

# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO PRIVATO, COMPARATO,  
PROCESSUALE CIVILE E DELL'IMPRESA  
Ciclo XXXIII – Curriculum di Diritto Commerciale e industriale

## *Società in house e profili di governance*

TESI DI DOTTORATO DI  
Antonietta Sganga

***Tutor:***

Chiar.mo Prof. Marco Speranzin

**Referente del curriculum:**

Chiar.mo Prof. Roberto Sacchi

**Coordinatore del dottorato:**

Chiar.ma Prof.ssa Maria Teresa Carinci

A.A. 2019/2020

## INDICE

### PREMESSA

### CAPITOLO I: PROFILI EVOLUTIVI ED ELEMENTI DELLA FATTISPECIE *IN HOUSE*

1. Il fenomeno delle società a partecipazione pubblica.
  - 1.1. La discussa conflittualità tra l'interesse pubblico e le nozioni di impresa (art. 2082 c.c.) e di società (art. 2247 c.c.).
  - 1.2. La crisi dell'impostazione codicistica e le categorie elaborate dalla dottrina in risposta all'espansione del fenomeno tra gli anni '70 e gli anni '90.
2. Gli albori delle società *in house*: le inefficienze dei precedenti modelli di gestione dei servizi pubblici.
  - 2.1. Il Testo Unico degli Enti Locali.
3. L'elaborazione della fattispecie ad opera della Commissione europea e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: la sentenza Teckal.
  - 3.1. I requisiti: il controllo analogo.
  - 3.2. (*Segue*): la destinazione prevalente dell'attività.
  - 3.3. (*Segue*): la partecipazione pubblica totalitaria.
4. La discussa natura della società *in house*.
  - 4.1. (*Segue*) Le procedure concorsuali.
  - 4.2. (*Segue*) Il riparto di giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori.
5. Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica: la società *in house*.
6. Gli elementi costitutivi della fattispecie: la partecipazione pubblica esclusiva al capitale sociale.
  - 6.1. (*Segue*): la destinazione prevalente dell'attività della società controllata.
  - 6.2. (*Segue*): il controllo analogo.

7. Le procedure concorsuali.
8. La giurisdizione della Corte dei Conti.

## **CAPITOLO II: IL CONTROLLO ANALOGO**

1. Premessa.
2. La pluralità di nozioni di controllo: l'inquadramento sistematico dell'art. 2359 c.c..
  - 2.1. Il ruolo dell'art. 2359 c.c. nel TUSP: le nozioni di controllo pubblico e di controllo pubblico analogo.
3. L'art. 2359 c.c.: gradazioni di influenza ed oggetto del controllo.
  - 3.1. Il controllo congiunto nella nozione civilistica.
4. Elementi del controllo analogo: *a*) il ricorso all'analogia.
  - 4.1. (*Segue*): *b*) l'influenza determinante e il suo significato.
  - 4.2. (*Segue*): *c*) l'oggetto dell'influenza e gli strumenti per esercitarla.
5. L'accertamento della sussistenza del controllo analogo.
6. Le condizioni per l'imputazione congiunta del controllo analogo.
7. Controllo analogo ed attività di direzione e coordinamento.
  - 7.1. La nozione di controllo e l'attività di direzione e coordinamento (*rinvio*).
  - 7.2. L'abuso dell'attività di direzione e coordinamento e la sua imputazione al socio pubblico.
  - 7.3. L'esenzione per lo Stato dalla responsabilità *ex art. 2497, co. 1, c.c.* (art. 19, co. 6, d.l. n. 78/2009, conv. in l. n. 102/2009).

## **CAPITOLO TERZO: L'ATTUAZIONE DEL CONTROLLO ANALOGO NELLA SOCIETÀ PER AZIONI**

1. Premessa.
2. L'azionista pubblico nel codice civile: il potere speciale di nomina diretta di componenti dell'organo amministrativo e di controllo.
  - 2.1. La rilevanza del potere speciale *ex art. 2449 c.c.* ai fini dell'integrazione del controllo analogo solitario e congiunto.

3. Le deroghe previste dall'art. 16 TUSP: cenni alla tipicità organizzativa delle s.p.a.
  - 3.1. Il principio della competenza gestoria esclusiva degli amministratori.
  - 3.2. Il ruolo dell'assemblea: le autorizzazioni assembleari ai sensi dell'art. 2364, n. 5, c.c. ed il controllo analogo.
  - 3.3. Limiti alla deroga all'art. 2380-*bis*, co. 1, c.c.: cenni al modello dualistico di amministrazione
  - 3.4. (*Segue*) Competenze assembleari e responsabilità degli amministratori.
4. Il particolare caso del controllo analogo congiunto.
5. La rilevanza di altri specifici patti ed accordi per l'esercizio del controllo analogo, anche nel gruppo.
6. Il principio di esclusività del potere gestorio nella disciplina dei gruppi secondo il diritto societario comune.
  - 6.1. I limiti all'attività di direzione e coordinamento della capogruppo e contenuto dei doveri (dell'organo gestorio) delle controllate.
  - 6.2. (*Rinvio*) L'eterodirezione pubblica ed il controllo analogo.
7. Della responsabilità del socio pubblico *ex art.* 2476, co. 7 c.c..

## **CONCLUSIONI**

## **BIGLIOGRAFIA**

## **RINGRAZIAMENTI**

## PREMESSA

Lungamente atteso e fortemente auspicato dagli operatori giuridici, il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica – d.lgs. n. 175 del 2016, così come modificato dal d.lgs. n. 100 del 2017 – raccoglie i frutti di un dibattito che ha tentato di armonizzare la costellazione di norme affastellate all'interno dell'ordinamento a causa di strategie di *policy* confliggenti e disorganiche. La legislazione in materia di partecipazioni pubbliche in società di capitali ha attraversato, infatti, epoche mutevoli, alcune connaturate dalla valorizzazione dello strumento ed altre distintamente pervase dalla volontà di limitarlo, in vista di un suo definitivo accantonamento. Orfani di un progetto legislativo a direzione univoca, i singoli interventi si sono intersecati creando una disciplina opaca, in cui tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza, muovevano passi incerti, puntualmente tesi a riportare le società partecipate all'interno dell'alveo del diritto amministrativo o del diritto commerciale, in una sorta di *impasse* interpretativa dovuta al contrapporsi di una visione sostanzialistica o funzionalistica delle 'partecipate'. In un quadro fenomenico e normativo già sufficientemente complesso, il palesarsi di un nuovo modello organizzativo a spiccata connotazione pubblicistica – successivamente noto come *in house providing* – ha riportato in auge il dibattito concernente la tenuta dell'archetipo codicistico di fronte a delle *species* societarie che, per le loro caratteristiche intrinseche, sembravano quasi emanciparsi dal *genus*, per diventare vero e proprio tipo.

Nata nell'ambito della disciplina concernente i servizi pubblici locali, la società *in house* rappresenta un modello organizzativo di cui la pubblica amministrazione si serve per lo svolgimento di attività strumentali ad essa o alla collettività che rappresenta e che opera in deroga alle ordinarie regole di evidenza pubblica. L'incidenza della fattispecie sui principi dettati in materia di concorrenza ed evidenza pubblica hanno determinato il coinvolgimento delle istituzioni europee nell'elaborazione della fattispecie, al punto che la sua stessa

definizione è frutto del capillare lavoro ricostruttivo, a cui si è dedicata la Corte di Giustizia Europea sin dalla sentenza *Teckal*.

A fronte dei predetti arresti giurisprudenziali e delle nuove Direttive Appalti, il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica incardina le società *in house* in un sistema di principi, definizioni e regole, che rimettono in discussione le conclusioni a cui la dottrina e la giurisprudenza nazionali erano pervenute, anche e soprattutto in relazione alla collocazione del fenomeno *in house* in ambito privatistico. In considerazione delle rilevanti deroghe ammesse allo statuto organizzativo delle società per azioni – che il legislatore ammette al fine consentire la realizzazione del controllo analogo – la dissertazione si concentra anzitutto sul dato normativo riformato, analizzando la fattispecie ed i suoi requisiti, allo scopo di riflettere sia sulla natura della società *in house*, sia sulle ripercussioni che la possibile deroga ad uno dei principi fondanti il tipo genera sul piano della responsabilità del socio pubblico.

Attraverso la disamina dei limiti a cui tale facoltà statutaria si ritiene debba sottostare, il presente lavoro mira a riaffermare che la società *in house* non configura un tipo, ma un modello societario a statuto speciale. Al fine di pervenire a tali conclusioni, la trattazione si struttura in tre capitoli: il primo si concentra sull'analisi degli elementi della fattispecie, per identificare ciò che l'ordinamento considera essere una società *in house* ed individuare la disciplina a questa applicabile; il secondo indaga il requisito del controllo analogo, analizzandone la nozione ed interrogandosi sull'intensità del rapporto che lega l'amministrazione aggiudicatrice e la società controllata in modo analogo; infine, il terzo conclude l'analisi, interrogandosi sulla necessità e sull'ampiezza delle deroghe alla struttura organizzativa del tipo, al fine di comprendere se la società *in house* possa essere ancora considerata una *species* del *genus* codicistico.

## CAPITOLO I

### PROFILI EVOLUTIVI ED ELEMENTI DELLA FATTISPECIE IN HOUSE

*SOMMARIO: 1. Il fenomeno delle società a partecipazione pubblica. 1.1. La discussa conflittualità tra il fenomeno considerato e le nozioni di impresa (art. 2082 c.c.) e di società (art. 2247 c.c.). 1.2. La crisi dell'impostazione codicistica e le categorie elaborate dalla dottrina in risposta all'espansione del fenomeno tra gli anni 70 e gli anni 90. 2. Gli albori delle società in house: le inefficienze dei precedenti modelli di gestione dei servizi pubblici. 2.1. Il Testo Unico degli Enti Locali. 3. L'elaborazione della fattispecie ad opera della Commissione europea e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: la sentenza Teckal. 3.1. I requisiti: il controllo analogo. 3.2. (Segue): la destinazione prevalente dell'attività. 3.3. (Segue): la partecipazione pubblica totalitaria. 4. La discussa natura della società in house. 4.1. (Segue) Le procedure concorsuali. 4.2. (Segue) Il riparto di giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori. 5. Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica: la società in house. 6. Gli elementi costitutivi della fattispecie: la partecipazione pubblica esclusiva al capitale sociale. 6.1. (Segue): la destinazione prevalente dell'attività della società controllata. 6.2. (Segue): il controllo analogo. 7. Le procedure concorsuali. 8. La giurisdizione della Corte dei Conti.*

#### **1. Il fenomeno delle società a partecipazione pubblica**

Le società a partecipazione pubblica fecero la loro comparsa all'inizio degli anni '20 del secolo scorso, periodo durante il quale lo Stato divenne protagonista del mercato in qualità di gestore di imprese e produttore di beni e servizi, dapprima attraverso enti pubblici economici e successivamente anche

tramite l'acquisto di partecipazioni in società di diritto privato<sup>1</sup>. Lo Stato azionista intervenne, in una prima fase, per risollevare alcune imprese che versavano in stato di crisi e, in un secondo momento, per esercitare ingerenza politica in settori economici di importanza strategica, quali quello del credito e delle telecomunicazioni<sup>2</sup>.

L'avvento della Costituzione non determinò significative cesure con il passato. Gli artt. 41 e 43 Cost. legittimavano l'iniziativa economica pubblica in senso quanto mai ampio, permettendo allo Stato di intervenire in economia attraverso differenti modalità<sup>3</sup>: da una parte, si attribuiva al soggetto pubblico la facoltà di svolgere attività a carattere imprenditoriale attraverso l'acquisto di partecipazioni in società, ovvero mediante la costituzione di nuovi complessi aziendali; dall'altra, si ammetteva che l'intervento pubblico potesse realizzarsi

---

<sup>1</sup> Per un approfondimento circa il passaggio dallo Stato liberale allo Stato imprenditore, cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2005, 13 ss. ed in particolare, sulla nascita del fenomeno delle società a partecipazione pubblica, M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss.

<sup>2</sup> Cfr. F. ROVERSI MONACO, *Indirizzo delle partecipazioni statali e prospettive di riforma*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, III, 1987, 478-479. Nel 1933, proprio al fine di consentire allo Stato di mettere in atto e gestire tale politica interventista, venne costituito l'Istituto per la Ricostruzione Industriale (I.R.I.), dapprima come ente provvisorio di salvataggio delle imprese in crisi e poi, nel 1937, quale ente permanente, deputato a gestire le partecipazioni azionarie dello Stato secondo le direttive da questo impartite, in modo tale da permettergli di conseguire precisi obiettivi di politica economica. A seguito dello smobilizzo anche di alcune banche miste, l'I.R.I. divenne una vera e propria *holding* di controllo del sistema bancario e industriale italiano, arrivando a detenere circa il 20% dell'intero capitale azionario nazionale. Cfr. L. CAMERIERO, *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'Iri alle società pubbliche*, in *Le società pubbliche in house e miste*, a cura di R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, 1 ss; G. COTTINO, *Partecipazione pubblica all'impresa privata ed interesse sociale*, in *Imprese e società*, in *Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, I, Napoli, 1968, 367 ss; G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, consultabile su [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), 2.

<sup>3</sup> L'art. 41 Cost. enuncia al co. 1 la libertà di iniziativa economica privata, declinandola nella duplice accezione di libertà del cittadino verso lo Stato e di libertà del cittadino verso gli altri cittadini. Di seguito, il co. 3 parifica le attività pubbliche e quelle private, sulla base del principio per cui l'iniziativa economica può essere assunta sia da privati, che da pubblici operatori, senza alcuna predeterminazione delle rispettive sfere di azione. Come sottolineato in dottrina, infatti, "tra liberismo e dirigismo, per i Costituenti, non dovevano più esserci ragioni di conflitto ideale": F. GALGANO, *Commento agli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, II, *Rapporti economici*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1982, 13. Per tale via, non solo si legittima che l'attività di impresa possa essere rivolta anche al raggiungimento di obiettivi pubblicistici, ma si fissa anche un limite dell'intervento della pubblica amministrazione nel settore dei servizi pubblici di rilevanza economica, atteso che l'insieme delle norme contenute all'interno dell'art. 41 Cost. assumono un significato sì interventista, ma anche garantista: cfr. F. GALGANO, *Commento*, cit., 195; P. RANCI, *Concorrenza e servizi pubblici nella Costituzione*, in G. DELLA CANANEA - G. NAPOLITANO, *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998, 33.



anche attraverso forme di coazione dei privati<sup>4</sup>. Il ricorso da parte dello Stato allo strumento societario non era pertanto connotato negativamente, tale che nessuno degli atti legislativi precedenti o subito successivi alla promulgazione della Carta costituzionale richiedeva che la scelta di intervenire in economia in forma societaria fosse giustificata da ragioni di necessità<sup>5</sup>.

