), pur se ciò implichi una modifica

²²⁵ La scelta legislativa sembra quella di riservare all'autonomia statutaria l'elaborazione di un assetto di rapporti interni alla società adatto al controllo analogo ma anche alle esigenze del caso concreto, che appaiono assecondate dalla trasposizione integrale della formula definitoria flessibile e generica delle Direttive UE.

alla ripartizione di competenze tra assemblea e organo amministrativo prevista dal codice civile; con la precisazione che questa non sembra una soluzione necessitata, ma soltanto *possibile*, al pari di altre meno incisive.

D'altronde, la mera possibilità che lo statuto della società per azioni contenga « clausole in deroga » al principio secondo cui la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori – dunque riteniamo non a tutte le « *disposizioni* dell'articolo 2380-*bis* e dell'articolo 2409-*novies* del codice civile », ma soltanto al primo comma dei due articoli – non costituisce un elemento caratterizzante delle sole società *in house* (e dunque non è, in via immediata ed esclusiva, esplicativo del controllo analogo), poiché identica previsione si ritrova nell'art. 17, comma 4, lettera a), T.U. con riferimento alle società a partecipazione mista pubblico-privata, laddove esprime un'esigenza connaturata alla proprietà azionaria pubblica in relazione al tipo di attività espletata dalla società. In quest'ultimo caso l'enunciato normativo indica che la possibilità è concessa « al fine di consentire il *controllo interno* del socio pubblico sulla gestione dell'impresa »; ancora una volta il testo, poco esplicativo, impedisce di individuare con immediatezza contenuto e limiti delle « clausole in deroga ».

Un'altra previsione speciale riferibile soprattutto, ma non solo, alle società *in house* costituite in forma di s.p.a. è contenuta nell'art. 16, comma 3, lettera c), che stabilisce « in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'art. 2341-*bis*, primo comma, del codice civile. »²²⁶.

Di nuovo il legislatore sembra fare eco ad un'opinione espressa in dottrina, che aveva indicato i patti parasociali quale strumento utile per realizzare il controllo analogo, ma con riferimento alla disciplina comune delle società per azioni, che non ammette deroghe (salvo pochi casi espressamente previsti) alla ripartizione legale delle competenze gestionali²²⁷.

²²⁶ Anche in questo caso, la seconda parte della disposizione è replicata nell'art. 17, comma 4, lettera d) T.U. per le società miste, ammettendosi che eventuali patti parasociali – senza che ne sia precisato l'oggetto – abbiano durata superiore a cinque anni, purché non superiore alla durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita.

²²⁷ Così, M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, cit., 221.

Dal testo si evince, anzitutto, che i patti parasociali²²⁸ che potrebbero venire in rilievo ai fini del controllo analogo sono soltanto quelli di cui all'art. 2341-bis c.c., cioè i patti stipulati « al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società », e, secondariamente, che l'efficacia dell'accordo può superare i cinque anni solo se esso risulti in concreto funzionale a realizzare un potere corrispondente al controllo analogo: si rende necessario, quindi, preliminarmente verificare quali siano i patti (ovvero quale sia l'oggetto dei patti) dotati di tale funzionalità.

Il primo "impiego" dei patti parasociali, di cui non si dubita, consiste nel rendere il potere di controllo analogo condiviso da una pluralità di azionisti, i quali attraverso l'accordo pervengono a regolamentare la loro partecipazione (paritaria) all'esercizio congiunto del potere. L'ipotesi è rappresentata dalla stipula di « sindacati di voto » intesa a costituire una coalizione di maggioranza dominante l'assemblea²²⁹, oppure, se all'accordo partecipano tutti i soci, a superare il modello deliberativo legale su base capitalistica, o comunque a modificare i reciproci rapporti di forza (correlati alla misura della partecipazione al capitale), neutralizzando l'influenza dominante esercitabile da alcuno di essi, che altrimenti sarebbe già potenzialmente idonea ad integrare un controllo analogo solitario²³⁰.

Inoltre, gli azionisti pubblici potrebbero stipulare un accordo parasociale anche per determinare la composizione dell'organo amministrativo, cioè per dividersi il numero di componenti da eleggere: altra circostanza significativa, questa, per il controllo analogo congiunto, poiché, come si ricorderà, l'organo amministrativo della società deve rappresentare tutte le Pubbliche Amministrazioni co-controllanti.

²²⁸ In assenza di una definizione legislativa soccorrono le definizioni che ne sono state date in dottrina; secondo L. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987, 185, « il contratto parasociale è quel contratto avente ad oggetto una disciplina di situazioni giuridiche derivanti dalla stipulazione di un contratto (o dalla partecipazione ad un contratto) di società; nei confronti del quale però non sono stati rispettati i requisiti formali o sostanziali (od entrambi) previsti dalla legge in materia societaria » (corsivo del testo) e che quindi interviene tra soci o, almeno, vede la partecipazione di alcuno di essi.

²²⁹ Ciò presuppone che la società sia costituita da una pluralità di soci pubblici una parte soltanto dei quali interessata ad esercitare il controllo analogo e tale che, allo scopo, formi una coalizione di maggioranza contrapposta alla minoranza: si tratta di un'ipotesi non testualmente prefigurata dall'art. 16, comma 2, T.U. – che alla pluralità di soci fa corrispondere il controllo congiunto di tutti – ma la cui ammissibilità non può essere esclusa in linea di principio.

²³⁰ Si ricordi infatti che nessun socio deve avere da solo un potere pari al controllo analogo affinché questo possa considerarsi « congiunto »: o tutti i soci hanno un potere pari al controllo analogo, e si tratterà allora necessariamente di influenza determinante (non potendo essere dominante), o nessun socio ha tale potere, perché ciascuno ne ha uno inferiore.

Tuttavia, la rilevanza di tali accordi presuppone che l'assemblea degli azionisti abbia già il potere di deliberare in merito agli « obiettivi strategici » e alle « più importanti decisioni della società », quindi presuppone già risolto il tema relativo agli adeguamenti statutarî allo scopo occorrenti, che svilupperemo in questo capitolo.

Piuttosto, sarà interessante indagare la rilevanza dei patti parasociali che attribuiscono agli azionisti pubblici poteri di ingerenza nella gestione in sostituzione di clausole statutarie.

2. I poteri dell'azionista pubblico in relazione agli spazi offerti all'autonomia statutaria secondo la disciplina del codice civile.

L'aspetto forse più importante della nuova disciplina sulle società *in house* è la disponibilità del legislatore a consentire l'attuazione del controllo analogo attraverso un adeguamento sul piano statutario della disciplina della società per azioni dettata dal codice civile.

Prima di considerare il significato di una previsione innovativa qual è l'art. 16, comma 3, lettera *a*), T.U., che ammette clausole statutarie in deroga all'art. 2380-*bis* c.c., dobbiamo interrogarci sulla effettiva necessità di tale previsione, ovvero sull'(in)esistenza di alternative statutarie percorribili secondo la disciplina del codice civile.

Come anticipato in precedenza, dalla stessa lettera della norma in esame emerge un'indicazione in ordine alla facoltatività delle clausole in deroga all'art. 2380-*bis* c.c. (« gli statuti delle società *possono* contenere clausole [...] »), da cui desumiamo che non è esclusa in radice la realizzazione di un assetto organizzativo soddisfacente il controllo analogo anche in assenza di tali clausole. D'altronde, la successiva lettera *c*) del terzo comma dell'art. 16 fa presente che « in ogni caso i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante [...] appositi patti parasociali ».

È opportuno, allora, indagare le modifiche dello statuto compatibili con la disciplina comune delle società per azioni ed idonee a conferire all'azionista pubblico un potere di influenza sulla gestione sociale che non sia meramente

fattuale, come quello derivante da una partecipazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.²³¹. A tale proposito, si profila come necessario il coinvolgimento dell'assemblea, quale organo dotato di competenze deliberative e senza la cui mediazione l'azionista non dispone di diritti amministrativi²³², salvo il potere eccezionale di nomina diretta di alcuni componenti dell'organo amministrativo o di controllo in favore degli azionisti pubblici (art. 2449 c.c.), che non risulta estensibile ad altri oggetti.

L'attribuzione di maggiori poteri deliberativi all'assemblea, anziché direttamente all'azionista, e, dunque, la necessaria mediazione dell'organo collegiale non pregiudicano la configurabilità del controllo analogo in capo (direttamente) all'azionista pubblico che dispone del controllo sulla società ai sensi dell'art. 2359 c.c. (art. 2, lettera *b*, T.U.), perché l'influenza dominante esercitata all'interno del consesso corrisponde all'influenza dominante (cioè di intensità più che « determinante ») ai fini dell'assunzione delle decisioni attribuite all'assemblea.

La compresenza (o la sovrapposizione, se si preferisce) del controllo pubblico e del controllo analogo è riscontrabile normalmente ogniqualvolta un unico ente sia interessato ad acquisire il controllo analogo; nella prassi è ricorrente, in tal caso, la costituzione di una società unipersonale, in cui l'unico azionista pubblico dispone di tutti i voti esercitabili in assemblea (art. 16, comma 2, lettera *a*, T.U.).

Invece, non occorre che sussista il controllo pubblico congiunto affinché una pluralità di azionisti acquisisca il controllo analogo congiunto, poiché in quest'ultimo caso il potere individuale minimo sufficiente appare inferiore a quello necessario per la contitolarità del controllo pubblico.

²³¹ Su cui, tra gli altri, P. SCHLESINGER, *I poteri extra-assembleari dell'azionista di controllo*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, 445 ss.

²³² Così M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, cit., 223 s. Nell'ordinamento delle società per azioni al socio, in quanto tale, non compete alcun potere di direzione dell'impresa sociale e, più in generale, di governo della società: egli concorre, attraverso l'esercizio del voto in assemblea, alla designazione dei membri dell'organo amministrativo e di controllo e all'assunzione di quelle decisioni di natura gestionale e/o organizzativa che la legge e lo statuto demandano alla competenza dell'organo rappresentativo della collettività dei soci. Il concorso istituzionale di ciascun socio ai processi decisionali interni alla società risulta, perciò, « per un verso, *limitato* dalla operatività del criterio di ripartizione delle competenze organiche corrispondente al tipo societario; per altro verso *mediato* dal procedimento deliberativo assembleare » (corsivo del testo), secondo la sintesi efficace di F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, 48.

Infatti, con riguardo all'imputazione congiunta delle fattispecie di controllo di cui all'art. 2359, comma 1, numeri 1 e 2, c.c., la cui ammissibilità è pur controversa, nessun autore ha mai ritenuto sufficiente un'influenza meno che « determinante », rispetto al “dominio” della coalizione, del singolo socio co-controllante²³³; altrettanto prevede l'art. 2, lettera b), T.U., che richiede il consenso unanime delle parti che condividono il controllo pubblico « per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale ».

Al contrario, gli interpreti del controllo analogo, ed in primo luogo la Corte di Giustizia, sovente sono pervenuti a diversa conclusione, ammettendo la sussistenza del controllo analogo imputabile congiuntamente a più amministrazioni pubbliche anche quando le relative decisioni fossero assunte a maggioranza anziché all'unanimità²³⁴, cioè senza che le amministrazioni co-controllanti disponessero ciascuna di un potere di veto sulla decisione collegiale (cioè di un'influenza determinante sull'argomento oggetto della delibera).

Il minor rigore che innegabilmente circonda il requisito del controllo analogo congiunto, anche nei testi normativi che hanno recepito il precedente orientamento giurisprudenziale, si spiega con la volontà di favorire il fenomeno dell'associazionismo tra soggetti pubblici senza impedire il funzionamento efficiente delle organizzazioni appositamente costituite, evitando di imporre l'appesantimento del voto all'unanimità.

In conclusione, il controllo analogo congiunto può non accompagnarsi al controllo societario congiunto e, al posto di quest'ultimo, si può riscontrare una situazione di carenza di controllo, perché difettano poteri individuali di influenza determinante, nonostante la stipula di un sindacato di voto che raccolga la maggioranza (o la totalità) dei voti esercitabili in assemblea.

Infine, si osservi che, essendo l'assemblea (e non direttamente gli azionisti) titolare di competenze deliberative, l'indagine volta ad individuare la clausole statutarie idonee ad ampliare i poteri dei soci vale indistintamente per il controllo analogo

²³³ Cfr. V. CARIELLO, *Controllo congiunto e accordi parasociali*, cit., 185 ss.; V. DONATIVI, *I “confini” del controllo congiunto*, cit., 582 ss.

²³⁴ Si veda la rassegna giurisprudenziale di V. DONATIVI, *I “confini” ancora incerti del controllo analogo congiunto*, cit., 765 ss.; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione*, cit., 219, che esprime perplessità rispetto al più blando requisito di partecipazione al controllo analogo congiunto richiesto dalla giurisprudenza sia sovranazionale sia del Consiglio di Stato.

solitario e per quello congiunto, poiché in ogni caso dovranno essere ampliati i poteri dell'assemblea; soltanto successivamente si individueranno, all'interno dell'organo, eventuali influenze individuali dominanti o determinanti e si imputerà il controllo analogo a uno o a più soci.

2.2 Il potere speciale di nomina diretta di componenti dell'organo amministrativo e di controllo da parte dell'azionista pubblico (art. 2449 c.c.): rilevanza e limiti.

È opportuno prestare attenzione all'unica disposizione di diritto societario, tra quelle contenute nel codice civile, dettata con specifico riguardo alla natura pubblica dei soci.

Come noto, l'equiparazione pressoché completa delle società per azioni con partecipazione pubblica alle altre incontrava nel codice civile una sola eccezione, rappresentata da un potere speciale di nomina (oltre che di revoca) diretta, cioè extra-assembleare, di uno o più amministratori o sindaci, che lo statuto avrebbe potuto prevedere in favore dell'azionista pubblico (originario art. 2458 c.c.)²³⁵. I suddetti poteri di nomina e revoca attribuiti all'azionista pubblico venivano pertanto sottratti alla competenza dell'assemblea, cui altrimenti sarebbero spettati²³⁶.

Il vantaggio per l'azionista pubblico consisteva nella possibilità di ottenere con certezza uno o più propri rappresentanti all'interno dell'organo amministrativo e/o di controllo della società, indipendentemente dalla misura della partecipazione al capitale posseduta, ed inoltre di evitare, nell'atto di procedere sia alla nomina sia (altrettanto se non più importante) alla revoca, l'osservanza del procedimento deliberativo collegiale, con applicazione della relativa disciplina anche in tema di invalidità e impugnazione delle delibere²³⁷. Si trattava, con ogni evidenza, di un

²³⁵ Il successivo articolo 2459 c.c. consentiva allo statuto di conferire analogo potere allo Stato o ad altro ente pubblico in mancanza di partecipazione azionaria: la disposizione, sopravvissuta alla riforma societaria delle società di capitali, benché trasfusa nell'art. 2450 c.c., è stata poi abrogata dal d.l. 10/2007, convertito nella l. 46/2007.

²³⁶ Con riferimento alla disciplina originaria si vedano, tra gli altri, M.T. CIRENEI, *Le società per azioni*, cit., 133 ss.; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 40 ss.

²³⁷ Sulla natura privatistica del potere (considerato una "facoltà") attribuito allo Stato o agli altri enti pubblici e, dunque, degli atti di nomina e revoca e sulla conseguente giurisdizione ordinaria in materia di esercizio del potere, v. da ultimo Cass., sez. un., 1 dicembre 2016, n. 24591, cit..

privilegio, giustificato esclusivamente dalla natura pubblica dell'interesse istituzionalmente perseguito dall'azionista. I componenti così nominati avrebbero comunque goduto dei medesimi diritti e sarebbero stati soggetti ai medesimi obblighi di quelli nominati dall'assemblea.

La nomina diretta, inoltre, non impediva all'azionista pubblico di partecipare col proprio voto anche alla nomina assembleare del restante numero di amministratori e sindaci.

La rilevanza e gli effetti del potere speciale variavano a seconda della combinazione di due fattori: il numero di amministratori e sindaci nominabili dall'azionista pubblico, in rapporto al numero massimo dei componenti dell'organo amministrativo e del collegio sindacale; il numero di azioni possedute dal socio pubblico, ovvero la misura della sua partecipazione azionaria (di minoranza, di maggioranza relativa o di maggioranza assoluta).

Ad esempio, la possibilità di nominare la maggioranza degli amministratori, che lo statuto avesse riconosciuta all'ente pubblico titolare di una partecipazione di minoranza, gli avrebbe attribuito una posizione di sostanziale controllo sulla società, altrimenti mancante. Viceversa, se l'azionista pubblico avesse avuto il controllo "di diritto" sulla società, disponendo della maggioranza assoluta dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, egli avrebbe già potuto nominare in sede assembleare tutti i componenti dell'organo amministrativo: la clausola statutaria di nomina diretta, allora, non sarebbe stata determinante ai fini del controllo, ma avrebbe pur sempre evitato il passaggio assembleare.

Tuttavia, il nuovo art. 2449 c.c., nel quale la riforma societaria aveva trasfuso senza modifiche l'originario art. 2458 c.c., è stato interamente sostituito dalla l. 25 febbraio 2008, n. 34 (legge comunitaria 2007), allo scopo di renderlo compatibile con i principi dell'Unione Europea in tema di mercato unico ed, in particolare, con il divieto per gli Stati membri di introdurre o mantenere restrizioni alla libera circolazione dei capitali, di cui all'art. 56 TCE (oggi art. 63 TFUE). L'intervento legislativo ha fatto séguito ad una sentenza della Corte di Giustizia²³⁸ che aveva stigmatizzato il dettato dell'art. 2449 c.c., in quanto la norma, consentendo di « conferire agli Stati membri o agli enti pubblici la facoltà

²³⁸ C. Giust., 6 dicembre 2007, C-464/04, in *Giur. comm.*, 2008, II, 581 ss., con nota di I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*

di esercitare un controllo sproporzionato rispetto alla partecipazione posseduta nella gestione delle società per azioni da essi partecipate », avrebbe potuto impedire o limitare gli investimenti esteri nelle imprese in questione a causa della ridotta contendibilità di queste ultime. Si noti che l'attribuzione del potere di nomina diretta agli enti pubblici veniva censurato solo qualora idoneo a provocare il loro « controllo sproporzionato », senza che questo fosse specificamente giustificato da prevalenti motivi di interesse generale: per verificare la produzione di tale effetto abnorme, secondo la Corte, si sarebbe dovuto tener conto della facoltà di nomina diretta unita alla possibilità di partecipare alla ordinaria nomina assembleare²³⁹.

Il nuovo art. 2449 c.c. distingue tra società “chiuse” e società “aperte”, continuando a dettare una disciplina speciale, seppur corretta, solo per le prime – tra cui sono annoverate le società *in house* – mentre ha “normalizzato” il potere del socio pubblico nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 2449, comma 4, c.c.), laddove, ai fini dell'attribuzione di diritti amministrativi allo Stato o ad altri enti pubblici, è previsto il ricorso agli strumenti finanziari partecipativi o ad una particolare categoria di azioni²⁴⁰.

Il nuovo primo comma dell'art. 2449 c.c. introduce per le società “chiuse” – in adeguamento (parziale) alle indicazioni provenienti dalla sopracitata giurisprudenza comunitaria – un limite, determinabile *per relationem*, al numero dei componenti degli organi sociali la cui nomina può essere conferita dallo statuto direttamente all'azionista pubblico: deve sussistere un rapporto di proporzionalità tra il numero massimo di amministratori e sindaci nominabili in via diretta e la partecipazione al capitale sociale del soggetto pubblico. Il potere di nomina del socio pubblico si accompagna sempre a quello di revoca diretta (art 2449, comma 2, c.c.).

²³⁹ Così era stato proprio nel caso oggetto del contenzioso, laddove il sistema di elezione dell'organo amministrativo risultava dall'applicazione congiunta del potere di nomina diretta dell'azionista pubblico (peraltro di un numero di componenti proporzionale alla sua partecipazione) e del voto di lista in sede assembleare, introdotto in forza dell'art. 4, l. 474/1994, contenente disciplina della dismissione delle partecipazioni negli enti privatizzati.

²⁴⁰ Sulle nuove disposizioni, v. I. DEMURO, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino, Bologna, 2009, 873 ss.; C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle società per azioni: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, 947 ss.; F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2009, 496 ss.; F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. soc.*, 2008, 682 ss.

La nuova disposizione dovrebbe, quindi, impedire al socio pubblico titolare di una partecipazione di minoranza di nominare la maggioranza dei componenti dell'organo amministrativo e di acquisire così, di fatto, un'influenza dominante sulla società in conseguenza della relazione fiduciaria instaurata con gli amministratori nominati.

In realtà, com'è stato osservato²⁴¹, a questo risultato è ancora possibile pervenire se al numero di amministratori nominabili in via diretta dal socio pubblico si aggiungono quelli eventualmente nominabili dallo stesso grazie al sistema di voto (in particolare, il voto di lista) adottato per la nomina assembleare dei restanti componenti dell'organo. Infatti, ai sensi dell'art. 2449, comma 1, c.c., proporzionale alla partecipazione detenuta deve essere soltanto il numero degli amministratori nominabili in via diretta dal socio pubblico e non il numero di tutti quelli, compresi gli amministratori di nomina assembleare, che comunque in senso lato "rappresentano" il socio pubblico: una diversa interpretazione contrasterebbe con il dato normativo, che solo ai primi si riferisce²⁴².

Veniamo allora a considerare la prevedibile utilità applicativa della norma speciale in relazione alla composizione della proprietà azionaria nelle società *in house*.

L'ente pubblico interessato ad acquisire, da solo, il controllo analogo sulla società è già socio unico oppure socio di maggioranza della stessa, con la conseguenza che l'attribuzione a costui del potere di nomina diretta comunque non altererebbe gli equilibri interni di potere, che sono stabili. Peraltro, viene da interrogarsi sulla possibilità (ed anche sulla utilità) che lo statuto attribuisca all'unico azionista pubblico il potere di nomina diretta di un numero di amministratori proporzionale alla sua partecipazione (totalitaria), ovvero sia di tutti gli amministratori, privando integralmente l'organo assembleare della propria competenza.

Affinché il controllo analogo sia imputato congiuntamente, invece, nessuno dei soci dovrebbe disporre di un'influenza dominante in assemblea né potrebbe, con i suoi voti soltanto, eleggere i componenti dell'organo amministrativo; quindi, l'attribuzione del potere di nomina diretta risulta tanto più rilevante, per la sua

²⁴¹ I. DEMURO, *Società con partecipazione dello Stato*, cit., 875 s.

²⁴² Così, I. DEMURO, *Società con partecipazione dello Stato*, cit., 876; C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo*, cit., 947 ss.

idoneità a far acquisire al socio un maggior peso (relativo), quanto minore è l'influenza esercitabile dal socio nell'elezione assembleare degli amministratori.

Con riferimento a questa ipotesi, premesso che non rintracciamo impedimenti all'attribuzione del potere di nomina diretta all'azionista pubblico che non sia l'unico socio pubblico partecipante alla società, si pone il quesito se il potere possa essere previsto contestualmente in favore di due o più azionisti pubblici, a ciascuno in proporzione alla partecipazione detenuta. Così facendo, si garantirebbe statutariamente – purché il numero degli azionisti sia di poche unità – la massima rappresentatività dell'organo amministrativo, in conformità dell'ulteriore condizione richiesta dal legislatore per integrare il controllo analogo congiunto (l'art. 16, comma 2, lettera *b*, T.U. non la riproduce ma rinvia alla direttiva europea). Però, la nomina diretta degli amministratori attribuita a più azionisti pubblici, in proporzione al capitale da essi sottoscritto, potrebbe esaurire il numero dei componenti dell'organo, senza lasciarne alcuno all'elezione assembleare (ad esempio, se tre azionisti pubblici partecipano pariteticamente al capitale e tre sono i componenti dell'organo amministrativo, ciascuno avrebbe diritto alla nomina diretta di un componente, con l'effetto di sottrarre la competenza elettiva all'assemblea).

Dalle situazioni prospettate emerge una questione comune, cioè se il potere di nomina diretta degli amministratori possa privare l'assemblea della sua competenza legale a nominare gli amministratori (o i sindaci): ciò non sembra ammissibile²⁴³. Pertanto, sussiste un limite all'attribuzione del potere diretto di nomina ad uno o più azionisti pubblici, cioè la salvaguardia della (perdurante) competenza assembleare a nominare un residuo numero di amministratori.

Bisogna poi ricordare che il T.U. stabilisce come regola che l'organo amministrativo delle società pubbliche sia monocratico (art. 11, commi 2 e 3, T.U.), con la conseguenza che, in tal caso, l'art. 2449 c.c. risulta inoperante, sia quando la società è costituita da una pluralità di soci, perché non potrebbe concepirsi la nomina diretta di un numero di amministratori proporzionale alle azioni possedute da uno qualunque dei soci, essendo unico l'amministratore, sia quando la società è unipersonale, avendo ritenuto inammissibile l'estromissione

²⁴³ In questo senso già G. MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., 44.

dell'assemblea in ordine al potere di nomina, pure in favore dell'unico socio che la costituirebbe. L'applicazione dell'art. 2449, comma 1, c.c. presuppone, quindi, una composizione plurisoggettiva dell'organo amministrativo.

Infine, si consideri che il potere diretto di nomina degli amministratori non attribuisce all'azionista pubblico un potere di influenza sulla gestione maggiore di quello ordinariamente spettante al socio di maggioranza, perché non attribuisce al socio una competenza che non abbia già l'assemblea né estende le materie oggetto dei poteri deliberativi già esercitabili collegialmente dai soci e, quindi, non è idoneo ad esplicare una funzione significativa ai fini del controllo analogo, almeno di quello solitario.

L'unico aspetto potenzialmente utile della clausola statutaria attributiva del potere in oggetto concerne la rilevanza che l'interesse pubblico assume nella gestione del rapporto amministrativo ed in particolare ai fini della revoca (diretta) per giusta causa. Si potrebbe ritenere, infatti, che lo stesso interesse che giustifica la nomina e la revoca diretta debba essere tenuto in prioritario conto dagli amministratori così nominati, con la conseguente esistenza di un vincolo per costoro nei confronti dei soci pubblici che rappresentano. Ma la suddetta opinione è avversata soprattutto in ragione del dettato normativo, che precisa che amministratori e sindaci di nomina pubblica « hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea » (art. 2449, comma 2, c.c.) e quindi prevalentemente si esclude che la sussistenza della giusta causa di revoca degli amministratori di nomina (e revoca) pubblica possa essere valutata in modo diverso da qualunque altra società, cioè considerando la violazione di interessi (pubblici) diversi da quello sociale²⁴⁴.

In ogni caso, tale questione diventa secondaria nelle società *in house*, dove l'interesse pubblico sembra destinato ad essere altrimenti integrato all'interno dell'interesse sociale, secondo la *ratio* dello stesso controllo analogo e quindi presumibilmente attraverso le relative modalità di sua attuazione.

2.2 Le attribuzioni limitate e tassative dell'assemblea in materia di gestione.

²⁴⁴ Così, Cass., 15 ottobre 2013, n. 23381, in *Giur. comm.*, 2014, II, 1011 ss., con nota di F. SALINAS, *Società di capitali a partecipazione pubblica, revoca di amministratori e interesse sociale*.

È opinione diffusa, alla quale abbiamo più volte fatto riferimento nel corso del lavoro, che i poteri deliberativi in materia di gestione dell'impresa riconosciuti all'assemblea di società per azioni e indirettamente ai suoi soci siano inadeguati a far acquisire all'azionista pubblico, anche di maggioranza o unico, un potere giuridico di influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle più importanti decisioni della società (*id est* controllo analogo)²⁴⁵.

La riforma delle società di capitali, infatti, ha decisamente accentuato nelle società per azioni la separazione tra "proprietà" e "gestione", limitando per quantità e qualità i poteri dell'assemblea a vantaggio dell'organo amministrativo. In particolare, la competenza gestionale degli amministratori, di cui il fondamento era già individuato nella legge (e non nella volontà dei soci in qualità di mandanti), a séguito della riforma è diventata anche « esclusiva » (art. 2380-*bis*, comma 1, c.c.).

Tuttavia, l'assemblea non è completamente sprovvista del potere di « approvare » atti di rilevanza gestionale né, più in generale, del potere di « deliberare » in materia di gestione; è opportuno, quindi, rammentare quali poteri deliberativi l'assemblea conservi tuttora per espressa previsione di legge e quali altri lo statuto possa conferirle, per verificare la fondatezza dell'opinione richiamata in principio.

Anzitutto, le attribuzioni dell'assemblea, a differenza di quelle degli amministratori, sono tassative, come emerge dall'art. 2364, n. 5, c.c., che, dopo l'elencazione di specifiche competenze dell'assemblea ordinaria, dispone che quest'ultima « delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea [...] », e dal successivo art. 2365, comma 1, c.c., che nell'ultima parte dispone che l'assemblea straordinaria delibera « su ogni altra materia attribuita dalla legge alla sua competenza »; tali norme, solo apparentemente pleonastiche, precisano pure che, in mancanza di ulteriore indicazione, le competenze dell'assemblea si intendono spettanti a quella ordinaria²⁴⁶.

²⁴⁵ Cfr., però, P. PETTITI, *Gestione e autonomia*, cit., 33 ss., la quale ritiene che il controllo analogo « non sia qualcosa di radicalmente diverso dal controllo che il socio totalitario o di maggioranza esercitano verso la partecipata, non essendo discutibile che il controllante possa o abbia diritto di imporre [quantomeno] le scelte strategiche e le decisioni di maggior rilievo, che sono [quantomeno] quelle che attengono o impattano sulle scelte strategiche. ».

²⁴⁶ I. MAFFEZZONI, *Commento all'art. 2364*, in *Assemblea*, a cura di Picciau, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, Milano, 2008, 9 ss.

All'interno di questo sistema di competenze chiuso e completo, se ne riconoscono pacificamente alcune di natura gestionale²⁴⁷; tali sarebbero: la promozione, rinuncia e transazione dell'azione sociale di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci; alcune decisioni finanziarie, quali la destinazione degli utili, l'aumento del capitale sociale gratuito e a pagamento, l'esclusione o la limitazione del diritto di opzione; le operazioni straordinarie di fusione e scissione; l'emissione di obbligazioni convertibili; l'emissione di strumenti finanziari partecipativi; la determinazione degli « opportuni provvedimenti » in caso di perdita del capitale superiore ad un terzo, ai sensi dell'art. 2446, comma 1, c.c.; l'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime.

Le ipotesi elencate sono evidentemente sparute; inoltre, la competenza dell'assemblea in ordine a tali decisioni (relative all'ambito gestionale) si giustifica in ragione della importanza dell'operazione per la società, considerata però non tanto come impresa, quanto piuttosto come organizzazione di impresa: si tratta, infatti, soprattutto di operazioni che investono profili organizzativi e gestionali insieme. Tali attribuzioni, quindi, non sono specificamente preordinate al coinvolgimento dei soci nella gestione, sebbene anche questo ne sia l'effetto, ed infatti i presupposti della loro ricorrenza sono episodici ed occasionali: pertanto, risultano davvero insoddisfacenti rispetto all'obiettivo di un'ingerenza minima dei soci nella gestione, conforme alla *ratio* del controllo analogo.