L'assenza di norme che imponessero una maggiore ponderazione dei modelli organizzativi da impiegare per finalità pubbliche fu solo una delle cause che determinò la crescita esponenziale del fenomeno nei decenni successivi. Un'ulteriore ragione è da ricercare sul piano dei concreti vantaggi, che la partecipazione in una società di diritto privato garantiva all'ente pubblico azionista: il ricorso ad una persona giuridica distinta – ovvero ad un centro autonomo di imputazione delle obbligazioni nascenti dalla sua azione<sup>6</sup> – permetteva infatti allo Stato e alle altre formazioni pubbliche di perseguire i propri scopi istituzionali, contenendo contestualmente i rischi ai quali l'esercizio dell'attività li avrebbe esposti<sup>7</sup>. Proprio in virtù di tali qualità, lo strumento societario venne adottato per i più disparati fini, al punto che l'unico dato in grado di dare uniformità al fenomeno fu la modalità attraverso cui il soggetto pubblico gestiva le proprie partecipazioni: a mediare tra il titolare dell'investimento e la società di diritto privato era infatti un ente di gestione, che esercitava formalmente i diritti connessi alla partecipazione azionaria, pur essendo sostanzialmente

---

<sup>4</sup> Cfr. G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 3.

<sup>5</sup> Era, anzi, lo stesso ordinamento a lasciare al soggetto pubblico ampia facoltà di scelta circa lo strumento più adeguato al raggiungimento dei suoi scopi, affiancando alla partecipazione societaria altre modalità di esercizio dell'impresa pubblica attraverso capacità di diritto privato. Già in questo periodo storico, per l'esercizio di tali attività l'ente pubblico poteva scegliere se costituire un apposito ente, il c.d. ente pubblico economico, o se affidarle ad un suo organo interno: per le principali differenze tra i modelli, v. M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., 234 ss. Indipendentemente dalla forma giuridica assunta, la dottrina ricorreva alla locuzione di "impresa pubblica", ogni qual volta che ad essere oggetto di studio erano le attività economiche, che potevano essere ricondotte, direttamente o indirettamente, allo Stato o agli enti locali: sul significato meramente descrittivo dell'espressione in commento, v. 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.

<sup>6</sup> A. NIGRO, *Imprese commerciali e imprese soggette a registrazione: fattispecie e statuti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 2001, 597 ss.

<sup>7</sup> M.G. DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012, 87.

sottoposto ai poteri di indirizzo e coordinamento del Ministero delle Partecipazioni Pubbliche<sup>8</sup>.

Successivamente, le esternalità positive connesse all'acquisto di partecipazioni azionarie o alla costituzione di nuove società convinsero anche gli enti territoriali minori a ricorrere al medesimo strumento, che divenne così, a pieno titolo, un modello organizzativo alternativo rispetto a quelli previsti dal diritto pubblico, soprattutto in materia di servizi pubblici locali<sup>9</sup>. L'espansione su larga scala del fenomeno ne rese però evidenti i fallimenti, sia sotto il profilo concorrenziale, sia sotto quello puramente economico<sup>10</sup>. Fu così che, nel corso

---

<sup>8</sup> Tra gli eventi maggiormente rilevanti si annoverano: la costituzione, nei primi anni '50, dell'ENI (Ente nazionale idrocarburi), ente pubblico per la gestione, in regime di esclusiva, della ricerca e delle coltivazione di giacimenti di idrocarburi nella valle padana., a cui vennero affidate le partecipazioni azionarie, già dello Stato, nell'AGIP nonché il patrimonio dell'Ente nazionale metano; nel 1962, la costituzione dell'ENEL (Ente nazionale per l'energia elettrica) e la nazionalizzazione dell'industria elettrica, compiutasi attraverso l'espropriazione, previo indennizzo, delle imprese delle imprese coinvolte, a cui seguì la formalizzazione della riserva di attività, precludendo l'iniziativa economica privata e esercitando, dunque, per la prima volta il potere previsto dall'art. 43 Cost. In seguito, la l. n. 1589/1956 dette razionalità al sistema mediante l'istituzione del Ministero delle partecipazioni statali, al quale furono devoluti tutti i compiti e le attribuzioni prima spettanti in questo campo ad altri ministeri e organi dell'esecutivo, formando una struttura piramidale di gestione delle partecipazioni statali: al vertice si ponevano due comitati interministeriali (Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE)) e Comitato interministeriale per la politica industriale (CIPI) e il Ministero delle partecipazioni statali con funzione di vigilanza e poteri di direttiva nei confronti degli enti di gestione delle partecipazioni statali, cioè di enti pubblici economici con funzione di *holding* finanziaria, che rappresentavano il punto di incontro tra le direttive politiche e l'attività di impresa esercitata da società di diritto comune. L'intervento pubblico in economia cominciò subì un primo affievolimento a partire dagli anni '60 con l'emersione di tutte quelle criticità che hanno contraddistinto il sistema fino ai giorni nostri. Come sottolineato in dottrina, risultava sostanzialmente disatteso il principio di economicità ed autosufficienza di gestione, tanto che non pochi furono i casi in cui non si raggiunse neanche il pareggio di bilancio, accumulandosi sempre maggiori perdite che potevano essere ripianate solo attraverso costanti finanziamenti statali. In sintesi, le ragioni della crisi del sistema sono da ricondurre: (i) all'incontrollata espansione dei settori d'intervento, che ha reso pressoché impossibile la gestione del sistema partecipativo; (ii) al graduale abbandono dell'ottica imprenditoriale per il perseguimento di finalità politiche e sociali; (iii) alla dipendenza del sistema dai finanziamenti statali, tale da rendere il sistema stesso non autonomo, anzi asservito al potere politico; (iv) all'inesistenza di sanzioni economiche che spingessero la società a partecipazione pubblica a mantenere un equilibrio finanziario di gestione. Per un approfondimento in tema, cfr.: G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, 174-175; G. MINERVINI, *Società a partecipazione pubblica*, in *GCO*, 1982, 182; F. ROVERSI MONACO, *Indirizzo delle partecipazioni statali*, cit., 480 ss; F. MERUSI – D. IARIA, *Partecipazioni Pubbliche*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990, 4.

<sup>9</sup> Per un approfondimento in tema si veda: M. MAZZARELLI, *Le società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987, in part., 37-50.

<sup>10</sup> Come sottolineato da V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, 33, una delle principali preoccupazioni che destava l'espansione del fenomeno era che, attraverso l'utilizzo dello

degli anni '90, per contenere i costi pubblici e aprire determinati settori al mercato – anche in ossequio a quei principi che erano ormai stati elevati a ‘pilastri’ delle Comunità europee<sup>11</sup> - si aprì la c.d. fase delle privatizzazioni, ovvero di quel processo che, a più riprese e con non pochi arresti, determinò un cambiamento radicale della fisionomia dei gruppi pubblici<sup>12</sup>: il passaggio dalla nazionalizzazione alla privatizzazione avvenne infatti attraverso il mutamento della forma giuridica dell'impresa pubblica verso assetti più flessibili ed adeguati all'esercizio di attività imprenditoriali. Tale processo avrebbe dovuto realizzarsi in due fasi – ovvero, prima, mediante la trasformazione degli enti di diritto pubblico in società di diritto privato (c.d. privatizzazione formale o "fredda")<sup>13</sup> e, poi,

---

strumento societario, potessero eludersi le norme in tema di contabilità pubblica. In argomento, anche, D. CAROSI, *Crisi ed insolvenza delle partecipate pubbliche ed i riflessi sul bilancio dello Stato e degli altri enti proprietari*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANÒ, Milano, 2011, 577 s.

<sup>11</sup> I principi del libero mercato formulati dalle istituzioni europee mediante ripetuti interventi hanno innescato un profondo cambiamento nella teorizzazione del fenomeno dell'intervento pubblico in economia. Sebbene il diritto comunitario sia neutrale rispetto al regime proprietario delle imprese (cd. principio di neutralità ricavabile ora dall'art. 345 TFUE) e ulteriormente improntato sul principio concorrenziale e sulle libertà comunitarie ad esso strumentali, L'insieme delle sue sollecitazioni – orientate a ridurre il novero di privilegi che avevano storicamente caratterizzavano l'impresa pubblica, ha nella realtà favorito la diffusione della società a partecipazione pubblica. Cfr. G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 9 e, in particolare, G. P. CIRILLO, *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *Riv. Not.*, 2015, 873, il quale, proprio in tema di neutralità delle forme giuridiche, sottolinea come, all'interno del nostro ordinamento, l'organizzazione sia “coessenziale alla nozione di impresa” e venga “disancorata dall'articolo 2247 cod. civ”. Come sostenuto da F. DI SABATO, *Società in generale, Società di persone*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2004, 11-12, soprattutto a seguito della riforma del 2003, “il diritto delle società si avvia ad essere il diritto dell'impresa organizzata e che risulta importante porre l'accento non più sul fatto che genera l'organizzazione, bensì sull'organizzazione che produce l'attività di impresa”, con la conseguenza che “la società è oggi l'organizzazione alla quale uno o più soggetti conferiscono beni o servizi per l'esercizio di un'attività economica imputabile all'organizzazione stessa allo scopo di conseguire un vantaggio patrimoniale”. Nello stesso senso, P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 238 ss. In argomento si veda, anche: C. ANGELICI, *Interessi pubblici e potere societario*, in *Nuovi poteri e dialettica degli interessi*, *Atti Varenna*, Milano, 2010 e il più recente, ID., *In tema di «socio pubblico»*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, 175 ss.

<sup>12</sup> Cfr. M.T. CIRENELI, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società a partecipazione pubblica*, in *Liber amicorum Guy Horsmans*. Bruxelles, 2004, 98; C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società “pubbliche”*, a cura di C. IBBA – M.C. MALAGUTI – M. MAZZONI, Torino, 2011, 25; S. DE NARDIS, *Le privatizzazioni italiane*, Bologna, 2000, 54 ss; G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 6.

<sup>13</sup> Con riguardo alla prima fase, vennero promulgati due decreti legge, volti a realizzare la privatizzazione degli enti pubblici precedentemente costituiti: il d.l. n. 386/1991, convertito nella l. n. 35/1992 – che, senza formulare alcuno specifico obbligo, dava agli enti pubblici la facoltà di

attraverso la vendita a privati delle partecipazioni nelle società, venutesi a creare a seguito di trasformazione, in modo tale da ricavarne entrate destinate a risanare il bilancio pubblico (c.d. privatizzazione sostanziale o "calda")<sup>14</sup> – ma gli esiti non furono quelli sperati: la seconda fase, infatti, non trovò mai piena realizzazione<sup>15</sup>.

Al sostanziale fallimento del progetto delle privatizzazioni seguì un periodo di *favor* legislativo, che portò ad un'ulteriore espansione della fenomenologia delle società a partecipazione pubblica, destinata ad arrestarsi solo parzialmente nei primi anni 2000, quando il legislatore ritenne opportuno disincentivare il ricorso allo strumento societario, irrigidendo la filiera dei controlli pubblicistici, al fine di individuare gli abusi e rimuovere le inefficienze<sup>16</sup>.

Se letti in prospettiva, il fenomeno delle privatizzazioni, la conseguente scelta di attribuire al socio pubblico poteri a carattere speciale nelle società venutesi a creare a seguito di trasformazione, nonché i successivi puntiformi interventi volti a fornire una disciplina specifica al fenomeno in esame rappresentano momenti di emersione delle distinte – e talvolta opposte – tendenze

---

trasformarsi in società per azioni – e il d.l. n. 333/1992, convertito nella l. n. 359/1992, che dispose ex lege la trasformazione in società per azioni di ENI, IRI, INA ed ENEL. Le azioni di queste vennero qualificate come “concessioni necessarie” ed attribuite al Ministro del Tesoro: soggetto deputato a deliberare la trasformazione degli altri enti pubblici in s.p.a. fu il Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE). In argomento, v.: M. T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 200 ss. All'uopo, ovvero per permettere al socio di mantenere un controllo sulla propria partecipazione, la l. n. 359/1992 introdusse talune norme in deroga alla disciplina di diritto comune, espressamente destinate ad operare per le sole società risultanti dalla trasformazione: cfr. G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 19.

<sup>14</sup> Dette fasi di privatizzazione sono così definite da G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 8. Sul punto si veda anche la relazione del CNEL redatta nel 1997, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche. Aspetti giuridico-normativi ed economico-finanziari*, disponibile su [www.cnel.it](http://www.cnel.it).

<sup>15</sup> L'auspicata seconda fase, in realtà, non trovò mai realizzazione in concreto a causa dell'oggettiva mancanza di potenziali acquirenti, per quanto al fondo vi fossero anche delle ragioni di natura politica. Per una più approfondita ricostruzione del fenomeno, cfr.: P.G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, 990.

<sup>16</sup> Espressione di tale inversione di rotta rispetto al passato furono, in particolare, il d. l. n. 223/2006, la l. n. 296/2006 e la l. n. 244/2007, che introdussero limiti e divieti all'acquisto di partecipazioni ed alla costituzione di nuove società pubbliche. In particolare, L'art 3, co. 27, l. n. 244/2007 introdusse il divieto generalizzato per le pubbliche amministrazioni di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Le delibere di assunzione o mantenimento di partecipazioni dovevano inoltre essere motivate in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27 e trasmesse alla Corte dei Conti. Per un approfondimento in tema, v. P. PIZZA, *Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 d.l. n. 223/2006*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. IBBA - M. C. MALAGUTI - A. MAZZONI, Torino, 2011, 137.

legislative che, dalla codificazione del 1942 ai giorni nostri, hanno connotato l'evolversi della normativa in materia di società a partecipazione pubblica: da un lato, si pongono gli atti normativi volti ad scoraggiare o ad incentivare il ricorso allo strumento societario<sup>17</sup>; dall'altro, invece, si collocano gli interventi legislativi finalizzati a garantire la realizzazione dell'interesse pubblico attraverso l'ibridazione dello strumento societario<sup>18</sup>. Ciò ha reso sempre più difficile ricondurre il fenomeno, inteso nella sua interezza, alle categorie fondamentali della scienza giuscommerciale, riportando in auge problemi e perplessità che la dottrina aveva cercato di arginare, facendo leva su due argomentazioni chiave, ovvero l'equiparazione codicistica tra l'impresa pubblica e quella privata e l'accettazione implicita delle regole proprie dell'archetipo societario da parte dell'ente pubblico, che avesse deciso di prendere parte al vincolo.

### **1.1. La discussa conflittualità tra il fenomeno considerato e le nozioni di impresa (art. 2082 c.c.) e di società (art. 2247 c.c.).**

Invero, prima ancora che la fenomenologia delle società a partecipazione pubblica diventasse variegata e complessa, la riflessione dottrinale sviluppatasi in materia si era concentrata sia sulla problematica riconduzione dell'impresa pubblica all'interno dell'alveo definitorio di cui all'art. 2082 c.c., sia sul rapporto intercorrente tra la causa lucrativa e l'interesse pubblico, di cui l'ente socio risultava essere portatore.

Con riguardo al primo profilo – ed, in particolar modo, in relazione a quelle imprese pubbliche, che difficilmente potevano dirsi connotate da uno scopo lucrativo – ci si era chiesti se quest'ultimo dovesse considerarsi, quanto meno nella sua accezione oggettiva, elemento costitutivo della nozione di impresa: nell'impostazione più risalente, infatti, lo scopo di lucro costituiva l'essenza della

---

<sup>17</sup> Cfr., *amplius*, F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, reperibile su [www.rivistacorteconti.it](http://www.rivistacorteconti.it)

<sup>18</sup> In argomento, cfr.: C. IBBA, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), gennaio 2011; 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 F. GUERRERA, Torino, 2010, 7 ss; F. GOISIS, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di M. CLARICH - G. FONDERICO, Milano, 2007, 729;

nozione di impresa ed il fatto che l'attività esercitata dall'impresa pubblica potesse essere gestita secondo modalità non idonee a generare valori aggiuntivi portava parte della dottrina a ritenere, che l'attività stessa non potesse essere qualificata come "imprenditoriale", ma solo come "amministrativa", proprio perché in sé meramente "economica"<sup>19</sup>; altra parte della dottrina riteneva, invece, non vi fosse alcuna intrinseca conflittualità tra il fenomeno considerato e la nozione di impresa di cui all'art. 2082 c.c. ed argomentava tale conclusione sulla base della neutralità e della strumentalità dello scopo di lucro rispetto ai bisogni ed agli interessi, che l'attività di impresa era chiamata a soddisfare nel disegno ordinamentale, descritto dalle norme di rango costituzionale e primario<sup>20</sup>. Una simile contrapposizione appare – quanto meno sul piano generale – non più attuale, dal momento che la dottrina maggioritaria accoglie oggi una nozione giuridica di impresa fondata sul requisito essenziale dell'economicità: l'impresa pubblica rientra dunque a pieno titolo nella definizione di cui all'art. 2082 c.c., anche quando persegua scopi diversi dal lucro e ciò non solo perché la norma non distingue tra impresa pubblica ed impresa privata, ma soprattutto perché, per potersi parlare di impresa, risulta sufficiente che l'attività sia gestita in modo tale da garantire, quanto meno, l'autosufficienza economica<sup>21</sup>.

Per quel che concerne il secondo profilo – oltre che interrogarsi sull'astratta compatibilità tra causa lucrativa ed interesse pubblico – la dottrina si è chiesta se quest'ultimo potesse assumere un ruolo così preponderante da determinare l'emersione di un distinto tipo societario, in cui la causa tipica del

---

<sup>19</sup> Cfr. L. GANGEMI, *Le società anonime miste*, Firenze, 1932; A. RAVÀ, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 324 ss, il quale riteneva che le società a partecipazione pubblica rappresentassero un "travestimento in forma privata di una impresa sostanzialmente pubblica".

<sup>20</sup> Cfr. A. ARENA, *Contributo alla sistemazione giuridica degli enti pubblici che esercitano attività economica*, in *Imprese e società*, in *Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, I, Napoli, 1968, 29 ss.; G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, 70 ss.

<sup>21</sup> In argomento, cfr., *ex multis*, M. T. CIRENEL, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO - G. B. PORTALE, Torino, 1992, 165 ss., la quale presuppone implicitamente quale contenuto minimo dell'impresa la sola autosufficienza economica; G. OPPO, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 595 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*, Milano, 2008, 34.

contratto di società – che, come è noto, vale a distinguerlo rispetto alle altre forme associative di diritto comune – veniva sostituita da causa esclusivamente pubblica. Il dibattito coinvolgeva necessariamente alcune considerazioni attinenti le peculiarità, che contraddistinguono l'agire dei soggetti pubblici rispetto a quello dei privati. La condotta di una società di diritto pubblico, infatti, non è libera, ma vincolata da norme di legge, che determinano le finalità per cui la persona stessa è istituita e che, attraverso la sua azione, devono essere perseguite: anche quando agisce nelle forme del diritto privato, l'ente pubblico è cioè vincolato al principio di legalità, il quale svolge una precipua funzione sistematica di garanzia dei diritti e delle libertà dei privati, che possono subire una limitazione solo quando la realizzazione dell'interesse pubblico necessiti dell'esercizio di poteri autoritativi<sup>22</sup>. In conseguenza di ciò, coloro in favore dei quali la *res pubblica* è amministrata risultano beneficiari di una sola e specifica tutela, ovvero l'azione di responsabilità contabile per il risarcimento dei danni cagionati dal funzionario al patrimonio dell'ente<sup>23</sup>.

Secondo la dottrina giuscommercialistica più risalente, però, ammettere che l'ente pubblico potesse costituire una società o semplicemente diventarne partecipe non metteva in discussione il principio secondo cui, nell'esercizio della propria capacità generale di diritto privato, esso dovesse perseguire gli scopi che la legge individuava (ed individua) come tipici del vincolo societario. In assenza, cioè, di una norma che autorizzasse il soggetto pubblico a prendere parte ad una società volta al perseguimento di finalità diverse rispetto allo scopo di lucro, quest'ultimo avrebbe continuato a svolgere la sua funzione, atteggiandosi a regola di comportamento per l'ente stesso<sup>24</sup>. A sostegno di tale assunto, la dottrina

---

<sup>22</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 40.

<sup>23</sup> E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 57.

<sup>24</sup> G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società*, cit., 61 ss., fa notare che il principio di legalità che governa l'azione della pubblica 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. L'autore distingue tre ipotesi di comportamento del socio pubblico, a seconda dell'interesse pubblico in ragione del quale assume la partecipazione in società: *i*) di competenza esclusiva del legislatore; *ii*) 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; *iii*) di competenza dello stesso socio pubblico. Nelle prime

adduceva un argomento di natura letterale e sistematica, desunto dal tenore degli artt. 2458-2460 c.c. (nella loro formulazione e numerazione originaria), in virtù dei quali si rimetteva sì allo statuto la scelta di dotare il soggetto pubblico di speciali (e più che proporzionali) poteri di nomina diretta degli organi sociali, ma si limitava a ciò solo la possibilità che la partecipazione pubblica potesse alterare la struttura organizzativa societaria<sup>25</sup>.

La medesima dottrina deduceva da ciò che, per tutto quanto non derogato, le società a partecipazione pubblica dovessero considerarsi alla stregua di quelle di diritto comune e che, pertanto, la mera partecipazione dello Stato e degli enti locali non fosse in grado di collocare il fenomeno in ambito pubblicistico. Gli enti pubblici erano dunque necessariamente chiamati ad accettare la causa tipica del contratto di società (art. 2247 c.c.) e, di conseguenza, ad assoggettarsi alla disciplina del tipo<sup>26</sup>. Detto altrimenti, salvo che la legge non disponesse

---

due ipotesi, l'ente pubblico esercita i suoi poteri di socio secondo criteri squisitamente tecnico-economici, senza esercitare una vera e propria discrezionalità sugli obiettivi da perseguire; nell'ultima ipotesi, invece, il socio pubblico svolge un'attività qualificabile come funzione amministrativa e lo fa compiendo valutazioni politiche nell'esercizio dei suoi diritti sociali e potendo così determinare una peculiare influenza sulla gestione. Un esempio della prima ipotesi 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. Nella seconda ipotesi erano, invece, 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.

<sup>25</sup> La disciplina contenuta nella Sezione XIII ha subito profondi cambiamenti in ragione non solo degli interventi legislativi che sono intervenuti sulla sua collocazione, ma soprattutto delle pronunce della Corte di Giustizia, che hanno comportato, oltre alla modifica dell'art. 2449 c.c., anche l'abrogazione dell'art. 2450 c.c.: la Corte ha infatti ritenuto che tali articoli assegnassero al socio pubblico un potere di incidere sulla *governance* della società assolutamente sproporzionato rispetto all'investimento e, perciò, non in linea con i principi europei. Cfr. CGUE, 6 dicembre 2007, cause riunite C - 463/04 e C - 464/04, che ha sancito l'illegittimità comunitaria dell'art. 2449 c.c.. Il tema dell'attribuzione di poteri speciali di nomina al socio pubblico è strettamente interconnesso con la collocazione sociale o extrasociale dell'interesse di cui i soci sono portatori e, dunque, con la vincolatività o meno delle direttive, che gli amministratori così nominati ricevono dall'ente nominante. Per una più distesa trattazione del tema si rimanda al Capitolo III, par. 2. In argomento, basti qui richiamare: F. GHEZZI - 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.

<sup>26</sup> La società partecipata del soggetto pubblico, e più in generale l'impresa pubblica, così come la condotta *uti socius* dell'azionista pubblico, erano infatti regolate da quelle stesse norme che



diversamente, l'impostazione codicistica permetteva di affermare non solo che l'interesse pubblico e quello lucrativo fossero astrattamente compatibili, ma anche che il primo non potesse prevalere sul secondo<sup>27</sup>. Il ricorso allo strumento societario e lo svolgimento di un'attività economico-lucrativa dovevano, pertanto, considerarsi in un rapporto di strumentalità: il guadagno non poteva certo assurgere a scopo principale dell'adesione al vincolo, ma si riteneva in ogni caso necessario che quest'ultimo fosse il tramite attraverso il quale realizzare l'interesse, che la pubblica amministrazione era chiamata dalla legge a perseguire<sup>28</sup>.

## **1.2. La crisi dell'impostazione codicistica e le categorie elaborate dalla dottrina in risposta all'espansione del fenomeno tra gli anni 70 e gli anni 90.**

Ben presto, l'impostazione sistematica prescelta dal legislatore del 1942 venne messa in crisi dalle norme che, per garantire la migliore e più efficiente realizzazione dell'interesse pubblico, crearono sempre maggiori distonie,

---

governavano il fenomeno privato. Come precisato dal par. 998 della Relazione al codice civile, in caso di partecipazione statale: "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". Sul punto, cfr. F. GOISIS, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di M. CLARICH - G. FONDERICO, 2007, 729; R. RORDORE, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Società*, 2005, 423.

<sup>27</sup> M. T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 155 ss.

<sup>28</sup> La dottrina riconosce già da tempo il carattere elastico della causa lucrativa, anche in mancanza di deroghe legislative all'art. 2247 c.c. Posto che questa rimane "norma imperativa a carattere generale", si ritiene ammissibile che il fine di lucro possa subire un temperamento con altri interessi in concreto condivisi dalle parti ed idonei ad ampliare la causa del contratto di società. Tra questi anche quelli perseguibili dal socio pubblico: cfr. M.T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 189 ss; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 383 ss. Se si ritiene che la causa del contratto di società possa accogliere al suo interno anche interessi diversi da quelli rientranti nello scopo di lucro, ovvero elementi compatibili con una gestione economica e minimamente lucrativa, l'interesse pubblico stesso può diventare una componente di quello sociale: cfr. G. COTTINO, *Partecipazione pubblica*, cit., 397 e ss.; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 377 ss.; G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 163 s. Si tratta di assunti condivisi anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui l'interesse pubblico sarebbe compatibile con lo scopo lucrativo, atteso che, soprattutto dopo la riforma del diritto societario del 2003, l'interesse sociale non ha una connotazione omogenea unitaria, dacchè vi confluiscono non solo interessi eterogenei che fanno capo agli stessi soci, ma anche interessi diversi, riferibili a soggetti terzi: Cons. St., 20 maggio 2002, n. 1574.

accentuando la divergenza tra la qualificazione formale del fenomeno e la disciplina ad esso applicabile<sup>29</sup>. Si faceva strada l'idea per cui l'unico modo per far sì che l'impiego di capitali proveniente dal contributo della collettività non perdesse di giustificazione e ragionevolezza fosse piegare lo strumento societario al fine pubblicistico, alterandone i connotati tipici al precipuo scopo di evitare che il coinvolgimento di privati – anche con partecipazioni di maggioranza – fosse di intralcio alla realizzazione di un interesse considerato preminente, proprio perché riferibile all'intera collettività.

L'equiparazione tra impresa pubblica e privata venne così messa in discussione dal proliferare di norme, il cui carattere di specialità non era determinato solo dalla loro collocazione al di fuori del codice civile. Esse, infatti, rendevano la società pubblica una *species*, che si distingueva dal *genus* non per il ricorrere di un *quid pluris* rispetto alla fattispecie di riferimento, ma per la negazione di uno o più degli elementi che connotavano il *genus* stesso<sup>30</sup>. Di frequente, infatti, l'organizzazione societaria veniva utilizzata per lo svolgimento di attività puramente amministrative, a cui era difficile – se non impossibile – ricondurre un interesse imprenditoriale, con la conseguenza che, proprio a fronte della rilevante divergenza rispetto ai tipi sociali, il legislatore aveva ritenuto opportuno 'codificare' alcune regole speciali a queste applicabili<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> M. T. CIRENEL, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 155 ss.

<sup>30</sup> C. IBBA, *Le società legali*, Torino, 1992, 9 e 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 *species* dal tipo generale a causa della mancanza di un elemento essenziale di questo. L'Autore individua tre ragioni di specialità delle società, attinenti rispettivamente alla costituzione/genesi, alla causa/scopo/attività ed alla disciplina dell'organizzazione.

<sup>31</sup> Secondo M. CAMMELLI - M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'articolo 13 del d. l. n. 223/2006*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMMELLI - M. DUGATO, Torino, 2008, 349, doveva in ogni caso essere escluso che esistesse una categoria unitaria delle società a partecipazione pubblica, riscontrandosi invece “decine di 'tipi' di società (o di singole società), disciplinati da norme e da principi differenti, il cui unico denominatore comune finisce per essere la presenza di un ente pubblico (primario o derivato) nel capitale sociale”. Come sottolineano gli Autori, a causa del proliferare scomposto di norme dal contenuto non uniforme “il diritto delle società pubbliche diviene, anziché il terreno del diritto comune, il campo dei diritti speciali e dei diritti singolari”. In argomento, anche: G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999 ss.; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1 ss.; ID., *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., 1 ss.; M. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. IBBA - M.C. MALAGUTI - M. MAZZONI, Torino, 2011, 57 ss.,

La specializzazione della disciplina ha indotto la dottrina ad individuare due macro-categorie di società a partecipazione pubblica: quelle “di diritto comune” e quelle “di diritto speciale”<sup>32</sup>. Con riferimento a queste ultime, la deroga più rilevante era certo rappresentata dalla previsione di una causa non lucrativa, dacchè non di rado era la stessa legge a prevedere che la società svolgesse un’attività, il cui fine era implicitamente non lucrativo: al venire meno della lucratività, sia oggettiva che soggettiva, le regole di diritto societario risultavano applicabili solo a seguito di una capillare valutazione di compatibilità con una causa societaria pubblica<sup>33</sup>. Tale tendenza legislativa venne sovente criticata in dottrina, la quale, in più occasioni, ebbe modo di sottolineare

---

in part. 63, ove (richiamando M. P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 1115 ss.) l’Autore parla di “classico esempio di pseudo-categoria o di non categoria”. Cfr. I. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, p. 39 ss. e, recentemente, ID, *Lineamenti, di diritto amministrativo*, Torino, 2016, 125 e ID, *L’amministrazione «costituzionalizzata» e il diritto pubblico della proprietà e dell’impresa*, Torino, 2019, 315 ss

<sup>32</sup> Si tratta di una classificazione accolta anche dalla dottrina amministrativistica, per cui v., recentemente: 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 F. GUERRERA, Torino, 2010, 5.