Ulteriori poteri deliberativi in merito ad atti di gestione spettano all'assemblea nelle ipotesi in cui la legge le richiede soltanto il rilascio di un'autorizzazione²⁴⁸: l'assemblea allora non acquisisce nuove « competenze » in senso tecnico, ma integra – rimuovendo un ostacolo – il potere (che è già proprio) degli amministratori di decidere e compiere gli atti in questione; gli amministratori che hanno ottenuto l'autorizzazione, infatti, non hanno l'obbligo di dare esecuzione

²⁴⁷ In argomento, G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione, Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2006, II, 27, il quale si occupa anche di competenze “implicite” dell'assemblea, che si aggiungerebbero a quelle sopra elencate, aventi ad oggetto decisioni “strutturali”, idonee ad incidere sulla partecipazione sociale; P. ABBADESSA e A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, 269 ss.; I. MAFFEZZONI, *Commento*, cit. 22.

²⁴⁸ Cfr. in particolare gli artt. 2343-bis, 2357, 2358, 2359-bis, 2390 c.c.

alla delibera assembleare ma ottengono la mera facoltà di compiere l'atto autorizzato conservando il potere di (ri)valutarne l'opportunità.

La *ratio legis* comune alle diverse ipotesi in cui è richiesta l'autorizzazione dell'assemblea si ravvisa nella funzione di controllo preventivo su operazioni pericolose, che presentano il rischio di un conflitto di interessi degli amministratori con la società; il procedimento autorizzativo garantisce, quindi, la trasparenza e la conoscibilità dell'operazione programmata dagli amministratori a beneficio dei soci, che possono autorizzarne o, al contrario, vietarne il compimento.

Anche in questo caso, la limitatezza delle ipotesi di autorizzazioni assembleari normativamente previste risulta insufficiente allo scopo di coinvolgere periodicamente e con regolarità gli azionisti nella gestione.

Occorre, dunque, considerare l'incidenza dell'autonomia statutaria sull'ampliamento dei poteri dell'assemblea. In quest'ambito la riforma ha più profondamente innovato il sistema delle competenze gestionali, che in passato aveva un confine mobile, mentre oggi è rigidamente fissato. La cartina di tornasole è rappresentata dall'art. 2364, n. 5, c.c., che ha sostituito l'originario art. 2364, n. 4: il confronto tra le due disposizioni è utile per comprendere la novità.

L'originario art. 2364, comma 1, n. 4, c.c. consentiva all'assemblea ordinaria di « delibera[re] sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori, [...] ». Il verbo « deliberare » individua « il modo tipico di manifestazione della volontà di un organo collegiale ed è, quindi, da considerare “neutro” sotto il profilo della qualificazione della natura e degli effetti dell'intervento assembleare »²⁴⁹: la formula era, quindi, compatibile con l'attribuzione di un vero e proprio potere decisionale all'assemblea (sottraendolo agli amministratori cui per legge sarebbe spettato), vincolante gli amministratori ad eseguire la relativa delibera²⁵⁰; d'altronde, il testo riferiva espressamente di una riserva di « competenza » all'assemblea.

²⁴⁹ V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, 176.

²⁵⁰ Parte della dottrina ammetteva senz'altro il trasferimento di competenze dall'organo amministrativo all'assemblea: così G. MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., 218 ss.; P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975, 45 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 176 ss.

L'attuale art. 2364, n. 5 c.c. stabilisce, invece, che l'assemblea ordinaria « delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti ». La disposizione è chiara – in sé e a maggior ragione se confrontata con quella anteriormente in vigore – nel senso di impedire che lo statuto attribuisca all'assemblea competenze che non sono previste dalla legge (o comunque al di fuori dei casi ammessi dalla legge²⁵¹), confermando che la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori (art. 2380-*bis* c.c.). Nondimeno, potrebbero risultare significativi i poteri deliberativi conferibili all'assemblea sotto forma di autorizzazione, come stiamo per vedere.

2.3 Le autorizzazioni assembleari ai sensi dell'art. 2364, n. 5.

Proprio l'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., da ultimo esaminato, che consente all'assemblea di deliberare in ordine al « compimento di atti degli amministratori » con l'efficacia di un'autorizzazione, dischiude profili di maggiore interesse ai fini del controllo analogo, perché il legislatore non predetermina le fattispecie cui possa trovare applicazione, ma rimette la scelta all'autonomia statutaria²⁵².

Infatti, se è vero che questa disposizione si presenta come preclusiva dell'intervento decisionale dell'assemblea in materia di gestione, che nella formulazione originaria appariva invece consentito – e probabilmente sta in ciò il motivo che l'ha resa oggetto di scarsa attenzione da parte della dottrina, dato che nel confronto con la disposizione originaria è apparsa fortemente limitante –, è vero pure che, autonomamente considerata, appare idonea a regolare una forma

²⁵¹ Si segnalano le norme che espressamente riconoscono allo statuto la possibilità di attribuire la competenza all'assemblea anziché al consiglio di amministrazione per determinate operazioni: l'art. 2410, comma 1, c.c. per la delibera di emissione di obbligazioni; l'art. 2447-*ter*, comma 2, c.c. per la delibera di costituzione di patrimoni destinati; gli artt. 152, comma 2, e 161, comma 4, l. fall. per la delibera sulla proposta di concordato fallimentare e preventivo. In particolare, le decisioni relative ad emissione di obbligazioni e proposta di concordato, originariamente rimesse all'organo assembleare, risultano trasferite, rispettivamente dalla riforma del diritto societario e del diritto fallimentare, alla competenza dell'organo amministrativo, ma con regola meramente dispositiva.

²⁵² M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema di competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, 336 ss., descrive efficacemente tale possibilità nei seguenti termini: « il catalogo delle materie devolute dalla legge alla cognizione assembleare [...] si apre all'opera conformativa dell'autonomia privata, sia pure entro i ristretti confini dell'intervento autorizzatorio ».

non irrilevante di partecipazione degli azionisti alla gestione della società e quindi non deve essere frettolosamente sottovalutata.

Anzitutto, è opportuno intendere entro quali limiti l'autonomia privata può disciplinare il potere autorizzativo dell'assemblea.

La legge fa riferimento agli « atti degli amministratori »: la collocazione della disposizione ci induce a pensare che il legislatore abbia voluto, come in passato, regolare la competenza dell'assemblea in materia di gestione con una norma “di chiusura”, da coordinare con quella in tema di competenza gestionale degli amministratori (art. 2380-*bis* c.c.), e che l'autorizzazione vada riferita ad atti che gli amministratori compiono nell'esercizio dell'impresa loro affidata.

Peraltro, si è osservato che il dato letterale è significativamente diverso e più ampio di quello anteriore alla riforma, allorquando l'originario art. 2364, n. 4, c.c. indicava quali « oggetti » della delibera soltanto quelli « attinenti alla gestione », e perciò si è ritenuto che l'autorizzazione assembleare possa essere prevista dallo statuto anche per atti non di gestione, bensì di natura organizzativa rientranti nella competenza degli amministratori²⁵³, salvo il limite insuperabile rappresentato da « quelle determinazioni che segnano un momento *indefettibile e qualificante* dell'azione amministrativa e che, proprio per questo, si sottraggono a ogni possibilità di interpello assembleare »²⁵⁴.

Gli « atti » in questione devono essere sia determinati, per rendere conoscibili *ex ante* quelli che gli amministratori sono tenuti a sottoporre all'autorizzazione dell'assemblea e così ridurre la discrezionalità, sia delimitati, per evitare la formazione di un vincolo sull'attività degli amministratori: quest'ultimo risulterebbe in contrasto con il testo di legge, che prevede un intervento assembleare saltuario (« atti »), ed anche con il valore della « gestione efficiente » espresso dall'art. 2380-*bis* c.c., che è suscettibile di essere temperato con altre esigenze, ma non del tutto compromesso. Per lo stesso motivo, pacificamente si ritiene che non

²⁵³ Così P. ABBADESSA e A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., 269 ss., che richiama quali atti organizzativi degli amministratori la distribuzione di acconti sui dividendi (art. 2433-*bis* c.c.)

²⁵⁴ M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema di competenze*, cit., 336 ss., il quale si riferisce, ad esempio, al potere di valutare, ai sensi dell'art. 2381, comma 3, c.c., l'adeguatezza dell'assetto amministrativo e contabile della società o a quello di procedere alla convocazione dell'assemblea e di eseguirne poi le deliberazioni, dall'Autore giustamente considerati appartenenti alla « sfera più intima delle attribuzioni » degli amministratori.

possano essere devolute alla cognizione assembleare atti di « gestione corrente »²⁵⁵.

La clausola statutaria che contiene la riserva in favore dell'assemblea e determina gli atti da autorizzare non deve necessariamente indicarli in modo analitico, ma può individuare categorie di atti secondo un criterio quantitativo, in relazione al valore economico che esprimono (es. superiore ad un dato ammontare), o qualitativo, in relazione alla loro tipologia o natura (es. strategica, di indirizzo, accessoria e/o strumentale rispetto all'attività principale, etc.). Si potrebbe dubitare solo della legittimità di clausole che adottino un criterio troppo generico o non univoco (es. atti eccedenti l'ordinaria amministrazione), rimettendo di fatto alla discrezionalità degli amministratori la determinazione degli atti da autorizzare²⁵⁶.

Un aspetto di maggiore incertezza è rappresentato dal procedimento che gli amministratori devono osservare per chiedere (ed ottenere) l'autorizzazione dell'assemblea su un atto che hanno intenzione di compiere. Il problema è se gli amministratori debbano, o comunque possano, presentare all'assemblea un'operazione puntualmente definita in tutti i suoi elementi, attribuendo all'intervento autorizzativo l'effetto di rimuovere l'ultimo ostacolo ad un atto già determinato e valutato positivamente dall'organo competente a decidere; in tal modo la delibera dell'assemblea potrebbe assumere, di fatto, la forma di una « approvazione », che perfezionerebbe in via definitiva il procedimento.

Premesso che l'autorizzazione dell'assemblea giammai potrebbe impedire agli amministratori di rivalutare l'opportunità dell'operazione né, dunque, potrebbe produrre gli effetti propri di una « approvazione », in dottrina si è ritenuto pure che il procedimento autorizzativo regolato dallo statuto in ogni caso non possa prevedere che la delibera assembleare intervenga quale ultima fase, senza bisogno di un'ulteriore successiva (ri)determinazione degli amministratori, poiché questo meccanismo imporrebbe agli amministratori di riconvocare i soci ogniqualvolta circostanze sopravvenute richiedano una parziale modifica delle condizioni dell'atto approvato, pregiudicando le istanze di efficienza e tempestività dell'azione imprenditoriale²⁵⁷.

²⁵⁵ Così P. ABBADESSA e A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., 269 ss.; M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema di competenze*, cit., 336 ss.

²⁵⁶ Così ancora P. ABBADESSA e A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., 269 ss..

²⁵⁷ Così M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema di competenze*, cit., 336 ss..

Le considerazioni segnalate meritano di essere condivise, con la conseguenza che è inibita una previsione statutaria che irrigidisca oltre misura l'*iter* autorizzativo obbligando sempre gli amministratori a sottoporre all'approvazione dei soci l'operazione in programma puntualmente determinata e pronta ad essere eseguita. Nel contempo, però, si ammette una regolamentazione statutaria minima sufficiente ad assicurare che l'autorizzazione non sia resa « in bianco » ma intervenga su un singolo atto determinato, in misura tale che i soci esprimano un consenso informato.

Allo stesso modo, in mancanza di indicazioni puntuali nello statuto, si deve ritenere che gli amministratori possano rivolgersi all'assemblea per ottenerne l'assenso soltanto dopo aver programmato una concreta operazione (pur non definita in ogni aspetto) e, comunque, che possano autonomamente decidere di farlo anche al termine del procedimento, dopo che l'operazione sia stata completamente definita e dunque sia pronta per essere eseguita. Naturalmente, maggiore è il grado di specificazione degli elementi dell'atto programmato, maggiore è il controllo esercitabile dai soci in sede di autorizzazione.

In ogni caso, gli amministratori quando convocano l'assemblea per ottenerne l'autorizzazione devono preoccuparsi di illustrare e far conoscere l'atto che intendono compiere ai soci, nella misura – *variabile*, come visto, ma tale almeno che l'autorizzazione non sia resa in bianco – in cui lo hanno già concretamente programmato; inoltre, devono fornire ai soci tutte le notizie e le informazioni utili a valutarne gli effetti corrispondenti all'interesse della società.

Qualora lo statuto non stabilisca le modalità con cui gli amministratori devono assolvere i loro obblighi informativi nei confronti dell'assemblea, è ragionevole ritenere che gli amministratori debbano mettere a disposizione dei soci tutte le informazioni di cui questi ultimi hanno bisogno per esprimere un voto consapevole, in un congruo termine anteriore alla data fissata per l'adunanza, pur senza particolari formalità.

Al riguardo, possono trarsi elementi utili da quanto la legge prevede circa le autorizzazioni che essa stessa richiede, ad esempio in materia di operazioni sulle proprie azioni: sebbene sussistano differenze tra le prescrizioni contenute negli artt. 2357 e 2358 c.c., in entrambi i casi risulta che le fondamentali condizioni

dell'operazione devono essere rese note all'assemblea per essere specificamente oggetto di autorizzazione (ad es., l'art. 2357, comma 2, c.c. prevede che « l'acquisto deve essere autorizzato dall'assemblea, la quale *ne fissa le modalità* [...] »); infatti, è sottesa l'esigenza, comune anche a tutte le altre ipotesi di autorizzazione legale o statutaria, che gli azionisti, per mezzo dell'intervento autorizzativo, operino un controllo preventivo *effettivo* sull'operazione.

Quanto fin qui considerato conferma che gli atti di gestione per i quali lo statuto può richiedere l'autorizzazione dell'assemblea, *ex art. 2364, n. 5, c.c.*, restano di competenza degli amministratori: il passaggio assembleare si inserisce nel procedimento deliberativo per *integrare* il potere decisionale degli amministratori, che costoro hanno già quasi interamente esercitato prima di chiedere ai soci l'assenso necessario; per questo motivo i soci non hanno il potere di modificare le condizioni dell'operazione presentata, ma devono solo approvarla o respingerla. Se l'assemblea concede l'autorizzazione richiesta, gli amministratori possono compiere l'operazione programmata ma non hanno l'obbligo di farlo, potendo, a loro volta, ulteriormente valutare l'opportunità attuale dell'atto e/o definirne alcuni aspetti; di conseguenza, sono responsabili anche nei confronti della società (e non solo verso i terzi) degli atti compiuti a seguito dell'autorizzazione²⁵⁸.

Tuttavia, nonostante l'assenza di un vincolo per l'organo amministrativo, il positivo rilascio dell'autorizzazione da parte degli azionisti, che siano stati compiutamente informati sui termini economici e sui rischi dell'operazione, non è privo di rilievo giuridico: « esso, infatti, da un lato obbligherà gli amministratori che si siano poi astenuti dal compimento dell'operazione comunque a motivare le ragioni della scelta; dall'altro, costituirà criterio di cui tener conto in sede di scrutinio circa l'esistenza di una giusta causa di revoca o di una fattispecie di responsabilità [...] »²⁵⁹; in particolare, il giudice potrà tenere conto

²⁵⁸ Così precisa l'art. 2364, n. 5, c.c., ma l'indicazione è superflua in quanto la perdurante responsabilità del soggetto autorizzato si desume proprio dalla natura giuridica dell'atto di autorizzazione; in questo senso, infatti, già V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, 172.

²⁵⁹ M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema di competenze*, cit., 336 ss..

dell'autorizzazione ai fini del giudizio di (minore) colpevolezza degli amministratori chiamati a rispondere dell'atto autorizzato nei confronti della società²⁶⁰.

Nel diverso caso che l'assemblea neghi l'autorizzazione, agli amministratori sarà definitivamente precluso il compimento dell'operazione²⁶¹, almeno così come presentata all'assemblea.

Questa eventualità rivela che l'intervento dell'assemblea sotto forma di autorizzazione al compimento di atti di gestione consente agli azionisti « una penetrante ingerenza in senso ostativo al potere gestorio dell'organo amministrativo: dal momento che la [eventuale] negazione equivale ad un divieto, per gli amministratori, di compiere l'operazione [...] »²⁶². A ben vedere, dunque, la disciplina delle società per azioni permette allo statuto di riservare all'assemblea un potere decisionale a contenuto negativo, cioè un potere di veto (quale rovescio del potere di autorizzare), avente ad oggetto atti di gestione.

L'intervento autorizzativo dell'assemblea comporta la procedimentalizzazione di alcune scelte di gestione (eventualmente quelle più importanti) dell'organo amministrativo e fa acquisire agli azionisti i seguenti poteri: ottenere informazioni, concernenti non solo il singolo atto programmato ma anche, inevitabilmente, l'andamento generale della gestione e l'operato degli amministratori, dovendo questi ultimi motivarne la convenienza dell'operazione con riferimento a tutti gli elementi economico-finanziari affini; effettuare un controllo preventivo sull'atto oggetto dell'autorizzazione, grazie alle informazioni ricevute; vietare l'atto, qualora non siano stati convinti della sua opportunità.

²⁶⁰ Così F. GUERRERA, *La responsabilità deliberativa*, cit., 63, secondo il quale « non sembra che l'atto autorizzativo possa considerarsi perciò privo di rilevanza, ai fini del giudizio di colpevolezza (art. 2392 c.c.), sotto il profilo della *valutazione concreta* dell'interesse sociale e del rischio di impresa operata dai soci a maggioranza (o addirittura all'unanimità) in sede assembleare, sulla base di una *corretta illustrazione dell'operazione* da parte dell'organo amministrativo. Un conto è, infatti, salvaguardare la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità dei creditori, delle minoranze dissenzienti e dei soci che, comunque, non abbiano concorso ad approvare la delibera; altro conto sarebbe, invece, facultare i soci che hanno autorizzato l'operazione a *venire contra factum proprium*, chiamando gli amministratori a rispondere dei suoi esiti infausti, quand'anche preveduti o persino accettati. » (corsivo del testo).

²⁶¹ Con la precisazione, però, che trattandosi di delibera assembleare gli amministratori possono astenersi dal darle esecuzione, nei limiti in cui è loro riconosciuto il potere di controllare la legittimità delle delibere; potere che in questo caso equivale a compiere l'atto sul quale l'assemblea ha posto il veto, qualora in mancanza di attivazione possa derivare un danno che esporrebbe gli amministratori a responsabilità.

²⁶² G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 26, corsivo aggiunto.

Inoltre, il potere di autorizzare, che si traduce di fatto nel suo contrario, cioè nel potere di vietare, produce un effetto meno visibile ma molto importante, che è quello di obbligare gli azionisti e gli amministratori a consultarsi, confrontarsi e collaborare per la definizione di linee d'azione condivise, al fine di evitare o di superare la paralisi che segue il veto.

Resta da chiedersi, infine, se possa attribuirsi all'assemblea, *ex art. 2364, n.5, c.c.*, lo stesso potere previsto dall'*art. 2409-terdecies, comma 1, lett. f-bis, c.c.* in favore del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico. La disposizione sulle competenze del consiglio di sorveglianza stabilisce che, se previsto dallo statuto, esso « *delibera in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti* ».

Si può ritenere che il legislatore abbia inteso attribuire al consiglio di sorveglianza il potere di *approvare* le operazioni strategiche e i piani predisposti dall'organo amministrativo, con l'effetto di vincolare gli amministratori a dare attuazione ai piani e alle operazioni che abbiano ottenuto l'assenso del consiglio di sorveglianza, ma senza poterne modificare direttamente gli elementi costitutivi: quindi si tratterebbe di un potere, da un lato, minore di quello pienamente decisionale, che investe anche il contenuto dettagliato dei piani ed è riservato ai soli amministratori, dall'altro, maggiore di quello autorizzativo attribuibile all'assemblea²⁶³.

Seguendo questa interpretazione, le relative delibere del consiglio di sorveglianza si differenziano da quelle dell'assemblea assunte ai sensi dell'*art. 2364, n. 5, c.c.* per la loro efficacia vincolante nei confronti degli amministratori. Invece, la distinzione tra le due ipotesi è meno netta con riguardo all'oggetto delle delibere, perciò occorre precisare: mentre le « operazioni strategiche » rientrano certamente nella nozione di « atti » di cui all'*art. 2364, n. 5, c.c.* e si può solo dubitare della genericità della formula ove contenuta in una clausola statutaria, i « piani industriali e finanziari » non sono propriamente (singoli) « atti » di gestione, avendo piuttosto una funzione programmatica degli atti che verranno,

²⁶³ Cfr. M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema di competenze*, cit., 336 ss., nota 150. Sul tema si veda V. CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, 2009, 166 ss..

ciononostante non si ravvisano motivi che impediscano di intendere alla stregua di « atti » anche i « piani » relativi alla gestione, poiché, allo scopo di preservare le funzioni inderogabili degli amministratori e gli interessi connessi, è sufficiente distinguere gli *atti* dall'*attività*²⁶⁴.

Inoltre, proprio quando l'oggetto della deliberazione dell'assemblea concerne i piani industriali e finanziari, questa potrebbe operare (anche per il momento finale in cui interviene) come un'approvazione, anziché come una mera autorizzazione, parimenti alla deliberazione del consiglio di sorveglianza²⁶⁵; infatti, l'approvazione dell'assemblea avente ad oggetto atti dal contenuto programmatico (e non di dettaglio) in ogni caso non potrà valere, *sic et simpliciter*, ad esentare gli amministratori da responsabilità verso la società per gli (ulteriori) atti compiuti in attuazione dei piani, con la conseguenza che la distinzione tra autorizzazioni e approvazioni, basata sugli effetti che ne derivano, sfuma.

In conclusione, lo strumento delle autorizzazioni assembleari ci sembra possa essere impiegato proficuamente per realizzare il controllo analogo, dal momento che il potere autorizzativo conferisce all'assemblea e, per suo tramite, agli azionisti (uno, alcuni o tutti) una « influenza determinante » sugli atti (piani, programmi o decisioni) oggetto della delibera: sia quando uno solo di azionisti abbia il controllo della società *ex art.* 2359 c.c., cioè disponga di un'influenza dominante in assemblea che lo rende arbitro assoluto dell'autorizzazione o, al

²⁶⁴ Così M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema di competenze*, cit., 336 ss.; P. ABBADESSA e A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., 269 ss.; essi, inoltre, concordemente escludono che nel sistema dualistico, in presenza del consiglio di sorveglianza, possa attribuirsi all'assemblea la riserva ad autorizzare atti *ex art.* 2364, n. 5, c.c., temendo la sovrapposizione degli ambiti di intervento dei due organi.

²⁶⁵ Così G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 28, che pone in evidenza la naturale correlazione tra il potere di nomina e revoca degli amministratori ed il potere di indirizzo della gestione e di esame delle principali linee strategiche della società. Sulla possibilità che l'assemblea emani deliberazioni di indirizzo (cioè a contenuto programmatico), mediante le quali i soci esprimono la loro volontà in ordine al perseguimento di particolari obiettivi e/o la loro preferenza per talune modalità di conduzione dell'impresa o di attuazione dell'oggetto sociale; cfr. anche M. MAUGERI, *Le deliberazioni assembleari "consultive" nella società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2/2014, 143 ss.; G. GUIZZI, *Riflessioni intorno all'art. 2380-bis c.c.*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso, Cariello, Di Cataldo, Guerrera, Sciarrone Alibrandi, Torino, 2014, II, 1045. Infatti, nella misura in cui tali delibere non attengono al merito di singole scelte di gestione, ma definiscono obiettivi e condizioni cui deve tendere e conformarsi l'esercizio dell'impresa, non confliggono con la sfera di attribuzioni degli amministratori e quindi possono essere ritenute vincolanti. Si tratta di atti di indirizzo prevalentemente "politico", che salvaguardano le prerogative gestionali degli amministratori; qualora così non fosse, gli amministratori si riapproprierebbero della loro autonomia nelle scelte d'impresa.

contrario, del veto; sia quando più azionisti (che abbiano costituito una coalizione di maggioranza) dispongano ciascuno di un'influenza determinante, poiché, essendo il loro voto favorevole necessario per la formazione della maggioranza in seno all'assemblea chiamata ad autorizzare, l'espressione del voto contrario equivarrà ad un veto sull'atto. Qualora poi si ritenga, secondo l'opinione prevalente, che per configurare il controllo analogo congiunto non sia necessario che ciascun socio disponga di un'influenza determinante sugli obiettivi e sulle decisioni della società, il potere di veto (e dunque l'influenza determinante) sulle decisioni degli amministratori rileva in quanto esercitabile collegialmente da tutti gli azionisti, cioè appunto dall'assemblea.

3. I poteri dell'azionista pubblico in relazione agli spazi offerti all'autonomia statutaria dall'art. 16, comma 3, lettera a), T.U.

La riforma delle società, come si è osservato, ha ridotto le competenze dell'assemblea di società per azioni e ha rafforzato i poteri degli amministratori: questa tendenza legislativa trova massima espressione nell'art. 2380-*bis*, comma 1, c.c., che afferma – acquisendo un'importante valenza sistematica – la spettanza esclusiva agli amministratori della gestione dell'impresa sociale.

La scelta è stata ispirata soprattutto dai valori dell'efficienza e dell'agilità decisionale, connessi altresì alla « necessaria specializzazione della funzione di gestione » (*ex art. 2392, comma 1, c.c.*), che connotano la società per azioni in quanto considerata il « modello più affinato di organizzazione dell'impresa, cui si ricorre con il crescere delle dimensioni e della complessità dell'attività », e, come tale, dotata di una « naturale vocazione alla raccolta tra il pubblico del capitale di rischio, con conseguente oggettivazione e spersonalizzazione dell'investimento in cui la partecipazione sociale si concreta »²⁶⁶.

Quanto più crescono le dimensioni dell'impresa, il capitale è frazionato e si diversificano le forme di investimento, tanto più aumentano gli interessi coinvolti nell'esercizio dell'attività produttiva (e lucrativa) meritevoli di considerazione: in tale situazione, gli amministratori assolvono ad una funzione di interpreti della

²⁶⁶ G. GUIZZI, *Riflessioni*, cit., 1044.

pluralità di interessi rilevanti ed arbitri della composizione e dell'equilibrio fra essi, perciò vengono opportunamente individuati come depositari del buon governo della società, con attribuzione, allo scopo, di poteri autonomi.

La disciplina che tende ad isolare gli amministratori dall'assemblea è, però, poco confacente alle società per azioni prive delle caratteristiche indicate, cioè quelle con base azionaria ristretta e di dimensioni economiche modeste, pure esistenti. In esse normalmente i soci auspicano una maggiore partecipazione alle scelte di impresa, essendo motivati anche dall'interesse per l'attività piuttosto che da ragioni di mero investimento finanziario²⁶⁷. Tali istanze partecipative risultano visibilmente penalizzate dalla svolta manageriale impressa dalla riforma alla disciplina delle società per azioni. Peraltro, si deve evidenziare la recente modifica dell'art. 2327 c.c. (D.L. n. 91/2014, convertito con modificazioni nella L. 116/2014) che, fissando l'ammontare minimo del capitale sociale in euro cinquantamila, contraddice l'idea che il tipo s.p.a. sia particolarmente adeguato alle società di grandi dimensioni ed incentiva anche le imprese di minori dimensioni a preferire tale veste giuridica.

Tra le società per azioni "chiuse" si annoverano anche le società a partecipazione pubblica che erogano servizi pubblici o servizi strumentali all'ente. Queste ultime, dunque, hanno risentito della scarsa (o assente) derogabilità dei criteri di ripartizione legale di competenze tra gli organi assembleare e amministrativo, che impedisce ai soci pubblici, almeno apparentemente, di ingerirsi nelle scelte relative alle modalità di attuazione dell'oggetto sociale²⁶⁸.

Tale limite è stata avvertito soprattutto con riferimento alla possibilità di adeguare lo statuto della società al modello *in house*, il quale esigerebbe, sotto forma del requisito del controllo analogo, l'apposizione di un vincolo giuridico alla discrezionalità degli amministratori nell'individuazione degli obiettivi cui la gestione

²⁶⁷ La dottrina in passato, contrapponendo idealmente due fondamentali istanze, corrispondenti ad altrettante tipologie socio-economiche di società accomunate dalla stessa veste giuridica azionaria, una « efficientistica », l'altra « partecipativa », rintracciava nell'allora vigente diritto azionario una soluzione di compromesso, idonea ad assecondare entrambe le cennate istanze; cfr. P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 53; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 123.

²⁶⁸ In realtà, in precedenza abbiamo evidenziato che lo strumento delle autorizzazioni assembleari previste dallo statuto consente un coinvolgimento degli azionisti nella gestione, a nostro giudizio in misura sufficiente per il controllo analogo.

deve tendere, affinché l'attività della società sia sempre rispondente all'interesse dell'ente pubblico controllante.

Consapevole di ciò, il legislatore del Testo Unico ha ritenuto opportuno garantire maggiore flessibilità statutaria nella ripartizione di competenze alle società per azioni a partecipazione pubblica, *in house* ma anche miste (artt. 16 e 17 T.U.), e per farlo è intervenuto a rendere derogabile l'art. 2380-*bis* c.c., che era avvertito come il principale ostacolo all'attuazione del controllo analogo.

La vicenda delle società a partecipazione pubblica dimostra che allorquando l'organizzazione societaria si apre al perseguimento di interessi diversi dallo scopo di lucro (pur senza rinnegare quest'ultimo e senza compromettere la redditività della società), come ormai si riconosce per le società "strumentali" di enti pubblici e per quelle di servizio pubblico – nelle quali l'interesse pubblico visibilmente non resta al margine della società (benché sia comunque difficile integrarlo del tutto con la causa lucrativa) –, l'autonomia degli amministratori comprensibilmente viene limitata, perché la determinazione in concreto dell'interesse pubblico (interesse nella titolarità dei soci in quanto enti pubblici e non viceversa) e la misura del suo bilanciamento con il fine di lucro (nei limiti della gestione economica) non può spettare agli amministratori, trattandosi di valutazioni e scelte politiche e non tecniche. Nel momento stesso in cui si attenua l'esigenza di efficienza connessa allo scopo lucrativo, cresce l'esigenza democratica connessa ad una funzione parzialmente nuova (non economica né lucrativa) svolta dalla società.

L'interpretazione teleologica dell'art. 16, comma 3, lettera *a*), T.U. consente di intendere il richiamo indiscriminato all'art. 2380-*bis* c.c., che nei commi successivi al primo disciplina la composizione dell'organo amministrativo, come riferito soltanto al primo comma dell'articolo, che definisce la funzione amministrativa attribuita agli amministratori. Per chiarire il significato di una formula tanto generica e ambigua, quale quella della norma ora citata, e i limiti della derogabilità dell'art. 2380-*bis*, comma 1, c.c. occorre soffermarsi dapprima su quest'ultima disposizione.

3.1 Il principio della competenza gestionale esclusiva degli amministratori.

L'art. 2380-*bis*, comma 1, c.c., introdotto dalla riforma delle società di capitali, enuncia per la prima volta il principio secondo cui « la gestione dell'impresa spetta *esclusivamente* agli amministratori, i quali *compiono* le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale ». La disciplina originaria delle s.p.a. non conteneva un'analogia disposizione sulla competenza gestionale degli amministratori: è opportuno comprendere, però, quale sia la vera portata innovativa dell'art. 2380-*bis* c.c.

Già prima della riforma era pacificamente condivisa dagli interpreti l'idea – nuova rispetto al previgente codice di commercio – che gli amministratori di s.p.a. non derivassero i loro poteri dall'assemblea « sovrana », dalla quale altrimenti sarebbero stati dipendenti alla stregua di mandatari, bensì direttamente dalla legge, che attribuiva loro una competenza istituzionale generale all'esercizio dell'impresa sociale: pertanto essi avrebbero potuto e dovuto esercitare in via autonoma tale competenza, ad eccezione che per i limiti espressi²⁶⁹.

Il fondamento normativo di questa opinione era plurimo; in particolare, veniva ravvisato nell'art. 2384, comma 1, (vecchio testo) c.c., che stabiliva « gli amministratori che hanno la rappresentanza della società possono compiere *tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale*, salvo le *limitazioni* che risultano dalla legge o dall'atto costitutivo », nell'art. 2394 c.c., che affermava la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali « per l'inosservanza degli obblighi inerenti la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale » e da cui risultava la funzione di salvaguardia degli interessi (anche) dei terzi svolta dagli amministratori, ed infine, indirettamente, nell'art. 2364, comma 1, n. 4, c.c., che delimitava le competenze dell'assemblea in materia di gestione della società²⁷⁰.

Potrebbe sembrare, quindi, che l'art. 2380-*bis*, comma 1, c.c. abbia soltanto esplicitato un principio immanente nell'ordinamento già prima della riforma, ma l'avverbio « *esclusivamente* », riferito alla gestione esercitata dagli amministratori, impedisce di arrestarsi a questa conclusione: non soltanto l'organo amministrativo è quello istituzionalmente competente, in via generale, a gestire l'impresa sociale,

²⁶⁹ P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 29 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 106 ss.

²⁷⁰ Così G. MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., 219.

ma la sua competenza in materia è pure « esclusiva », cioè esclude (e non può concorrere con) quella di altri organi.

Prima della riforma, invece, gli amministratori erano riconosciuti titolari per legge di una competenza generale sulla gestione, che in parte veniva limitata da alcune competenze legali dell'assemblea²⁷¹ ed in altra parte era suscettibile di ulteriori limitazioni ad opera dell'autonomia privata²⁷². Soprattutto l'originario art. 2364, comma 1, n. 4, c.c., consentendo all'assemblea ordinaria di « *delibera[re] sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo*, o sottoposti al suo esame dagli amministratori, [...] », poteva ampliare in misura significativa l'ambito delle decisioni dell'assemblea, a discapito della discrezionalità degli amministratori.

Peraltro, alcuni Autori interpretavano restrittivamente la disposizione appena citata e consideravano non realmente derogabile la ripartizione legale delle competenze tra organo amministrativo ed assemblea, nel senso che l'assemblea non avrebbe potuto, al di fuori dei casi previsti dalla legge, deliberare in materia di gestione vincolando gli amministratori a dare esecuzione alla propria volontà: questi ultimi avrebbero comunque potuto rivalutare liberamente il compimento dell'atto; l'unico effetto prodotto dalla delibera assembleare sarebbe stato l'esclusione della responsabilità nei confronti della società per gli amministratori che l'avessero eseguita²⁷³. Si argomentava, infatti, che gli amministratori, non potendo essere al contempo obbligati a dare esecuzione alle istruzioni assembleari e responsabili verso creditori e/o soci o terzi per gli atti compiuti, non fossero obbligati affatto ad eseguire le delibere dell'assemblea su argomenti che l'ordinamento attribuiva alla loro competenza (poiché nemmeno potevano non essere responsabili)²⁷⁴.

²⁷¹ Così P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 4; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea*, cit., 109 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 2 ss. Quali esempi di delibere gestionali per legge di competenza dell'assemblea gli autori citati menzionavano: le decisioni relative alla gestione finanziaria della società (destinazione degli utili, emissione di obbligazioni, aumento e riduzione del capitale); la fusione; l'autorizzazione all'acquisto di azioni proprie; la domanda di concordato preventivo e fallimentare; la proposizione, la rinuncia e la transazione dell'azione sociale di responsabilità.

²⁷² Così G. MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., 218 ss.; P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 3; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea*, cit., 112.

²⁷³ Così F. BONELLI, *Gli amministratori*, cit., 10 e 12. Per ulteriori riferimenti bibliografici alla dottrina sostenitrice della tesi dell'efficacia non vincolante delle delibere assembleari si veda V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea*, cit., 144 ss., il quale assume posizione critica nei confronti della dottrina citata.

²⁷⁴ F. BONELLI, *Gli amministratori*, cit., 10 s.

In realtà, anche chi riconosceva l'efficacia vincolante delle deliberazioni dell'assemblea *ex art. 2364, comma 1, n. 4, c.c.*, ammetteva che gli amministratori potessero sottrarsi all'esecuzione della delibera assembleare (non liberamente, ma solo) in presenza di condizioni – delibera illegittima e potenzialmente dannosa per la società; delibera potenzialmente dannosa per i terzi²⁷⁵; delibera assunta in mancanza di adeguate informazioni; sopravvenienza, rispetto alla delibera, di nuove circostanze rilevanti – che avrebbero determinato con elevata probabilità l'insorgere della responsabilità degli amministratori e che quindi rendevano giustificato, legittimo e finanche doveroso (a tutela degli interessi di volta in volta rilevanti) il rifiuto di costoro di eseguire la delibera²⁷⁶.

Ma il potere originariamente riconosciuto all'assemblea non trova più spazio nell'attuale *art. 2364, n. 5, c.c.*, che consente, come osservato, soltanto delibere che autorizzano il compimento di atti degli amministratori. A questo punto, risalta il significato precettivo dell'*art. 2380-bis, comma 1, c.c.*: il carattere esclusivo della competenza gestionale degli amministratori è riferibile, prima che all'attuazione dell'oggetto sociale e, dunque, al compimento degli atti di impresa necessari (come emerge dalla correlazione tra la prima e la seconda proposizione del primo comma), alla decisione (e correlata responsabilità) circa gli atti da compiere, che non può essere rimessa all'assemblea, essendo impedita nell'acquisizione di nuove competenze *ex art. 2364, n. 5, c.c.*

Pertanto, l'*art. 2380-bis c.c.*, in combinato disposto con l'*art. 2364, n. 5, c.c.*, definisce i rapporti tra l'organo amministrativo e quello assembleare distinguendo le aree di rispettiva competenza.

Naturalmente, l'*art. 2380-bis c.c.* non è contraddetto dalle norme che attribuiscono all'assemblea il potere di decidere o approvare atti aventi rilevanza gestionale, perché la validità del principio che esprime va rapportata all'ambito operativo del principio stesso: il principio della competenza esclusiva degli amministratori ha

²⁷⁵ Sulla responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali in relazione alle delibere dell'assemblea, V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 212 ss.

²⁷⁶ Così P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 61 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea*, cit., 183 ss.

valore non assoluto, bensì relativo – ai soli rapporti tra l'organo amministrativo e l'assemblea che siano privi di specifica disciplina – e formale²⁷⁷.

Una competenza esclusiva in senso assoluto degli amministratori è pur ravvisabile (e lo era già prima della riforma) nel potere di compiere gli atti di impresa e, così, di dare esecuzione alle delibere che li abbiano previsti, come vedremo meglio in séguito²⁷⁸.

3.2 *Le clausole in deroga all'art. 2380-bis, comma 1, c.c.*

Così come l'art. 2380-bis c.c. afferma un principio la cui portata si desume dal contesto normativo nel quale è inserito, anche la disposizione che ammette « clausole [statutarie] in deroga all'art. 2380-bis » deve essere integrata con riferimento a quelle stesse norme che delimitano l'ambito di applicazione del principio, tra cui l'art. 2364, n. 5, c.c., la cui imperatività (nel divieto implicito di attribuire nuove competenze all'assemblea) pure deve considerarsi attenuata, nonostante il legislatore non lo preveda espressamente.

Pertanto, la derogabilità dell'art. 2380-bis c.c. dovrebbe consentire allo statuto di attribuire all'assemblea il potere di deliberare su argomenti attinenti alla gestione

²⁷⁷ La validità del principio non è intaccata dalla possibilità che gli amministratori subiscano un condizionamento, di diritto o di fatto, nelle proprie scelte da parte di soci o terzi, proprio perché ciò è irrilevante per la società e non altera i rapporti interni né attenua la responsabilità degli amministratori. Allo stesso modo, l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, il riconoscimento della cui legittimità attribuisce giuridicità al potere corrispondente, non è idoneo ad escludere l'operatività dell'art. 2380-bis c.c., che infatti non è derogato dagli artt. 2497 ss. c.c., perché la soggezione della società nei confronti dell'ente o società capogruppo non priva la prima della personalità giuridica né, dunque, i suoi organi delle proprie funzioni (e responsabilità), che possono soltanto essere declinate diversamente. Così, P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi*, cit., 334, che definisce l'art. 2380-bis « come mera *regula finium regundorum* tra amministratori e soci relativamente agli atti di gestione » e rispetto all'attività di direzione e coordinamento afferma che « l'autonomia decisionale – sotto il profilo sia del potere sia delle responsabilità – degli amministratori è confermata, ma nel quadro delle direttive programmatiche (purché legittime) di gruppo »; G. GUIZZI, *Riflessioni*, cit., 1051 ss.; G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 32.

²⁷⁸ Così P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 63 e 75 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 188 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori*, cit., 5; ID., *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 7 e 9.

con efficacia vincolante nei confronti degli amministratori, rendendo non più esclusiva la competenza decisionale di costoro in materia²⁷⁹.

La genericità della formula contenuta nell'art. 16, comma 3, lettera a), T.U., rende necessario, però, che si verifichi l'esistenza di condizioni e/o limiti al trasferimento di competenze in favore dell'assemblea.

Anzitutto, la connessione già richiamata tra gli artt. 2380-*bis* e 2364, n. 5, c.c. circoscrive la possibilità di deroga al solo carattere *esclusivo* della competenza *deliberativa* degli amministratori, nel senso che gli amministratori in ogni caso non possono essere privati delle funzioni istituzionali loro spettanti ("amministrative"), che comprendono anche la competenza a deliberare in via generale in materia di gestione.

Inoltre, l'ammissibilità di « clausole *in deroga* all'art. 2380-*bis* c.c. », anziché di clausole *che derogano* all'art. 2380-*bis* c.c., esclude anche che si possa derogare genericamente al principio di esclusività della competenza (deliberativa) gestionale degli amministratori. Le clausole, invece, devono indicare in modo puntuale la misura in cui opera la deroga, cioè i casi in cui il potere deliberativo dell'assemblea sostituisce quello degli amministratori, trovandosi così a concorrere con esso.

Il legislatore, però, non prescrive soltanto un criterio di redazione, in quanto la specificità delle clausole di deroga si traduce altresì in limitatezza delle decisioni trasferibili alla competenza assembleare: le clausole derogatorie individuano gli atti di gestione che sono eccezionalmente sottratti alla competenza generale degli amministratori e che, in quanto tali, devono essere numericamente limitati.

Anche rispetto alle competenze deliberative degli amministratori, tuttavia, ve ne sono alcune considerate, per opinione consolidata, affatto incedibili all'assemblea, le quali costituiscono un limite all'operatività dell'art. 16, comma 3, lettera a), T.U., implicitamente desumibile dalla disciplina generale delle società per azioni e connessa a quella esigenza minima di funzionalità nella gestione dell'impresa che

²⁷⁹ Ma cfr. P. PETTITI, *Gestione e autonomia*, cit., 43 ss., che non ravvisa l'utilità di una deroga alla regola che rimette in via esclusiva agli amministratori la gestione dell'impresa sociale, considerando che, da un lato, il controllo analogo sia assimilabile al controllo previsto dal codice civile e che, dall'altro, l'organo amministrativo sia già vincolato al rispetto delle indicazioni e dei limiti relativi alle modalità di esercizio dell'attività risultanti da un'adeguata delimitazione statutaria dell'oggetto sociale.

riguarda anche le imprese azionarie di dimensioni non grandi. In particolare, si considera riservata ai soli amministratori la cd. “gestione corrente”, cioè quel complesso di operazioni e decisioni che attengono al corso ordinario degli affari, perché l’intervento assembleare in queste ipotesi comprometterebbe gravemente la tempestività delle scelte decisionali e l’efficienza produttiva dell’impresa sociale ²⁸⁰. L’assemblea degli azionisti, infatti, è per sua composizione, struttura e modalità di funzionamento inidonea ad essere continuativamente coinvolta nella gestione dell’impresa²⁸¹. A maggior ragione questo limite alla devoluzione di argomenti alla cognizione assembleare sembra destinato ad operare in presenza di un’assemblea costituita da azionisti pubblici, per loro natura privi dell’agilità decisionale necessaria per l’assunzione di scelte tempestive²⁸².

Inoltre, gli amministratori restano in ogni caso titolari del potere di iniziativa in ordine alle decisioni di impresa su cui l’assemblea è chiamata a deliberare: essi hanno il compito di convocare l’assemblea e di proporre alla sua approvazione gli atti opportuni in relazione alle circostanze di luogo e tempo e il cui contenuto essi hanno elaborato in coerenza con la restante attività di gestione già espletata e/o soltanto programmata²⁸³. L’inserimento dell’atto, oggetto della competenza statutaria dell’assemblea, in un contesto di attività gestionale condotta dall’organo

²⁸⁰ L’opinione si era formata in dottrina già con riferimento al precedente sistema flessibile di competenze imperniato sull’originario art. 2364, n. 4, c.c.; così V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell’impresa*, cit., 311 ss., il quale, nel definire la gestione corrente come la sfera minima e irriducibile delle competenze dell’amministratore di società per azioni, la identifica in « quel complesso di atti e di decisioni che assicurano la funzionalità e la continuità dell’attività imprenditoriale soltanto se affidate a chi si occupa permanentemente dell’amministrazione della società »; l’Autore ha cura anche distinguere il concetto di gestione corrente da quello di “ordinaria amministrazione”.

²⁸¹ V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell’impresa*, cit., 303 ss.

²⁸² Lo evidenzia anche P. PETTITI, *Gestione e autonomia*, cit., 45 e 56 s., secondo la quale, anzi, dovrebbe essere minima l’alterazione delle regole organizzative proprie della società per azioni, nel complesso delle quali si riscontrano le ragioni di efficienza, snellezza ed efficacia che inducono alla predilezione dello strumento societario da parte dei pubblici poteri. Secondo l’Autrice, « per quanto gli amministratori della controllata siano soggetti alle direttive e alle linee guida della controllante, a loro deve restare sempre rimessa la gestione dell’impresa, nei termini che si sono sopra evidenziati, anche in ragione della incapacità e della assenza di dinamicità del socio pubblico controllante nel gestire l’impresa. ».

²⁸³ Così V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell’impresa*, cit., 294, secondo il quale « se anche il potere decisionale si ripartisce fra l’assemblea e gli amministratori ed entrambi gli organi partecipano alla realizzazione dell’attività gestionale necessaria al conseguimento dell’oggetto sociale, sugli amministratori incombe un obbligo di partecipare all’attività gestoria e di rendersene *promotori* che, invece, non sussiste per i soci » (corsivo aggiunto). Il potere di iniziativa degli amministratori è rimarcato anche da F. BONELLI, *Gli amministratori*, cit., 1 ss.

amministrativo rende improbabile un'autonoma iniziativa dei soci ai sensi dell'art. 2367 c.c.

Connesso a tale potere/dovere è l'obbligo informativo verso gli azionisti: la proposta deve essere presentata all'assemblea corredata di tutti i dati e le indicazioni utili a rendere gli azionisti edotti degli effetti e dell'opportunità dell'atto stesso.

In realtà, occorre chiedersi se l'iniziativa che gli amministratori devono assumere con riferimento alle scelte di gestione su cui delibera l'assemblea sia, oltre che doverosa, giuridicamente necessaria e quindi esclusiva, oppure corrisponda ad un criterio di normalità ed elevata probabilità, con la possibilità di essere sostituita da un'iniziativa dei soci.

La differenza tra le due ipotesi emerge in tema di competenze assembleari previste dalla legge, allorché talvolta la delibera mostra il carattere di una « decisione » piena, nel senso che la volontà dei soci conforma il contenuto dell'atto e quindi i soci stessi possono presentare la relativa proposta, talaltra il carattere di una « approvazione », tale che la delibera interviene necessariamente all'esito di una sequenza procedimentale avviata dagli amministratori, con l'effetto di chiuderla, e i soci si pronunciano su un progetto redatto dagli amministratori, di regola insuscettibile di modifica diretta da parte dell'assemblea²⁸⁴. In realtà, la tipologia delle competenze legali dell'assemblea appare più frastagliata e ciascuna fattispecie tende a presentare aspetti peculiari diversi dalle altre, ragione per cui non è poi facile ricondurre le competenze nell'una o nell'altra delle categorie descritte²⁸⁵.

Pertanto, con riferimento alle competenze conferibili all'assemblea dallo statuto ai sensi dell'art. 16, comma 3, lettera a), T.U., non sembra opportuno insistere sulla

²⁸⁴ La distinzione è tracciata in termini così netti da M. MAUGERI, *Le deliberazioni assembleari "consultive" nelle società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, 143 ss.: tra le delibere del secondo tipo (approvazione) egli elenca quelle aventi ad oggetto il bilancio di esercizio o il progetto di fusione/scissione. Tra le delibere del primo tipo (decisione) invece dovrebbero rientrare, senza pretesa di completezza, quelle che promuovono l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori o quelle che determinano gli « opportuni provvedimenti » ai sensi dell'art. 2446, comma 1, c.c., tra cui parte della dottrina ritiene comprese anche vere e proprie decisioni aziendali: si esprimono così di recente, P. ABBADESSA e A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., 269 ss.; G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 27; ma l'opinione è molto più risalente, si veda V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 117, nota 64.

²⁸⁵ Cfr. P. ABBADESSA e A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., 269 ss., che più dettagliatamente danno conto dei poteri degli amministratori e dell'assemblea in relazione alle principali competenze deliberative di rilevanza gestionale riconosciute all'assemblea dalla legge.

distinzione tra decisione e approvazione per limitare l'intervento assembleare ad una sola di queste modalità deliberative, in assenza di alcuna preclusione normativa.

Comunque, è ragionevole attendersi che l'iniziativa provenga dagli amministratori, i quali presentano una proposta di dettaglio all'assemblea, che potrà o limitarsi ad approvarla oppure modificarne qualche aspetto in collaborazione con gli amministratori medesimi.

Altra questione è se l'assemblea possa rivolgere raccomandazioni agli amministratori di propria iniziativa o, più precisamente, su iniziativa dei soci ai sensi dell'art. 2367 c.c. Anche in questo caso la risposta deve essere affermativa: pertanto, gli amministratori saranno tenuti a convocare l'assemblea su richiesta dei soci allo scopo di emanare raccomandazioni o dare pareri, non previamente richiesti, in ordine a futuri atti di gestione come individuati dagli stessi soci richiedenti la convocazione.

Inoltre, lo statuto può riconoscere all'assemblea il potere di emanare « direttive » vincolanti in funzione di indirizzo della gestione, cui gli amministratori dovranno attenersi nelle successive scelte, ma senza che sorga un preciso obbligo di esecuzione, non essendo oggetto della delibera il compimento di specifici atti di gestione. Tale possibilità sussiste certamente *ex art.* 16, comma 3, lettera a), T.U. in quanto risponde alla logica di valorizzare il dialogo tra amministratori e soci affinché l'attività dei primi soddisfi le esigenze della compagine sociale, anche di quelle manifestate *durante societate*; d'altronde, anche nelle società per azioni di diritto comune, soprattutto a base sociale ristretta, si potrebbe ravvisare analogo potere in capo all'assemblea²⁸⁶.

In conclusione, per l'interpretazione che abbiamo fornito della formula dell'art. 16, comma 3, lettera a), T.U., nel senso di un recupero di centralità dell'assemblea (che costituisce un "ritorno al passato"), meglio avrebbe fatto il legislatore ad ampliare espressamente le competenze dell'assemblea ed a modificare l'art. 2364, n. 5, c.c., eventualmente introducendo una disposizione ispirata alla versione originaria dell'art. 2364, n. 4.

²⁸⁶ I soci potrebbero così esprimere la loro volontà in ordine al perseguimento di particolari obiettivi e/o la loro preferenza per talune modalità di conduzione dell'impresa o di attuazione dell'oggetto sociale, con l'effetto di attualizzare l'interesse sociale che gli amministratori devono perseguire; cfr. M. MAUGERI, *Le deliberazioni assembleari "consultive"*, cit., 159 ss.

Infine, è opportuno ribadire che il trasferimento di competenze può, a nostro avviso, operare soltanto a vantaggio dell'assemblea, anziché direttamente dell'azionista pubblico, perché sia l'art. 2380-*bis* c.c. sia, di conseguenza, la clausola in sua deroga concernono l'organizzazione societaria e la ripartizione di competenze al suo interno: l'organizzazione corporativa consta dell'organo assembleare (oltre che di quello amministrativo e di controllo), mentre non riconosce alcun ruolo o funzione all'azionista in quanto tale (con l'unica eccezione, già segnalata, della nomina diretta di componenti dell'organo amministrativo o di controllo da parte dell'azionista pubblico); a costui, pertanto, lo statuto non può conferire un potere decisionale che l'ordinamento delle società per azioni non abbia almeno astrattamente previsto.

Escludiamo anche la possibilità che la clausola derogatoria dell'art. 2380-*bis*, comma 1, c.c. riconosca una competenza gestionale direttamente all'azionista pubblico per legittimare un'etero-direzione: in questo caso, infatti, la deroga non occorrerebbe, avendo l'art. 2380-*bis* c.c. un diverso ambito di applicazione, come dimostra la pacifica convivenza della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento con il principio della competenza esclusiva degli amministratori nella gestione, senza che la prima necessiti della disattivazione del secondo.

In presenza di un'attività di etero-direzione nei confronti della società, il rapporto di soggezione si instaura tra la società ed il socio – che svolge un'attività che trascende l'esercizio dei diritti sociali anche rispetto ad una partecipazione di maggioranza – senza alterare la struttura corporativa che costituisce l'organizzazione della società e la ripartizione delle funzioni tra i suoi organi. Il passaggio da società “autonoma” a società “dipendente” (o etero-diretta) non si verifica privando la società del suo organo amministrativo né questo delle sue competenze, ma vincolandolo ad esercitarle in conformità alla condizione di dipendenza della società, poiché la società, seppur dipendente, è persona giuridica distinta da chi la etero-dirige e non può formalmente abdicare al governo di se stessa.

È tanto vero che gli amministratori della società etero-diretta restano titolari della funzione amministrativa e non diventano (formalmente né sostanzialmente) meri esecutori delle decisioni altrui (così si argomenta anche *ex art. 2497-ter* c.c.), che

essi continuano a rispondere, in solido con la capogruppo, degli atti di gestione compiuti, seppure conformi alle direttive ricevute da chi esercita attività di direzione e coordinamento, in violazione delle condizioni di liceità di cui all'art. 2497 c.c. e pregiudizievoli per la società etero-diretta ed i suoi soci di minoranza e creditori, mutando soltanto il parametro per valutare la responsabilità (osservanza o meno dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società etero-dirette)²⁸⁷.

Quindi, la previsione legislativa che consente di derogare all'art. 2380-bis c.c. implicitamente esclude che il controllo analogo si configuri come attività di direzione e coordinamento da parte dell'azionista pubblico e, più in generale, come etero-direzione di società (legittimandola per il perseguimento di finalità pubbliche); piuttosto, la norma in commento esige che l'emersione dell'interesse pubblico avvenga all'interno della società e per il tramite della sua organizzazione secondo modalità, quali l'ampliamento delle materie di cognizione assembleare, che in ogni caso non sovrappongono le prerogative dei soci a quelle degli amministratori, restando ben distinto il ruolo degli uni e degli altri – i primi destinatari dei risultati della gestione e i secondi gestori di un patrimonio altrui – cosicché solo i secondi sono chiamati a rispondere per cattiva gestione²⁸⁸.

L'attribuzione di competenze deliberative all'assemblea, anziché direttamente all'azionista pubblico, non pregiudica l'acquisizione della titolarità del controllo analogo da parte del singolo socio pubblico, essendo quest'ultima ravvisabile nell'influenza dominante esercitabile in assemblea dell'azionista di maggioranza.

Infine, occorre escludere che l'art. 16, comma 2, lettera a), T.U. autorizzi la sottrazione di competenze gestionali all'organo amministrativo per affidarle ad organi atipici, quali gli statuti di società *in house* hanno, non di rado, previsto. Infatti, una disposizione tanto sintetica e poco esplicita come quella in

²⁸⁷ Cfr. G. GUIZZI, *Riflessioni*, cit., 1051 ss.

²⁸⁸ Così anche P. PETTITI, *Gestione e autonomia*, cit., 55 ss., la quale evidenzia che l'esigenza di rafforzamento delle responsabilità dell'organo amministrativo, a tutela di interessi che trascendono quelli individualistici e privati, urta contro la rappresentazione (ricorrente ma fallace) di una soggezione passiva della funzione amministrativa al socio pubblico. L'Autrice, pertanto, sottolinea che la soluzione più opportuna per l'attuazione del controllo analogo – e che risulta quella prescelta dal legislatore – « va in senso opposto alla tesi di “esternalizzazione” della gestione a favore del socio pubblico e di svuotamento dei poteri gestori, consolidando piuttosto gli stessi poteri in seno all'organizzazione sociale » (p. 63).

commento deve essere interpretata in senso restrittivo, autorizzando deroghe alle norme del codice civile nei limiti di stretta proporzionalità con le finalità legislative e tenendo conto del contesto in cui le norme medesime si inseriscono, che non prefigura la costituzione di organi sociali ulteriori²⁸⁹. D'altronde, l'art. 11, comma 9, lettera *d*), T.U. espressamente vieta l'istituzione di organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società. In ultima analisi, poi, come si è già avuto modo di constatare in precedenza in sede di esame degli statuti di società *in house*, tali organi ed organismi variamente denominati (comitati, etc.), quando previsti, svolgono perlopiù funzione di coordinamento tra le Amministrazioni partecipanti al capitale della società, ma nell'esercizio di compiti – definizione di obiettivi, sorveglianza e verifica sul rispetto degli stessi – propri delle Amministrazioni in quanto tali, perché connessi all'affidamento dei servizi che la società deve gestire, e quindi hanno scarsa o nulla attinenza con la ripartizione di competenze tra gli organi sociali.

3.3 Competenze assembleari in materia di gestione e responsabilità degli amministratori.

Dopo aver analizzato l'operatività della deroga alla ripartizione legale delle competenze nelle società per azioni, autorizzata dall'art. 16, comma 2, lettera *a*), T.U., che rende il potere deliberativo degli amministratori in materia di gestione potenzialmente concorrente con quello dell'assemblea, dobbiamo verificare come questa scelta organizzativa interagisca con le fattispecie di responsabilità degli amministratori nei confronti della società, dei creditori e dei singoli soci o terzi. Tale sistema di responsabilità si collega, da un lato, agli obblighi di corretta gestione nell'interesse della società e agli obblighi conservativi del patrimonio nell'interesse dei creditori della società (artt. 2392 e 2394 c.c.) e, dall'altro, al

²⁸⁹ Sul principio di proporzionalità nell'interpretazione delle disposizioni del T.U. che prevedono deroghe al codice civile, con particolare riferimento alle società *in house*, v. E. CODAZZI, *Le "nuove" società in house*, cit., 15 e 22 ss.

generale dovere di *neminem laedere* nell'esercizio della funzione amministrativa (art. 2395 c.c.)²⁹⁰.

La disciplina delle società per azioni instaura una relazione tra la competenza gestionale degli amministratori e la responsabilità (da illecito) per gli atti di esercizio della funzione, tale da far ritenere che, almeno quando la responsabilità degli amministratori è esclusiva (così per la violazione degli obblighi inerenti alla funzione²⁹¹), debba essere esclusivo il potere deliberativo in materia di gestione, ovvero il potere di operare le scelte dalle quali potrebbe insorgere una responsabilità. Così ragionando, già prima della riforma delle società di capitali e dell'introduzione dell'art. 2380-*bis* c.c. la competenza deliberativo-gestionale degli amministratori avrebbe dovuto considerarsi *esclusiva*, in ragione della responsabilità che gli amministratori assumono su di sé per gli atti compiuti, e nemmeno l'art. 2364, n. 4, c.c. allora vigente avrebbe consentito un *effettivo* trasferimento di competenze deliberative all'assemblea, perché gli amministratori in ogni caso non sarebbero stati vincolati a dare esecuzione alle delibere assembleari in materia di

²⁹⁰ Prevale, infatti, l'opinione che riconosce natura extracontrattuale a questa ipotesi di responsabilità: si veda, tra gli altri, V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per « danno diretto » agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2007, 900 ss.. Tuttavia, non manca chi riconosce natura contrattuale alla responsabilità prevista dall'art. 2395 c.c., rilevando che essa si fonda sempre sull'inadempimento di preesistenti obblighi posti dalla legge o dallo statuto: così, F. BONELLI, *Gli amministratori*, cit., 225 s.; ID., *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 4, Torino, 1991, 445 ss..

²⁹¹ Quando, invece, l'illecito ha natura extracontrattuale (come prevalentemente si ritiene per l'ipotesi disciplinata dall'art. 2395 c.c.) e si consuma a danno dei terzi (singoli soci o altri) in mancanza di obblighi preesistenti gravanti sugli amministratori, la responsabilità degli amministratori che l'hanno commesso, ai sensi dell'art. 2395 c.c., non è esclusiva, ma si aggiunge a quella della società, essendo l'atto illecito imputato (anche) alla società stessa in forza della rappresentanza organica (*contra* G. MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., 362 ss.). In questo caso si potrebbe dubitare del fatto che, se la decisione di compiere l'atto è stata assunta dall'assemblea anziché dagli amministratori, gli amministratori che si sono limitati ad eseguirla debbano comunque rispondere *ex art. 2395*. La soluzione della questione dipende dalla *ratio* dell'art. 2395 c.c.: se si ritiene che lo scopo della previsione di una responsabilità diretta degli amministratori sia – analogamente a quella dell'art. 28 Cost. – realizzare un'efficace prevenzione dell'illecito, stimolando l'agente ad un comportamento rispettoso del *neminem laedere*, « perché insistere ancora su di essa (considerando inopponibile la difesa degli amministratori di aver dato esecuzione ad una delibera assembleare) quando la provenienza della decisione dai naturali destinatari dell'obbligo risarcitorio (i soci) dovrebbe lasciar supporre un comportamento convenientemente cauto? »: così P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 70. Al contrario, però, lo scopo della previsione sembra essere quello di offrire una tutela rafforzata ai terzi, investendo gli amministratori di una funzione di controllo sulle decisioni dell'assemblea.

gestione – equiparabili, allora, a semplici pareri – restando responsabili delle conseguenze dannose (almeno) verso creditori e terzi²⁹².

Tuttavia, a ben vedere, la responsabilità degli amministratori è necessariamente correlata alla loro competenza non tanto a deliberare in materia di gestione, quanto bensì a dare esecuzione alle decisioni gestionali assunte anche dall'assemblea (ove possibile): infatti, la competenza esecutiva degli amministratori, che, non a caso, è (sempre stata) considerata inderogabile dall'opinione prevalente²⁹³, è sufficiente a porli in posizione di garanzia degli interessi protetti dall'ordinamento (interesse sociale, dei creditori e dei terzi), attraverso il potere/dovere – implicitamente loro spettante – di rifiutare l'esecuzione della delibera (vincolante) dell'assemblea non discrezionalmente, ma solo qualora ne possa derivare un pregiudizio agli interessi protetti, incorrendo gli amministratori in responsabilità²⁹⁴.