<sup>33</sup> In particolare, G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società*, cit., 108, il quale sottolineava come, ad esempio, nella società di diritto speciale cambiasse il contenuto del diritto dei soci, 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”. Ulteriore conseguenza era che le azioni non fossero 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 e ne desume una peculiare inversione del normale rapporto di strumentalità delle situazioni soggettive di carattere organizzativo rispetto a quelle patrimoniali attribuite in virtù della partecipazione sociale: se di regola, infatti, i diritti patrimoniali 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. La dottrina riconduceva a tale categoria le società finanziarie pubbliche, ovvero quelli aventi funzione di promozione o di risanamento di altre società operanti in determinati settori o in specifiche aree geografiche. In tema, anche, G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società*, cit., 105 ss., il quale, con la locuzione ‘società di diritto speciale’ si riferiva esclusivamente a quelle che presentavano una deviazione dalla causa lucrativa: egli riteneva che tali società avessero perduto la natura di società di diritto privato e fossero divenute in realtà enti associativi di diritto speciale. L’autore, inoltre, sosteneva che “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”. Cfr. C. IBBA, *Le società legali*, cit., 262 ss.; G. MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 106 ss. e 353 ss.

l'inopportunità di creare delle figure giuridiche ibride, non riconducibili ad alcuna delle formule organizzative, di natura pubblica o privata, esistenti nell'ordinamento<sup>34</sup>.

L'iniziale classificazione delle società a partecipazione pubblica in società "di diritto comune" e "di diritto speciale" ha poi condotto ad operare un ulteriore distinguo circa gli scopi perseguiti dai singoli enti considerati, separando concettualmente quelli che, pur perseguendo scopi pubblicistici, mantenevano intatta la loro essenza privatistica e quelli che, invece, per effetto della disciplina speciale, venivano spogliati di qualsiasi connotazione societaria tipica, per assumere una veste integralmente pubblica<sup>35</sup>. Tale distinzione veniva operata per permettere la riqualificazione di quest'ultime in enti pubblici<sup>36</sup>, operazione che si considerava possibile nel solo caso in cui la società: a) si fosse atteggiata a mero strumento per lo svolgimento di una funzione amministrativa e b) si fosse distinta per la sottoposizione ad uno stringente e capillare controllo da parte

---

<sup>34</sup> V., in particolare, M. CAMELLI- M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali*, cit., 347.

<sup>35</sup> C. Cost. 28 dicembre 1993, n. 466, in *Foro it.*, 1994, 325, argomentò il persistente controllo della Corte dei Conti sulle società per azioni risultanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici, evidenziandone 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, 425 ss, che qualificò come 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. Quest'ultima sentenza, inoltre, affermò che la struttura societaria fosse compatibile con la natura pubblica di un ente trasformato in s.p.a. e che la stessa società Poste Italiane presentasse 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, 238; Cons. Stato, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Foro it.*, 2003, III, 205; Cons. Stato, 30 gennaio 2006, n. 308, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 623. Cfr., in senso critico, G. SCOCA, *Il punto sulle società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 241.

<sup>36</sup> Comunque, l'idea della riqualificazione pubblicistica delle società non si è mai del tutto sopita, anzi, a fasi alterne, ha recuperato vigore ponendosi all'attenzione della giurisprudenza e incontrandone talvolta anche il favore. La riqualificazione pubblicistica si considerava necessaria per estendere all'ente formalmente privato l'applicazione di norme di diritto pubblico, in modo da evitarne l'elusione, ma sovente di è stato avvertito il problema opposto, ovvero evitare che a fronte della sussistenza di elementi di "pubblicità sostanziale", tali società fossero escluse dall'applicazione delle procedure concorsuali di fallimento e concordato preventivo: cfr. Trib. S. M. Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fall.*, 2009, 713; Trib. Patti, 6 marzo 2009 e Trib. Catania, 20 luglio 2010, in [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org); Trib. Avezzano, 26 luglio 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, 869, con nota di G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e concordato preventivo*. In tema, si vedano anche L. SALVATO, *Le società pubbliche alla prova delle procedure concorsuali*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, 60 ss.; C. PECORARO, *Pubblico e privato nella governance delle società partecipate: fermenti ed incertezze nel quadro di riferimento*, in *Dir. fall.*, 2014, 701 ss. In argomento, v. oltre, par. 4.1. e 4.2.

dell'amministrazione. Simili peculiarità avrebbero, infatti, fatto emergere una società incapace di autodeterminare il proprio agire, il quale sarebbe stato inesorabilmente orientato al perseguimento del solo interesse pubblico.

Secondo tale ricostruzione, era proprio da questo specifico angolo visuale che poteva cogliersi la differenza tra le società ormai qualificabili come enti e quelle di diritto speciale: in quest'ultimo caso, infatti, le finalità pubbliche venivano perseguite non in via autoritativa, ma mediante l'esercizio dei poteri propri del socio in quanto tale, con la conseguenza che il soggetto pubblico avrebbe potuto sì indirizzare la gestione della società, ma non impedirle di perseguire un interesse diverso da quello di cui egli stesso era portatore. Al contrario, nel caso della società-ente, il fatto che l'interesse pubblico dovesse *necessariamente* connotare non solo la causa, ma anche la struttura della società, rendeva impossibile separare quest'ultima dalla sua funzione, creando un legame di necessità tale, da far venire meno ogni possibilità di inquadrarla in ambito privatistico<sup>37</sup>. Erano (e, in parte, ancora sono) maggiormente propense ad optare per una simile riqualificazione la giurisprudenza amministrativa e quella contabile<sup>38</sup>.

L'utilizzo della forma societaria anche per l'esercizio di funzioni amministrative e la sussistenza di un forte rapporto di strumentalità tra società ed interesse pubblico hanno trovato la loro massima espressione e sintesi nella disciplina dei servizi pubblici locali, che ha rappresentato, sin dai suoi albori, un laboratorio per la sperimentazione di soluzioni organizzative ibride, a metà strada tra gli schemi pubblicistici e quelli privatistici.

---

<sup>37</sup> Tale criterio, noto anche come criterio sostanzialistico, è stato utilizzato per accertare la natura pubblica della società, ma la sua incerta applicazione ha condotto la dottrina maggioritaria a fare ricorso al criterio nominalistico, ritenendo più opportuno dare rilevanza alla qualificazione legislativa espressa. Comunque, l'idea della riqualificazione pubblicistica delle società non si è mai del tutto sopita: a fasi alterne, recupera anzi vigore, soprattutto in giurisprudenza, in considerazione del complessivo assetto societario, che comprende anche il tipo di attività, la relazione che intercorre tra la società e l'amministrazione e altri elementi. V. oltre par. 4 e seguenti.

<sup>38</sup> La prima, in particolare, considera ormai superata una nozione fissa di ente pubblico e ne accoglie invece una "funzionale e cangiante", con la conseguenza che gli istituti pubblicistici risultano applicabili anche ad enti formalmente privati. Da ultimo, *ante riforma*, Cons. Stato, 26 maggio 2015, n. 2660, in *Giur. it.*, 2015, 1977 ss.; in dottrina, cfr. G. P. CIRILLO, *La società pubblica*, cit., 876; G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss.

## 2. Gli albori delle società *in house*: le inefficienze dei precedenti modelli di gestione dei servizi pubblici.

La disciplina dei servizi pubblici locali – inizialmente contenuta nella legge 29 marzo 1903, n. 103, c.d. legge Giolitti, e sostanzialmente replicata nel “Testo unico della legge sull’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province”, approvato con r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578 – presentava, sin dalle sue prime formulazioni, l’idea che la gestione di servizi pubblici di interesse collettivo non dovesse necessariamente realizzarsi mediante l’utilizzo di modelli d’azione afferenti all’area del diritto pubblico: all’azienda municipalizzata si contrapponevano infatti altri specifici strumenti giuridici che permettevano l’esternalizzazione del servizio, quali la concessione a terzi, l’appalto e il consorzio<sup>39</sup>. Alla disciplina delle aziende municipalizzate preme fare cenno per cogliere le ragioni che portarono alla ricerca di modelli organizzativi più efficienti e valorizzare la *ratio* sottesa alle scelte compiute in epoca successiva.

Introdotta nell’ottica di risolvere il fallimento del mercato connesso alla presenza di monopoli naturali, l’azienda municipalizzata è stata per lungo tempo modello prediletto per la gestione dei servizi pubblici locali, anche e soprattutto per i vantaggi economici che l’internalizzazione del servizio garantiva agli enti locali, la cui situazione finanziaria non poteva che trarre giovamento dalle rendite monopolistiche, che la gestione e l’erogazione del servizio portava con sé<sup>40</sup>. Non era dotata di personalità giuridica, ma godeva di ampia autonomia amministrativa e contabile, a cui facevano da contraltare i rigidi controlli a cui era sottoposta, sia *ex ante* – mediante l’approvazione preventiva delle sue delibere da parte dell’ente

---

<sup>39</sup> Nel senso della tipicità delle forme di gestione dei servizi pubblici locali: AA.VV., *Diritto del governo del territorio*, a cura di M.A. CABIDDU, Torino, 2010, 309; P. SPADONI, *L’evoluzione istituzionale e organizzativa dei servizi pubblici locali dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it).

<sup>40</sup> Cass., 19 giugno 1967, n. 1451, in *Foro it.*, 1967. In dottrina, cfr. A. BARDUSCO, *Azienda municipalizzata*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, II, Torino, 1987, 129 ss.; C. FRANCHINI, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, II, Padova, 2007, 367 ss.; E. PRIOLO, *Profili delle aziende municipalizzate*, Rimini, 1992, 30-31; C. TESSAROLO, *L’Azienda speciale e le altre forme di gestione dei servizi pubblici locali*, Roma-Brescia, 1994, 124 ss.

locale – sia *ex post*, nelle forme dei controlli prefettizi<sup>41</sup>. A fronte di tali peculiarità, si riteneva che ente pubblico e azienda vivessero in un rapporto interorganico<sup>42</sup>, tale che era opinione prevalente in dottrina che il Consiglio comunale e la Commissione amministratrice – quale organo principale delle aziende speciali – fossero organi sostanzialmente equiordinati<sup>43</sup>.

Sino alla fine degli anni '60 il fenomeno di municipalizzazione crebbe a dismisura, palesando le sue inefficienze – ovvero costi troppo elevati e risultati non in grado di eguagliarli – al punto che fu lo stesso legislatore a limitarne l'autonomia gestionale e ad applicare loro la disciplina propria dell'ente di riferimento<sup>44</sup>. Iniziò così progressivamente, come già accaduto per l'azionariato statale, il periodo in cui anche gli enti locali si aprirono sempre più all'utilizzo dello strumento societario per gestione dei servizi pubblici locali, opzione che ebbe modo di permeare nella disciplina, a testimonianza della fiducia riposta dal

---

<sup>41</sup> In base all'art. 2 del T.U. le aziende dovevano avere “bilanci e conti separati” e “capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari”, ivi compresa la capacità di stare in giudizio per agire, o resistere, in occasione delle azioni conseguenti alla attività esercitata. In tema, A. BARDUSCO, *Azienda municipalizzata*, cit. 133. Il risultato della gestione era destinato a riverberarsi nel bilancio dell'ente locale. Così, se il risultato fosse stato negativo, sarebbe stato compensato da forme di ripianamento finanziario, scaricando i costi sulla fiscalità generale.

<sup>42</sup> In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., SS.UU., 20 maggio 1958, n. 1684. In dottrina, cfr.: G. TREVES, *Le imprese pubbliche*, Torino, 1950, 145; M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione*, Roma, 1953, 60.

<sup>43</sup> Così, E. PRIOLO, *Profili*, cit., 65, il quale adduceva, a sostegno della tesi, innumerevoli argomenti, tra cui il fatto che la decisione di municipalizzare un servizio pubblico dovesse essere adottata con un apposito atto deliberativo del Consiglio comunale e che sempre questo era chiamato a adottare un regolamento speciale, volto a disciplinare i profili organizzativi dell'azienda, tra cui anche l'assunzione in servizio ed il licenziamento del personale. Di particolare importanza pare poi il regime della responsabilità amministrativa e contabile a cui erano sottoposti gli amministratori, il direttore e gli impiegati delle aziende speciali, disciplinato dalla legge comunale e provinciale, e, dunque, assimilato in tutto e per tutto a quello dettato per amministratori e funzionari degli enti locali: così l'art. 264 del r.d. 14 settembre 1931, n. 1175, Testo unico per la finanza locale, in forza del quale “per l'accertamento delle responsabilità degli amministratori, del direttore e degli impiegati delle aziende dei servizi assunti in gestione diretta dai Comuni, dalle Province e dai consorzi, sono applicabili le disposizioni di cui agli artt. 100-101, r.d. 30 dicembre 1923, n. 2839, sostituiti dagli artt. 2 e 3, r. d.l. 23 ottobre 1925, n. 2289, nonché quelle dei successivi artt. da 107 a 112”.

<sup>44</sup> Sul punto, cfr. M. CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 13; E. PRIOLO, *Profili*, cit., 36 ss. Il timore per l'aggravarsi della crisi finanziaria portò all'introduzione di un espresso divieto di istituzione di nuove aziende speciali fino all'entrata in vigore della legge di riforma in materia (art. 5-bis, l. 10 novembre 1978, n. 702). Si ammetteva, però eccezionalmente l'istituzione di un'azienda speciale, qualora ciò potesse garantire un incremento dell'efficienza del servizio senza importare una lievitazione degli oneri a carico degli enti locali.

legislatore nella struttura organizzativa delle società di capitali, anche quando adottata per svolgere attività prive di un'intrinseca attitudine lucrativa<sup>45</sup>.

Il fenomeno della partecipazione pubblica in società deputate a gestire un servizio pubblico locale ottenne la sua definitiva consacrazione con la l. n. 142 dell'8 giugno 1990, mediante la quale vennero incluse tra le forme giuridiche consentite per la gestione dei servizi pubblici locali le società per azioni a prevalente capitale pubblico<sup>46</sup>. Si confermava, così, la tendenza legislativa ad una neutralizzazione della forma societaria, da cui però non si poteva desumere la completa scomparsa della causa lucrativa: questa, infatti, non si traduceva necessariamente nel perseguimento del massimo utile e ben poteva, pertanto, essere compatibile con l'interesse pubblico ad una gestione corretta ed efficiente dell'attività economica, volta a soddisfare bisogni generali<sup>47</sup>.

## 2.1. Il Testo Unico degli Enti Locali.

Successivamente, il Testo Unico degli Enti Locali (*in de*: TUEL; d.lgs. n. 267/2000 e successive modificazioni) – sostituendo la l. n. 142/1990 – distinse i servizi pubblici 'di rilevanza economica' (art. 113 TUEL) da quelli 'privi di rilevanza economica' (art. 113-*bis* TUEL)<sup>48</sup> e stabilì che, per la gestione dei primi, le pubbliche amministrazioni sarebbero potute ricorrere a tre modelli organizzativi, tra loro distinti in ragione del soggetto a cui sarebbe stata conferita

---

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> Art. 22, co. 3, lett. e), l. cit. Sempre in materia di gestione dei servizi pubblici locali, la legge n. 498 del 1992 si occupò di fornire una regolamentazione ad un altro fenomeno organizzativo, il cui anche delle società miste a capitale pubblico locale non prevalente, disciplinate poi dal regolamento di delegificazione d.p.r. 533/1996. Cfr. 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, 3 e ss.; V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, 24 ss.

<sup>47</sup> Cfr. M. T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., 220 ss.; G. MARASÀ, *Le società*, cit., 357 e ss.; G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società*, cit., 123 ss. e, più di recente, G. P. CIRILLO, *La società pubblica e la neutralità*, cit., 873.