Secondo questa ricostruzione, è effettivamente possibile che l'assemblea di società *in house* acquisisca competenze deliberative in materia di gestione vincolando l'organo amministrativo ad attuare le proprie direttive e/o ad eseguire le proprie decisioni, a norma dell'art. 16, comma 2, lettera a), T.U.; ciò non esclude la funzione di “filtro” (ovvero di controllo) operata dagli amministratori, la cui responsabilità per gli atti compiuti, quantunque previamente deliberati dall'assemblea di soci pubblici, sussiste, infatti, in applicazione della disciplina generale prevista dal codice civile (che non è derogata).

Al riguardo, però, giova distinguere la responsabilità degli amministratori verso la società da quella verso i creditori sociali e i terzi.

²⁹² Infatti, in questo senso argomentavano F. GALGANO, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da F. Galgano, VII, Padova, 1988, 222; F. BONELLI, *Gli amministratori*, cit., 9; ID., *Le direttive dell'assemblea agli amministratori di società per azioni (art. 2364, n. 4, c.c.)*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 5 ss., il quale riteneva che gli amministratori avessero il potere di discostarsi discrezionalmente dalle indicazioni assembleari, non vincolanti. Per ulteriori riferimenti bibliografici agli orientamenti formati sotto la vigenza della disciplina originaria del codice, in merito alla competenza gestionale nelle società per azioni, si veda V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 141 ss.

²⁹³ Così F. GALGANO, *Le società per azioni*, cit., 263; F. BONELLI, *Gli amministratori*, cit., 4; P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 63 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 188 ss..

²⁹⁴ Così, P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 61 ss.; ID., *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3, Torino, 1994, 36 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 194 ss.; ID., *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 4, Torino, 1991, 108 s.

Se lo statuto sottrae competenze agli amministratori, attribuendole all'assemblea, è esclusa la loro responsabilità verso la società per gli atti compiuti in esecuzione della delibera assembleare: la limitazione del potere decisionale degli amministratori fa prevalere l'obbligo esecutivo su quello di corretta gestione nell'interesse della società, che è connesso all'esercizio di un potere in concreto mancante. Ogniquale volta la competenza deliberativa in materia di gestione spetta all'assemblea, gli amministratori non sono più responsabili delle modalità di realizzazione dell'oggetto sociale²⁹⁵, perché la decisione è rimessa ai soci stessi, cioè ai destinatari dei risultati della gestione. Per questo motivo, l'art. 2364, n. 5, c.c. fa salva la responsabilità degli amministratori verso la società per il compimento degli atti che siano stati *autorizzati* dall'assemblea, dal momento che l'autorizzazione, a differenza dalla decisione, non genera obblighi esecutivi in capo agli amministratori, ma ne preserva la discrezionalità (seppure di fatto condizionandola).

Invece, la decisione assembleare potrebbe non salvaguardare l'interesse dei creditori alla conservazione dell' « integrità del patrimonio sociale »²⁹⁶, perché i soci esercitano il diritto di voto nel loro interesse (non già nell'interesse della società) e non rispondono della violazione (colposa) degli obblighi *conservativi*

²⁹⁵ Salvo alcuni casi, in cui la responsabilità degli amministratori verso la società sussiste anche per l'attuazione di decisioni dell'assemblea; ciò accade quando (in alternativa): non era stato correttamente assolto l'obbligo informativo nei confronti dell'assemblea e quindi i soci non erano a conoscenza di tutti gli elementi utili ai fini della deliberazione; dopo la deliberazione dell'assemblea sono intervenute o mutate circostanze rilevanti; la delibera è nulla e inefficace; la delibera è stata assunta col voto determinante del socio in conflitto di interessi o è altrimenti annullabile e potenzialmente pregiudizievole per la società; in argomento, P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 61 ss.. Peraltro, quest'ultima fattispecie tende a coincidere con quella in cui gli amministratori hanno anche il dovere di impugnare la delibera, per evitare che, divenuta definitivamente efficace, non possano più astenersi dall'esecuzione: così V. CALANDRA BUONAUORA, *Gestione dell'impresa*, cit., 208; secondo quest'Autore, inoltre, se la delibera dannosa diventa inoppugnabile, gli amministratori non possono più evitarne l'esecuzione, tuttavia potrebbero non essere considerati responsabili (soltanto) verso la società (ma non verso i terzi) « quando neppure gli altri soggetti legittimati all'impugnativa, ed in particolare i soci assenti e dissenzienti, hanno ritenuto di fare ricorso a tale rimedio per impedirne l'esecuzione ». Sulla *ratio* della legittimazione ad impugnare degli amministratori cfr. anche G. MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., 186 ss.; G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3, Torino, 1993, 260 ss..

²⁹⁶ Ma solo nella misura in cui il patrimonio garantisca il soddisfacimento dei loro crediti. Sul significato della « singolare » formula, B. LIBONATI, *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2007, III, 623 ss.

gravanti sugli amministratori *ex art. 2394 c.c.*²⁹⁷. Ma la competenza deliberativa assembleare e, quindi, lo *standard* inferiore di diligenza che caratterizza le decisioni dei soci rispetto a quelle degli amministratori non sono opponibili ai terzi: infatti, la responsabilità degli amministratori ai sensi dell'art. 2394 c.c. sorge in conseguenza della loro attività esecutiva, poiché essi, in ogni caso, hanno il dovere di controllare che gli atti oggetto delle decisioni assembleari non violino gli obblighi di corretta gestione nell'interesse dei creditori sociali e, se così fosse, di astenersi dal compierli²⁹⁸.

Conclusione analoga vale anche per la responsabilità degli amministratori verso singoli soci o terzi, che sorge a seguito del compimento, con dolo o colpa, di atti dannosi, pur non imputabili alla volontà degli esecutori, ma sulla cui liceità essi avrebbero dovuto vigilare *ex art. 2395 c.c.*, con la sola differenza che non preesistono obblighi giuridici, trattandosi di responsabilità aquiliana.

Pertanto, la possibilità di trasferire competenze deliberative in materia di gestione dall'organo amministrativo all'assemblea, considerando vincolanti le relative delibere, ai sensi dell'art. 16, comma 2, lettera a), T.U., non confligge con la generale responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali e i terzi, dal momento che l'obbligo degli amministratori di eseguire le decisioni assembleari

²⁹⁷ Sulla posizione degli amministratori in relazione all'interesse della società e all'interesse dei creditori sociali, si veda V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 218, il quale evidenzia: « gli obblighi cui si riferisce l'art. 2394 sono soltanto quelli che sono imposti agli amministratori anche al fine di tutelare l'interesse dei creditori alla conservazione della garanzia patrimoniale. Ma poiché, come è stato giustamente osservato, "l'interesse alla conservazione dell'integrità del patrimonio è certamente un interesse della società, prima ancora che dei creditori sociali", si tratta di (una parte degli) obblighi che gli amministratori hanno verso la società; con la differenza, però, che "mentre nei confronti della società tali obblighi sono in certo senso disponibili, questa disponibilità viene meno verso i creditori", il cui interesse non può venire pregiudicato dalle decisioni dei soci », citando a propria volta A. BORGIOLI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, 281 s.

²⁹⁸ Se gli « obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale » sono contenuti in norme imperative, la loro violazione – salvo diversa sanzione – rende invalida la delibera dell'assemblea: in questo caso gli amministratori possono (e devono) sospendere immediatamente l'esecuzione della delibera ma devono poi anche impugnarla per evitarne la stabilizzazione degli effetti con il decorso dei termini di decadenza (e dunque per evitare che venga meno uno dei presupposti di legittimità del rifiuto di eseguirla), altrimenti diverrebbero obbligati ad eseguirla, incorrendo così in responsabilità verso i creditori. Se invece i suddetti obblighi consistono in regole di comportamento per gli amministratori e quindi non risulta inficiata la delibera assembleare che disponga operazioni contravvenendo a tali regole, nondimeno gli amministratori hanno il potere/dovere di astenersi dal portarla ad esecuzione; così, si vedano P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 62; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 227 ss. In ordine all'individuazione degli obblighi stessi si confrontino ancora, stavolta con posizioni diverse, P. ABBADESSA, *La gestione*, cit., 64 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione*, cit., 221 ss.

non è incondizionato, ma viene meno in presenza delle circostanze che li esporrebbero a responsabilità²⁹⁹.

Infine, dobbiamo ricordare – per escludere il conflitto di interessi del socio pubblico, che potrebbe far sopravvivere la responsabilità degli amministratori verso la società per aver dato esecuzione alle decisioni dell'assemblea (assunte col voto determinante del socio pubblico) – che nelle società a partecipazione pubblica che svolgono attività di servizio pubblico, a maggior ragione se sono *in house*, l'interesse pubblico non è “personale” del socio (ovvero extrasociale), ma risulta condiviso dalla compagine societaria ed integra in concreto la causa del contratto di società: quindi, esso può legittimamente controbilanciare l'interesse lucrativo della società (pur sempre presente), nei limiti in cui la società resti economicamente autosufficiente, senza che si configuri un danno (da minore redditività) per la società né, a maggior ragione, per i suoi creditori.

L'attribuzione di maggiori competenze all'assemblea dei soci pubblici si giustifica proprio con l'esigenza di consentire a costoro di esprimere l'interesse pubblico rilevante e determinare la misura in cui lo scopo lucrativo, cui gli amministratori orientano la gestione dell'impresa, debba essere corrispondentemente ridotto. Pertanto, nell'attività di gestione esercitata dagli amministratori di società *in house* prevale, stavolta (anche) nell'interesse della società, quella componente conservativa (di valori patrimoniali) dei doveri di corretta gestione che di solito è apprezzata nell'interesse dei creditori.

4. Poteri deliberativi dell'assemblea e controllo analogo congiunto.

L'ampliamento dei poteri deliberativi dell'assemblea è ugualmente utile a configurare il controllo analogo, sia esso imputabile ad uno solo oppure ad una pluralità di soci pubblici: la titolarità del controllo risulterà solitaria o congiunta a seconda che uno o più soci siano in grado esercitare un'influenza dominante o

²⁹⁹ Così già P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 61: « quando gli amministratori sono resi garanti della tutela di determinati interessi, mediante l'imposizione di una responsabilità esterna, sono, per ciò stesso, abilitati a sindacare la conformità della delibera alle regole presidiate da tale responsabilità e a rifiutarne, in caso negativo, l'esecuzione. Ciò, naturalmente, non significa che la delibera assembleare possa essere discrezionalmente disattesa, in quanto il relativo potere nasce negli amministratori solo in seguito alla violazione di puntuali precetti, al di fuori dei quali l'obbligo di esecuzione rimane intatto. ».

determinante in assemblea e, quindi, in ordine alle decisioni oggetto delle delibere assembleari.

In particolare, quando il controllo analogo è solitario, un solo socio pubblico dispone dell'influenza dominante in assemblea; mentre, quando il controllo analogo è congiunto, si pone la questione se la pluralità di soci debba esercitare di comune accordo (congiuntamente) l'influenza determinante di cui ciascuno di essi dispone in assemblea, o se, invece, è sufficiente che l'influenza, determinante o dominante che sia, possa essere riferita soltanto al gruppo (che decide collegialmente, a maggioranza), anziché ai singoli (ovvero, quando il gruppo comprende tutti i soci, all'intera compagine sociale riunita in assemblea). In quest'ultimo caso il controllo analogo congiunto si risolverebbe nel solo incremento, rispetto al modello legale, delle competenze deliberative dell'assemblea quale organo collegiale, con l'aggiunta di una condizione negativa, rappresentata dall'assenza di posizioni individuali di potere (influenza determinante o dominante) dei singoli soci, almeno rispetto alle decisioni oggetto del controllo analogo.

Al riguardo, le direttive europee sembrano consentire, recependo l'orientamento della Corte di Giustizia formatosi in precedenza³⁰⁰, un'imputazione dell'influenza determinante (ovvero del controllo analogo) al gruppo dei partecipanti al capitale sociale e non necessariamente anche ai singoli soci: ciò – riteniamo – allo scopo di favorire (o comunque di non ostacolare) la costituzione di un unico ente affidatario diretto (*in house*) da parte di più soggetti pubblici, evitando di farlo incorrere nella paralisi decisionale che conseguirebbe alla disponibilità in capo a ciascun socio di un'influenza determinante, la quale, traducendosi in un potere di veto, richiede l'unanimità dei consensi nelle decisioni.

La soluzione descritta può destare perplessità nella misura in cui la relazione che si instaura tra l'Amministrazione pubblica unica controllante e la società controllata risulta di intensità ben maggiore di quella che potrebbe instaurarsi tra l'Amministrazione pubblica co-controllante (congiunta) e la società controllata, tale che quest'ultima appare del tutto inidonea a realizzare un controllo della singola

³⁰⁰ Si veda particolarmente l'analisi della giurisprudenza e le considerazioni di V. DONATIVI, *I "confini" ancora incerti del controllo analogo congiunto*, cit., 765 ss.. Anche Cons. Stato, 26 maggio 2015, n. 2660, cit., relativamente al Consorzio Interuniversitario Cineca.

Amministrazione « analogo » a quello che essa esercita sui propri uffici/servizi³⁰¹. Tuttavia, ci sembra una soluzione condivisibile in considerazione della *ratio* del controllo analogo, che è di consentire l'autoproduzione (in senso sostanziale) da parte delle amministrazioni pubbliche, assicurando che gli enti appositamente costituiti non escano dalla sfera di controllo (dominio) e di interesse delle amministrazioni stesse, anche complessivamente intese quando siano più d'una. Quindi, mentre il controllo societario fotografa con obiettività una situazione di potere, per le conseguenze che ne possono derivare, il controllo analogo è per sua natura un concetto molto più flessibile, perché svolge una funzione di "argine" contro un modello organizzativo che, acquistando un'autonomia eccessiva, potrebbe non essere più considerato collegato all'amministrazione e programmato per soddisfarne i bisogni.

A conferma di quanto sin qui sostenuto osserviamo che, sebbene l'art. 2, lettera *d*), T.U. definisce il controllo analogo congiunto come « la situazione in cui *un'amministrazione esercita congiuntamente con altre* amministrazioni su una società un *controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi* », dunque con una formula ancora sibillina circa l'intensità dell'influenza individuale necessaria, l'art. 5, comma 5, d.lgs. 50/2016 (cui l'art. 2, lettera *d*), T.U. fa rinvio nella parte finale), più fedele al testo delle direttive, prevede che « le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori *esercitano* su una persona giuridica un *controllo analogo congiunto* quando [...]: *b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante* sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica ». La formula citata consente chiaramente di riferire all'insieme delle amministrazioni pubbliche, e non a ciascuna di esse, la titolarità dell'influenza determinante. Quindi, il criterio di imputazione del controllo analogo congiunto è diverso da quello del controllo analogo solitario.

³⁰¹ In realtà, la sproporzione tra il potere individuale dell'Amministrazione controllante solitaria e quello dell'Amministrazione co-controllante si è attenuata in conseguenza del "ridimensionamento" del concetto di controllo analogo solitario quale risulta dal T.U. (e dalle direttive europee) rispetto all'interpretazione che ne aveva fornito la nostra giurisprudenza. Oramai, infatti, possiamo certamente escludere che il controllo analogo costituisca una relazione gerarchica tra l'ente pubblico e la società partecipata, del tutto avulsa dall'assetto organizzativo societario, ed altresì che l'autonomia dell'organo amministrativo sia fortemente ridotta o addirittura annullata.

Occorre prestare attenzione alle modalità per realizzare la condizione negativa, cioè l'assenza di presupposti per l'imputazione solitaria del controllo analogo: almeno rispetto alle materie oggetto dell'influenza determinante che costituisce il controllo analogo (obiettivi strategici e decisioni più importanti), nessun socio dovrebbe disporre della maggioranza dei voti in assemblea. Pertanto, ogniqualvolta il capitale non sia equamente ripartito tra i partecipanti, si rende opportuno annullare eventuali differenze rimarchevoli tra le singole capacità di influenza, in modo tale da rendere tendenzialmente paritaria la partecipazione di ciascun socio all'esercizio del controllo analogo imputato al gruppo (altrimenti il controllo verrebbe imputato al singolo o ad una coalizione di maggioranza che raggruppi una parte soltanto di tutti gli azionisti interessati al controllo analogo).

A tal fine, uno strumento adeguato, che è stato ampiamente impiegato nella prassi sviluppatasi anteriormente all'introduzione della disciplina normativa, sono le convenzioni parasociali tra azionisti pubblici che disciplinano l'esercizio del voto (sindacati di voto), ad esempio prevedendo che la maggioranza dei voti nel sindacato venga calcolata per teste.

Il riconoscimento legislativo dell'utilità dei patti parasociali per la realizzazione del controllo analogo (congiunto), di cui all'art. 16, comma 2, lettera *c*), T.U., è senz'altro avvenuto in considerazione di questa prassi applicativa, ben nota al legislatore; ciononostante, la debolezza strutturale di tali convenzioni permane, in quanto l'esercizio del voto in contrasto con le indicazioni provenienti dal sindacato non invalida la delibera assembleare e, quindi, è insuscettibile di sanzione "reale".

In realtà, anche sul piano statutario potrebbe ipotizzarsi un adeguamento atto a modificare la disponibilità dei voti esercitabili dagli azionisti rispetto alle azioni possedute, stante la possibilità di differenziare le azioni sotto il profilo del diritto di voto (art. 2351 c.c.). Questa soluzione risulta, comunque, più complessa e rigida rispetto a quella offerta dalla stipula di patti parasociali, che perciò sembrano destinati a restare favoriti.

Un altro requisito è richiesto per realizzare il controllo analogo congiunto dall'art. 5, comma 5, lettera *a*), d.lgs. 50/2016 (cui fa rinvio l'art. 2, lettera *d*), T.U.): « gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da

rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti ».

Dalla disposizione si evince che, ai fini del controllo analogo, le amministrazioni pubbliche che partecipano al capitale della società non devono costituire l'organo direttivo (« decisionale ») né, quindi, devono espletare direttamente funzioni amministrative – d'altronde, lo stesso concetto di “influenza” presuppone come normale la distinzione tra il titolare del controllo analogo e l'organo competente a decidere (sia esso l'organo amministrativo o l'organo rappresentativo dei partecipanti al capitale). Si evince, inoltre, che il potere di nominare i componenti dell'organo direttivo non è necessario per il controllo analogo solitario, mentre lo diventa per il controllo analogo congiunto, laddove l'influenza esercitabile da ciascuna amministrazione sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società potrebbe essere meno che determinante: quale supplemento di potere si richiede, allora, la (partecipazione alla) nomina dell'organo direttivo.

In particolare, sembra dapprima che ciascuna amministrazione co-controllante debba nominare un componente dell'organo direttivo, così da avere un proprio rappresentante al suo interno, ma poi si ammette una nomina collettiva e probabilmente anche collegiale (a maggioranza), onde superare una prevedibile situazione di stallo.

Quando l'organo amministrativo della società è costituito in forma di consiglio di amministrazione, gli azionisti possono garantirsi, ciascuno o ciascun gruppo (ristretto) in cui si associano, attraverso un accordo parasociale, la nomina di un proprio rappresentante; la soluzione statutaria alternativa può essere o un sistema di elezione basato sul voto di lista, in modo che anche la parte risultata minoritaria dei soci pubblici sia rappresentata all'interno del consiglio, oppure l'attribuzione contestuale di un potere di nomina diretta ai sensi dell'art. 2449 c.c. a ciascuno degli azionisti pubblici, purché il loro numero sia di poche unità – soluzione sulla cui praticabilità in precedenza abbiamo espresso riserve (in quanto si tratta di soluzione potenzialmente privativa della competenza legale dell'assemblea)³⁰².

³⁰² V. *retro*, par. 2.1.

Quando, invece, l'organo amministrativo è monocratico, secondo la regola dettata per le società a partecipazione pubblica dall'art. 11, comma 2, T.U., la nomina da parte dell'organo assembleare, e senza che nessun socio o nessun gruppo ristretto di soci disponga di un'influenza dominante, soddisfa il requisito della rappresentatività della compagine sociale da parte dell'organo direttivo dell'ente controllato.

5. La rilevanza dei patti parasociali a norma dell'art. 16, comma 3, lettera c), T.U.: i vincoli di fonte convenzionale alle competenze gestionali degli amministratori.

La disposizione normativa di cui alla lettera *c*) dell'art. 16, comma 2, T.U. – collocata immediatamente dopo le due disposizioni (lettere *a* e *b*) relative al possibile contenuto degli statuti, rispettivamente, di società per azioni (su cui ci siamo appena soffermati) e di società a responsabilità limitata – stabilisce che « *in ogni caso*, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante [...] patti parasociali »: così lascia intendere che clausole statutarie e parasociali (ovvero contrattuali extrastatutarie) siano tra loro fungibili al fine di realizzare un « assetto organizzativo » adeguato ad attribuire ai soci pubblici un potere giuridico di influenza sugli aspetti più rilevanti della gestione³⁰³.

La tipologia di patti parasociali che dapprima potrebbe venire in rilievo è rappresentata dai cd. « sindacati di gestione », intendendo per essi gli accordi con cui i soci si impegnano non soltanto a concordare l'esercizio del voto in assemblea ma, ancor più, a delineare « un programma d'azione imprenditoriale,

³⁰³ In effetti, si riconosce che i patti parasociali, o almeno alcuni di essi, « presentano la importantissima caratteristica di influire sull'organizzazione della società nello stesso modo delle clausole contenute nello statuto », sebbene essi abbiano un'efficacia meramente obbligatoria e non reale, cioè inopponibile a terzi e inidonea ad invalidare le delibere degli organi sociali assunte in violazione dei patti stessi: così L. FARENGA, *I contratti parasociali*, cit., 41 e 135 ss.

destinato ad indirizzare l'azione dell'organo amministrativo »³⁰⁴: i soci si obbligano a fare quanto in loro potere affinché gli amministratori da essi designati diano séguito agli indirizzi espressi dal sindacato e/o alle decisioni assunte in seno ad esso.

Esiste da tempo, però, un dibattito sulla validità dei sindacati di gestione, che non è stato superato dal riconoscimento legislativo della fattispecie dei patti parasociali intervenuto nell'art. 2341-*bis* c.c., norma che, seppure li ammette in linea di principio, non conferisce loro una patente di legittimità qualunque sia il contenuto; perciò continua ad essere necessario procedere ad una valutazione di (in)validità in merito al contenuto dei singoli accordi, che potrebbero tuttora porsi in contrasto con norme imperative³⁰⁵.

La validità della *species* dei sindacati di gestione è (stata) discussa in ragione della presunta incompatibilità tra l'oggetto dell'accordo, sopra descritto, ed il principio di competenza esclusiva degli amministratori a gestire la società, la cui vigenza alcuni Autori affermavano, desumendola dalla disciplina della responsabilità degli amministratori, anche prima che la riforma delle società di capitali introducesse l'art. 2380-*bis*, comma 1, c.c.. Secondo l'opinione che sostiene la nullità dei patti in questione, i soci non potrebbero, attraverso il patto di sindacato, ingerirsi in decisioni che non gli competono e rispetto alle quali l'ordinamento salvaguarda la libertà e l'autonomia degli amministratori in vista del perseguimento dell'interesse sociale; le pressioni esercitabili dai soci sugli amministratori sono considerate indebite, con la conseguenza che qualora i soci si

³⁰⁴ M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate, un commento agli articoli 2341-bis e 2341-ter del codice civile*, in *Il nuovo diritto delle società - Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2007, IV, 470; così anche M.M. PRATELLI, *Problemi in tema di "sindacati di gestione"*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 112. Occorre distinguere la locuzione simile « sindacati di amministrazione », che fa riferimento ad un concetto diverso, più ampio, tale cioè da ricomprendere « tutti gli accordi diretti a determinare la conduzione dell'attività sociale in modo difforme da quello previsto dalla legge o dallo statuto della società », inclusi i sindacati di voto, utilizzata da L. FARENGA, *I contratti parasociali*, cit., 42 e 215, il quale individua così gli accordi dotati della capacità di modificare l'organizzazione sociale attraverso un sistema organizzativo analogo a quello connotato nei contratti associativi, perché il funzionamento del sindacato è impostato su una formula procedimentale.

³⁰⁵ Così A. PAVONE LA ROSA, *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 6. Già prima della riforma societaria la maggioranza della dottrina era favorevole all'ammissibilità in generale del fenomeno, salva una valutazione di (in)validità riferita ai singoli contenuti; si veda, tra gli altri, B. LIBONATI, *Il problema della validità dei sindacati di voto: situazione attuale e prospettive*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di Bonelli e Jaeger, Milano, 1993, 14.

vincolino ad esercitarle, l'accordo risulterebbe inevitabilmente (con causa o oggetto) illecito ed improduttivo di effetti³⁰⁶. Tale argomentare trae ulteriore forza proprio dall'art. 2380-*bis*, comma 1, c.c., che nell'opinione di alcuni confermerebbe quella primitiva intuizione circa l'insopprimibile autonomia gestionale degli amministratori³⁰⁷.

Al contrario, altri autori hanno fatto notare che il sindacato di gestione è un accordo tra soci, che vincola soltanto gli stessi e si configura quale « promessa del fatto del terzo » *ex art.* 1381 c.c., cosicché è inidoneo a limitare formalmente l'autonomia degli amministratori, i quali restano liberi di non assecondare le direttive dei soci (ovvero del sindacato) e di dare prevalenza all'interesse sociale, ove incompatibile con quelle direttive³⁰⁸.

Ma, al riguardo, si possono svolgere ulteriori considerazioni, che si aggiungono alla asserita limitata efficacia dell'accordo, della quale non di rado si mostrano consapevoli gli Autori che nondimeno ne affermano la nullità (e dunque l'inefficacia anche tra i soli soci) derivandola dal contenuto *contra legem* dell'accordo. In particolare, affermare che le pressioni dei soci sugli amministratori sono indebite, perché la legge affida la gestione della società all'organo amministrativo che ne è responsabile nei confronti della società e dei suoi creditori, e che, pertanto, un accordo tra i soci non possa validamente prenderle ad oggetto appare, da un lato, ingenuo, perché l'influenza che i soci operano (o vorrebbero operare) sugli amministratori costituisce un dato innegabile – su cui lo stesso legislatore ha fatto affidamento disciplinando le « società controllate » di cui all'art. 2359 c.c. – e di per sé non è vietata né sanzionabile; dall'altro, è fuorviante e non condivisibile, perché dagli obblighi e dalle connesse responsabilità per legge gravanti sugli amministratori erroneamente si desume un generale dovere

³⁰⁶ Così, F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 137 s.; ID., *Sintesi dei risultati del convegno*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di Bonelli e Jaeger, Milano, 1993, 481 s.; P. SCHLESINGER, *Oggetto delle clausole dei sindacati di voto*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, cit., 107 s.

³⁰⁷ Considera attualmente invalidi i sindacati di gestione nelle società per azioni, per contrasto con l'art. 2380-*bis* c.c., M.M. PRATELLI, *Problemi*, cit., 512 ss.

³⁰⁸ Così B. LIBONATI, *Il problema della validità dei sindacati di voto: situazione attuale e prospettive*, in *Sindacati di voto*, cit., 20 s.; anche Trib. Milano, 2 luglio 2001, in *Giur. it.*, 2002, 562, riconosce l'ammissibilità dei sindacati di gestione in ragione del fatto che i soci, così facendo, non svolgono alcuna attività gestionale ed il recepimento delle loro direttive è rimesso all'autonoma iniziativa degli amministratori. Dopo la riforma delle società si esprime in senso favorevole M. LIBERTINI, *I patti parasociali*, cit., 481.

di astensione dall'interferenza nelle funzioni gestionali per chi amministratore non è, dovere che viene poi assunto a parametro per valutare la liceità degli atti negoziali stipulati dai soci, pur del tutto estranei a funzioni e responsabilità gestionali.

La conclusione è, allora, che i sindacati di gestione stipulati dai soci sono validi ed efficaci tra costoro (nei limiti in cui lo sia la promessa del fatto del terzo), in quanto gli atti di indirizzo e/o le direttive rivolti agli amministratori non sono illeciti in sé – ma lo diventano soltanto qualora, comportando essi uno sviamento dall'interesse sociale, gli amministratori gli diano esecuzione, con danno per la società e/o i suoi creditori – e quindi possono costituire oggetto di impegni contrattuali assunti dai soci³⁰⁹.

A ben vedere, però, la stipula dei sindacati di gestione descritti non è risolutiva ai fini del controllo analogo, poiché essi non comportano alcun limite giuridico-formale all'autonomia degli amministratori e l'influenza che i soci sono in grado di esercitare non esce da una dimensione meramente fattuale, potendo essi avvalersi soltanto della maggioranza assembleare di cui dispongono per revocare gli amministratori.

Se si ritenesse che i patti parasociali sono accordi stipulati tra soli soci, il tema potrebbe dirsi esaurito; ma non è così: si ammette infatti che i patti parasociali possano coinvolgere anche terzi (non soci), benché sia controversa, da un lato, la necessità che parte dell'accordo sia almeno un socio e, dall'altro, la possibilità che parte dell'accordo sia la società stessa (su cui l'accordo è destinato a riverberarsi).

Secondo una dottrina, la categoria, estremamente disomogenea, dei patti parasociali comprenderebbe tutte le intese « il cui oggetto attiene a materie di competenza degli organi societari e tende appunto ad orientare una o più future deliberazioni di organi societari »³¹⁰, abbiano o meno quali parti i soci: cosicché potrebbero essere considerati quali patti parasociali anche gli accordi stipulati tra soci e la società, o tra soci e terzi, o anche tra la società e terzi³¹¹. Il perimetro

³⁰⁹ Su tale conclusione è ininfluenza la vigenza o meno del principio di competenza esclusiva degli amministratori, che comunque non riteniamo « di ordine pubblico », quindi è ininfluenza tanto l'art. 2380-bis c.c. quanto la sua derogabilità prevista dall'art. 16, comma 3, lettera a), T.U.

³¹⁰ M. LIBERTINI, *I patti parasociali*, cit., 468.

³¹¹ M. LIBERTINI, *I patti parasociali*, cit., 470.

dei patti parasociali diventa allora assai esteso e finisce per comprendere anche contratti già suscettibili di autonoma qualificazione (aventi causa autonoma): ad esempio, i contratti cosiddetti “di coordinamento gerarchico”, rilevanti ai sensi dell’art. 2497-*septies* c.c.³¹² (e probabilmente anche ai sensi dell’art. 2359, n. 3, c.c.), andrebbero riguardati pure come patti parasociali.

Se tale inquadramento sia corretto non è tema che si possa affrontare *funditus* nel presente lavoro. Senza dubbio, si tratta di fattispecie anche molto diverse dalle « sindacati di voto » e « di blocco », che hanno rappresentato le prime manifestazioni di patti parasociali e proprio dalla cui generalizzazione è stata ricavata la categoria. D’altronde, l’elemento di maggior interesse dei contratti atipici identificati come patti parasociali – che a questo punto rischia di diventare secondario – è rappresentato dalla modifica *sostanziale*, che essi comportano, di regole statutarie *tra le stesse parti* che hanno stipulato o successivamente aderito al contratto di società (i soci appunto), pur restando tali accordi formalmente estranei allo statuto ed, in quanto tali, insuscettibili di produrre effetti “normativi” sull’attività della società e dei suoi organi³¹³.

Ai fini del presente lavoro interessa stabilire non tanto se i soci (tutti) possano restare estranei al patto parasociale³¹⁴, poiché in direzione opposta sospinge il controllo analogo (presupponendo la qualità di socio del controllante), ma se possa essere parte del patto parasociale (*rectius*, possa essere qualificato patto parasociale l’accordo di cui sia parte) la società sulla cui organizzazione l’accordo

³¹² Sulla cui ammissibilità si esprime in senso favorevole anche G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., 31.

³¹³ Sull’efficacia meramente obbligatoria e non « reale » dei patti parasociali, pacificamente riconosciuta in dottrina e giurisprudenza, si veda, tra i tanti, L. FARENGA, *I contratti parasociali*, cit., 135 ss. e 381 ss.; la stessa soluzione è confermata, anche dopo la riforma delle società, da M. LIBERTINI, *I patti parasociali*, cit., 482 ss.

³¹⁴ Favorevole M. LIBERTINI, *I patti parasociali*, cit., 465 ss.; mentre contrario, almeno in linea di principio, L. FARENGA, *I contratti parasociali*, cit., 133, che però fa salva l’ipotesi del patto parasociale stipulato dalla società che controlla, senza detenere partecipazioni dirette (*ex art. 2359, comma 2, c.c.*), la diversa società cui il patto inerisce. Proprio quest’ultima precisazione ci fa notare che, in realtà, l’ipotesi non è poi così peregrina rispetto al controllo analogo come poteva sembrare, dal momento che è ammesso anche il controllo analogo « indiretto », imputabile all’ente che non ha partecipazioni dirette nella società controllata e che quindi, allo scopo, potrebbe efficacemente ricorrere ad un patto parasociale per instaurare una relazione diretta con la società (indirettamente partecipata ma direttamente) controllata.

andrà ad incidere³¹⁵: il dubbio deriva dal fatto che la società è persona giuridica titolare di interessi propri e contraente nell'esercizio della sua attività negoziale, pertanto è arduo individuare il collegamento causale, che normalmente caratterizza i patti parasociali, tra il contratto stipulato dalla società ed il contratto costitutivo della società³¹⁶.

Comunque, in questa sede può essere utile accedere all'opinione meno restrittiva, per vagliare le fattispecie di accordi contrattuali stipulati dalla società che potrebbero venire in rilievo quali patti parasociali idonei a realizzare il controllo analogo dell'azionista pubblico.

In primo luogo, non ci sono elementi per ritenere che il legislatore del T.U. abbia riconosciuto la liceità di accordi la cui precipua funzione sia assoggettare la società – creando un rapporto di dipendenza giuridica – all'etero-direzione del socio pubblico, ispirata a principi diversi da quelli che legittimano l'attività di direzione e coordinamento (artt. 2497 ss. c.c.).

³¹⁵ Alcune definizioni di patti parasociali contemplano tale possibilità: così, in particolare, G. OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 517, secondo il quale si intendono « gli accordi stipulati dai soci (da alcuni o anche da tutti) fuori [...] dell'atto costitutivo e dello statuto [...], per regolare *inter se* o anche nei rapporti con la società, con organi sociali o con terzi, un loro interesse o una loro condotta sociale »; favorevole anche M. LIBERTINI, *I patti parasociali*, cit., 465. In senso contrario, invece, L. FARENGA, *I contratti parasociali*, cit., 132, secondo il quale « non si avrà patto parasociale ogniqualevolta parte contraente è la stessa società. In questo caso infatti non siamo nel campo del "parasociale" ma nell'ambito dell'attività negoziale della società stessa, campo nel quale *gli effetti del contratto ricadono direttamente* e non indirettamente sulla società. Qui, conseguentemente, non è neanche problema di autonomia o collegamento » (corsivo aggiunto).

³¹⁶ Tale relazione causale viene tradizionalmente ravvisata nell'esistenza di un collegamento tra patto parasociale e contratto di società: cfr. M. LIBERTINI, *I patti parasociali*, cit., 465 ss. Il tema è stato approfondito da L. FARENGA, *I contratti parasociali*, cit., 224 ss., che ha evidenziato la necessità di distinguere i patti parasociali disciplinanti situazioni giuridiche soggettive estranee ai profili organizzativi, cd. « contratti parasociali *extrasociali* » (tra cui i sindacati di blocco), che creano plurimi rapporti bilaterali diritto-obbligo esplicando un'autonoma funzione di scambio, pur essendo collegati al contratto di società (poiché lo presuppongono), dai patti parasociali associativi o « contratti parasociali *in senso stretto* » (quali i sindacati di amministrazione, tra cui i sindacati di voto), che, producendo una modificazione *inter partes* del contratto di società attraverso l'inserzione di una struttura procedimentale in aggiunta a quella disciplinata da esso, sono del tutto privi di autonomia causale (meramente "integrativi" del contratto di società). Tuttavia, tale classificazione non appare soddisfacente se la società è parte del patto parasociale – l'ipotesi è peraltro esclusa dall'Autore che l'ha elaborata – in quanto un'eventuale disciplina procedimentale o comunque incisiva sull'organizzazione della società non può che essere contenuta in un contratto (di scambio) causalmente autonomo dal contratto costitutivo della società come ente-persona giuridica; cioè, la funzione "organizzativa" non potrebbe costituire la causa esclusiva del contratto stipulato dalla società della cui organizzazione si tratta.

Escluso, quindi, un regolamento negoziale che abbia ad oggetto la disciplina di un'attività di etero-direzione nei confronti della società³¹⁷, si può ipotizzare la stipula di un contratto che, nell'ambito di un'operazione commerciale complessa, abbia comunque l'effetto di assoggettare la società all'influenza dominante esterna dell'Amministrazione pubblica, *ex art. 2359, n. 3, c.c.*, pur sempre ammettendo (ma i dubbi aumentano) che ciò possa ancora qualificarsi come patto parasociale. Quest'ultima ipotesi sembra integrata da un contratto ricorrente nell'attività negoziale delle società *in house*, cioè il « contratto di servizio »: dobbiamo chiederci, allora, se il potere che l'Amministrazione pubblica è in grado di acquisire in tal modo sia sufficiente a realizzare il controllo analogo e dunque possa sostituire alcuna previsione statutaria speciale o se, invece, possa soltanto integrare e rafforzare il controllo analogo già predisposto nello statuto; ma la fattispecie richiede un approfondimento per il quale rinviemo al prossimo paragrafo.

Infine, restano da analizzare – quali patti parasociali potenzialmente rilevanti per il controllo analogo – gli accordi tra i soci e gli amministratori che impegnano i secondi ad attuare, solitamente in cambio della nomina all'organo, le direttive provenienti dai primi nell'esercizio della funzione amministrativa. Tali accordi, che gli amministratori stipulano in proprio e non in rappresentanza della società, hanno l'effetto di orientare la discrezionalità di cui gli amministratori godono nell'esercizio dell'impresa, per venire incontro alle richieste (e alle esigenze) dei soci sindacati.

Con riferimento ad essi, si profila di nuovo – e stavolta più fondatamente, perché gli amministratori assumono un obbligo giuridico – la questione della loro (in)validità per contrasto con l'art. 2380-*bis*, comma 1, c.c., che sancisce la competenza gestionale *esclusiva* degli amministratori³¹⁸.

³¹⁷ Tenendo conto delle riserve espresse in precedenza alla possibilità che il controllo analogo si manifesti sotto forma di direzione e coordinamento di società da parte dell'ente pubblico, escludiamo anche l'ipotesi di un contratto “di coordinamento gerarchico” *ex art. 2497-septies c.c.*, pur se astrattamente idonea.

³¹⁸ Opina nel senso dell'invalidità dell'accordo per illiceità della causa A. PAVONE LA ROSA, *I patti parasociali nella nuova disciplina*, cit., 6; così anche M.M. PRATELLI, *Problemi*, cit., 512 ss. In passato sembrava propendere per l'invalidità dei patti intesi a vincolare il voto dei consiglieri di amministrazione G. MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., 403, nota 73.

Tuttavia, la validità dell'accordo in questione è sostenibile individuando correttamente (circoscrivendo) l'ambito di applicazione dell'art. 2380-*bis* c.c. e del principio ivi espresso: come già chiarito in precedenza, la norma ha natura organizzativa, disciplinando i rapporti tra amministratori ed assemblea; essa, oltre a semplificare e rendere più efficiente la conduzione dell'attività di impresa, impedisce all'organo amministrativo di sottrarsi alla responsabilità nei confronti della società eccependo di aver eseguito una decisione dei soci. Qualora, poi, le scelte gestionali formalmente imputabili agli amministratori, *ex art. 2380-bis* c.c., siano state assunte o altrimenti condizionate da terzi, di fatto o di diritto (in virtù di un obbligo), tale circostanza è comunque inopponibile e irrilevante per la società e non vale a limitare la responsabilità degli amministratori verso di essa³¹⁹ (salvo che si tratti di attività di direzione e coordinamento, nel qual caso la responsabilità degli amministratori è valutata diversamente, dovendosi tener conto delle condizioni nel rispetto delle quali l'etero-direzione è legittima).

Si è osservato anche che l'argomento della responsabilità gestionale esclusiva degli amministratori, prevista dalla legge, non sia dissimile dall'argomento in passato sostenuto contro la legittimità dei sindacati di voto (non solo quelli deliberanti a maggioranza), secondo cui il voto del socio avrebbe dovuto formarsi liberamente in assemblea³²⁰: il contenuto di una norma ad efficacia procedimentale ed organizzativa non va inteso in senso estensivo.

Le competenze e le connesse responsabilità degli amministratori non impediscono a costoro di esternalizzare parzialmente le loro funzioni, impegnandosi ad assecondare le indicazioni altrui nei limiti dell'osservanza degli obblighi di protezione e garanzia cui sono tenuti, proprio perché in ogni caso gli interessi della società e dei terzi risultano salvaguardati dal sistema di responsabilità. Quindi, il vincolo contrattuale assunto dagli amministratori risulta valido e vincolante nell'indirizzare la loro discrezionalità gestionale, purché non imponga loro la violazione degli obblighi connessi alla funzione amministrativa con la

³¹⁹ Neanche in questo caso, pertanto, è stato necessario argomentare la validità degli accordi dalla derogabilità dell'art. 2380-*bis* c.c. sancita dall'art. 16, comma 3, lettera *a*), T.U., poiché non abbiamo esteso il precetto sulla competenza ivi contenuto al di fuori dell'organizzazione interna della società.

³²⁰ Così M. LIBERTINI, *I patti parasociali*, cit., 481. Sulla validità dei sindacati di voto, tra gli altri, L. FARENGA, *I contratti parasociali*, cit., 316 ss.; B. LIBONATI, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, cit., 13 ss.

conseguenza di esporli a responsabilità (in questa parte l'accordo sarebbe nullo e inefficace)³²¹.

Accordi con questo contenuto rientrano formalmente tra quelli richiamati dall'art. 2341-*bis*, comma 1, lettera *c*), c.c., cioè « aventi per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società »: in definitiva, risultano idonei a formalizzare l'influenza di uno o più azionisti pubblici sulla gestione della società in misura appropriata al controllo analogo.

Naturalmente, quando gli amministratori si assoggettano all'influenza dei soci, l'accordo è inefficace nei confronti della società e, quindi, privo di conseguenze sul piano dei suoi rapporti interni: la violazione degli impegni assunti comporta soltanto il diritto al risarcimento del danno subito dal socio, benché questi conservi il potere di revocare gli amministratori senza giusta causa.

Se, invece, l'accordo impegna la società stessa a determinarsi in conformità delle direttive del socio pubblico, l'eventuale violazione dell'impegno da parte degli amministratori non invalida le deliberazioni assunte dal consiglio di amministrazione, perché la prescrizione extra-statutaria non ha efficacia organizzativa e normativa, ma rende gli amministratori revocabili per giusta causa da parte dell'assemblea, in ipotesi dominata dallo stesso socio pubblico, per aver esposto la società a responsabilità da inadempimento contrattuale: la condotta degli amministratori disubbidienti può, così, essere sanzionata (*ex post*, con la revoca) anche sul piano societario dal socio pubblico che dispone della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea e, contestualmente, condiziona la gestione dell'impresa sociale in forza di poteri di fonte contrattuale, proprio perché "parte" del contratto è la società, nei confronti della quale il regolamento negoziale è direttamente efficace.

Inoltre, sempre con riferimento all'accordo intercorrente tra amministratori e soci, esso è inidoneo a modificare o attenuare la responsabilità degli amministratori verso la società, giacché questi ultimi rispondono di qualunque condotta contraria all'interesse della società e, pertanto, restano liberi di non dar séguito alle indicazioni del socio in caso di contrasto con l'interesse sociale. Ebbene,

³²¹ Così M. LIBERTINI, *I patti parasociali*, cit., 481; allo stesso modo riteneva, vigente la disciplina originaria delle società per azioni (anteriore alla riforma societaria), L. FARENGA, *I contratti parasociali*, cit., 345 s. e 351.

nonostante l'astratta permeabilità della causa societaria tipica (lucrativa) da parte dell'interesse pubblico, implicitamente desumibile dalla propensione legislativa verso il modello societario per l'esercizio da parte di soggetti pubblici di attività economiche di interesse pubblico, l'interesse della società, laddove manchi l'attribuzione all'assemblea di poteri deliberativi in materia di gestione (onde manifestare l'interesse pubblico legittimamente perseguibile), resta di natura lucrativa: con la conseguenza che gli amministratori dispongono di margini più ampi per discostarsi dalle direttive del socio che compromettano (anche in parte) lo scopo di lucro in vista dell'interesse pubblico, proprio perché il socio, operando al di fuori del contesto istituzionale, non è in condizioni di dare un contenuto all'interesse sociale, come invece potrebbe l'assemblea degli azionisti³²². L'influenza "esterna" esercitabile dall'ente pubblico ai fini del controllo analogo risulta, allora, sempre più debole di quella esercitabile sulla base di apposite clausole dello statuto e necessita pur sempre di essere presa in considerazione unitamente al potere dell'azionista pubblico di maggioranza di esercitare un'influenza dominante in assemblea (salvo che si tratti di controllo analogo congiunto).

5.1. Contenuto ed effetti dei « contratti di servizio pubblico ».

Le società *in house* hanno trovato diffusione soprattutto per la gestione dei servizi pubblici ed in quest'ambito la « concessione » di cui esse beneficiano da parte dell'ente pubblico (titolare del controllo analogo sulla società) si accompagna sempre ad un « contratto di servizio ».

Il contratto di servizio è stato considerato in dottrina quale fonte di un potere di condizionamento dell'ente pubblico nei confronti della società, suscettibile di venire in rilievo quale strumento integrativo del controllo analogo³²³.

³²² Il risultato della prevalenza dell'interesse pubblico sull'interesse sociale potrebbe essere ugualmente raggiunto se si riconoscesse lecita l'etero-direzione pubblicistica, cioè un'attività direttiva e strategica che sia volta precipuamente ad un impiego strumentale della società-imprese in vista di interessi pubblici; ma un'attività di questo tipo, oltre a non ricevere alcuna legittimazione dall'ordinamento (che dovrebbe poi anche stabilirne condizioni e limiti, come ha fatto per l'attività di direzione e coordinamento agli artt. 2497 ss. c.c.), appare anche priva di verosimiglianza quanto a praticabilità e benefici per il sistema pubblico.

³²³ Cfr. I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing*, cit., 792.

Se l'opinione fosse corretta e nel contempo si ammettesse la possibilità di qualificare come patti parasociali anche i contratti di cui è parte la società stessa (sulla cui organizzazione il contratto incide), il contratto di servizio potrebbe rappresentare un patto parasociale idoneo a realizzare il controllo analogo dell'ente pubblico, ai sensi dell'art. 16, comma 2, lettera c), T.U.; dunque è opportuno analizzarne contenuto ed effetti.

Il contratto di servizio è stipulato tra la società concessionaria – sia essa privata, mista o *in house* – e l'ente pubblico concedente per regolare i rapporti tra le parti; ai sensi dell'art. 113, comma 11, TUEL, esso deve prevedere « i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti ».

Inoltre, il contratto contiene la « tariffa » del servizio, che costituisce il corrispettivo del servizio pubblico e sarà poi riscossa direttamente dal gestore del servizio stesso (art. 117, commi 2 e 3, TUEL); la tariffa deve essere approvata dall'ente pubblico concedente osservando i criteri di calcolo fissati dall'art. 117, comma 1, TUEL, cioè « in misura tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione ».

La disciplina del TUEL appena richiamata, relativa ai contratti di servizio e ai servizi pubblici cui si riferiscono, sarà sostituita da una nuova, che verrà introdotta dal decreto legislativo recante Testo Unico in materia di Servizi Pubblici Locali (in attuazione della legge delega n. 124/2015), attualmente in fase di approvazione. Il testo (ancora provvisorio) del nuovo decreto dedica ai contratti di servizio un intero articolo (art. 21) e specifica alcuni aspetti della regolazione dei rapporti tra ente concedente e società concessionaria, tra cui: « gli obiettivi di sviluppo dei servizi, il programma degli investimenti e il piano economico-finanziario » (lettera c); « le modalità di remunerazione del capitale investito, ivi inclusi gli oneri finanziari a carico delle parti » (lettera e); « gli obblighi di informazione e di rendicontazione nei confronti dell'amministrazione competente [...] con riferimento ai risultati economici e gestionali e al raggiungimento degli standard qualitativi e quantitativi » (lettera m).

Come è evidente, il contratto di servizio risponde prevalentemente all'esigenza dell'ente pubblico che le modalità di gestione del servizio, che esso « concede »

ad un soggetto terzo, soddisfa l'interesse pubblico cui il servizio è preordinato e in funzione del quale l'ente lo ha « assunto » tra i propri compiti. Pertanto, nel contratto sono essenzialmente fissati le condizioni di svolgimento del servizio ed i poteri di controllo e vigilanza dell'ente pubblico sul rispetto delle prime, oltre che gli impegni economico-finanziari cui le parti sono tenute.

Si può affermare, quindi, che l'ente pubblico, contribuendo a determinare le modalità di svolgimento del servizio, orienta la gestione dell'impresa sociale: ciò soprattutto quando l'attività di erogazione del servizio costituisce l'oggetto esclusivo della società – come accade per quelle *in house* – e l'attività viene svolta nei confronti di un unico ente pubblico, poiché in questi casi la gestione del servizio coincide con la gestione dell'impresa e della società.

Tuttavia, il condizionamento subito dalla società risulta, a ben vedere, un effetto diretto (obbligo di esecuzione) del vincolo contrattuale consensualmente formatosi e non deriva dal successivo esercizio di alcun potere unilaterale conformativo attribuito all'ente pubblico, cui corrisponda una posizione di soggezione della società. Anzi, proprio in quanto tutti gli aspetti del rapporto di concessione, che ha durata prestabilita, tendono ad essere previsti nel contratto, alla loro determinazione provvede anche la società, al cui organo amministrativo spetta, in particolare, l'elaborazione del piano operativo che evidenzia la sostenibilità degli obiettivi di servizio pubblico in rapporto agli investimenti e alle risorse finanziarie disponibili alla società.

Quindi, sia l'ente pubblico sia la società, ciascuno per sua parte, concorrono a definire diritti e obblighi reciproci; in questa attività di negoziazione contrattuale, la sostanziale convergenza (piuttosto che contrapposizione) di interessi dei contraenti in ragione, tra l'altro, della partecipazione qualificata dell'ente alla società, che rende la terzietà giuridica della società soltanto formale (*in house*), deve preesistere ed essere dimostrata, non potendo desumersi dal contenuto o dagli effetti del contratto stesso.

Peraltro, un potere di « controllo » in capo all'ente pubblico certamente consegue dal contratto di servizio: si tratta del controllo sul servizio erogato (sull'osservanza degli impegni assunti) e indirettamente sulla società, dove però il termine controllo è inteso nell'accezione di “vigilanza” e non di “influenza”, che

quindi comprende, ma non esaurisce, l'ampiezza dei poteri riconducibili al controllo analogo.

Qualora, poi, si voglia considerare l'influenza sulle decisioni della società che l'ente pubblico sia successivamente (alla stipula del contratto) e di fatto in grado di esercitare, a causa della dipendenza economica della società nei suoi confronti, secondo l'interpretazione invalsa della fattispecie di cui all'art. 2359, n. 3, c.c. (controllo esterno), si ripresenterebbe il problema dell'assenza di vincoli giuridico-formali all'autonomia della società e/o del suo organo amministrativo, i quali sono ritenuti necessari per accertare *ex ante* il controllo analogo.

In conclusione, al di là delle resistenze a far rientrare nella categoria dei patti parasociali contratti causalmente del tutto autonomi dal contratto di società, in quanto stipulati dalla società stessa³²⁴, purché abbiano ad oggetto la disciplina di materie di competenza degli organi sociali e quindi possano alterare l'organizzazione interna della società, il contenuto del contratto di servizio, sopra descritto, in ogni caso non sembra consentire la qualificazione del contratto stesso come patto parasociale, di modo che esso risulta inidoneo a realizzare il controllo analogo ai sensi dell'art. 16, comma 2, lettera c), T.U.

Certamente, ciò non equivale a negare che il socio pubblico che ha stipulato la convenzione di servizio veda complessivamente rafforzata la sua posizione anche nei confronti degli amministratori, tanto più se esercita un'influenza dominante in assemblea: egli, infatti, può reagire all'inadempimento degli amministratori rispetto agli impegni contrattuali assunti dalla società con la revoca per giusta causa; in tal modo, dispone di uno strumento più efficace per indurre gli amministratori ad adempiere i loro doveri in vista del soddisfacimento dell'interesse pubblico.

³²⁴ Si esprime in senso favorevole a considerare patto parasociale l'accordo stipulato tra l'azionista di maggioranza e la società, con specifico riferimento alle società *in house* e ad una convenzione con cui il Comune prevedeva che un proprio funzionario impartisse direttive alla società, M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, cit., 215.

CAP. IV. L'attuazione del controllo analogo nelle società a responsabilità limitata.

1. Introduzione alle peculiarità del tipo s.r.l. secondo le esigenze del socio pubblico.

La disciplina delle società a responsabilità limitata è apparsa alla dottrina e alla giurisprudenza che si sono occupate del tema molto più confacente delle società per azioni alle istanze espresse dal fenomeno *in house providing*, in quanto

adeguata a realizzare il maggior coinvolgimento possibile dei soci pubblici nella gestione, in ossequio al requisito del controllo analogo³²⁵.

I due tratti salienti di tale disciplina sono infatti, come noto, la rilevanza “personalistica” dei soci all’interno dell’organizzazione e l’amplessissima autonomia statutaria: entrambi si rivelano fruttuosi al socio pubblico che miri a detenere una partecipazione idonea a realizzare il controllo analogo all’interno della società. In particolare, non sono ravvisabili impedimenti a configurare un potere di influenza determinante del socio pubblico sugli obiettivi strategici e sulle decisioni più importanti della società, poiché il principio di separazione tra proprietà e gestione, pur valido, non è strettamente vincolante e le competenze gestionali non sono definitivamente ripartite, ma possono essere rimodulate tra compagine sociale e amministratori ai sensi dell’art. 2479, comma 1, c.c..

Non è un caso, allora, che l’art. 16, comma 2, lettera b), T.U., con riferimento alle società a responsabilità limitata *in house*, si limiti a confermare, con disposizione apparentemente superflua, la possibilità che lo statuto contenga clausole attributive di « particolari diritti » a singoli soci ai sensi dell’art. 2468, comma 3, c.c., cioè nient’altro che l’applicazione della disciplina di diritto comune, senza che il legislatore abbia avvertito la necessità di introdurre disposizioni speciali, derogatorie di norme del codice civile che sono già prevalentemente dispositive. Sul contenuto di queste clausole nelle società *in house* e, più in generale, sulle alternative statutarie percorribili verterà l’indagine nei paragrafi successivi.

In via preliminare si evidenzia che un aspetto caratteristico del tipo s.r.l., cioè la tendenziale identità soggettiva tra le persone dei soci e gli amministratori (art. 2475, comma 1, c.c.), risulta senz’altro escluso nelle società *in house* (ed ogni altra volta in cui la compagine societaria sia esclusivamente pubblica): infatti, anche a prescindere dalla dubbia ammissibilità del conferimento della carica di amministratore ad una persona giuridica, l’ente pubblico non ha interesse ad assumere direttamente funzioni e responsabilità di gestione dell’attività di impresa:

³²⁵ Così, tra gli altri, M. COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in *Le società pubbliche*, a cura di Ibba, Malaguti e Mazzoni, Torino, 2011, 266 ss.; EAD., *L’amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 627 ss.; I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il cd. modello in house providing*, cit., 796 s.

ciò, d'altronde, in coerenza con la logica sottesa al fenomeno *in house providing*, consistente proprio in una esternalizzazione formale del servizio³²⁶, e con il requisito del controllo analogo, che non avrebbe ragione di venire in considerazione se il socio pubblico fosse titolare della funzione amministrativa della società.

2. Le competenze gestionali attribuibili alla collettività dei soci: a) gli argomenti devoluti all'approvazione dei soci in mancanza di previsione statutaria.

La disciplina delle società a responsabilità limitata non contiene una disposizione analoga all'art. 2380-*bis*, comma 1, c.c. e pertanto non replica la netta riserva delle competenze gestionali in favore degli amministratori che connota le società per azioni; nondimeno, l'impianto normativo complessivo affida agli amministratori la competenza generale (e residuale) a gestire l'impresa sociale ed a compiere gli atti occorrenti (come si evince, tra gli altri, dagli artt. 2463, comma 2, n. 8; 2475, comma 1; 2475-*bis*; 2476, commi 1 e 2, c.c.).

La peculiarità dello statuto organizzativo delle società a responsabilità limitata si coglie soprattutto attraverso l'art. 2479, comma 1, c.c., che rimette all'atto costitutivo (anziché alla legge) l'individuazione delle materie oggetto delle decisioni dei soci, con la possibilità di ampliare, in apparenza senza limiti, il novero delle materie che per legge già appartengono alla competenza (della collettività) dei soci stessi (art. 2479, comma 2, c.c.): elenco che pure comprende, con disposizione significativamente innovativa, accanto alle materie tradizionali – quali l'approvazione del bilancio e la distribuzione degli utili, la nomina degli amministratori e quella dei sindaci ove prevista, le modificazioni dell'atto costitutivo – « la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o

³²⁶ L'ente pubblico mediante la costituzione della società e l'affidamento ad essa del servizio pubblico (oppure del servizio strumentale alla sua attività) mira a limitare la sua responsabilità patrimoniale non soltanto rispetto alle obbligazioni assunte nell'attività dell'impresa, ma anche – possiamo presumere – rispetto ad eventuali obblighi risarcitori scaturenti da un esercizio non corretto della gestione.

una rilevante modificazione dei diritti dei soci » (art. 2479, comma 2, n. 5, c.c.)³²⁷.

Ne consegue che il potere decisionale degli amministratori in merito alla gestione non ha natura esclusiva, anzi esso risulta in ogni caso astrattamente « concorrente » con quello dei soci³²⁸, poiché, anche in assenza di previsione statutaria, è possibile rimettere ai soci l'approvazione di specifici argomenti, su iniziativa di uno o più amministratori o di tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale, ai sensi dell'art. 2479, comma 1, seconda parte, c.c., con un meccanismo in dottrina definito *provocatio ad populum* (per associazione con l'omonimo istituto del diritto pubblico romano)³²⁹.

Prima di considerare modalità e limiti entro i quali l'autonomia privata può disciplinare le competenze deliberative dei soci su oggetti attinenti alla gestione, è opportuno soffermarsi sul potere degli amministratori e dei soci stessi di sottoporre spontaneamente determinati argomenti all'approvazione della collettività dei soci, che risulta altrettanto utile per argomentare la soggezione della società *in house* al controllo analogo del socio pubblico, come vedremo.

La possibilità che i soci siano in concreto investiti di un potere deliberativo vincolante per gli amministratori su materie che né la legge né lo statuto attribuiscono alla loro competenza non costituisce una novità assoluta, ma trova un precedente nell'originario art. 2364, n. 4, c.c., applicabile anche alle società a responsabilità limitata in forza del richiamo contenuto nell'art. 2486, comma 2, c.c. (vecchio testo), che consentiva di trasferire il potere decisionale su atti di gestione dall'organo amministrativo all'assemblea, non soltanto per effetto della relativa clausola statutaria – che avrebbe determinato uno spostamento di competenza in astratto – ma anche, in sua mancanza, per volontà e su iniziativa degli amministratori. Tale spontanea devoluzione era perlopiù motivata dall'occasione che così si offriva agli amministratori di sottrarsi alla responsabilità verso la società per l'attuazione di operazioni particolarmente incerte e rischiose: il compimento delle quali, in conseguenza dell'approvazione assembleare, sarebbe

³²⁷ Su cui si veda M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata*, diretto da Ibbà e Marasà, Padova, 2009, IV, 14 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

³²⁸ Così, tra gli altri, M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., 10; I. DEMURO, *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nella s.r.l.*, Milano, 2008, 38.

³²⁹ In particolare, I. DEMURO, *Le decisioni dei soci*, cit., 46.

stato imputato alla volontà della stessa assemblea (ovvero della stessa maggioranza assembleare) che avrebbe poi dovuto far valere la responsabilità degli amministratori, restandone impedita³³⁰.

L'attuale art. 2479, comma 1, c.c. introduce alcuni elementi di novità rispetto all'originaria disciplina, inerenti principalmente alla legittimazione a richiedere la *provocatio*: i soci, infatti, possono essere interpellati su richiesta anche di uno solo degli amministratori in carica, eventualmente in disaccordo con gli altri, e – ancora più importante – di tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale, di modo tale che siano i soci stessi a rivendicare il proprio potere decisionale.

Quando tale richiesta venga inoltrata, l'attivazione della competenza dei soci non può che comportare la compressione del relativo potere in capo agli amministratori sino al pronunciamento della collettività, con l'obbligo di astenersi dal compimento dell'operazione in oggetto. Pertanto, come è stato osservato, « la disposizione in esame assume un significato che va al di là dell'espansione delle prerogative spettanti alla compagine sociale collettivamente intesa: il conferimento di un *potere sostanzialmente di opposizione* ai soci, ed anche a quelli di minoranza, vale ad imporre alla maggioranza l'onere di “venire allo scoperto”, assumendosi la responsabilità delle scelte di gestione altrimenti attuate attraverso gli amministratori; al contempo, l'eguale potere attribuito individualmente a costoro introduce [...] un elemento tratto dall'esperienza delle società a base personale (art. 2257 c.c.) e tale da rafforzare il reciproco controllo tra gli incaricati della conduzione dell'impresa »³³¹.

Il potere dei soci di avocare a sé qualunque decisione in merito alla gestione, altrimenti di competenza degli amministratori, è molto rilevante anche quando riferito, anziché alla minoranza, al socio (o al gruppo) di maggioranza, il quale in

³³⁰ Sul tema, V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 20; P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 40 ss., il quale però propendeva per un'interpretazione della disposizione che non fosse incentrata sull'esclusivo interesse degli amministratori (a non rispondere della decisione attuata) quale ragione giustificatrice della facoltà loro attribuita, ma (anche) sull'interesse della società e quindi tale da configurare altresì un dovere degli amministratori, almeno in alcuni casi, cioè in presenza di « operazioni che tendono ad imprimere all'esercizio dell'impresa un corso radicalmente nuovo o a esporla a rischi economici assolutamente straordinari, rispetto alle quali è da presumere che i soci siano interessati a ricevere congrue informazioni e ad esprimere il proprio consenso » (p. 44).