<sup>48</sup> Tra i primi si annoverano sicuramente il servizio idrico, di energia elettrica, di trasporto, di raccolta dei rifiuti. Secondo la Corte Costituzionale, perché il servizio possa essere considerato di rilevanza economica occorre che questo possa essere offerto in un mercato, anche solo potenziale, e che i costi dell'attività siano coperti dai ricavi: Corte Cost., 3 novembre 2010, n. 325, reperibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).



la titolarità del servizio: quest'ultimo, infatti, sarebbe potuto essere integralmente pubblico, integralmente privato o misto<sup>49</sup>. Benchè la scelta tra i singoli modelli fosse rimessa alla discrezionalità dell'ente, appariva chiaro che la *ratio* sottesa all'esclusione delle forme pubblicistiche (quali le istituzioni e le aziende speciali) fosse promuovere il ricorso al mercato ed incentivare il soggetto pubblico ad adottare lo schema organizzativo più idoneo a garantire il migliore impiego delle risorse pubbliche<sup>50</sup>. In altri termini, volendo sollecitare l'ente pubblico ad orientare il proprio agire verso l'efficienza, il legislatore riteneva che la struttura organizzativa più adeguata allo scopo fosse proprio quella societaria<sup>51</sup>.

Emergevano così due peculiari modelli organizzativi, ovvero le società a partecipazione mista pubblico-privata e quelle a partecipazione interamente pubblica – rispettivamente disciplinate alle lettere b) e c) del co. 5, art. 113 TUEL – la cui disciplina era fortemente influenzata dai principi europei elaborati in materia di concorrenza<sup>52</sup>.

Proprio in virtù dei principi elaborati in sede europea, la legge imponeva all'ente di indire una procedura di evidenza pubblica ogni qual volta avesse deciso di affidare la gestione del servizio ad una società partecipata anche da privati<sup>53</sup>, mentre non giudicava necessario che ciò avvenisse, quando l'ente stesso avesse scelto di adottare il modello a capitale integralmente pubblico: in quest'ultimo

---

<sup>49</sup> La norma di riferimento è l'art. 113, co. 5, TUEL.

<sup>50</sup> Su tali profili cfr., *ex multis*, G. NAPOLITANO, *I servizi pubblici*, in *La nuova costituzione economica*, a cura di S. CASSESE, Roma-Bari, 2012, 131 e ss.; G. PIPERATA, *La società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMMELLI – M. DUGATO Torino, 2008.

<sup>51</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 253.

<sup>52</sup> Cfr. M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*. Milano, 2001. In senso più critico rispetto all'utilizzo di tali strumenti societari, V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato (a proposito del nuovo art. 113 del T.U.E.L.)*, in *Dir. Amm.*, 2002, 211; A. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali. Esperienze nazionali e modello europeo*, Napoli, 2017, 10.

<sup>53</sup> Per un approfondimento in tema di società a partecipazione mista pubblico-privata, cfr.: E. CODAZZI, *Le società miste*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d. lgs 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. IBBA – I. DEMURO, Bologna, 2018, 287; DE NICTOLIS, *Gli elementi connotanti le società miste*, in *Le società pubbliche miste e in house*, a cura di DE NICTOLIS – CAMIERO, Milano, 2008, G. A. FOIS – A. RICCARDI, *La società mista con contratto di partenariato pubblico privato nel Testo Unico e nel nuovo Codice degli Appalti*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018, 829; V. NERI, *La società mista pubblico privata*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, Molfetta, 2018, 131 ss.

caso, infatti, l'assenza di alterità soggettiva tra ente affidante e società affidataria determinava che il servizio non venisse effettivamente ad essere esternalizzato, circostanza che di per sé rendeva pleonastica la gara per il suo affidamento<sup>54</sup>.

Si delineava così il cd. modello *in house providing*, alla cui più puntuale definizione, come si vedrà in seguito, si è dedicata la Corte di Giustizia a partire dalla sentenza *Teckal*. Con specifico riferimento a tali società, l'art. 113, co. 5, lett. c), TUEL individuava due specifici requisiti, dalla cui soddisfazione dipendeva la legittimità dell'affidamento diretto del servizio a società a capitale interamente pubblico: si richiedeva, infatti, che *a)* l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitassero sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; e *b)* che la società realizzasse la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllavano<sup>55</sup>.

Sotto la vigenza del TUEL, la pubblica amministrazione fece ampio ricorso al modello in commento, atteso che esso permetteva agli enti locali di combinare il controllo diretto sulla gestione dei servizi pubblici con i vantaggi derivanti dalla separazione patrimoniale, di cui si giovavano grazie all'interposizione di una distinta personalità giuridica, che, essendo di diritto privato, non era soggetta alle normative e vincoli pubblicistici<sup>56</sup>. In risposta agli inevitabili abusi che l'aggiramento delle regole contabili aveva determinato, il legislatore è ripetutamente intervenuto sul TUEL, tentando – con specifico riguardo alla scelta tra la gestione *in house* ed esternalizzazione – di porre degli argini alla valutazione discrezionale delle pubbliche amministrazioni attraverso l'introduzione di precise condizioni, al ricorrere delle quali l'adozione dello

---

<sup>54</sup> Con riferimento, in generale, ai profili di concorrenza, cfr. M. C. MALAGUTI, *Aspetti societari e diritto della concorrenza. Percorsi accidentali del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica e impresa privata*, in *Le società pubbliche*, Torino, a cura di C. IBBA - M. C. MALAGUTI - A. MAZZONI, Torino, 2011, 51.

<sup>55</sup> G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 324.

<sup>56</sup> Con riguardo a tali problematiche, v. P. PIZZA, *Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 3 del d.l. n. 223/2006 (c.d. Decreto Bersani)*, in *Le società pubbliche*, a cura di C. IBBA, M. C. MALAGUTI, A. MAZZONI, Giappichelli, Torino, 2011, 139 ss.

strumento *in house* potesse considerarsi giustificato (l'art. 23-*bis*, co. 11, d.l. n. 112/2008)<sup>57</sup>.

Anche a seguito dei ripetuti interventi sul testo, la disciplina contenuta nel TUEL appariva in ogni caso affetta da talune criticità, essenzialmente riconducibili all'incompletezza del dettato normativo: oltre che con riferimento al profilo menzionato al capoverso precedente, il medesimo rilievo poteva muoversi anche alla non puntuale definizione degli elementi costitutivi della fattispecie – che veniva costruita attraverso formule non dotate di autonoma portata precettiva – e all'assenza di norme atte ad identificare la disciplina applicabile al modello

---

<sup>57</sup> Più precisamente, con l'art. 23-*bis*, co. 11, d.l. n. 112/2008, convertito nella l. n. 133/2008, si dispose l'abrogazione del co. 5 dell'art. 113 TUEL, predeterminando, in modo tassativo, le caratteristiche che il contesto territoriale di riferimento avrebbe dovuto avere per poter ricorrere all'affidamento diretto *in house*, con l'obbligo di preventiva verifica della loro ricorrenza attraverso la richiesta di un parere all'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato. L'esternalizzazione (anche sostanziale) del servizio diventava così la regola generale, garantendosi così un livello di tutela della concorrenza ben più elevato di quello proprio del diritto comunitario, per il quale invece l'autoproduzione è una scelta rimessa alla discrezionalità della pubblica amministrazione. In tema, la C. Cost., 17 novembre 2010, n. 325, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 23-*bis*, ha affermato che la previsione di condizioni e limiti ulteriori all'affidamento a società *in house* e a capitale misto, "si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione *in house* del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica", con la conseguenza che l'opzione per una più estesa applicazione della regola della concorrenza, "proprio perché reca una disciplina pro-concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato – ma neppure si pone in contrasto – come sostenuto, all'opposto, dalle ricorrenti – con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri". Per un commento si vedano: L. CUOCOLO, *La Corte costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, cit., 5, 485; C. PETTINARI, *Le questioni di legittimità costituzionale pendenti sull'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 e successive modificazioni*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, Torino, 2011, 385 ss.; P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 6. A seguito dell'abrogazione dell'art. 23-*bis*, il legislatore è tornato a disciplinare la materia con il d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011, che ex art. 4 ha limitato la possibilità di ricorrere all'affidamento diretto soltanto in caso di scarso valore economico del servizio e in alcuni particolari settori, tra cui quello idrico, la distribuzione di gas, di energia elettrica e lo smaltimento dei rifiuti. Tuttavia, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità della disciplina nella parte in cui riproduceva la precedente norma oggetto di abrogazione referendaria [C. Cost., 20 giugno 2012, n. 199, in Foro it., 2013, 2758 e ss., secondo cui la volontà risultante dalla consultazione popolare era nel senso di respingere una normativa interna più stringente di quella comunitaria, volontà violata dalla successiva regolamentazione della materia, parzialmente sovrapponibile alla disciplina di cui all'abrogato art. 23-*bis*], si tornò a disciplinare l'affidamento dei servizi pubblici locali attraverso il d.l. n. 179/2012, convertito nella l. n. 221/2012, che, nel riallineare i contenuti normativi con il dettato costituzionale, ometteva di individuare le modalità di affidamento, con la conseguenza che dovettero considerarsi ammesse solo quelle compatibili con il diritto comunitario, tra le quali anche l'affidamento *in house*.

organizzativo *in house*. Per una compiuta ricostruzione della fattispecie doveva allora farsi ricorso alla copiosa produzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che, partendo da singoli casi concreti, ha dato spessore normativo ad ognuno dei requisiti caratterizzanti la società *in house*. L'analisi dei precedenti risulta essenziale per comprendere come, per lungo tempo, il dibattito riguardante la fattispecie abbia condizionato quello concernente la natura pubblicistica o privatistica del fenomeno, al punto che gli approdi interpretativi a cui si era giunti in sede europea condussero taluni Autori a considerare la società *in house* come “un'impresa dimezzata”<sup>58</sup> ed a sostenere la sua riqualificazione in ente pubblico (o, addirittura, in semi-amministrazione), negando per diretta conseguenza che a questa potesse applicarsi la disciplina giuscommerciale<sup>59</sup>.

### **3. L'elaborazione della fattispecie ad opera della Commissione europea e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: la sentenza *Teckal*.**

Lungi dall'essere un fenomeno solo nazionale, il ricorso allo strumento societario per fini pubblicistici connotò l'ordinamento giuridico anche di altri Paesi europei, che adottarono tale modello organizzativo per l'esercizio di funzioni amministrative<sup>60</sup>.

Il primo ordinamento ad elaborare il modello, che sarà poi conosciuto al livello europeo come *in house providing*, è stato quello inglese, il quale – accanto alla possibilità di optare per il c.d. *contracting out* – ammetteva che la pubblica amministrazione potesse soddisfare le proprie esigenze ricorrendo a strutture

---

<sup>58</sup> R. CAVALLO PERIN – D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 90.

<sup>59</sup> La denominazione di “semi-amministrazioni”, adoperata già da M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, è stata utilizzata anche dall'Assonime nel suo rapporto, denominato *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, 2008, in [www.assonime.it](http://www.assonime.it), che, a seconda del tipo di attività esercitata e della quantità dei vincoli che legano la società all'ente pubblico partecipante, distingue tra società di mercato e semi-amministrazioni. Il rapporto è stato esaminato anche da M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche*, cit., 115.

<sup>60</sup> In argomento, si veda: ALAIMO A. MALTONI, *Gli atti "prodromici" delle P.A. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate. Una categoria da definire. Considerazioni in tema di limiti dell'autonomia negoziale delle P.A.*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comm.*, 2013, 176 ss.

organizzative, anche societarie, collocate all'interno del proprio organigramma: la pubblica amministrazione poteva, in sostanza, scegliere di non ricorrere al mercato per le più variegate ragioni, tra cui, ad esempio, approvvigionarsi di beni e servizi, eseguire opere e lavori, esercitare funzioni o erogare servizi pubblici<sup>61</sup>. In assenza di un quadro fenomenologico uniforme e delle evidenti ripercussioni che l'adozione del modello poteva generare sul piano concorrenziale, la Commissione europea e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (*in*de: CGUE) iniziarono, sul finire degli anni '90, una sottile opera ricostruttiva, volta ad identificare a quali condizioni un ente pubblico potesse affidare un proprio servizio ad una società da esso partecipata, senza preventivamente bandire una gara che assicurasse la concorrenza nel e per il mercato.

La locuzione "*in house providing*" ricorse allora, per la prima volta, all'interno del Libro Bianco in materia di appalti pubblici nell'Unione Europea, presentato nel 1998<sup>62</sup> ed emanato per portare a compimento l'opera di armonizzazione minima iniziata con il Libro Verde del 1996<sup>63</sup>. In quest'ultimo, la Commissione si era limitata a fornire una definizione dei c.d. "*in house contracts*", ovvero di quei contratti aggiudicati all'interno della stessa amministrazione – come quelli conclusi "*tra amministrazione centrale e amministrazione locale, ovvero tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata*" – che eccettuavano la regola dell'evidenza pubblica, in ragione del peculiare rapporto che legava il concedente ed il concessionario: tale relazione rendeva possibile qualificare il fenomeno come "*una forma di delegazione interorganica*"<sup>64</sup>. In conseguenza di ciò, si riteneva che i soggetti *in house* non possedessero un vero e proprio carattere imprenditoriale, poiché il loro

---

<sup>61</sup> N. LANDI – A. PAPI ROSSI, *L'affidamento in house nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, 2008, 147.

<sup>62</sup> Libro Bianco COM (1998) n. 143, *Public Procurement in the European Union*, presentato a Bruxelles l'11 marzo 1998, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 889 con commento di A. PASQUINI, *Le nuove prospettive degli appalti pubblici in Europa*.

<sup>63</sup> Libro Verde COM (1996) n. 583, *Public Procurement in the European Union, exploring the way forward*, presentato a Bruxelles il 27 novembre 1996.

<sup>64</sup> Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni per il diritto comunitario, pubblicata in Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee il 29 aprile 2000.

atteggiarsi a *longa manus* dell'amministrazione avrebbe negato *ab initio* la possibilità che questa fosse soggetta al rischio di mercato<sup>65</sup>.

A mezzo di predetti atti, l'ordinamento europeo esplicitava due principi fondamentali: il primo, quello per cui la pubblica amministrazione, che agisca per il soddisfacimento dei propri bisogni, è pienamente legittimata ad optare per la costituzione di una società *in house*, atteso che non ha alcun obbligo di rivolgersi al mercato per raggiungere lo stesso fine; il secondo, quello per cui, una volta assunta la decisione di affidare in via diretta un'attività che potenzialmente potrebbe essere oggetto di procedura competitiva, il rapporto giuridico che s'instaura tra la pubblica amministrazione ed il *provider* non è soggetto alla disciplina europea sugli appalti pubblici.

Cionondimeno, era palese che l'adozione di tale modello organizzativo coinvolgesse istanze di natura concorrenziale di non scarsa importanza: l'*in house provider*, infatti, da un lato, poteva in taluni casi essere in concorrenza con dei "produttori esterni", dall'altro, si trovava nei confronti della pubblica amministrazione in una posizione privilegiata rispetto agli altri *competitors* sul mercato<sup>66</sup>. Si può ben comprendere allora perché, a fronte dell'eccezione dei principi ed delle regole poste a tutela della concorrenza nel e per il mercato, il fulcro delle perplessità concernenti il modello si concentrasse sulla definizione della fattispecie, dal momento che solo stabilendo in presenza di quali requisiti la pubblica amministrazione potesse procedere all'affidamento diretto di un'attività strumentale, di una sua funzione o di un servizio pubblico poteva comprendersi

---

<sup>65</sup> M. GIORGIO, *L'affidamento in house è sempre l'eccezione? Il caso Catania Multiservizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 546.