³³¹ M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., 25 s., corsivo aggiunto.

considerazione di ciò conserva e rafforza il pieno controllo sulle scelte operate dagli amministratori di propria nomina. Tant'è che la disposizione è stata correttamente considerata come ripristinatoria della « sovranità » dei soci all'interno dell'organizzazione societaria³³², da cui gli stessi in precedenza apparivano spodestati per l'autonomia riconosciuta agli amministratori³³³.

Inoltre, sempre sotto il profilo dei soggetti legittimati ad assumere l'iniziativa, si ammette che lo statuto della società possa ridurre l'aliquota del capitale necessaria quando la richiesta proviene dai soci, fino a riconoscere a ciascuno di essi il relativo potere di iniziativa³³⁴; ebbene, una clausola simile agevolerebbe senz'altro l'imputazione congiunta del controllo analogo alla pluralità di soci pubblici, stante il potere di controllo e opposizione sulle decisioni degli amministratori così riconosciuto a ciascun socio.

Infine, in ordine al tradizionale interesse degli amministratori a sottoporre operazioni rischiose all'approvazione dei soci, allo scopo di ottenere il discarico da responsabilità verso la società per il loro compimento, tale interesse persiste, seppure in forma attenuata poiché gli amministratori non sono in ogni caso liberati da responsabilità nei confronti della società, potendo non valere (almeno per alcuni soci) il divieto di *venire contra factum proprium*: infatti, ciascun socio che non abbia concorso all'approvazione della delibera è legittimato a far valere la responsabilità degli amministratori verso la società (art. 2476, comma 3, c.c.), qualora, ad esempio, essi abbiano dato attuazione ad un'operazione dannosa per la società, approvata col voto determinante del/i socio/i in conflitto di interessi³³⁵. Anzi, non soltanto gli amministratori possono rispondere verso la società dell'operazione approvata dai soci, ma in solido con essi risponderanno anche i

³³² Si esprimono così diversi autori, tra i quali: A. MONTEVERDE, *Le decisioni gestorie dei soci nelle società lucrative*, Milano, 2013, 154; I. DEMURO, *Le decisioni dei soci*, cit., 35; M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., 8.

³³³ Molteplici sono stati in dottrina i riferimenti alla perdita di sovranità dei soci (*rectius*, dell'organo assembleare) nel passaggio dalla disciplina del codice di commercio a quella del codice civile; cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 1 ss.; P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 5 ss.

³³⁴ Così, tra gli altri, M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., 27.

³³⁵ In merito alla fattispecie descritta, il tema della responsabilità di amministratori e soci (rimedio risarcitorio o di natura obbligatoria) interferisce con la questione della pregiudizialità dell'impugnazione della delibera, invalida ai sensi dell'art. 2479-ter, comma 2, c.c. (rimedio di natura reale).

soci che si sono espressi in favore dell'operazione consapevoli dell'illiceità della delibera, ai sensi dell'art. 2476, comma 7, c.c.³³⁶.

Con riferimento all'oggetto della *provocatio*, il termine « argomenti », contrapposto alle « materie » attribuite statutariamente alla competenza dei soci, esprime la necessaria delimitazione dell'oggetto dell'approvazione ad una vicenda concreta e circoscritta, potendo consistere sia in un intero atto o operazione sia, più limitatamente, in una parte di essi³³⁷. Circa la sussistenza di limiti oggettivi ad investire i soci della deliberazione, la questione tende a sovrapporsi a quella dei limiti al trasferimento statutario di competenze dagli amministratori ai soci³³⁸, con soluzioni unitarie ma non pacifiche in dottrina³³⁹.

Con riferimento all'efficacia della deliberazione dei soci, il termine « approvazione » può essere contrapposto a « decisione », in quanto il primo indica il consenso espresso in ordine ad una decisione già assunta dagli amministratori, mentre la seconda dà esclusivo rilievo alla manifestazione di volontà dei soci (formalmente prima e unica), sebbene essi si esprimano normalmente su proposta o progetto degli amministratori (che svolgono pertanto una fondamentale funzione di stimolo e impulso)³⁴⁰; comunque, in entrambi i casi la delibera dei soci si differenzia da

³³⁶ Sui presupposti della responsabilità dei soci ai sensi dell'art. 2476, comma 7, c.c. ed in particolare sull'elemento psicologico necessario, C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità dei soci nella s.r.l.*, Milano, 2015, 101 ss.; I. DEMURO, *Le decisioni dei soci*, cit., 142 ss.

³³⁷ Così I. DEMURO, *Le decisioni dei soci*, cit., 51 ss.; cfr. anche M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., 24.

³³⁸ Salvo estendere (o non escludere *a priori*) la cognizione dei soci anche a taluni atti che certamente lo statuto non potrebbe attribuire alla loro competenza – in particolare, la redazione del bilancio e la redazione del progetto di fusione e di scissione – ma dei quali i soci potrebbero essere messi a parte prima della loro redazione definitiva, allo scopo di dare un'approvazione preventiva: l'ipotesi è cautamente avanzata da I. DEMURO, *Le decisioni dei soci*, cit., 54 s., ma viene dall'Autore stesso limitata ai progetti di fusione e scissione ed esclusa per la predisposizione del bilancio di esercizio, laddove i margini di discrezionalità (e dunque la possibilità di subire influenze) degli amministratori sono ridotti (p. 55, nota 27).

³³⁹ Cfr. M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., 23, che considera « sostanzialmente assoluta » la facoltà di estensione delle competenze della collettività dei soci dal punto di vista contenutistico, dal momento che, secondo l'Autore, « neppure la prescrizione contenuta nell'art. 2475, ultimo comma, sembra possa costituire un limite, soprattutto se si considera che il riferimento all'aumento di capitale delegato induce a ritenere che la disposizione intenda semplicemente regolare la distribuzione delle funzioni nei rapporti interni all'organo amministrativo, non incidendo invece sulla posizione e sulle prerogative attribuibili alla compagine sociale »; infatti l'Autore perviene poi ad ammettere la possibilità di affidare per via statutaria l'intera gestione alla collettività dei soci con contestuale cancellazione dell'organo amministrativo, seppure in osservanza di talune condizioni.

³⁴⁰ Si veda I. DEMURO, *Le decisioni dei soci*, cit., 60 ss., che esclude che l'approvazione dei soci renda imputabile anche a loro l'atto approvato. In senso diverso opina chi evidenzia che l'approvazione dia luogo ad un « concorso decisionale » tra amministratori e soci e quindi ad un'attività concorrente, che presuppone una competenza egualmente concorrente degli uni e degli altri (cioè nella titolarità di entrambi): così C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 84.

un'autorizzazione perché è vincolante e non può essere disattesa dagli amministratori, salvo che per sottrarsi alla responsabilità in cui incorrerebbero eseguendola.

Ma anche chi esclude che l'approvazione *stricto sensu* dei soci attragga l'atto (approvato) nella loro competenza, restando invece imputabile ai soli amministratori, ritiene che il termine « approvazione » impiegato dall'art. 2479, comma 1, c.c. vada inteso in senso estensivo (o non tecnico) e consenta quindi che i soci siano in concreto chiamati ad esercitare un potere decisionale pieno, assumendosi la paternità dell'atto “approvato”³⁴¹. Pertanto, le diverse opinioni convergono infine nel considerare che, attraverso il meccanismo della *provocatio*, il sistema di ripartizione delle competenze gestionali tra soci e amministratori di s.r.l. sia « mobile »³⁴².

D'altronde, ai sensi dell'art. 2476, comma 7, c.c. non si ravvisano rilievo giuridico né conseguenze diverse tra decisione e (mera) approvazione³⁴³; la mancanza di alcun riferimento testuale all'approvazione induce a ritenere che il legislatore l'abbia assimilata ad una decisione, non già che l'abbia del tutto esclusa quale presupposto di responsabilità: quest'ultima ipotesi è smentita dal fatto che il legislatore ha considerato presupposto di responsabilità anche l'autorizzazione dei soci, la quale produce effetti conformativi per gli amministratori meno intensi dell'approvazione, ma costituisce ugualmente un segmento essenziale (determinante) del procedimento di azione giuridica della società³⁴⁴.

3. (Segue:) b) Le clausole dell'atto costitutivo che riservano competenze gestionali ai soci.

³⁴¹ Così I. DEMURO, *Le decisioni dei soci*, cit., 62 ss.

³⁴² C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 79, ove ulteriori riferimenti.

³⁴³ Non consideriamo in questa sede i profili applicativi che riguardano la prova del contributo causale al compimento dell'atto dannoso degli amministratori fornito in concreto dal singolo socio: cfr. I. DEMURO, *Le decisioni dei soci*, cit., 153 ss., il quale individua i criteri di imputazione della responsabilità dei soci distinguendo l'ipotesi della mera approvazione da quella della decisione. Sul nesso di causalità nella responsabilità del socio, v. anche C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 172 ss.

³⁴⁴ Sulla procedimentalizzazione dell'attività della società e sulla rilevanza che il legislatore ha inteso riconoscere alle fasi intermedie che costituiscono gli antecedenti causali del danno cagionato dagli atti esterni degli amministratori, si veda C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 52 ss.

L'art. 2479, comma 1, prima parte, c.c. stabilisce che « i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo », con una formula la cui ampiezza, relativamente al contenuto delle decisioni (*rectius*, deliberazioni) rimesse ai soci dall'autonomia statutaria, risulta evidente attraverso il confronto con la disciplina delle società per azioni, dove le competenze assembleari sono tassativamente indicate e l'art. 2364, n. 5, c.c. consente allo statuto di prevedere ulteriori delibere dell'assemblea ordinaria soltanto se abbiano ad oggetto autorizzazioni per il compimento di atti degli amministratori.

L'autonomia statutaria nelle s.r.l. può, dunque, non soltanto riconoscere efficacia vincolante, anziché meramente autorizzativa, alle delibere dei soci su materie che nel modello legale non sono state attribuite alla loro cognizione, ma anche definire liberamente (cioè senza limitazioni), almeno in apparenza, le « competenze » esclusive della collettività dei soci e, indirettamente, quelle degli amministratori, che vengono comprese in misura corrispondente all'estensione delle prime.

L'attuale disposizione in commento è formulata in termini ancora più ampi del precedente art. 2364, n. 4, c.c., (applicabile anche alle società a responsabilità limitata per il rinvio contenuto nell'art. 2486, comma 2, c.c.), che rimetteva all'atto costitutivo l'individuazione degli « altri *oggetti attinenti alla gestione* della società » riservati alla competenza dell'assemblea. La differenza si coglie osservando che la « materia » è idonea a comprendere un ambito di competenza più esteso, ovvero una pluralità di « oggetti » che non hanno bisogno di specifica determinazione: pertanto, oggi, interi settori della gestione potrebbero essere devoluti alla competenza della collettività dei soci, mentre in passato tale risultato avrebbe dovuto escludersi per la necessità di selezionare (specifici) oggetti compresi nell'ambito gestionale.

La prima questione che si pone concerne, allora, l'esistenza di limiti inespresi all'autonomia privata nel disciplinare il sistema delle competenze, di cui potrebbero eventualmente risentire le società *in house* costituite come s.r.l.

La presunta inesistenza di tali limiti ha condotto una parte della dottrina a ritenere che l'organo amministrativo possa essere del tutto soppresso e con esso la distinzione di ruoli tra soci e amministratori, mediante allocazione di tutti i

poteri e le funzioni dei secondi in capo alla collettività dei primi, con l'osservanza delle relative regole³⁴⁵.

Anzitutto, riteniamo di escludere questa estrema possibilità; l'opzione, infatti, non è rinvenibile in alcuna parte della disciplina³⁴⁶, la quale invece è costantemente improntata, pur nella semplificazione di strutture e regole corporative, a distinguere le persone dei soci in quanto tali dalle persone (soci o non soci) incaricate dell'amministrazione³⁴⁷, per la diversità delle situazioni giuridiche di cui gli uni e gli altri sono titolari, quandanche sussista tra essi un'identità soggettiva, come prevede, quale regola generale, l'art. 2475, comma 1, c.c.³⁴⁸ (e quandanche tutti i soci fossero amministratori).

D'altronde, proprio l'art. 2479, comma 1, c.c. – che ha stimolato gli autori ad ipotizzare l'esercizio integrale delle funzioni amministrative da parte della collettività dei soci in quanto tale – riguarda in realtà esclusivamente le competenze *deliberative* dei soci e non statuisce su competenze di altra natura; ad esempio, il potere di rappresentanza generale della società spetta soltanto agli amministratori (art. 2475-*bis* c.c.), i quali assumono così la competenza esecutiva

³⁴⁵ Cfr. la proposta interpretativa di M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., 35 ss., che perviene ad ammettere la soppressione dell'organo amministrativo con l'attribuzione di tutte le sue competenze alla collettività dei soci, che opererebbe secondo le regole che le sono proprie, ma equiparando di fatto (tutti) i soci a gestori/amministratori, quindi con relativi obblighi e responsabilità.

³⁴⁶ Così G.C. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2007, vol. 3, 534, che in merito all'art. 2475, comma 1, c.c. – « salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'art. 2479 » – riferisce la clausola di salvezza iniziale a due sole statuizioni, cioè quelle relative alla qualità di socio dell'amministratore e alle modalità di nomina, non anche alla possibilità di sottrarre il potere gestionale (nella sua interezza) agli amministratori per affidarlo alla collettività dei soci.

³⁴⁷ Si vedano, ad esempio, l'art. 2463, comma 2, n. 8, che prescrive nell'atto costitutivo l'indicazione delle « persone cui è affidata l'amministrazione », l'art. 2475-*bis*, comma 1, sul potere di rappresentanza degli amministratori, l'art. 2475, che regola l'amministrazione della società, nonché le altre prescrizioni a carico degli amministratori disseminate all'interno della disciplina. Al contrario, si esclude che l'inciso « se prevista nell'atto costitutivo » riferito alla competenza dei soci a nominare gli amministratori ai sensi dell'art. 2479, comma 2, n. 2), c.c. indichi che la presenza dell'organo amministrativo sia facoltativa, poiché invece si collega alla possibilità che l'atto costitutivo attribuisca il potere gestionale ad uno o più soci senza limiti di tempo oppure alla possibilità di conferire il potere di nomina al singolo socio quale diritto particolare di cui all'art. 2368, comma 3, c.c.; così M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., 17 s.; C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 138 ss.

³⁴⁸ Così G.C. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione*, cit., 522 ss.; C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 140 ss..

e la conseguente responsabilità indeclinabile per gli atti compiuti (arg. anche *ex art. 2476, comma 7, c.c.*).

La competenza degli amministratori a gestire l'impresa sociale – sia essa esclusiva (art. 2380-*bis* c.c.) o generale – comprende non soltanto il potere decisionale relativo alle scelte di gestione, ma anche il potere-dovere di compiere tutte le restanti attività che precedono e preparano e poi seguono ed attuano le scelte medesime. Pertanto, l'abolizione dell'organo amministrativo non può essere argomentata dalla previsione dell'art. 2479 c.c., che, se pure fosse idoneo ad attribuire alla competenza deliberativa dei soci tutte le materie, non priverebbe gli amministratori degli altri compiti compresi nella gestione della società.

Inoltre, la competenza esclusiva (o comunque inderogabile) degli amministratori ad istruire, prima, e ad attuare, poi, le decisioni di gestione, quantunque assunte dai soci, assolve ad una funzione di protezione degli interessi rilevanti perché soltanto gli amministratori (e non i soci), in quanto titolari di una funzione, sono destinatari di obblighi di comportamento che essi devono assolvere con la diligenza professionale propria dell'incarico³⁴⁹, da cui consegue la diversità dei presupposti della responsabilità di amministratori e soci ai sensi dell'art. 2476, commi 1 e 7 (rispettivamente), c.c..

Può essere, quindi, ridimensionata la rilevanza sistematica della prescrizione contenuta nell'art. 2475, ultimo comma, c.c., che – riconoscendo « in ogni caso di competenza dell'organo amministrativo » la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione e scissione, nonché le decisioni di aumento di capitale delegato ai sensi dell'art. 2481 c.c. – non esaurisce (né propriamente individua) i limiti rinvenibili alla devoluzione di competenze gestionali dagli amministratori ai soci³⁵⁰.

³⁴⁹ In argomento O. CAGNASSO, *L' "attività preparatoria" della gestione affidata ai soci di s.r.l. e l'attribuzione della relativa responsabilità*, in *Il diritto delle società oggi*, diretto da Benazzo, Cera, Patriarca, Torino, 2011, 365 ss., il quale pone in risalto il ruolo degli amministratori anche per le decisioni dei soci, in ragione degli obblighi a loro carico relativi alla fase istruttoria e preparatoria delle decisioni; ritiene inoltre che anche nelle società a responsabilità limitata gli amministratori possano essere tenuti, a seconda delle dimensioni dell'impresa, a creare assetti organizzativi adeguati, non diversamente dagli amministratori di società per azioni, cosicché, dovendo essi predisporre le modalità di organizzazione dell'attività istruttoria, risulteranno responsabili per la mancata o non corretta acquisizione delle informazioni necessarie ad una corretta decisione dei soci.

³⁵⁰ Così G.C. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione*, cit., 535 ss.

Infatti, la disposizione citata era assurda, nell'opinione di alcuni Autori, a principale elemento probante della presenza indefettibile dell'organo amministrativo nell'organizzazione della società e di un nucleo minimo di compiti ad esso spettanti. Altri Autori, tuttavia, hanno obiettato che, tra le attribuzioni dell'organo amministrativo previste dall'art. 2475, ultimo comma, c.c., ve n'è una, ossia l'aumento del capitale, che, essendo oggetto di delega da parte dei soci, in realtà smentisce la presunta *ratio* attribuita alla norma di individuare competenze indefettibili dell'organo amministrativo nel rapporto con i soci³⁵¹. Al riguardo, giova ricordare che la versione originaria della norma (approvata con d.lgs. 6/2003) – corretta poco tempo dopo secondo la formula attualmente in vigore – riferiva i poteri (non all'« organo amministrativo », bensì) al « consiglio di amministrazione », sicché sembrava disporre in merito alla distribuzione delle competenze gestionali e alle modalità del loro esercizio per il caso in cui lo statuto abdicasse alle formule collegiali di governo e accedesse a quelle proprie delle società personali; è probabile allora che, nonostante l'attuale riferimento all'organo amministrativo, la disposizione non sia stata dotata di forza regolatrice dei rapporti tra amministratori e soci, ma continui a disciplinare le modalità di esercizio delle funzioni amministrative, al pari dell'art. 2381, comma 4, c.c.³⁵². La conclusione può essere condivisa in quanto, come chiarito sopra, poteri propri ed esclusivi dell'organo amministrativo – evidentemente ineliminabile – sono rintracciabili altrimenti.

In particolare, tra le prerogative dell'organo amministrativo vanno senz'altro annoverate la redazione del progetto di bilancio e la redazione del progetto di fusione e scissione, pure indicate nell'art. 2475, ultimo comma, c.c., perché esse non attengono alla fase deliberativa/approvativa (di cui all'art. 2479 c.c.) ma la preparano e, allo scopo, richiedono cognizioni e competenze tecniche che non appartengono (possono non appartenere) ai soci estranei all'amministrazione

³⁵¹ Così M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., 37; G.C. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione*, cit., 536.

³⁵² Così M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., 38; G.C. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione*, cit., 536; *contra* C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 142, secondo il quale l'intervento correttivo non dovrebbe essere sminuito nella sua portata.

(globalmente intesa), per quanto eventualmente ed in varia misura coinvolti nelle scelte di gestione³⁵³.

Occorre soffermarsi, quindi, sull'esistenza di materie o, più limitatamente, di oggetti che non possano essere sottratti al potere decisionale degli amministratori, allo scopo di stabilire entro quali limiti sia ammissibile un'ingerenza dei soci nella gestione delle società *in house*, in vista del controllo analogo.

Risulta utile, anche in questo caso, il confronto con la disciplina originaria, anteriore alla riforma delle società di capitali: già allora, nonostante l'art. 2364, n. 4, c.c. (vecchio testo), più volte esaminato, fosse applicabile sia alle società per azioni sia alle società a responsabilità limitata, la dottrina era propensa ad ammettere che i limiti entro i quali l'autonomia statutaria avrebbe potuto regolare le competenze gestionali dell'assemblea andassero individuati con riferimento alla disciplina di ciascun tipo e che, in particolare, nelle s.r.l. non operasse il limite della « gestione corrente »³⁵⁴ (quale materia riservata in ogni caso agli amministratori), che era emerso dalla disciplina delle società per azioni e si saldava con il principio di efficienza a quella connotato ³⁵⁵.

A maggior ragione, quindi, sembra corretto ammettere oggi che i soci possano deliberare anche in materia di gestione corrente, in considerazione del fatto che, da un lato, il principio della gestione efficiente non ha prevalso, nell'ispirare la disciplina riformata delle s.r.l., sull'interesse dei soci ad essere coinvolti nella gestione, e che, dall'altro, il procedimento deliberativo, da sempre più semplice e rapido di quello delle s.p.a., può essere ulteriormente snellito evitando la riunione dei soci in sede assembleare e le relative formalità (art. 2479, comma 3, c.c.).

³⁵³ Così C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 143 s.; I. DEMURO, *Le decisioni dei soci*, cit., 54 s.

³⁵⁴ Si ricordi che per « gestione corrente » si intende quel complesso di atti e operazioni che attengono al corso ordinario degli affari e che assicurano funzionalità e continuità all'attività imprenditoriale; per valutare l'inerenza degli atti alla gestione corrente si tiene conto della necessità e della frequenza temporale delle decisioni e della rapidità con cui queste devono essere prese. Il concetto descritto si distingue da quello di « gestione ordinaria », che invece esprime un criterio di « normalità » (o proporzionalità) economico-quantitativa degli atti in relazione ad una determinata attività di impresa e alle dimensioni di essa. I due concetti quindi operano su piani diversi e individuano differenti ambiti di attività amministrativa; tuttavia, mentre gli atti di gestione corrente sono tendenzialmente ricompresi nell'ordinaria amministrazione, al contrario non tutti gli atti di ordinaria amministrazione sono anche di gestione corrente, qualora ad esempio si tratti di atti compiuti senza una particolare frequenza. La distinzione è così tracciata da V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 311 ss.

³⁵⁵ Così V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 322 s.; P. ABBADESSA, *L'assemblea*, cit., 42.

Pertanto, si dovrebbe escludere l'esistenza di ambiti della gestione su cui i soci non possano deliberare per il pregiudizio (essenzialmente da "ritardo") che ne deriverebbe all'attività della società.

A questo punto, resta da chiedersi se esistano almeno dei limiti di ordine quantitativo, cioè se l'organo amministrativo non possa comunque essere privato oltre una certa misura del potere di decidere autonomamente in materia di gestione. A ben vedere, anche tali limiti non potrebbero che derivare dal bilanciamento tra le contrapposte istanze della efficiente gestione e della partecipazione dei soci; tuttavia, non ci sono elementi normativi che manifestino la necessità di un compromesso tra le due istanze, quindi la scelta sembra rimessa all'autonomia contrattuale³⁵⁶.

3.1. Competenze gestionali dei soci e realizzazione del controllo analogo.

Allo scopo di configurare il controllo analogo del socio pubblico, cioè il potere di influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle più importanti decisioni della società, lo statuto della società a responsabilità limitata può attribuire la relativa competenza deliberativa alla collettività dei soci: in questo modo il socio che detiene una partecipazione di maggioranza o totalitaria esercita, attraverso il suo voto, un'influenza determinante (anzi, dominante) sull'oggetto della delibera.

In alternativa, benché l'art. 2479 c.c. non preveda espressamente l'ipotesi, lo statuto potrebbe riconoscere ai soci un potere meramente autorizzativo sulle decisioni gestionali di maggiore rilevanza, tale che il socio pubblico che disponga da solo del voto necessario e sufficiente ad autorizzare (o, al contrario, a vietare) sia in grado di esercitare un'influenza determinante in senso stretto (cioè un potere di veto) sulle decisioni medesime.

Circa gli oggetti (o le materie) attinenti alla gestione attribuiti alla competenza deliberativa dei soci dallo statuto di una s.r.l. *in house*, è probabile (in quanto più opportuno) che essi siano abbastanza limitati e circoscritti (appunto alle sole

³⁵⁶ Così, M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., 36, secondo il quale, « in questo quadro è legittima ogni clausola che, in ragione del valore delle operazioni sociali, e per quanto in basso sia convenzionalmente stabilita la relativa soglia, ne riservi la deliberazione a questi ultimi [cioè ai soci]; mentre, nel caso in cui si proceda *ratione materiae*, l'individuazione di quelle di loro esclusiva pertinenza può essere grande a piacere ».

decisioni di maggiore importanza), senza quindi che gli amministratori subiscano una compressione eccessiva della loro autonomia. Non occorre, infatti, estendere oltremodo i poteri della collettività dei soci, sia perché non lo esige il controllo analogo (secondo l'interpretazione che ne abbiamo fornito), sia perché in ogni caso sovviene l'istituto della *provocatio*; inoltre, maggiore è l'ingerenza del socio pubblico nella gestione, maggiore è la possibilità che egli sia chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2476, comma 7 c.c.³⁵⁷.

In particolare, non sembra rispondere all'interesse del socio pubblico l'ingerenza nella gestione corrente, pur in principio ammissibile. Invece, non riteniamo di poter escludere con sicurezza l'interesse del socio pubblico per la gestione ordinaria, dal momento che al suo interno potrebbero rinvenirsi atti e decisioni, pur "normali" in relazione al tipo di attività esercitata dalla società, ma in altro modo significativi per gli enti pubblici soci.

Infine, clausole statutarie ricorrenti dovrebbero essere quelle che riconoscono ai soci il potere di emanare direttive di contenuto generale agli amministratori, ovvero indicanti obiettivi e finalità da perseguire, e quelle che demandano ai soci l'approvazione dei piani strategici elaborati dagli amministratori (eventualmente in conformità alle direttive ricevute e agli obiettivi che gli sono stati indicati).

In questa occasione è opportuno ribadire che il controllo analogo non si identifica necessariamente in un potere di direzione gestionale dell'ente controllato, ma anche soltanto in un potere di direzione politica, oltre che di vigilanza sull'attività di gestione svolta da altri (dall'organo direttivo dell'ente); in tal senso si comprende la nozione di « *influenza* determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni più importanti ».

Infine, le limitazioni statutarie dei poteri gestionali degli amministratori devono reputarsi effettive, ai fini del controllo analogo, nonostante gli amministratori dispongano di un potere di rappresentanza generale (art. 2475-*bis* c.c.). Ogniqualvolta i soci hanno il potere di decidere o approvare (oppure, dovendo autorizzare, vietano il compimento dell'atto), la delibera assunta vincola gli amministratori a darle esecuzione (oppure ad astenersi dal compimento dell'atto vietato), a meno che non sia illegittima e potenzialmente dannosa, cioè tale da

³⁵⁷ Cfr. le considerazioni di M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l.*, cit., 641, seppure non riferite specificamente alle società a responsabilità limitata *in house*.

esporre gli amministratori a responsabilità. La violazione di tale obbligo, sebbene sia opponibile ai terzi soltanto qualora essi abbiano agito intenzionalmente a danno della società (art. 2475-*bis*, comma 2, c.c.), permette comunque ai soci di reagire revocando gli amministratori e facendone valere la responsabilità risarcitoria: tali rimedi esplicano sicuramente un'efficacia preventiva deterrente nei confronti degli amministratori. Peraltro, qualora la delibera dei soci disattesa dagli amministratori abbia un contenuto generale e non sia suscettibile di immediata esecuzione, poiché per la sua attuazione gli amministratori conservano margini di discrezionalità, si ritiene che in ogni caso gli atti compiuti dagli amministratori impegnino sempre la società e siano inattaccabili³⁵⁸.

Un aspetto ulteriore procedimentale, caratteristico della disciplina delle decisioni dei soci di s.r.l., si rivela molto utile ad estrinsecare il controllo analogo del socio pubblico, soprattutto quando egli sia l'unico socio: si tratta della possibilità di esprimere il consenso per iscritto, ove prevista dallo statuto, evitando il metodo deliberativo assembleare (art. 2479, comma 3, c.c.); ciò di fatto rende la condizione dell'unico socio dotato del potere deliberativo su argomenti gestionali ai sensi dell'art. 2479, comma 1, c.c. assimilabile, dal punto di vista del procedimento, a quella del socio titolare del medesimo potere quale diritto particolare ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c..

4. L'attribuzione di « particolari diritti » al socio pubblico *uti singulus*.

Un elemento proprio della disciplina delle s.r.l.³⁵⁹, potenzialmente molto utile a configurare il controllo analogo del socio pubblico, è la possibilità, prevista dall'art. 2468, comma 3, c.c., di riconoscere « particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società »³⁶⁰ al singolo socio, personalizzandone la partecipazione e differenziandone la posizione rispetto agli altri, indipendentemente dalla frazione di capitale sottoscritta e dalla quota di partecipazione detenuta. Tali

³⁵⁸ Così M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., 31.

³⁵⁹ Ma cfr. G.B. PORTALE, *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della S.p.A.*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso, Cariello, Di Cataldo, Guerrera e Sciarrone Alibrandi, Torino, 2014, I, 112 ss., propenso a non escludere del tutto il riconoscimento di diritti particolari dei soci anche nel diritto azionario.

³⁶⁰ « o la distribuzione degli utili », che però non rileva ai fini del controllo analogo.

prerogative del singolo socio sono inoltre presidiate dall'unanimità dei consensi richiesta per modificare la relativa clausola statutaria (salvo diversa previsione dello statuto, art. 2468, comma 4, c.c.): ciò contribuisce a rafforzare la posizione differenziata del socio.

Il possibile impiego dello “strumento” dei diritti particolari per realizzare il controllo analogo aveva già messo d'accordo la dottrina e la giurisprudenza anteriori all'emanazione del Testo Unico: in tal modo, infatti, si individuerebbero *ex ante* i poteri del socio pubblico in quanto tale, senza dover argomentare (anche) in ordine alla sua partecipazione maggioritaria; quest'ultima, invece, come ribadito più volte, è condizione necessariamente concorrente con l'attribuzione di maggiori poteri gestionali in favore della collettività dei soci affinché si ravvisi il controllo analogo solitario.

Probabilmente, allora, il legislatore del Testo Unico, consapevole proprio di queste aspettative³⁶¹, ha ritenuto di confermarle con una disposizione altrimenti superflua: l'art. 16, comma 2, lettera *b*), T.U., stabilisce infatti che « gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'art. 2468, terzo comma, del codice civile »; in effetti, a prescindere da tale richiamo, l'applicabilità dell'art. 2468, comma 3, c.c. non sarebbe stata in dubbio, giacché, per tutto quanto non derogato dal testo unico, alle società a partecipazione pubblica si applica la disciplina contenuta nel codice civile (art. 1, comma 3, T.U.).