<sup>66</sup> I problemi di natura concorrenziale crescono esponenzialmente se si considera che niente escludeva che i privati potessero entrare a far parte della compagine sociale e ciò sia nelle società "interamente controllate", né nelle altre forme di affidamento diretto, come il partenariato pubblico-pubblico. Con riferimento a tali profili, comuni alle due fattispecie, si vedano: in giurisprudenza, CGCE, 9 giugno 2009, causa C-480/06, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania; CGCE, 8 maggio 2014, causa C-15/13, Technische Universität Hamburg-Hamburg, HochschulInformations-System GmbH c. Datenlotsen Informationssysteme GmbH (ambedue reperibili su [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)).

quando la libertà organizzativa del soggetto pubblico non fosse in contrasto con i principi concorrenziali posti a fondamento dell'ordinamento europeo<sup>67</sup>.

Benchè fosse di primaria importanza trovare un punto di equilibrio tra le due istanze – libertà organizzativa e tutela della concorrenza – gli atti della Commissione europea erano pressoché silenti sugli elementi costitutivi della fattispecie, tale che divenne compito e missione della Corte di Giustizia tracciarne i confini, in un percorso a tappe che – partendo dei singoli casi nazionali – ha sgombrato il campo dalle iniziali incertezze<sup>68</sup>.

L'elaborazione pretoria della fattispecie inizia da una prima pronuncia, giunta nel 1999 e nota come caso *Teckal*<sup>69</sup>. Quest'ultima era un'impresa privata

---

<sup>67</sup> Che si tratti di un istituto che – quanto meno in origine e sicuramente sotto il profilo pubblicistico – era connotato da un carattere di eccezionalità è confermato da molteplici arresti della Corte di Giustizia, tra cui si annoverano, *ex multis*, CGUE, 13 ottobre 2005, causa C- 458/03; CGUE, 8 maggio 2003, causa C- 349/97 (ambidue reperibili su [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)). L'eccezionalità dello strumento in parola è stata di sovente richiamata anche dalla giurisprudenza italiana: cfr. Cons. Stato, parere del 18 aprile 2007, n. 456, disponibile su [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it); TAR Toscana, 18 maggio 2007, n. 762, disponibile su [www.deiure.it](http://www.deiure.it); TAR Sicilia, 13 febbraio 2006, n. 198, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2006, 217 ss.. Sul punto, in dottrina, cfr.: B. MAMELI, *L'in house tra regola ed eccezione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1949 ss.; N. LANDI - A. PAPI ROSSI, *L'affidamento in house nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, 2008, 147. Operando un confronto con l'ordinamento italiano ed, in particolare, con la legge n. 241 del 1990, l'istituto in parola si colloca sullo stesso piano dell'accordo tra pubbliche amministrazioni di cui all'art. 15 della legge citata, dacchè anche quest'ultimo rappresentava una deroga al principio di evidenza pubblica.

<sup>68</sup> V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Assago, 2016, 913.

<sup>69</sup> CGUE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal s.r.l. contro Comune di Viano e AGAC*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1399. Invero, il caso in commento è solo quello che ha rappresentato la riflessione più compiuta sulla fattispecie, ma vi sono almeno due precedenti che meritano di essere menzionati, poiché è anche grazie a questi che si cominciò a riflettere con maggiore ponderazione su quali fossero gli elementi costitutivi della fattispecie, attesa anche il fatto che si trattasse di due pronunce di segno opposto. La prima causa [CGCE, 10 novembre 1998, causa C-360/96, *Geemente Arnhem e Geemente Rheden contro BFI Holding BV*, in *Foro it.*, 1999, 139] è quella che vide coinvolti due Comuni olandesi ed un'impresa privata: ciò che quest'ultima lamentava era che l'assegnazione del servizio di raccolta dei rifiuti ad una società per azioni appositamente costituita dai predetti Comuni dovesse essere preceduto da una procedura competitiva, in ossequio a quanto previsto dalle direttive comunitarie in vigore. E' proprio in occasione di questa controversia che l'avvocato generale ebbe l'occasione di affermare che il rapporto che intercorre tra i Comuni ed ARA non può essere considerato un appalto ai sensi della direttiva, poiché la società non si trovava in una posizione di terzietà rispetto ai comuni partecipanti: si ribadisce pertanto che la società non rappresentava altro che una forma di delegazione interorganica, la cui struttura “non fuoriesce dalla sfera amministrativa dei Comuni, i quali nel conferire ad ARA le attività in questione non hanno inteso in alcun modo privatizzare le funzioni precedentemente da essi svolte in quel settore”. Ulteriore caso rilevante, questa volta per l'attenzione riservata alla natura della società ed ai caratteri del controllo che l'amministrazione

operante nel settore dei servizi di riscaldamento, che aveva impugnato di fronte al TAR Emilia Romagna la decisione assunta dal Comune di Reggio Emilia di procedere all'affidamento diretto della gestione del servizio di riscaldamento di taluni edifici comunali all'Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia (AGAC), sostenendo che, a fronte dell'assenza di una procedura di evidenza pubblica che giustificasse l'affidamento, il Comune avesse agito in spregio alla normativa comunitaria sugli appalti.

Una volta statuito che per il particolare oggetto dell'appalto in questione dovesse applicarsi la direttiva 93/36/CEE, la Corte doveva determinare se l'affidamento della fornitura di prodotti da parte di un ente locale ad un consorzio da esso partecipato dovesse rientrare nell'ambito di applicazione della disciplina appalti e ne rappresentasse un'eccezione. Per risolvere il quesito, la Corte ha guardato al rapporto instauratosi tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto partecipato, ritenendo potesse omettersi l'apertura di una gara quando questo fosse caratterizzato dall'effettiva e contestuale presenza di due elementi: *i*) l'amministrazione aggiudicatrice doveva esercitare nei confronti dell'affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; *ii*) l'affidatario doveva realizzare la parte più importante della propria attività a favore

---

doveva esercitare sulla società *provider* è quello che vide contrapposti la R.I.SAN. s.r.l. contro Comune di Ischia e Ischia Ambiente s.p.a, [CGCE, 9 settembre 1999, causa C-108/98, R.I.SAN. s.r.l. contro Comune di Ischia e Ischia Ambiente s.p.a, in *Fin. Loc.*, 2001, 1069]. Oggetto del giudizio era la legittimità di due delibere di un ente locale, a mezzo delle quali lo stesso aveva provveduto alla costituzione di una società partecipata al 49% da un'altra società pubblica e per la rimanente parte dal Comune stesso ed a cui era stato successivamente affidato – in via diretta e senza alcuna procedura di evidenza pubblica – il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani. In questa occasione l'avvocato generale Alber si soffermava sul controllo che l'amministrazione aggiudicatrice sulla società affidataria, affinché possa qualificare il rapporto come 'delegazione interorganica'. Egli riteneva, infatti, che dovesse verificarsi in che misura la pubblica amministrazione controllava la società, concludendo che se il capitale fosse integralmente nelle mani del socio pubblico (assicurandosi così incontrovertibilmente il controllo) poteva presumersi che la società fosse sostanzialmente parte dell'ente stesso. La Corte, d'altro canto, ritenne che per poter qualificare l'ente come *in house*, oltre alla partecipazione e ad una relazione finanziaria, dovesse sussistere un collegamento amministrativo tra ente pubblico e società. Su tali sentenze, in particolare, cfr. L. CAMARIERO, *Gli affidamenti in house, il valzer normativo e giurisprudenziale nella mauvaise époque*, in *Urb. App.*, 2007, 590; R. CARANTA, *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?*, in *Urb. App.*, 2007, 1487; B. GAGLIARDI, *Le sociétés publiques locales e l'in house providing alla francese*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 691; R. VESPIA, *Brevi note sugli affidamenti in house in senso lato a parte delle amministrazioni centrali alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2005, 376.



dell'amministrazione aggiudicatrice che lo controllava. D'altro canto, quale ulteriore elemento costitutivo della fattispecie si richiamava un requisito in realtà già presente negli atti della Commissione, ovvero che l'amministrazione detenesse per intero il capitale della società: si riteneva, infatti, che la partecipazione anche minoritaria di un'impresa privata escludesse *a priori* il primo requisito, ovvero che tale amministrazione potesse esercitare su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Benchè ciò costituisse in qualche modo il punto di partenza nella valutazione circa l'integrazione del requisito in parola – poiché dalla partecipazione pubblica totalitaria discendeva il fatto che l'ente o gli enti pubblici non incontrassero ostacoli nella nomina degli organi societari – si riteneva che ciò non assicurasse *ex se* l'integrazione del requisito 'controllo analogo'<sup>70</sup>.

Su questo e sugli altri requisiti, la Corte avrà modo di tornare nelle pronunce successive alla sentenza *Teckal*, che, com'è noto, costituisce solo il primo atto del processo di costruzione pretoria della fattispecie *in house*. Su taluni degli arresti successivi – distinti in ragione del loro oggetto – pare opportuno soffermarsi, in considerazione dell'indubbia rilevanza che i risultati interpretativi raggiunti assumono anche nell'ordinamento nazionale.

### **3.1. I requisiti: il controllo analogo**

Il primo e più importante requisito della fattispecie è senza dubbio il controllo analogo, alla cui definizione e specificazione sono sostanzialmente dedicate tutte le pronunce giurisprudenziali in materia di società *in house*. Benchè

---

<sup>70</sup> *Leading case* in relazione al rapporto tra partecipazione totalitaria e controllo analogo è la sentenza *Stadt Halle*, di cui si tratterà distesamente nel par. successivo: CGCE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau GmbH contro TREA Leuna, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). In argomento, cfr.: G. ASTEGIANO, *Società partecipata da ente locale e affidamento del servizio pubblico*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, 2005, 2, 231 ss; A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); R. DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società mista*, in *Urb. app.*, 2005, 288; C. GUCCIONE, *L'affidamento diretto di servizi a società mista*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2005, 271; R. MANGANI, *La Corte di giustizia europea boccia l'affidamento interno anche negli appalti di servizi: niente in house se s.p.a. è mista*, 22 gennaio 2005, in [www.edilziaterritorio.ilsole24ore.com](http://www.edilziaterritorio.ilsole24ore.com); R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è casa per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, 2005, 136 ss.

il profilo più dibattuto sia certamente quello inerente all'intensità e/o pervasività che tale controllo deve avere per poter essere considerato analogo, pare rilevante sottolineare come la Corte di Giustizia sia risultata granitica su due specifici assunti: da una parte, che questo non derivi mai *sic et simpliciter* dalla sola partecipazione totalitaria della pubblica amministrazione nella società controllata<sup>71</sup>; dall'altra, che esso debba sussistere non soltanto alla data dell'aggiudicazione del servizio, ma anche successivamente a detto evento<sup>72</sup>.

Con riguardo, invece, ai profili più squisitamente definitivi ed, in particolare, a quelli attinenti al parametro dell'analogia, la Corte di Giustizia ha fornito nel corso del tempo differenti letture, condizionate dal fatto che la pubblica amministrazione effettua sui propri organi controlli di varia intensità, potendosi distinguere tra un controllo di tipo strutturale e uno essenzialmente circoscritto all'attività<sup>73</sup>: il primo sussiste nei casi in cui il soggetto pubblico eserciti un potere di controllo sulla struttura di vertice dell'ente controllato<sup>74</sup>; mentre il secondo ricorre nei casi in cui la pubblica amministrazione abbia il potere di valutare la conformità dell'attività svolta dal soggetto controllato rispetto ad un parametro legale.

Nei primi arresti in tema, la distinzione tra le citate tipologie di controllo in realtà era quanto mai sfumata, considerato che la giurisprudenza comunitaria

---

<sup>71</sup> Tale principio è enunciato in forma espressamente nella sentenza *Carbotermo*: CGCE, 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP s.p.a, reperibili su [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>72</sup> CGCE, 10 novembre 2005, causa C- 29/04, Commissione contro Repubblica d'Austria, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). In tale caso, al momento dell'affidamento *in house* alla società Abfall, il Comune austriaco di Modling, deteneva il 100% del capitale sociale della medesima. Quattro mesi dopo, il Comune cedeva il 49% di Abfall ad un'impresa privata. La Corte di giustizia, dopo aver ribadito che gli affidamenti *in house* possono essere effettuati solo in favore di soggetti a totale partecipazione pubblica, ha affermato che: "occorre ricordare che la cessione del 49% delle quote della società Abfall è intervenuta poco tempo dopo che tale società è stata incaricata, in esclusiva e a tempo indeterminato, della raccolta e dello smaltimento dei rifiuti della città di Mödling. Inoltre, la società Abfall è diventata operativa solo dopo che la società Saubermacher ha rilevato una parte delle sue quote. Così, è pacifico che, attraverso una costruzione artificiale comprendente più fasi distinte, e cioè la creazione della società Abfall, la conclusione con essa del contratto di smaltimento dei rifiuti e la cessione del 49% delle quote di tale società alla società Saubermacher, un appalto pubblico di servizi sia stato attribuito ad un'impresa a economia mista in cui il 49% delle quote sono detenute da un'impresa privata".

<sup>73</sup> D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico*, cit., 260 ss.

<sup>74</sup> Tale controllo si manifesta generalmente nel potere di nomina della maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza del soggetto aggiudicatario.

aveva ritenuto sussistente il controllo analogo sia nel caso in cui la pubblica amministrazione fosse stata dotata del potere di scioglimento degli organi di vertice o di rimozione dei loro componenti<sup>75</sup>; sia quando ad essa fosse stato attribuito il potere di operare un controllo di merito ed *a posteriori* sul bilancio d'esercizio della controllata<sup>76</sup>. Successivamente, la giurisprudenza della Corte si è stabilizzata nel ritenere che fosse necessario esercitare un controllo a carattere strutturale, non essendo sufficiente, in sé, un mero controllo sull'attività<sup>77</sup>. Quest'ultimo non risultava idoneo all'integrazione del requisito, atteso che non garantiva un'ingerenza diretta sull'organizzazione imprenditoriale e non permetteva, di conseguenza, di considerare la società come parte dell'organigramma pubblico.

Nei suoi più recenti arresti, infatti, la Corte di Giustizia ha avuto modo di affermare che l'affidamento *in house* presuppone un'assoluta mancanza, nell'ente assoggettato al controllo, di autonomia imprenditoriale e di potere decisionale distinto da quello dell'amministrazione<sup>78</sup>. L'affidatario si configura come una propaggine organizzativa dell'amministrazione, tanto da poter qualificare il modello in esame come forma di "autoproduzione del servizio pubblico"<sup>79</sup>. E' per questa ragione che l'esercizio del controllo si lega alla destinazione prevalente dell'attività: se il fenomeno *in house* rappresenta una modalità di autoproduzione, allora il soggetto che controlla, direttamente o indirettamente, la società non può

---

<sup>75</sup> CGCE, 1 febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione contro Repubblica francese, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>76</sup> CGCE, 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley GmbH contro Bestattung Wien GmbH, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). Peculiarità del caso era, in particolare, che lo statuto della società associava al potere di controllo descritto un ulteriore potere sanzionatorio, che avrebbe consentito all'ente controllante non solo di verificare che la gestione fosse esatta, regolare, improntata a risparmio, redditizia e razionale, ma anche di intervenire ed influenzarne la gestione futura, in caso di esito negativo

<sup>77</sup> D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 262 ss.

<sup>78</sup> M. GALESÌ, *In house providing: verso una concreta definizione del controllo analogo?*, in *Urb. app.*, 2004, 935.

<sup>79</sup> G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.

che essere colui che è contestualmente destinatario in via principale delle prestazioni dell'affidatario<sup>80</sup>.

Per ottenere un quadro più dettagliato e puntuale dei poteri, che la Corte di Giustizia ritiene debbano essere riconosciuti al socio, perché il requisito possa essere integrato, occorre fare specifico riferimento ai singoli casi sottoposti alla suo giudizio, a cominciare dalla causa *Parking Brixen*<sup>81</sup>: il caso riguardava il Comune di Bressanone, il quale era ricorso, per la gestione di alcuni servizi pubblici locali rientranti nella sua competenza, ad una società per azioni, controllata dal medesimo ente al 100% e denominata ASM Bressanone s.p.a.

E' in questa occasione che l'avvocato generale Kokott ha avuto modo di sottolineare come il controllo della pubblica amministrazione sui propri servizi sia caratterizzato in prevalenza da poteri di direzione e vigilanza, considerato che, all'interno dell'ente, al dirigente spetta di regola il potere di impartire ordini ed istruzioni agli uffici subordinati. Sarà, poi, la Corte ad elaborare una formula definitoria generale, per cui il controllo analogo è tale quando l'ente concessionario è in grado di "esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, che sulle decisioni importanti"<sup>82</sup>; la valutazione attinente la sussistenza di un controllo di questo genere, peraltro, doveva "tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti"<sup>83</sup>. Sulla base di tali assunti e malgrado la partecipazione totalitaria del Comune, la Corte ha ritenuto non soddisfatto il requisito, dal momento che i poteri conferiti dallo statuto al consiglio di amministrazione attribuivano alla società ampi margini di autonomia<sup>84</sup>. Tra i poteri del consiglio di amministrazione presi in considerazione

---

<sup>80</sup> Così possono essere riassunte le conclusioni dell'avvocato generale Léger, presentate il 15 giugno 2000, causa C-94/99, ARGE Gewässerschutz contra Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>81</sup> CGCE, 13 ottobre 2005, causa C- 458/03, *Parking Brixen GmbH contro Gemeinde Brixen e Stadwerke Brixen AG*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). Per un commento, v.: M. BALDINATO, *Nota alla Sentenza Parking Brixen: la Corte di Giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2006, 227.

<sup>82</sup> *Ivi*, pt. 30.

<sup>83</sup> Per un approfondimento, v. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1046.

<sup>84</sup> Nell'opinione della Corte, la semplice posizione di socio, anche se totalitario, non consente all'ente pubblico di esercitare sulla società il cosiddetto controllo analogo e di configurare quella sostanziale identificazione tra affidante ed affidatario che è l'unica condizione che consente di far luogo all'affidamento senza il previo svolgimento di una ordinaria procedura di gara. Nella

dalla Corte di giustizia, si ricordano la facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale ed il potere di rilasciare garanzie fino ad un tetto massimo di cinque milioni di euro o di realizzare altre operazioni senza il previo accordo dell'assemblea dei soci. Altri indici di controllo precario da parte del Comune sono stati individuati nell'estensione dell'oggetto sociale a nuovi importanti settori e nell'apertura obbligatoria della società ad altri capitali<sup>85</sup>.

Ulteriore rilevante precedente è quello identificato dalla sentenza *Carbotermo*<sup>86</sup>, in cui la Corte di Giustizia ha affermato che, per giustificare la deroga alle procedure ad evidenza pubblica, occorrono strumenti di controllo stringenti, che ha giudicato sussistenti nel caso in cui: *a)* il consiglio di amministrazione della società *in house* non fosse dotato di rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico sia in grado di esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale; *b)* l'impresa non avesse acquisito una vocazione commerciale<sup>87</sup>; *c)* le decisioni più importanti fossero sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante.

Sino alla sentenza *Carbotermo*, la Corte si era sostanzialmente concentrata sul definire i confini e la pervasività del potere di ingerenza della pubblica amministrazione, ma parimenti rilevanti sono tutti quei precedenti che indagano il profilo soggettivo del controllo, chiedendosi cioè se questo possa esercitarsi anche in forma indiretta o congiunta. Con riferimento al fenomeno del c.d. *in house*

---

vicenda sottoposta all'attenzione della Corte, quest'ultima ha dunque individuato una serie di elementi che, rafforzando la vocazione commerciale della società affidataria, rendevano precario il controllo dell'ente locale sulla stessa, con la conseguenza di non poter considerare sussistente un rapporto di controllo analogo.

<sup>85</sup> Sul versante nazionale, la giurisprudenza ha specificato, in aggiunta ai criteri comunitari, ulteriori requisiti per la sussistenza del controllo analogo. Il Consiglio di Stato, così, ha escluso la sussistenza di un controllo analogo nell'ipotesi in cui il consiglio di amministrazione abbia poteri ordinari che non prevedano la sottoposizione delle decisioni più importanti a un vaglio preventivo dell'ente affidante<sup>85</sup>; in altra pronuncia, lo stesso Consiglio di Stato ha escluso il controllo analogo quando lo statuto prevede la cedibilità delle quote ai privati. V. Cons. Stato, 30 agosto 2006, n. 5072, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>86</sup> CGCE, 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP s.p.a.*

<sup>87</sup> CGCE, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*; CGCE, 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Modling o Commissione contro Austria*, in *Urb. app.*, 2006, 157, con commento di M. GIOVANNELLI, *Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società mista e ulteriore restrizione dell'in house providing*.

*indiretto*, la Corta ha considerato legittimo l'affidamento diretto di un servizio nel caso in cui tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società *in house* affidataria si collochi una terza società, anch'essa *in house*, ritenendo che una simile struttura costituisca semplicemente una variante organizzativa del medesimo fenomeno. La società intermedia non poteva che essere a sua volta sottoposta a controllo analogo, dacchè, se così non fosse stato, quella affidataria non avrebbe potuto considerarsi organo interno operativo dell'amministrazione aggiudicatrice e, di conseguenza, l'affidamento stesso sarebbe diventato illegittimo<sup>88</sup>.

Nella sentenza *Asemfo* o *Trasga*, la Corte ha ulteriormente precisato il concetto di controllo, richiedendo che l'organismo *in house* fosse giuridicamente tenuto ad eseguire le prestazioni richieste dal socio anche in caso di controllo congiunto: in tale caso, naturalmente, risultava necessaria una previa determinazione, tra gli enti pubblici soci, delle modalità e delle condizioni alle quali ciascuno di essi può utilizzare l'organismo *in house*<sup>89</sup>. La giurisprudenza sembrava in particolare ritenere ammissibili due modelli: un controllo analogo esercitato collettivamente da tutti i soci su tutte le attività svolte *in house*, oppure un controllo analogo svolto da ciascun socio pubblico per le attività *in house* da esso affidate alla società<sup>90</sup>. Nel primo caso, era sufficiente prevedere che i soci pubblici affidanti esercitassero collettivamente il controllo analogo. Nel secondo caso, invece, rilevava la volontà di ciascun singolo socio pubblico, non in

---

<sup>88</sup> CGCE, causa C-373/00, cit.

<sup>89</sup> CGCE, 19 aprile 2007, causa C-295/05, Asociación de Empresas Forestales (ASEMFO) contro Transformación Agraria SA (TRASGA). Si trattava di una società posseduta al 99% dello Stato spagnolo, mentre il restante 1% era diviso in parti uguali tra quattro comunità autonome. Si legge in sentenza che “non può essere accolta la tesi secondo cui il controllo analogo sarebbe soddisfatto solamente rispetto agli appalti effettuati su incarico dello Stato spagnolo, con esclusione di quelli oggetto di incarichi delle comunità autonome, rispetto alle quali TRASGA dovrebbe essere considerata come un terzo”. In dottrina, M. COMBA, *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, cit., 549 ss. Ma anche: CGCE, 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11, Econord S.p.a. c. Comuni di Cagno, Varese e Solbiate. In dottrina, per un commento alle citate sentenza, cfr.: S. MENTO, *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 495; M. COMBA, *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, cit., 549 ss

<sup>90</sup> G. CAIA, *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 1231 ss

relazione a tutta l'attività della società, ma solo in relazione a quella da ciascuno affidato alla società.

La giurisprudenza nazionale affermata in concomitanza o nel periodo subito successivo alla pubblicazione delle pronunce succitate recepiva *in toto* gli orientamenti della Corte<sup>91</sup>: abbandonata la flessibilità iniziale<sup>92</sup>, si affermarono, infatti, orientamenti più rigorosi e puntuali<sup>93</sup>. Si era, ad esempio, statuito che il controllo analogo non potesse dirsi sussistente in ipotesi di apertura, anche solo potenziale, della compagine societaria a soci privati<sup>94</sup>, mentre, in ordine alla partecipazione di una pluralità di enti pubblici, si era ritenuto utile strumento per la realizzazione di un controllo congiunto la costituzione di un'assemblea di coordinamento intercomunale, concepita come un ufficio, autonomo rispetto agli organi societari, attraverso la quale gli enti locali avrebbero esercitato una serie di compiti e funzioni preordinati ad indirizzare la vita della società, a controllarne lo svolgimento ed a formare le decisioni, che dovevano poi essere assunte dagli

---

<sup>91</sup> Cons. Stato, 18 febbraio 2004, n. 679, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Per un commento, v.: M. RICCIO, *La dubbia sanabilità degli affidamenti in house providing*, in *Urb. app.*, 2004, 691.

<sup>92</sup> Maturata prima della modifica dell'art. 113 TUEL per effetto dell'art. 14, d.lgs. 269/03, e che aveva condotto al riconoscimento del controllo analogo anche in presenza di una partecipazione pubblica del 51% del capitale da mantenersi per tutta la durata dell'affidamento, v. Cons. Stato, 18 settembre 2003, n. 5316, in [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it).

<sup>93</sup> La partecipazione pubblica totalitaria verrà poi considerata elemento necessario ma non sufficiente per integrare il requisito del controllo analogo, occorrendo a tal fine maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico rispetto a quelli previsti dal diritto civile; da valutarsi in concreto in virtù di quanto dispone lo statuto delle società affidatarie e gli eventuali patti parasociali. Il Consiglio di Stato ha, per esempio, ritenuto illegittimo l'affidamento disposto dal Comune di Padova a favore dell'APS, relativo all'attività di collaborazione con il Comune circa il servizio di pubbliche affissioni, sia quello di sfruttamento economico degli spazi pubblicitari. L'illegittimità derivava dal fatto che la società non fosse a totale partecipazione pubblica e che fosse conferito al consiglio di amministrazione il potere di compiere ogni atto ritenuto necessario per il perseguimento dello scopo sociale, senza che il Comune fosse dotato di adeguati poteri. Nello statuto, infatti, non era stata inserita alcuna clausola idonea a vincolare l'attività sociale alle decisioni dell'ente locale. In questo senso: Cons. Stato, 11 maggio 2007, n. 2334; nella stessa direzione anche TAR Friuli-Venezia Giulia, 10 gennaio 2007, n. 13; TAR Lombardia- Brescia, 2 maggio 2006, n. 433; Cons. Stato, 23 gennaio 2008, n. 136, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In particolare, nell'ultima delle pronunce citate, si affermava come lo statuto fosse "quello di una normale società per azioni, nella quale i poteri appartengono agli organi sociali, e non è previsto nessun raccordo tra gli enti pubblici territoriali e la costituzione degli anzidetti organi: il Presidente del consiglio d'amministrazione e il Direttore sono eletti dal Consiglio d'amministrazione, il quale a sua volta è nominato dall'assemblea senza vincoli di provenienza o di proposta; la stessa assemblea è composta dai soci senza ulteriori specificazioni; riguardo al collegio sindacale si prevede solo che sia composto di tre sindaci elettivi e di due supplenti, i quali durano in carica tre anni e sono rieleggibili. Gli enti pubblici soci, a parte l'art. 5 sulla possibilità di alienare le azioni, non sono neppure menzionati(...)".

<sup>94</sup> TAR Puglia, 2 aprile 2013, n. 458, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

organi societari<sup>95</sup>. Anche il contenuto dedotto nello statuto della società era considerato mezzo idoneo a creare un controllo congiunto analogo, per esempio attraverso l'introduzione del previo esame da parte dell'assemblea di coordinamento comunale ai fini dell'approvazione del bilancio, del piano industriale e di ogni altro documento programmatico<sup>96</sup>.

Il Consiglio di Stato aveva poi, in particolare, individuato nel dettaglio le clausole che avrebbero permesso l'integrazione del requisito, quali: l'audizione da parte degli enti, con frequenza ragionevole, del Presidente e del Direttore; la modifica dello statuto della società solo previa informativa ai singoli enti locali per gli adempimenti di competenza; la consultazione tra gli enti associati circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società, il suo andamento generale e le concrete scelte operative; il consenso degli enti associati all'eventuale esercizio di attività particolari; il controllo, mediante una Commissione, dello stato di attuazione degli obiettivi con successiva relazione all'assemblea degli azionisti; le ispezioni dirette da parte dei soci; creazione di una convenzione tra tutti gli enti associati *ex art. 30 TUEL*<sup>97</sup>. Si aggiungevano a questi anche altri fattori, come la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali; la determinazione dell'ordine del giorno del consiglio di amministrazione, che avrebbe garantito il controllo dell'indirizzo strategico ed operativo della società; l'indicazione dei dirigenti; l'elaborazione delle direttive sulla politica aziendale; il controllo sulla qualità dell'amministrazione, la spettanza di poteri ispettivi diretti riguardo anche i luoghi aziendali<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> TAR Friuli Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

<sup>96</sup> TAR Lazio, 16 ottobre 2007, n. 9988, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

<sup>97</sup> TAR Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), con commento di G. RANCI, *Servizi pubblici: affidamento in house ed a società miste fra normativa nazionale e principi comunitari (nascita ed evoluzione delle problematiche – esperienze recenti)*.

<sup>98</sup> Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In dottrina: S. COLOMBARI, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urb. app.*, 2008, 211; B. DI GIACOMO RUSSO, *Una pronuncia del TAR Lombardia per un più stringente controllo analogo in materia di servizi pubblici locali*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2009, 54 ss; F. LOGIUDICE, *Sul controllo analogo nel caso di affidamento in house*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it). Sul punto, cfr., anche: G. D'AURIA, *I controlli*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, 377; M. GIORGIO, *L'affidamento in house*, cit., 551.



In virtù dei più rigidi arresti giurisprudenziali, la dottrina, soprattutto amministrativista, aveva maturato il convincimento secondo cui, perché il controllo potesse definirsi analogo, l'amministrazione dovesse esercitare un potere idoneo ad annullare del tutto la volontà negoziale e l'autonomia decisionale di quest'ultimo, ovvero un rapporto equivalente a quello di subordinazione gerarchica<sup>99</sup>.