L'apparente banalità del richiamo ha fatto sospettare di un possibile significato innovativo dell'art. 16, lettera *b*), citato³⁶²; tuttavia, non vi sono elementi per ritenere che i diritti particolari siano di natura diversa da quelli contemplati dall'art. 2468, comma 3, c.c. (anzi, esattamente l'opposto) né per ritenere che il legislatore abbia voluto circoscrivere le opzioni organizzative cui sarebbe possibile fare ricorso nella s.r.l., escludendo le altre desumibili dalla disciplina comune, dal

³⁶¹ Solo parzialmente incrinata dai dubbi manifestati da Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit., che affermava: « non sembra possibile ricondurre *sic et simpliciter* il “controllo analogo”, caratteristico del fenomeno dell'*in house*, ad uno dei “particolari diritti riguardanti l'amministrazione” che l'atto costitutivo può riservare ad un socio (art. 2468, comma 3, c.c.) »; si trattava di dubbi motivati dal fatto che la Suprema Corte avesse inteso il controllo analogo alla stregua di un rapporto di subordinazione gerarchica che avrebbe dovuto intercorrere tra l'ente controlante e gli amministratori della società.

³⁶² Cfr. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1074.

momento che la formula impiegata (« *possono* prevedere ») esprime la facoltatività dell'attribuzione statutaria di diritti particolari³⁶³.

Dal dato normativo occorre, invece, desumere che la realizzazione del controllo analogo nelle s.r.l. *in house* non richiede alcuna deroga alla disciplina comune, la quale presenta già margini di flessibilità sufficientemente ampi; pertanto, il riferimento all'art. 2468, comma 3, c.c. ha essenzialmente valore ricognitivo. La correttezza della conclusione sembra confermata dall'art. 17, comma 4, lettera b), T.U., che per le società a partecipazione mista pubblico-privata stabilisce che « gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici partecipanti e ai soci privati di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile, e derogare all'articolo 2479, primo comma, del codice civile nel senso di eliminare o limitare la competenza dei soci »: in questo caso la norma sancisce e coniuga l'applicabilità di una disposizione con la derogabilità di un'altra³⁶⁴; laddove ciò non sia previsto – così nell'art. 16, lettera b), T.U. – la restante disciplina di diritto comune delle s.r.l., di cui non è fatta menzione, resta interamente applicabile e non può essere derogata.

Pertanto, le interpretazioni che la dottrina ha dato in ordine al contenuto dei « particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società » ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c. possono essere riproposte in questa sede per determinare quali diritti siano effettivamente rilevanti per il controllo analogo.

³⁶³ Così conclude lo stesso V. DONATIVI, *Le società*, cit., 1075.

³⁶⁴ In realtà, la citata deroga all'art. 2479, comma 1, c.c. prevista dal Testo Unico per le società miste nemmeno avrebbe avuto ragione di essere posta, dal momento che l'art. 2479, comma 1, c.c., a norma del quale « i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sottopongono alla loro approvazione », non è incompatibile con la sottrazione (anziché l'attribuzione) per via statutaria di competenze alla collettività dei soci (ad eccezione di quelle inderogabili); così G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, II, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2010, 1260. Inoltre, secondo parte della dottrina – ma l'opinione non è pacifica – lo statuto potrebbe anche eliminare o limitare la cd. competenza concorrente dei soci, cioè la possibilità che in concreto sia loro devoluta l'approvazione di argomenti in principio appartenenti alla competenza degli amministratori, ripristinando un modello capitalistico puro (come nelle società per azioni); così, M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l.*, cit., 637 ss.; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 16 ss.. In ogni caso, si ritiene che la competenza concorrente dei soci non operi in pregiudizio dei diritti particolari riconosciuti ai singoli, quindi trovi un limite nelle materie eventualmente oggetto del potere decisionale del singolo socio, così C. IBBA, *Società pubbliche*, cit., 17; M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., 11.; cfr. anche I. DEMURO, *Le decisioni dei soci*, cit., 81 ss.

La genericità del dettato normativo ha consentito, ancora una volta, di leggersi il riconoscimento della più ampia libertà nella configurazione e nell'attribuzione dei diritti³⁶⁵; prevale, inoltre, un'interpretazione estensiva della fattispecie, tale da comprendere non soltanto i diritti concernenti l'amministrazione in senso stretto ma tutti i diritti « a contenuto amministrativo »³⁶⁶. Gli unici limiti all'autonomia statutaria dovrebbero essere rappresentati dalle materie e, più in generale, dalle competenze riservate inderogabilmente all'assemblea³⁶⁷ e all'organo amministrativo (in quest'ultimo caso sempre che il socio non sia l'unico amministratore in virtù del diritto particolare che gli è riconosciuto).

È possibile individuare, ma senza pretesa di completezza, tre principali categorie di diritti singolari in relazione al loro oggetto: quelli che riservano al socio la nomina e/o la revoca di uno o più amministratori; quelli che riservano al socio la funzione amministrativa, da solo o insieme ad altri, cioè il diritto a ricoprire la carica di amministratore; quelli che riservano al socio il potere di deliberare, con efficacia vincolante o autorizzativa, in merito a materie sociali, non necessariamente relative alla gestione dell'impresa.

Ai fini del controllo analogo non rileva certamente l'ipotesi di attribuzione, quale diritto particolare, della funzione amministrativa al socio pubblico, non essendo adeguata all'interesse di costui, come già chiarito in precedenza, e a rigore nemmeno strettamente inerente al controllo analogo, che concerne i profili strutturali del rapporto tra l'ente pubblico e la società dallo stesso partecipata e presuppone che l'organo direttivo della società sia costituito da persone diverse dall'ente-socio.

Il diritto particolare del socio pubblico ben potrebbe, invece, avere ad oggetto la nomina (e la revoca) di uno o più amministratori della società, anche in misura non proporzionale alla quota di partecipazione ed anche spogliando la collettività

³⁶⁵ Così, tra gli altri, I. DEMURO, *Le decisioni dei soci*, cit., 79.

³⁶⁶ Così M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, in *Riv. soc.*, 2004, 1495; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 525.

³⁶⁷ Sulla possibilità di attribuire al singolo socio il diritto di decidere sulle materie riservate inderogabilmente alla collettività dei soci (art. 2479, comma 2, c.c.) ma non all'assemblea (art. 2479, comma 4, c.c.), cfr. L.A. BIANCHI - A. FELLER, *Art. 2468*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, Milano, 2008, 326.

dei soci della relativa competenza (*ex art. 2479, comma 2, n. 2, c.c.*)³⁶⁸. Tale possibilità rende evidentemente superfluo domandarsi se alle società a responsabilità limitata sia applicabile l'art. 2449 c.c., perché, ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c., al socio pubblico si può attribuire lo stesso potere di nomina previsto dall'art. 2449 c.c., anzi un potere ancora maggiore, che non incontra i limiti della proporzionalità con la partecipazione sociale e della competenza necessariamente concorrente dell'assemblea.

Tuttavia, il potere diretto di nomina degli amministratori è di per sé insufficiente ad integrare il controllo analogo, poiché esso comporta l'instaurazione di una relazione fiduciaria che conferisce al socio un potere di influenza sulla gestione di mero fatto e non di diritto, in assenza di limiti formali ai poteri gestionali degli amministratori.

Maggior interesse, in relazione al controllo analogo, suscita la possibilità che al socio sia riconosciuto, quale diritto particolare, il potere di autorizzare gli amministratori al compimento di taluni atti oppure di deciderne il compimento o di vietarlo o di emanare direttive vincolanti in materia di gestione. In questi casi la limitazione dei poteri gestionali degli amministratori, anziché determinare l'ampliamento delle competenze della collettività dei soci, opererebbe a vantaggio del singolo socio.

Pochi dubbi concernono la possibilità che al singolo socio sia attribuito un potere autorizzativo o un potere di veto su atti di gestione, che è generalmente ammessa in dottrina, mentre qualche opinione dissonante si registra in ordine alla possibilità di conferire al socio poteri decisori o, addirittura, limitati poteri di amministrazione diretta³⁶⁹.

³⁶⁸ Con riferimento specifico alle società pubbliche v. M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l.*, cit., 650 s.; M. MAUGERI, *Quali diritti particolari*, cit., 1484. Più in generale, sul diritto particolare di nomina v. M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, cit., 17 s.; L.A. BIANCHI - A. FELLER, *Art. 2468*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, Milano, 2008, 327 ss.

³⁶⁹ La maggioranza degli interpreti non oppone impedimenti al potere del socio di decidere su alcune materie gestionali; si vedano G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 525; A. DACCÒ, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2007, vol. 3, 403; L.A. BIANCHI - A. FELLER, *Art. 2468*, cit., 325 s.; C. IBBA, *Società pubbliche*, cit., 13; I. DEMURO, *Le decisioni dei soci*, cit., 79. È contrario, invece, G.C. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione*, cit., 539, il quale teme che le funzioni di gestione possano essere svolte da chi, non essendo amministratore, non è tenuto ad agire con la particolare diligenza che compete all'amministratore e quindi vada esente dalla responsabilità relativa.

Le due ipotesi da ultimo segnalate meritano però considerazione distinta. La prima di esse, infatti, concerne soltanto il potere di deliberare in materia di gestione, mentre l'esecuzione della decisione è in ogni caso rimessa agli amministratori, che quindi sono responsabili dell'atto compiuto (in solido con essi può rispondere il socio ai sensi dell'art. 2476, comma 7, c.c.). Ne consegue che gli amministratori conservano il potere/dovere di controllare la liceità della decisione del socio e di disattenderla qualora possa risultare dannosa ed esporli a responsabilità, allo stesso modo di quanto farebbero se si trattasse di decisione imputabile alla collettività dei soci³⁷⁰. Pertanto, non si ravvisano ragioni per escludere la legittimità del diritto in oggetto.

Più problematica è l'ipotesi in cui al socio siano attribuiti poteri di gestione diretta, in assenza della mediazione degli amministratori: il compimento di atti di gestione, infatti, giammai dovrebbe andare disgiunto dagli obblighi e dalla responsabilità che presidiano lo svolgimento di funzioni amministrative, ai sensi dell'art. 2476, comma 1, c.c..

In generale, l'attribuzione di particolari diritti dovrebbe determinare il conferimento al singolo socio di prerogative riconducibili, in alternativa, o a quelle proprie dei soci – per quanto sproporzionate possano essere rispetto alla partecipazione sociale – oppure a quelle degli amministratori: *tertium non datur*. Non è possibile attribuire al socio funzioni amministrative in senso stretto senza che egli venga considerato un amministratore; piuttosto, in questo caso il diritto particolare del socio-amministratore consisterà nell'attribuzione in via esclusiva a costui di un determinato potere, privando gli altri amministratori della relativa titolarità (sempre che non si tratti di una competenza inderogabile dell'organo amministrativo, ai sensi dell'art. 2475, ultimo comma, c.c.). L'ipotesi comunque non rileva per il controllo analogo.

³⁷⁰ Benché qualche problema si ponga circa l'individuazione dei parametri per valutare la liceità della decisione: in particolare, mentre l'amministratore può sindacare la delibera dei soci in presenza di un conflitto di interessi, *quid iuris* con riferimento alla manifestazione di volontà che provenga da un unico socio e che, forse, legittimamente veicola un interesse proprio e non l'interesse della società (inteso come interesse comune dei soci)? La questione non può essere affrontata in questa sede; cfr. però le osservazioni su una possibile corrispondenza ("a monte") tra l'interesse particolaristico di chi è beneficiario del diritto singolare e l'interesse della società di E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali: tra "atti" e "attività"*, Milano, 2012, 144.

In conclusione, lo statuto di una società a responsabilità limitata *in house* può riconoscere espressamente al socio pubblico un potere di influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle più importanti decisioni della società (*id est* controllo analogo) attraverso l'attribuzione diretta, ad esempio, del diritto di approvare i piani strategici elaborati dall'organo amministrativo, del diritto di approvare, di autorizzare o di vietare le operazioni di maggiore valore economico e/o di decidere il compimento di altri atti significativi, purché tali poteri siano indicati con sufficiente determinatezza nell'atto costitutivo. Un altro diritto particolare del socio pubblico potrebbe consistere nel ricevere informazioni sull'andamento generale degli affari sociali con cadenza periodica oppure su specifiche iniziative degli amministratori.

5. La responsabilità degli amministratori e dei soci per il compimento degli atti decisi o autorizzati dai soci.

L'attribuzione di competenze gestionali ai soci, collettivamente o come singoli, cioè del potere di deliberare in materia di gestione con efficacia vincolante per gli amministratori, non esonera questi ultimi da responsabilità verso società e terzi per gli atti dannosi compiuti in esecuzione delle decisioni dei soci.

La responsabilità dei soci prevista dall'art. 2476, comma 7, c.c., infatti, non sostituisce la responsabilità degli amministratori di cui al primo comma dello stesso articolo, ma, per espressa previsione, si aggiunge ad essa³⁷¹: ciò conferma che la competenza esecutiva resta riservata agli amministratori, ai quali compete altresì il controllo di legalità sulle decisioni dei soci; quindi, gli atti posti in essere dagli amministratori sono imputati, ai fini della responsabilità risarcitoria, in primo luogo a loro stessi, nonostante abbiano agito con il beneplacito dei soci³⁷².

Ne consegue che il rapporto tra amministratori e soci non è mutato rispetto alla disciplina vigente anteriormente alla riforma delle società (art. 2364, n. 4, c.c. vecchio testo) e, oggi come allora, le decisioni dei soci vincolano gli

³⁷¹ In argomento V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2007, vol. 3, 670 ss.

³⁷² In argomento C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 144 ss.

amministratori ad eseguirle salvo che possano esporli a responsabilità, nel qual caso gli amministratori hanno il potere/dovere di disattenderle³⁷³.

Contro l'opposta tesi che – in considerazione della precipua rilevanza da attribuire all'assetto organizzativo delle s.r.l., così orientato a riconoscere ai soci in quanto tali (non amministratori) poteri inerenti alla gestione dell'impresa – sostiene che gli amministratori che danno attuazione agli atti dannosi preventivamente decisi (o anche autorizzati) dai soci sono esentati da responsabilità almeno verso la società, militano non soltanto l'*incipit* del settimo comma dell'art. 2476 c.c., secondo cui « sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori [...] i soci », ma, soprattutto, i presupposti specifici della responsabilità dei soci: quest'ultima, infatti, seppure fosse in grado di operare in via autonoma, non sarebbe comunque efficacemente sostitutiva di quella degli amministratori, poiché ridurrebbe la soglia di tutela.

Infatti, gli amministratori sono tenuti all'osservanza degli obblighi che la legge e l'atto costitutivo pongono a loro carico (art. 2476, comma 1, c.c.), tra cui due generali obblighi di comportamento, che sono quello di perseguire l'interesse sociale senza conflitti di interessi e di gestire correttamente l'impresa, e devono adempierli con la diligenza professionale richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze³⁷⁴; cosicché essi rispondono nei confronti della società dei danni derivanti dalla violazione degli obblighi medesimi, qualora l'abbiano commessa con dolo o colpa (si argomenta anche *ex art.* 2476, comma 1, seconda parte, c.c.).

Diversamente, i soci non sono obbligati a perseguire un predeterminato interesse sociale né sono destinatari di obblighi, ad eccezione del dovere generale di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto di società, ovvero nell'esercizio dei diritti sociali loro spettanti (*in primis* il diritto di voto)³⁷⁵.

³⁷³ Così V. MELI, *La responsabilità*, cit., 673.

³⁷⁴ Ritene che il parametro cui commisurare la diligenza sia lo stesso previsto dall'art. 2392 c.c., nonostante l'omessa indicazione, R. TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 633 ss.. Per un quadro sintetico ma completo delle diverse opinioni che al riguardo si sono delineate in dottrina, si veda G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 1056 ss.

³⁷⁵ Sul tema P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, 188 ss.; A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987.

In questa prospettiva si spiega l'elemento soggettivo doloso richiesto dall'art. 2476, comma 7, c.c. ed espresso dall'avverbio « intenzionalmente », che, inteso nell'accezione di dolo anche « generico » e non necessariamente « intenzionale »³⁷⁶, va riferito al carattere dannoso degli atti decisi o autorizzati, ovvero alla loro antiggiuridicità³⁷⁷: soltanto la consapevolezza dell'antigiuridicità degli atti e la loro volizione, manifestatasi con l'assenso che costituisce un antecedente causale della condotta degli amministratori fonte diretta del danno³⁷⁸, fa sorgere la responsabilità – aggiuntiva e accessoria – dei soci, quantunque gli atti siano stati materialmente compiuti dagli amministratori³⁷⁹. Non è sufficiente, invece, nell'apprezzamento del legislatore, che i soci fossero colposamente inconsapevoli della dannosità degli atti decisi o autorizzati affinché rispondano dei danni prodotti dal compimento degli stessi.

Tali differenze nel regime di responsabilità mostrano la persistente diversità di ruolo e funzioni degli amministratori rispetto ai soci, anche allorché questi ultimi recuperano materie e argomenti gestionali alla propria competenza deliberativa ai sensi dell'art. 2479, comma 1, c.c.: il legislatore ha inteso garantire ai soci il diritto di essere informati e di esercitare un controllo sull'operato degli amministratori (art. 2476, comma 2, c.c.) insieme al diritto di essere coinvolti nella gestione della società, ma senza farne derivare un corrispondente obbligo di agire informati e con diligenza³⁸⁰, probabilmente ritenuto mal conciliante con la limitazione di responsabilità patrimoniale di cui essi beneficiano e con il formale conferimento (sempre necessario) di funzioni amministrative a persone determinate.

³⁷⁶ È sufficiente quindi la consapevolezza della dannosità dell'atto, nondimeno voluto; non occorre invece dimostrare che l'atto sia stato voluto proprio allo scopo di realizzare il danno.

³⁷⁷ Sul significato dell'avverbio « intenzionalmente » nel senso indicato nel testo concordano C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 109 ss.; E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione*, cit., 166 ss.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 1130 ss.; V. MELI, *La responsabilità*, cit., 687 ss.

³⁷⁸ Sui rapporti tra la fattispecie di responsabilità dell'art. 2476, comma 7, c.c. e quella dell'induzione all'inadempimento o del concorso (doloso) nell'altrui illecito si vedano C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 40 ss.; E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione*, cit., 147 ss..

³⁷⁹ Sull'estensione delle responsabilità dagli amministratori ai soci e sulla correlata emersione delle fasi intermedie del procedimento di azione della società si veda C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 59 ss.

³⁸⁰ Così, tra gli altri, E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione*, cit., 161 ss.. In senso parzialmente diverso, invece, O. CAGNASSO, *L' "attività preparatoria"*, cit., 376, che ravvisa in capo ai soci cui è demandata la decisione il dovere di valutare le informazioni ricevute dagli amministratori ed eventualmente di richiederne ulteriori, applicando ai soci – ma non è chiaro quale logica sostenga tale equiparazione – la disciplina relativa agli amministratori deleganti di cui all'art. 2381 c.c.

La scelta legislativa, peraltro, potrebbe apparire contraddittoria, nella misura in cui all'ampia autonomia riconosciuta sul piano organizzativo non corrispondono conseguenze rilevanti sul piano delle responsabilità propriamente da (partecipazione alla) gestione: infatti, l'autonomia statutaria nel regolare i rapporti tra soci e amministratori risulta ridimensionata e limitata, di fatto, dalla circostanza che gli amministratori non sono mai (non possono esserlo) meri esecutori delle decisioni dei soci e che comunque la responsabilità solidale dei soci ha un'estensione ridotta; giustamente, allora, se n'è ricavato che, a dispetto di quanto sembra, la responsabilità di cui all'art. 2476, comma 7, c.c. non è connessa ad un peculiare assetto organizzativo della società e può prescindere dalla formale attribuzione di poteri deliberativi ai soci, fondandosi piuttosto sull'influenza determinante comunque esercitata dal/i socio/i sulla gestione attuata dagli amministratori³⁸¹.

In conclusione, se si escludesse la responsabilità degli amministratori per gli atti decisi dai soci, l'interesse della società e gli interessi individuali di soci e terzi non sarebbero salvaguardati nella stessa misura offerta dalla disciplina della responsabilità degli amministratori, sia per la limitatezza dei presupposti sia per le difficoltà probatorie: infatti, mentre l'onere di provare il dolo del socio ricade sempre sul danneggiato-attore (chiunque esso sia), qualora siano convenuti con l'azione sociale di responsabilità gli amministratori, sono loro a dover dimostrare di aver agito senza colpa. Per questo motivo la responsabilità degli amministratori è infungibile con quella dei soci e i secondi sono dichiarati responsabili necessariamente in solido con i primi.

In particolare, come anticipato, la responsabilità degli amministratori non è esclusa, non soltanto nei confronti di soci o terzi direttamente danneggiati (art. 2476, comma 6, c.c.), ma anche nei confronti della stessa società i cui soci collettivamente (o il cui socio titolare di un « particolare diritto ») abbiano deciso

³⁸¹ Così C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 85 ss.; V. MELI, *La responsabilità*, cit., 670 ss.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 1129. In senso contrario, invece, E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione*, cit., 158 s., che reputa « preferibile ritenere che l'applicazione dell'art. 2476, comma 7, si riferisca essenzialmente (anche se non esclusivamente) a quelle forme di ingerenza che – in quanto legittimate da parte della società – si reputano strumentali al conseguimento di un qualche vantaggio per la stessa. Laddove le stesse considerazioni non possono invece effettuarsi, in linea di principio, con riguardo alle ingerenze fattuali o atipiche [...] ».

(o autorizzato³⁸²) il compimento di atti pregiudizievoli, purché la delibera fosse viziata (ad esempio, da conflitto di interessi) e risultasse potenzialmente dannosa per la società³⁸³. In questo senso depone il riconoscimento al singolo socio della legittimazione a promuovere l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori (art. 2476, comma 3, c.c.): al socio di minoranza (che non abbia concorso all'approvazione della delibera avente ad oggetto il compimento dell'atto dannoso) non si potrà opporre il divieto di *venire contra factum proprium*; egli, inoltre, potrà convenire in giudizio, in solido con gli amministratori, i soci che abbiano intenzionalmente deciso (o autorizzato) l'atto dannoso per la società (art. 2476, comma 7, c.c.).

Anche dall'art. 2476, comma 7, c.c. si evince chiaramente che, in presenza sia di una mera autorizzazione sia di una vera e propria decisione dei soci, la responsabilità di quelli che intenzionalmente hanno prestato il loro assenso sussiste nei confronti della società insieme con la responsabilità (principale) degli amministratori che hanno compiuto gli atti³⁸⁴, i quali evidentemente non sono liberati per il solo fatto che la decisione di compiere l'atto provenga da altro organo titolare del potere stesso (altrimenti l'ipotesi di responsabilità contemplata dalla norma non potrebbe verificarsi).

La tutela dell'interesse sociale alla redditività dell'impresa, cui si collega l'interesse dei creditori alla conservazione del patrimonio della società – e a cui si aggiunge in questo caso l'interesse pubblico al buon uso delle risorse pubbliche – rischia però di restare sprovvisto di mezzi quando il compimento di atti dannosi per la società sia stato deciso dall'unico socio o da tutti i soci all'unanimità (in conflitto di interessi con la società³⁸⁵), perché in questo caso non potrebbero agire in

³⁸² L'autorizzazione di per sé non esime gli amministratori da responsabilità, essendo per sua natura compatibile con un'ulteriore valutazione di opportunità e manifestazione di volontà dei medesimi, come si evince anche dall'art. 2364, n. 5, c.c..

³⁸³ Si tratta delle medesime conclusioni cui la dottrina perveniva interpretando l'originario art. 2364, n. 4, c.c.; la circostanza è evidenziata da V. MELI, *La responsabilità*, cit., 672 s.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 1133, nota 224.

³⁸⁴ Il dato letterale che riferisce la responsabilità solidale per gli « atti dannosi *per* la società » (e dunque *verso* la società) ai soci che hanno « deciso o autorizzato » non può essere ignorato né sminuito limitando la responsabilità dei soci in solido con gli amministratori, quali principali responsabili, alla sola fattispecie dell'autorizzazione (e non della decisione) a compiere atti; al riguardo, C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 149 ss..

³⁸⁵ Ammesso che sia configurabile un conflitto di interessi tra la società e tutti i suoi soci; cfr. F. D'ALESSANDRO, « *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata* ». *Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, 42.

responsabilità nei confronti degli amministratori né i soci – che fossero stati adeguatamente informati dagli amministratori al fine di una decisione consapevole – per il divieto di *venire contra factum proprium*, né i creditori sociali, ai quali non è riconosciuta la legittimazione a promuovere un'azione di responsabilità come quella prevista dall'art. 2394 c.c.³⁸⁶. Ai creditori della società dovrebbe comunque restare la possibilità di esperire in via surrogatoria l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori e contro lo stesso socio pubblico, ai sensi dell'art. 2476, comma 7, c.c.³⁸⁷; infine, i creditori possono far valere la responsabilità aquiliana degli amministratori (art. 2043 c.c.) per la lesione del loro credito³⁸⁸.

Pertanto, in un'ipotesi di collusione tra l'unico socio pubblico (*rectius*, la persona che rappresenta l'ente pubblico-socio) e gli amministratori, questi ultimi potrebbero di fatto non essere chiamati a rispondere della perdurante violazione degli obblighi di corretta gestione e della diminuzione patrimoniale cagionata alla società, non essendovi alcun soggetto che possa efficacemente promuovere un'azione di responsabilità contrattuale: nella specie, non può lamentare il danno subito dalla società il socio pubblico che ha determinato gli amministratori al compimento degli atti causativi del danno stesso, da lui approvati, decisi o autorizzati. L'ipotesi è, probabilmente, una di quelle che hanno fatto avvertire l'opportunità di dichiarare la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori della società per il danno arrecato al patrimonio della stessa.

³⁸⁶ Il silenzio del legislatore al riguardo – che nell'art. 2476 c.c. menziona la responsabilità degli amministratori soltanto verso la società (comma 1) e verso singoli soci o terzi che siano stati *direttamente* danneggiati (comma 6) – diventa eloquente, e quindi non può essere considerato casuale, se confrontato con la disciplina anteriore alla riforma delle società, il cui art. 2487, comma 2, c.c. dichiarava applicabile anche alle società a responsabilità limitata, insieme ad altre norme dettate per le società per azioni, l'art. 2394 c.c. in tema di responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali; ulteriori considerazioni sono svolte da B. LIBONATI, *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori*, cit., 623 ss. Tuttavia altri autori, ritenendo che la lacuna dia luogo ad iniquità, ammettono l'azione di responsabilità promossa dai creditori attraverso l'applicazione analogica alle s.r.l. dell'art. 2394 c.c.: così G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 1089 ss.; R. TETI, *La responsabilità*, 660 ss.

³⁸⁷ Ma la società conserva la legittimazione ad agire in responsabilità contro gli amministratori quando l'intera compagine sociale ha appoggiato le loro scelte e, quindi, nessuno tra i soci potrebbe attivarla?

³⁸⁸ Sui limiti alla possibilità di ricorrere a tali rimedi si vedano ancora G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 1089 ss.; R. TETI, *La responsabilità*, 660 ss..

5.1 Rapporti tra la responsabilità dei soci ai sensi dell'art. 2476, comma 7, c.c. e la responsabilità da esercizio di un'attività di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.).

L'analisi dei presupposti della responsabilità del socio di s.r.l. offre spunti di riflessione sulle differenze tra la fattispecie in esame e quella della responsabilità ai sensi dell'art. 2497 c.c. e quindi sulle differenze tra la posizione del socio (pubblico) che autorizza o decide il compimento di atti e quella del socio (pubblico) che esercita un'attività di direzione e coordinamento: il regime profondamente diverso della responsabilità nei due casi impone di definire i rapporti tra le fattispecie, distinguendo in particolare gli elementi costitutivi dell'attività di direzione e coordinamento.

Premesso che in entrambi i casi gli amministratori non sono esentati da responsabilità e quindi non possono considerarsi meri esecutori di decisioni altrui, ma conservano poteri autonomi, il rapporto tra la responsabilità degli amministratori e quella dei soci è invertito nelle due fattispecie: mentre l'art. 2476, comma 7, c.c. dichiara il carattere solidale della responsabilità dei soci rispetto a quella degli amministratori, l'art. 2497 c.c. sancisce la responsabilità diretta della società o dell'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento e in via sussidiaria la responsabilità di coloro, tra cui appunto gli amministratori, che abbiano preso parte all'illecito (o ne abbiano consapevolmente tratto beneficio). Mentre l'illecito dei soci di s.r.l. consiste nella dolosa determinazione degli amministratori al compimento di atti antigiusuridici e, quindi, ha una rilevanza accessoria rispetto al compimento degli atti e alla responsabilità degli amministratori, l'illecito commesso nell'esercizio di attività direttiva è integrato dalla violazione, dolosa o colposa, dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società eterodirette: violazione che, seppure attuata per il tramite di condotte altrui (degli amministratori della società), rileva *ex se*, in quanto investe un obbligo che grava sul socio che esercita attività direttiva. In quest'ultimo caso, allora, la posizione del socio (esercitante l'attività di direzione) è equiparata a quella di un amministratore; non solo: chi etero-dirige è in posizione sovraordinata rispetto agli amministratori della società eterodiretta, essendo la

propria responsabilità principale e giuridicamente autonoma, benché di fatto presupponga la cooperazione degli amministratori.

Il rovesciamento della prospettiva attraverso cui il legislatore considera l'influenza del socio esercente attività direttiva, rispetto al socio che si limita a decidere od autorizzare il compimento di (singoli) atti dannosi, si spiega con il riconoscimento nel primo caso di una sovrastruttura organizzativa (il gruppo) che sovrasta la società eterodiretta – tale per cui gli organi della società interagiscono con un soggetto giuridico ad essa esterno – ed è preordinata all'esercizio di un'attività valutata in linea di principio lecita e meritevole di tutela. Ne consegue che l'attività di etero-direzione rilevante ai sensi dell'art. 2497 c.c. deve essere necessariamente qualificata: non soltanto gli atti di cui l'attività consta devono essere avvinti da un vincolo funzionale (altrimenti non di attività parleremmo, bensì di singoli atti), ma l'attività deve essere altresì idonea a svolgersi nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società eterodirette e quindi finalizzata a scopi compatibili con il rispetto dei principi stessi; cioè, deve trattarsi sicuramente di un'attività economica, qual è l'attività che presiede al coordinamento di una pluralità di società-imprese, come si trattasse di un'unitaria realtà produttiva (in questo senso si può parlare di gestione dell'impresa di gruppo, ovvero di gestione del gruppo di imprese).

Pertanto, l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento comporta l'accentramento in capo al soggetto *holding* di funzioni amministrative che non ineriscono soltanto al potere decisionale, ma comprendono compiti che, anche all'interno della società a responsabilità limitata, non potrebbero essere dislocati in capo ai soci (non amministratori): attività relative alla fase procedimentale precedente a quella deliberativa, che servono a preparare e istruire (future) decisioni, oltre che a valutarne l'opportunità, attraverso l'acquisizione e l'elaborazione di informazioni, l'elaborazione di piani, programmi, strategie, etc.. Ne consegue che l'influenza esercitata sugli amministratori, e più in generale sulla società, da chi esercita un'attività di direzione e coordinamento è qualitativamente diversa da quella di chi, anche al di fuori di canali istituzionali, autorizza o decide il compimento di operazioni la cui consapevole e corretta valutazione

richiede, ovvero presuppone di fatto, l'attività preparatoria (diligentemente) svolta dalle persone incaricate dell'amministrazione.

La distinzione di ruoli tra soci e amministratori, che continua a connotare anche l'assetto organizzativo della s.r.l. e che informa la disciplina della responsabilità dei soci di cui all'art. 2476, comma 7, c.c. (nonostante la possibilità di un maggiore coinvolgimento dei soci nella gestione), si attenua soltanto quando il socio esercita in concreto una vera e propria attività di direzione e coordinamento³⁸⁹, poiché in questo caso si determina (legittimamente) una sovrapposizione e poi un coordinamento tra competenze *stricto sensu* amministrative (di natura prevalentemente strategica, programmatica e di indirizzo imprenditoriale) svolte all'interno e all'esterno dell'organizzazione societaria, che inevitabilmente chiamano il socio a rispondere della violazione (dolosa o colposa) degli obblighi di corretta gestione sorti in ragione dell'esercizio dell'attività stessa³⁹⁰. In altre parole, la responsabilità dell'art. 2476, comma 7, c.c. si collega all'esercizio di prerogative che appartengono (ancora) ai soci in quanto tali; tale responsabilità può comunque rappresentare il paradigma di riferimento ogniqualvolta l'influenza del socio sulla gestione non si realizzi sotto forma di attività di direzione e coordinamento³⁹¹.

In conclusione, se il socio pubblico (non amministratore) esercita un'influenza sulla gestione nelle forme istituzionali previste dallo statuto (che gli riconosca competenze deliberative in merito alla gestione oppure altri diritti, ma non

³⁸⁹ Con la precisazione che chi esercita attività di direzione e coordinamento non può essere considerato un amministratore di fatto della società, restando l'attività delle due figure diversa sotto una serie di aspetti, su cui si sofferma E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione*, cit., 268 ss.. Sulle differenze tra l'amministratore di fatto ed il socio che, anche in via extraistituzionale, decide o autorizza il compimento di atti, si veda ancora E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione*, cit., 263 ss.; V. MELI, *La responsabilità*, cit., 675 ss.

³⁹⁰ In presenza dell'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento, le modalità di esercizio delle funzioni degli amministratori della società dipendente sono sostanzialmente ridefinite in considerazione della dislocazione al di fuori della società di alcune delle funzioni stesse e della rilevanza giuridica che assume l'interesse di gruppo; cfr. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa"*, cit., 146 ss..

³⁹¹ L'applicazione residuale dell'art. 2476, comma 7, c.c., rispetto all'art. 2497 c.c., ogniqualvolta cioè le decisioni e le autorizzazioni del socio non possano essere ricondotte nell'ambito dell'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento (e quindi considerate in funzione del risultato complessivamente prodotto), sembra pacifica: così, tra gli altri, V. MELI, *La responsabilità*, cit., 686 s.; E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione*, cit., 278; C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità*, cit., 73.

funzioni amministrative) o dalla legge, potrà risponderne soltanto nei limiti previsti dall'art. 2476, comma 7, c.c..

Se, invece, il socio esercita un'influenza extra-istituzionale sulla gestione, potrà ancora risponderne ai sensi dell'art. 2476, comma 7, c.c. (con riferimento alle singole condotte) – e non ai sensi dell'art. 2497 c.c. (con riferimento all'attività complessiva) – purché o si sia limitato a prestare occasionalmente il proprio assenso ad atti di gestione oppure, qualora le sue plurime condotte siano avvinte da un nesso funzionale, l'attività così esplicata non presenti i caratteri propri dell'attività di direzione e coordinamento.

6. I patti parasociali nelle s.r.l.: loro (residua) utilità per il controllo analogo.

Resta da chiedersi se la stipula di patti parasociali nelle società a responsabilità limitata possa conservare qualche utilità per la realizzazione del controllo analogo. L'interrogativo presuppone, ovviamente, una risposta positiva al quesito circa l'ammissibilità dei patti medesimi nelle s.r.l.: come noto, infatti, la mancanza di una specifica disciplina o di un richiamo alla disciplina dettata negli artt. 2341-*bis* e seg. c.c. non esclude affatto, almeno in linea di principio, la liceità di accordi tra i soci (o tra soci e terzi) aventi ad oggetto le situazioni giuridiche derivanti dal contratto di società, con efficacia obbligatoria esclusivamente tra le parti³⁹²; accordi ai quali, tuttavia, si ritiene non applicabile in via analogica la disciplina propria dei patti parasociali nelle società per azioni, ma soltanto la disciplina generale dei contratti.

Inoltre, l'art. 16, comma 2, lettera *c*), T.U., prevedendo che « in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali », non fa riferimento ad un unico tipo sociale – come invece fanno le lettere *a*) e *b*), riferentesi rispettivamente a s.p.a. e s.r.l. – e quindi conferma che l'impiego dei patti parasociali è consentito indipendentemente dal tipo di società adottato³⁹³.

³⁹² Così M. COSSU, *L'amministrazione*, cit., 644 s.

³⁹³ Soltanto la deroga al limite quinquennale di durata – contenuta nella seconda parte della lettera *c*) dell'art. 16 – si riferisce alla disciplina dettata per le società per azioni (art. 2341-*bis* c.c.) che lo prevede.

Tuttavia, la stipula di patti parasociali, soprattutto di quelli che potrebbero venire in rilievo ai fini del controllo analogo, quali i sindacati di gestione, rivela un'utilità di gran lunga minore nelle società a responsabilità limitata rispetto alle società per azioni, se si considera che una delle loro principali funzioni è di vincolare le parti con un accordo che non potrebbe essere formalizzato nel contratto di società, in quanto incompatibile con la disciplina legale del tipo. Infatti, sebbene anche le società per azioni *in house* beneficino ormai di un sistema di ripartizione flessibile – entro certi limiti – delle competenze deliberative in materia di gestione tra organo amministrativo ed assemblea, grazie alla previsione contenuta nell'art. 16, comma 2, lettera *a*), T.U., permangono elementi di marcata rigidità nell'organizzazione corporativa e le differenze con la disciplina delle società a responsabilità limitata appaiono tutt'altro che marginali.

Nelle s.r.l., come esaminato in precedenza, l'autonomia statutaria incontra ridottissimi limiti nella configurazione dell'assetto organizzativo e nella "personalizzazione" della partecipazione sociale. In particolare, la disciplina di diritto comune delle s.r.l. prevede molteplici strumenti atti ad accrescere l'influenza esercitabile dal socio pubblico sulla gestione, sia in via diretta, attraverso l'attribuzione di particolari diritti amministrativi, sia per il tramite delle competenze – quelle già proprie e quelle ulteriori acquisibili – della collettività dei soci: di modo che poco o nulla i patti parasociali potrebbero aggiungere ad una regolamentazione statutaria dei rapporti tra socio pubblico e amministratori, al fine di predisporre il controllo analogo; né si palesano altre circostanze che rendano i patti parasociali preferibili alle clausole statutarie.

Occorre precisare che non intendiamo negare in assoluto l'esistenza di ragioni di opportunità delle convenzioni parasociali tra i soci di s.r.l., bensì, più limitatamente, che esse ricorrano in relazione alle ordinarie esigenze del socio pubblico di società *in house*.

Ragioni di opportunità delle convenzioni parasociali tra soci di s.r.l., infatti, si ravvisano generalmente non tanto nei possibili contenuti (per i motivi esposti), quanto piuttosto negli effetti obbligatori delle stesse, che potrebbero essere volutamente limitati alle parti stipulanti e non estesi agli altri e/o ai futuri soci né

resi altrimenti stabili (come invece accadrebbe se l'accordo fosse contenuto nell'atto costitutivo).

Ma a quest'ultimo riguardo, con riferimento alle società *in house*, si ricordi che, da un lato, normalmente non si verificano mutamenti nella compagine societaria per tutta la durata dell'affidamento diretto (cui è preordinato il controllo analogo del/i socio/i pubblico/i nella società affidataria) e che, dall'altro, alla scadenza dell'affidamento l'efficacia degli strumenti (sia statutari sia parasociali) che realizzano il controllo analogo cessa, ai sensi dell'art. 16, comma 6, seconda parte, T.U.³⁹⁴: pertanto, anche le clausole statutarie di controllo analogo sembrano destinate ad avere un'efficacia limitata soltanto ai soci pubblici interessati al controllo analogo e per il periodo in cui la società deve poter essere qualificata come *in house* (ai fini dell'affidamento), non diversamente da quanto accadrebbe se si facesse ricorso a patti parasociali sostitutivi delle clausole.

Inoltre, com'è sempre apparso evidente, la previsione statutaria di limiti ai poteri gestionali degli amministratori, correlati al riconoscimento di maggiori prerogative ai soci, non può che rafforzare il controllo analogo che su quelle prerogative si fonda: perciò, la previsione di tali limiti all'interno dello statuto, anziché in accordi parasociali, risulta preferibile, giacché la loro violazione da parte dagli amministratori è opponibile (almeno) ai terzi che abbiano intenzionalmente agito a danno della società (art. 2475-*bis* c.c.) ed in ogni caso costituisce giusta causa di revoca.

Un altro interesse che può indurre le parti ad escludere una clausola dallo statuto della società per inserirla in un patto parasociale è sicuramente l'interesse alla riservatezza e, dunque, a non pubblicizzare il contenuto della clausola. Ma nemmeno un interesse di questo tipo è ipotizzabile in capo al socio pubblico, il quale, al contrario, ha bisogno che le condizioni (oggetto della ipotetica clausola) che realizzano il suo controllo analogo siano oggettivamente accertabili e quindi conosciute all'esterno.

³⁹⁴ Benché questa disposizione si esponga a considerazioni critiche in ordine alla sua "opportunità" ed a causa delle questioni applicative che solleva, che ne consiglierebbero una lettura più attenta.

6.1 Sindacati di voto e controllo analogo congiunto. Clausole statutarie alternative ai sindacati di voto.

Alla luce di quanto osservato nel paragrafo precedente, l'ipotesi più probabile di impiego dei patti parasociali da parte dei soci pubblici di s.r.l. *in house* resta quella finalizzata a realizzare un controllo analogo congiunto e a regolarne l'esercizio, attraverso la stipula di sindacati di voto.

A questo riguardo, però, ci si può chiedere se la disciplina dei rapporti tra i soci che i sindacati di voto prevedono possa essere oggetto soltanto di un accordo parasociale o se, invece, possa essere contenuta altresì in una clausola statutaria, in virtù dell'ampia autonomia statutaria delle s.r.l.

In primo luogo, il sindacato di voto potrebbe servire a costituire una coalizione di maggioranza, la quale garantirebbe ai soli soci sindacati – deliberanti all'interno del sindacato all'unanimità o anche a maggioranza (purché nessuno detenga da solo una quota maggioritaria nel sindacato), non essendo richiesta l'influenza determinante di ciascun socio co-controllante – la contitolarità del controllo analogo. Peraltro, il controllo analogo congiunto sarebbe già astrattamente configurabile in capo all'intera collettività dei soci per effetto sia dell'attribuzione statutaria ad essi di competenze deliberative in materia di gestione (variamente graduabili), sia della possibilità in ogni caso sussistente, ed eventualmente spettante a ciascun socio anziché alla minoranza qualificata (rappresentante una partecipazione pari ad un terzo), di provocare l'intervento dei soci per l'approvazione di specifici argomenti (art. 2479, comma 1, c.c.).

Tuttavia, è poco probabile che quote di partecipazione in società siano detenute da amministrazioni pubbliche non interessate in proprio a procedere ad un affidamento *in house* né, quindi, a condividere il controllo analogo. Per questo motivo, i sindacati di voto serviranno perlopiù non a costituire una coalizione di maggioranza, contrapposta ad una minoranza altrettanto stabile, bensì a regolare l'esercizio del voto all'interno del sindacato in misura non proporzionale alla partecipazione sociale detenuta, allo scopo di attenuare eventuali squilibri di potere che potrebbero emergere in seno all'assemblea, facendo consolidare il controllo analogo in capo ad uno o ad alcuni soci soltanto.

Ad esempio, il patto può richiedere che le decisioni del sindacato siano assunte all'unanimità – benché l'ipotesi dovrebbe essere del tutto marginale a causa della sua gravosità – oppure che la maggioranza sia computata con voto capitario, oppure ancora che, in relazione all'oggetto delle delibere e alla sua vicinanza all'interesse dell'uno o dell'altro socio, il voto dell'uno o dell'altro valga in misura più che proporzionale alla partecipazione posseduta o sia altrimenti maggiorato³⁹⁵.

È probabile che l'organizzazione cui dà vita l'accordo di sindacato ed il vincolo di voto che ne deriva siano previsti non per tutte le decisioni di competenza dei soci, ma solo per alcune, cioè quelle più rilevanti per il controllo analogo e tali comunque che ricorrano con scarsa frequenza, affinché la duplicazione del procedimento deliberativo (esterno ed interno alla società) sia sostenibile e non pregiudichi le esigenze di rapidità e di efficienza dell'attività.

A quest'ultimo riguardo, considerando che la presenza di una pluralità di soci pubblici (superiore a poche unità) renderà opportuna la scelta di disciplinare un procedimento deliberativo collegiale all'interno del sindacato – essendo particolarmente apprezzabile, per gli interessi pubblici inevitabilmente coinvolti, l'occasione della riunione e del confronto contestuale (attraverso il dibattito) tra le amministrazioni-socie – possiamo ipotizzare che, laddove il metodo assembleare per le decisioni sia accolto già nell'ambito del sindacato, lo statuto della società escluda l'adozione dello stesso metodo per le decisioni dei soci oggetto del patto parasociale e lo sostituisca con il consenso dei soci espresso in forma scritta, ai sensi dell'art. 2479, comma 3, c.c. (poiché i soci sono vincolati ad esprimere il voto in conformità alla delibera del sindacato).

In altre parole, in considerazione del procedimento deliberativo collegiale disciplinato tramite l'accordo di sindacato che interviene tra tutti i soci, lo statuto della società potrebbe derogare al metodo assembleare, almeno per quelle decisioni che rientrino nella “competenza” del sindacato. Una simile scelta, naturalmente,

³⁹⁵ Si ricordi che, affinché il controllo analogo sia congiunto e dunque sia esercitabile congiuntamente l'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle più importanti decisioni della società, o tutti i soci co-controllanti sono in grado di esercitare stabilmente la medesima influenza determinante o nessuno deve essere in grado di farlo da solo, salvo che in via occasionale od in relazione a quelle decisioni che per il loro oggetto maggiormente riguardano il socio stesso (così, ad esempio, la decisione che abbia ad oggetto i servizi svolti dalla società nei confronti di un particolare socio-affidante può essere *determinata* da questi soltanto).

comporta che, in caso di violazione del procedimento deliberativo del sindacato, la decisione assunta dai soci nelle forme semplificate previste dallo statuto, cioè senza l'osservanza del metodo collegiale, sia comunque valida.

Resta da verificare se l'esercizio del voto in misura non proporzionale alla partecipazione posseduta possa essere previsto anche all'interno dello statuto da un'apposita clausola. Non è questa la sede adeguata per affrontare in modo esauriente la questione, però è possibile farvi qualche cenno.

Anzitutto, conviene distinguere i contenuti delle varie clausole che potrebbero essere in contrasto con la regola, in apparenza inderogabile (in quanto non è fatta salva espressamente una diversa disposizione statutaria), secondo cui il voto di ciascun socio vale in misura proporzionale alla sua partecipazione (art. 2479, comma 5, c.c.); tali sono le clausole che prevedano, alternativamente o cumulativamente (ove possibile): *i*) che la decisione sia presa all'unanimità dei consensi, anziché a maggioranza (assoluta o qualificata); *ii*) che la maggioranza sia calcolata per teste, anziché in proporzione alla partecipazione posseduta da ciascuno; *iii*) che il voto valga in misura più che proporzionale alla partecipazione posseduta.

La terza ipotesi descritta è, forse, la meno controversa: l'attribuzione al socio di un diritto di voto maggiorato rispetto alla sua partecipazione sociale è certamente ammissibile, quale « particolare diritto » di natura amministrativa ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c. (con la conseguenza che per la modifica della relativa previsione occorre, di regola, l'unanimità)³⁹⁶; infatti si argomenta, *ex art.* 2468, comma 2, c.c., che la regola del voto proporzionale non possa limitare il contenuto dei diritti particolari. Inoltre, si osserva che sarebbe contraddittorio ammettere, quale diritto particolare, l'attribuzione ad un solo socio del potere di nomina diretta anche di tutti gli amministratori, secondo l'opinione consolidata, o del potere di decidere su altra materia che pure rientrerebbe nella competenza della collettività dei soci, e non invece che un socio abbia, almeno su alcune materie, un diritto di voto più che proporzionale alla sua partecipazione: nel primo caso, infatti, gli effetti pratici sono più significativi che nel secondo, poiché

³⁹⁶ Così M. MAUGERI, *Quali diritti particolari*, cit., 1503; L.A. BIANCHI - A. FELLER, *Art. 2468*, cit., 323 s.; G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., 525; A. DACCÒ, *I diritti particolari*, cit., 405.

il diritto di voto degli altri soci non è proporzionalmente ridotto, ma del tutto escluso³⁹⁷.

In tema di clausole unanimistiche le opinioni sono contrastanti; tra gli argomenti contrari alla loro ammissibilità è stato avanzato anche quello secondo cui ne deriverebbe una indiretta violazione del principio (inderogabile) del voto proporzionale, sancito dall'art. 2479, comma 5, c.c., dal momento che, per effetto della clausola, anche il socio detentore di una partecipazione sociale minima acquisirebbe un diritto di veto e così un'influenza sproporzionata rispetto alla misura della sua partecipazione. Tuttavia, a parte i dubbi sul carattere inderogabile del principio stesso, l'argomento non sembra comunque decisivo; piuttosto, la necessità del consenso unanime dei soci per talune decisioni espone la società al rischio di paralisi operativa. Pertanto, occorre chiedersi se l'autonomia statutaria possa innalzare il *quorum* deliberativo, ai sensi degli artt. 2479, comma 6, e 2479-bis, comma 3, c.c., fino al punto di compromettere eventualmente il funzionamento dell'ente mediante una deroga al principio di maggioranza, che pure sembra connaturato all'organizzazione corporativo-capitalistica delle persone giuridiche³⁹⁸.

Infine, l'ammissibilità del voto capitaro dipende quasi esclusivamente dalla questione relativa al carattere inderogabile o, viceversa, meramente dispositivo del principio del voto proporzionale: l'art. 2479, comma 5, c.c., come noto, non fa espressamente salva una diversa disposizione dell'atto costitutivo, come invece accade in altre norme. Perciò, potrebbe ritenersi che valga in questo caso il principio secondo cui tutto ciò che non è proibito deve ritenersi ammesso.

³⁹⁷ Questa argomentazione è ricorrente: si vedano ancora L.A. BIANCHI - A. FELLER, *Art. 2468*, cit., 322; A. DACCÒ, *I diritti particolari*, cit., 405.

³⁹⁸ Si esprimono in senso favorevole all'ammissibilità di clausole che prevedano il voto all'unanimità, F. D'ALESSANDRO, « *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata* », cit., 42; G. MARASÀ, *Maggioranza e unanimità nelle modificazioni dell'atto costitutivo della s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2007, vol. 3, 713 s., il quale però fa specifico riferimento soltanto alle clausole che regolano la modifica dell'atto costitutivo.

BIBLIOGRAFIA

P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975.

P. ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3, Torino, 1994, 3 ss.

P. ABBADESSA, *Le società miste per i servizi locali: profili organizzativi speciali*, in *Studi in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*, Padova, 1997, I, p. 1 ss.

- P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca e borsa*, 2008, I, p. 279 ss.
- P. ABBADESSA e A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, 269 ss.
- C. ANGELICI, *In tema di socio pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, 179 s.
- A. ARENA, *Contributo alla sistemazione giuridica degli enti pubblici che esercitano un'attività economica*, in *Imprese e società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, Napoli, 1968, I, p. 29 ss.
- A. ARENA, *Spunti sulle società commerciali pubbliche, sugli enti pubblici imprenditori a struttura istituzionale, sulle società per azioni in mano pubblica e sugli enti pubblici non imprenditori sotto l'aspetto della privatizzazione, in parte disposta, in parte disponenda, in parte attuata ed in parte attuanda*, in *Dir. fall.*, 1994, I, 180 ss.
- E. BARCELLONA, *La separazione di proprietà e gestione nelle società di capitali: diritti particolari del quotista e "golden shares" di s.p.a.*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, I, Torino, 2014, p. 175 ss.
- L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*, Milano, 2012.
- L. BENEDETTI, *La responsabilità da direzione e coordinamento istituzionalizzata tramite il voto in assemblea*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1485 ss.
- L.A. BIANCHI - A. FELLER, *Art. 2468*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, Milano, 2008, 326.
- A. BLANDINI, *La nomina e la cessazione dell'organo amministrativo di società pubblica*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber Amicorum P. Abbadessa, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, II, Torino, 2014, p. 918 ss.
- F. BONELLI, *Le direttive dell'assemblea agli amministratori di società per azioni (art. 2364, n. 4, c.c.)*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 5 ss.
- F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985.
- F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 4, Torino, 1991, 445 ss.

- F. BONELLI, *Sintesi dei risultati del convegno*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di Bonelli e Jaeger, Milano, 1993, 481 s.
- F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.
- V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 24 ss.
- O. CAGNASSO, *L' "attività preparatoria" della gestione affidata ai soci di s.r.l. e l'attribuzione della relativa responsabilità*, in *Il diritto delle società oggi*, diretto da Benazzo, Cera, Patriarca, Torino, 2011, 365 ss.
- V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985.
- V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 4, Torino, 1991, 107 ss.
- V. CARIELLO, *"Controllo congiunto" e accordi parasociali*, Milano, 1997.
- V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1 ss.
- V. CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, 2009.
- V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, 1° comma, c.c. (art. 19, 6° comma, d.l. n. 78/2009)*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di Guerrera, Torino, 2010, p. 167 ss.
- M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, II, p. 1177 ss.
- F. CAVAZZUTI, *Forme societarie, intervento pubblico locale e «privatizzazione» dei servizi: prime considerazioni sulla nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Giur. it.*, 1991, IV, c. 248 ss.
- M. CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, in *Trattato delle s.r.l.*, diretto da Ibba e Marasà, IV, Padova, 2009, p. 3 ss.
- M. T. CIRENELI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, VIII, Torino, 1992, p. 1 ss.

- M. T. CIRENEI, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Riv. comm. intern.*, 2005, p. 41 ss.
- M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di Guerrera, Torino, 2010, p. 1 ss.
- E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali: tra "atti" e "attività"*; Milano, 2012.
- E. CODAZZI, *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazioni alla luce dell'art. 2497 comma 1 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 1045.
- E. CODAZZI, *Le "nuove" società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, presentato al VIII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale "Orizzonti del Diritto Commerciale", Roma 17-18 febbraio 2017.
- S. COLOMBARI, *«Delegazione interorganica» ovvero «in house providing» nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2004, 1136 ss.
- M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 627 ss.
- M. COSSU, *Le s.r.l. in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel diritto comunitario e nazionale*, in *Le società pubbliche*, diretto da Ibba-Malaguti-Mazzoni, Torino, 2011, p. 243 ss.
- M. COSSU, *Le sezioni unite non compongono il contrasto di giurisdizione in materia di società a partecipazione pubblica totalitaria*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 789 ss.
- G. COTTINO, *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale*, in *Imprese e società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, Napoli, 1968, I, p. 367 ss.
- A. DACCÒ, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, in *Il nuovo diritto societario. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2007, vol. 3, 403.
- F. D'ALESSANDRO, *« La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata »*. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?, in *Riv. soc.*, 2003, 42.

- F. D'ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 707 ss.
- G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fallimento*, 2010, 691.
- G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 869.
- G. D'ATTORRE, *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *Fallimento*, 2014, 498.
- 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, p. 780 ss.
- I. DE MURO, *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nella s.r.l.*, Milano, 2008.
- I. DEMURO, *Introduzione alla disciplina della società in mano pubblica e Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Bonfante-Cagnasso-Cottino-Montalenti, Bologna, 2009, p. 861 ss. e 874 ss.
- V. DONATIVI, *I « confini » del controllo congiunto*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 577 ss.
- V. DONATIVI, *I “confini” (ancora incerti) del controllo analogo congiunto in materia di in house providing*, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 765 ss.
- V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016.
- M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 561 ss.
- L. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987.
- V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, p. 1501 ss.
- P. FERRO LUZZI e P. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 423 ss.
- F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. notar.*, 2012, p. 267 ss.

- F. FIMMANÒ, *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, in *Fallimento*, 2013, 1290 ss.
- F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle società in house providing*, in *Società*, 2014, 55 ss.
- F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, p. 589 ss.
- F. FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Dir. econ.*, 2012, p. 243 ss.
- F. GALGANO, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da F. Galgano, VII, Padova, 1988.
- F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2005.
- A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987.
- F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. soc.*, 2008, 682 ss.
- M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 227 ss.
- A. GRAZIANI, *Partecipazioni pubbliche e società per azioni*, in *Studi di diritto commerciale e marittimo*, raccolti da G. Minervini, Napoli, 1963.
- A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 842 ss.
- F. GUERRA, *Il "controllo analogo"*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 796 ss.
- F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004.
- F. GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2005, p. 681.
- F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società « a partecipazione mista » pubblico-privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 545 ss.
- F. GUERRERA, *Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 589 ss.

- F. GUERRERA, *Autonomia statutaria e tipologia delle società in house*, in *Giust. civ.*, 2015, 778 ss.
- G. GUIZZI, *Riflessioni intorno all'art. 2380-bis c.c.*, in *Società, banche e crisi d'impresa, Liber Amicorum P. Abbadessa*, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, II, Torino, 2014, p. 1043 ss.
- C. IBBA, *Le società legali*, Torino, 1992.
- C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1 ss.
- C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e disciplina*, in *Le società pubbliche*, a cura di Ibba-Malaguti-Mazzoni, Torino, 2011, p. 1 ss.
- C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 5 ss.
- C. IBBA, *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2015, 101 ss.
- P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, 188 ss.
- E. LA MARCA, *Gli appalti in house al cospetto del diritto societario: il problema delle società a capitale interamente pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 569 ss.
- M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate, un commento agli articoli 2341-bis e 2341-ter del codice civile*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2007, IV, 470.
- M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, p. 199 ss.
- B. LIBONATI, *Il problema della validità dei sindacati di voto: situazione attuale e prospettive*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di Bonelli e Jaeger, Milano, 1993, 14.
- B. LIBONATI, *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, III, Torino, 2007, p. 623 ss.
- I. MAFFEZZONI, *Sub art. 2364, in Assemblea*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2008, 9 ss.

- G. MARASÀ, *Le «società» senza scopo di lucro*, Milano, 1984.
- G. MARASÀ, *Maggioranza e unanimità nelle modificazioni dell'atto costitutivo della s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 713 s.
- P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, 3 ss.
- E. MARCHISIO, *La “corretta gestione” della società etero diretta ed il recepimento di direttive (programmaticamente o solo accidentalmente) dannose*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 923 ss.
- E. MARCHISIO, *L' « eterodirezione pubblicistica »*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 447 ss.
- M. MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, in *Riv. soc.*, 2004, 1495.
- M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 66 ss.
- M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema di competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, 336 ss.
- M. MAUGERI, *Le deliberazioni assembleari “consultive” nelle società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, 143 ss.
- V. MELI, *La responsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum G. F. Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, III, Torino, 2007, p. 667 ss.
- G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956.
- M. MIOLA, *Le garanzie intragruppo*, Napoli, 1993.
- P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 317 ss.
- A. MONTEVERDE, *Le decisioni gestorie dei soci nelle società lucrative*, Milano, 2013.
- S. MONZANI, *Controllo “analogo” e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009.
- G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici »?*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 801 ss.

- G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 999.
- M. NOTARI, *La nozione di «controllo» nella disciplina antitrust*, Milano, 1996.
- M. NOTARI e J. BERTONE, Sub art. 2359, in *Azioni*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2006.
- G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 595 ss.
- G. OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 517.
- G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 157 ss.
- A. PAVONE LA ROSA, *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 6.
- A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate - I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, II, Torino, 1991, 586 ss.
- C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, *Riv. Soc.*, 2009, p. 947 ss.
- C. PECORARO, *Dal titolo al regime della responsabilità deliberativa del socio di s.r.l.: brevi note di commento ad una pronuncia giurisprudenziale*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1454 ss.
- C. PECORARO, *Pubblico e privato nella governance delle società partecipate: fermenti ed incertezze nel quadro di riferimento*, in *Dir. fall.*, 2014, II, p. 701 ss.
- C. PECORARO, *Amministrazione e responsabilità dei soci nella s.r.l.*, Milano, 2015.
- C. PECORARO, *Il controllo sulle società in house secondo le nuove Direttive sugli appalti pubblici e sull'aggiudicazione di concessioni*, dattiloscritto presentato al VII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale "Orizzonti di diritto commerciale", Roma, 26/27 febbraio 2016.
- F. PETRERA, *Clausole statutarie in materia di amministrazione e controllo nelle società in house e miste*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, p. 632 ss.

- P. PETTITI, *Gestione e autonomia nelle società titolari di affidamenti*, Milano, 2016.
- D. PIAZZONI, *In house providing, partenariati pubblico-privati istituzionalizzati e partecipazione al capitale sociale a scopo di finanziamento*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 8 ss.
- V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per « danno diretto » agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2007, 900 ss.
- G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum G. F. Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, II, Torino, 2006, p. 5 ss.
- G. B. PORTALE, *Tra diritto dell'impresa e metamorfosi della s.p.a.*, in *Società, banche e crisi d'impresa, Liber Amicorum P. Abbadessa*, diretto da Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera- Sciarone Alibrandi, I, Torino, 2014, p. 111 ss.
- M.M. PRATELLI, *Problemi in tema di "sindacati di gestione"*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 112.
- G. RACUGNO, *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2016, 1144 ss.
- G. M. RIVOLTA, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, III, Torino, 2007, p. 519 ss.
- A. ROMANO TASSONE, *Gli statuti delle società per la gestione in house dei pubblici servizi*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di Guerrera, Torino, 2010, p. 58 ss.
- R. SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum G. F. Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, II, Torino, 2006, p. 135 ss.
- L. SALVATO, *Le società pubbliche alla prova delle procedure concorsuali*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, n. 6, 60 ss.
- F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2009, 496 ss.
- G. SBISÀ, *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contratto e impresa*, 2011, p. 369 ss.

G. SBISÀ, Sub art. 2497, commi 1 e 2, in *Direzione e coordinamento*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2012, 35 ss.

P. SCHLESINGER, *Oggetto delle clausole dei sindacati di voto*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di Bonelli e Jaeger, Milano, 1993, 107 s.

P. SCHLESINGER, *I poteri extra-assembleari dell'azionista di controllo*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, 445 ss.

F. G. COCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, p. 239 ss.

G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 189 ss.

G. SCOGNAMIGLIO, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, Milano, 2010, p. 115 ss.

G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 579 ss.

M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 458 ss.

R. TETI, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 633 ss.

U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997.

U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010.

U. TOMBARI, Sub art. 2476, *La responsabilità dei soci*, in *S.r.l. commentario*, dedicato a G. Portale, diretto da Dolmetta e Presti, Torino, 2011.

R. URSI, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2013.

A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, 831.

A. VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011.

F. VESSIA, *Società in house providing e miste e responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, p. 647 ss.

G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979.

R. WEIGMANN, *Le imprese di servizi pubblici locali dopo la riforma societaria*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, Milano, 2005, III, 3, p. 4071 ss.

A. ZANARDO, *L'estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. per mala gestio ai soci "cogestori": luci e ombre della disposizione dell'art. 2476, comma 7, c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 498 ss.

G. ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3, Torino, 1993, 187 ss.

G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2010.