### **3.2. (Segue): la destinazione prevalente dell'attività.**

Il secondo requisito individuato dalla sentenza *Teckal* richiedeva che l'attività economica esercitata dall'affidatario fosse rivolta prevalentemente a vantaggio dell'amministrazione controllante, tema su cui la Corte di Giustizia ha avuto modo di sancire alcuni rilevanti principi generali.

In primo luogo, per quel che concerne la valutazione circa l'integrazione del requisito in parola, la Corte ha ritenuto che questa debba essere effettuata in concreto al momento dell'affidamento, senza aver riguardo ai caratteri meramente formali, quali lo statuto, l'oggetto sociale o la competenza attribuita alla società *provider*<sup>100</sup>. La stipulazione di convenzioni o accordi quadro – che prevedano una stabile destinazione dell'attività svolta dall'ente a favore dell'amministrazione controllante – poteva, pertanto, rendere legittimo un affidamento *in house* anche nell'ipotesi in cui, nello statuto della controllata, non vi fosse la previsione di una destinazione prevalente dell'attività sociale in favore dell'amministrazione controllante<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> Tale aspetto verrà approfondito all'interno del Capitolo II, par. 2.3.

<sup>100</sup> CGCE, 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau AG contro Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), relativa alla legittimità dell'affidamento diretto di pubblici servizi da parte del Comune di Vienna in favore di una società di capitali (EBS), costituita dall'ente stesso, senza che lo statuto societario prevedesse alcuna posizione particolare del soggetto aggiudicatario rispetto all'ente controllante.

<sup>101</sup> CGUE 13 gennaio 2005, causa C-84/03, *Commissione contro Spagna*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), ove si ribadiscono i principi dettati dalla sentenza *Teckal*, estendendoli anche agli accordi "interamministrativi". Si afferma dunque l'idea che il controllo analogo possa trovare la sua fonte anche in una convenzione, che preveda specifici strumenti di sindacato in dipendenza dell'affidamento di un servizio.

In secondo luogo, la Corte interpretava il requisito della destinazione dell'attività quale formula che riassumeva in sé le prestazioni svolte dall'ente controllato sia per conto, sia nei confronti dell'amministrazione controllante stessa: la società *in house* è infatti chiamata a soddisfare il fabbisogno dell'amministrazione, a procurarle i fattori produttivi e le risorse necessarie all'ente controllante per l'esercizio delle funzioni o servizi che essa è istituzionalmente chiamata a svolgere o erogare<sup>102</sup>. A tale conclusione era giunta la Corte, nel momento in cui le era stato chiesto se potesse essere qualificata come *in house* la società a cui la pubblica amministrazione avesse trasferito il solo compito di reperire sul mercato prestazioni di lavori, servizi o forniture ad essa necessarie: in questo particolare caso, infatti, il potenziale *in house provider* avrebbe operato solo come stazione appaltante, richiedendo all'esterno la commessa ricevuta<sup>103</sup>. La Corte rispondeva affermativamente al quesito, ritenendo che il rapporto *in house* si palesi in quanto tale, ogni qual volta l'ente controllato sia chiamato a reperire i fattori produttivi in mercati differenti e li destini all'ente controllante, riunendoli in un'unica operazione<sup>104</sup>.

Con riguardo al parametro della prevalenza, tra i precedenti più rilevanti per la sua definizione spicca, ancora una volta, la sentenza *Parking Brixen* – ove si fa per la prima volta riferimento alla “parte più importante dell'attività” – ed alla successiva e già citata sentenza *Carbotermo*. In quest'ultima pronuncia, infatti, la Corte affermava che il requisito fosse soddisfatto ogni qual volta l'attività svolta dalla società *in house* fosse “sostanzialmente destinata in via esclusiva all'ente locale” , ovvero “solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione ed ogni altra attività risulta avere

---

<sup>102</sup> È il caso delle attività che il legislatore nazionale ha definito come strumentali, ovvero quelle attraverso le quali l'amministrazione ottiene beni o servizi destinati a consentirle il perseguimento delle finalità pubblicistiche alle quali è preposta. L'attività svolta “per conto” dell'amministrazione consiste in prestazioni di cui quest'ultima assicura l'erogazione, ma che hanno una diretta destinazione in favore di soggetti terzi. In questo caso, l'*in house provider* agisce in luogo della pubblica amministrazione, esercitando direttamente le sue attività istituzionali, come nel caso dei servizi pubblici.

<sup>103</sup> CGCE, 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesman Anlagenbau Austria AG contro Strobal Rotationsdruck GemsmbH., in *Foro it.*, 1998, 133.

<sup>104</sup> CGCE, 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau AG contro Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

solo un carattere marginale”<sup>105</sup>. Secondo la Corte, per verificare l’integrazione di tale requisito, il giudice era chiamato a considerare tutte le circostanze del caso di specie e vagliare la loro rilevanza sotto il profilo sia qualitativo, sia quantitativo, dando però rilievo solo alle “attività effettive e non anche [al]le attività astrattamente consentite dalla legge o dallo statuto sociale, o addirittura [al]le attività che il soggetto controllato è obbligato a svolgere”<sup>106</sup>: il fatturato determinante era allora rappresentato solo da quello che l’impresa in questione realizzava in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall’ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni. La Corte, infatti, riteneva che “le attività di un’impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest’ultima realizza nell’ambito di un affidamento effettuato dall’amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l’utente delle prestazioni”.

In virtù di quanto risulta dalla sentenza *Carbotermo*, quindi, non era rilevante individuare il soggetto che remunerava le prestazioni dell’impresa, perché quest’ultimo poteva astrattamente essere sia l’ente controllante, sia i terzi che fruivano di prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente. Un’attività svolta sul mercato, dunque, era ammessa solo quando avesse carattere marginale, ovvero quando potesse essere qualificata come *complementare* rispetto ad altre attività gestite *in house* o, al più, collaterale, nel senso di essere preordinata a non disperdere le utilità generate dalla produzione *in house* del servizio pubblico. Nell’opinione della Corte, non poteva considerarsi marginale l’attività effettuata sul mercato per la quale la società impiegasse risorse pari a quelle destinate alle attività svolte *in house*, anche quando la stessa non fosse in grado *ex se* di generare la parte preponderante del fatturato della società<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> CGCE, 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP s.p.a.*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>106</sup> Conclusioni dell’avvocato generale Stix-Hackl, presentate il 12 gennaio 2006, causa C-340/04.

<sup>107</sup> S. COLOMBARI, *Il modello in house providing*, cit., 218.

All'interno del nostro ordinamento, il precedente in parola è stato interpretato in senso quanto mai rigido, ritenendo che il paramento individuato dalla nozione di "parte più importante" fosse quanto mai prossimo al concetto di totale esclusività. Così, la giurisprudenza nazionale ha ritenuto soddisfatta tale seconda condizione nel caso in cui l'affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante rispetto alle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori della competenza territoriale dell'ente controllante. Sotto questo profilo, il Consiglio di Stato ha ritenuto *a priori* che l'espansione territoriale, anche a vantaggio di altri enti pubblici analoghi, violasse il requisito della prevalenza<sup>108</sup>.

### **3.3. (Segue): la partecipazione pubblica totalitaria.**

La progressiva apertura nei confronti dell'istituto da parte della giurisprudenza europea ha favorito il proliferare degli affidamenti diretti, facendo sorgere nel tempo l'esigenza di arginare l'ingiustificato ricorso al modello organizzativo *in house*. Di ciò si è occupata la Corte di Giustizia a partire dalla sentenza resa in relazione alle cause riunite C-20/01 e C-28/01, il 10 aprile

---

<sup>108</sup> Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Oggetto della controversia era l'affidamento del servizio di illuminazione votiva dei cimiteri ad una società *in house*, la Catania Multiservizi s.p.a., da parte del Comune di Catania, titolare al 100% del capitale della stessa. La s.n.c. controinteressata impugnava gli atti relativi all'affidamento, per violazione dell'art. 113 TUEL, atteso che, a sua detta, risultavano dagli stessi la mancanza di controllo analogo e la non prevalenza dell'attività. Il TAR Catania accoglie il ricorso, riconoscendo la violazione dell'art. 113 TUEL nella parte in cui richiede la prevalenza dell'attività svolta dall'affidatario in favore dell'ente affidante: pur se la società affidataria aveva destinato il 62% del suo fatturato ai servizi pubblici comunali, la medesima aveva altresì indirizzato la propria attività in altri ambiti e altri territori. La società comunale propone appello al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, il quale affermava che: "(...) *più ancora che l'individuazione di una soglia percentuale, necessita un giudizio pragmatico nel caso concreto che si basi, però, non solo sull'aspetto quantitativo, ma anche su quello qualitativo*": in altri termini, la natura dei servizi, opere o beni resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, deve anche dimostrare la quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione.

2003<sup>109</sup>. La Corte ha stabilito che “le disposizioni (...) che autorizzano deroghe alle norme miranti a garantire l’efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici di servizi, devono essere interpretate restrittivamente e che l’onere di dimostrare l’effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano una deroga gravano su colui che intenda avvalersene”.

In argomento, la stessa Corte torna con il caso *Stadt Halle*<sup>110</sup>, che prendeva le mosse dalla decisione della città di Halle di affidare alla RPL Lochau un incarico avente ad oggetto l’elaborazione di un progetto di costruzione di un impianto tecnico di smaltimento dei rifiuti, senza naturalmente fare ricorso a procedure ad evidenza pubblica: la RPL Lochau era una società il cui capitale di maggioranza era *indirettamente* detenuto dalla città di Halle e per la restante parte era di proprietà di una società privata. La stessa città di Halle, inoltre, aveva avviato, sempre fuori dalle procedure ad evidenza pubblica, una trattativa con la RPL Lochau in vista della conclusione di un contratto per lo smaltimento dei rifiuti in questione. La TREA Leuna, società interessata alla fornitura dei servizi oggetto di incarico diretto alla RPL Lochau, impugnava le delibere della città di Halle davanti alla competente autorità amministrativa. La società RPL Lochau risultava essere una controllata dell’ente locale: la città di Halle era proprietaria al 100% della sua controllata diretta, la quale deteneva a sua volta il 100% di un’altra società, quest’ultima detentrica delle quote di controllo del capitale sociale della RPL Lochau nella misura del 75,1% (il restante 24,9% era di proprietà di una impresa privata).

---

<sup>109</sup> CGCE, 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica Federale di Germania e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>110</sup> CGCE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau GmbH contro TREA Leuna, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). In senso analogo si veda anche: CGCE, 21 luglio 2005, causa C-231/03, CO. NA. ME, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). Questa pronuncia rivela la volontà di circoscrivere gli affidamenti *in house*, ammettendo affidamenti di questa natura esclusivamente per i soggetti a totale partecipazione pubblica. Per un commento, v.: A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); R. DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società mista*, in *Urb. app.*, 2005, 288; C. GUCCIONE, *L’affidamento diretto di servizi a società mista*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2005, 271; R. URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c’è casa per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, 2005, 136 ss.

La Corte di Giustizia è stata allora chiamata a stabilire se un'amministrazione aggiudicatrice potesse legittimamente stipulare, con una società della quale indirettamente deteneva la quota maggioritaria del capitale sociale, un contratto a titolo oneroso relativo a servizi in deroga alle procedure ad evidenza pubblica<sup>111</sup>.

L'avvocato generale Stix-Hackl aveva evidenziato, nelle sue conclusioni, come il caso dovesse risolversi facendo riferimento alla distinzione tra affidamenti *in house* e quasi *in house*. In particolare, venivano qualificati come quasi *in house* gli affidamenti: *i*) relativi a società detenute al 100% dall'autorità aggiudicatrice o da organismi da questa detenuti; *ii*) a società a capitale interamente pubblico, con partecipazione, in qualità di soci, di più amministrazioni aggiudicatrici; *iii*) relativi a società miste pubblico-private, società con partecipazione di veri e propri soggetti privati. La distinzione tra affidamenti *in house* e quasi *in house*, che però non ha trovato seguito nella sentenza della Corte, è stata utilizzata, nelle conclusioni dell'avvocato generale, come argomento per affermare che non era decisiva l'entità della partecipazione dell'amministrazione per configurare il modello *in house*, in quanto determinante è la configurazione del rapporto tra affidante e affidatario<sup>112</sup>.

La Corte, ribaltando le conclusioni dell'avvocato generale, ha ritenuto invece che “nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda

---

<sup>111</sup> R. MANGANI, *La Corte di giustizia europea boccia l'affidamento interno anche negli appalti di servizi: niente in house se s.p.a. è mista*, 22 gennaio 2005, in [www.ediliziaterritorio.ilsole24ore.com](http://www.ediliziaterritorio.ilsole24ore.com). Nel caso in esame, la Corte prende le mosse dal *Teckal*, ove la partecipazione anche minoritaria di un'impresa privata al capitale della società partecipata aveva fatto escludere che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi. Come ricordato, la Corte aveva motivato la propria scelta in considerazione del fatto che la partecipazione di un'amministrazione aggiudicatrice ad un ente *in house* sottende, sempre, il perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, mentre l'investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie di interessi privati, perseguendo obiettivi di natura differente ed incompatibili con i primi. Diversamente opinando, ove venisse affidato in via diretta un servizio ad una società a capitale misto, pubblico-privato, verrebbe legittimata una situazione di ingiustificato vantaggio della società privata che detiene una quota del capitale del soggetto affidatario, rispetto alle imprese sue concorrenti. Si riprendevano, dunque, le conclusioni della sentenza. In argomento, anche, . ASTEGIANO, *Società partecipata da ente locale e affidamento del servizio pubblico*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, 2005, 231 ss.

<sup>112</sup> FONDAZIONE ROSSELLI, *Affidamento diretto e in house contracts negli appalti pubblici di servizi delle amministrazioni centrali*, Rapporto al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, ottobre 2005.

concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito dell'applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva devono essere applicate". Due sono le ragioni che hanno portato la Corte a bocciare la qualificazione in termini di *in house providing* a favore di società a capitale misto: la mancanza di un confronto concorrenziale per l'individuazione del socio privato e l'introduzione, per la semplice presenza di tale partner, di interessi naturalmente ed inevitabilmente non in linea con quelli del socio pubblico. In conclusione, la sentenza *Stadt Halle* afferma la totale partecipazione pubblica al capitale sociale quale condizione necessaria del modello<sup>113</sup>. La stessa posizione - oltre ad essere contenuta nel Libro Verde del 2004<sup>114</sup> - veniva riaffermata dalla Corte di Giustizia qualche mese più tardi, escludendo ancora una volta la possibilità di procedere ad affidamenti *in house* tutte le volte in cui l'affidatario del servizio sia partecipato da privati, per difetto del requisito del controllo analogo. In altre parole, la Corte negava che una società mista, sia pure a prevalente capitale pubblico, potesse essere considerata "come una struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte"<sup>115</sup>.

Ancora, nella sentenza *ANAV*, la Corte ribadiva l'orientamento, secondo cui non ricorre la figura dell'affidamento *in house* se nella società affidataria c'è una partecipazione privata<sup>116</sup>. In questo caso, il Comune di Bari aveva deciso di

---

<sup>113</sup> Il legislatore italiano sembra aver anticipato la giurisprudenza comunitaria, dal momento che, in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica, l'art. 113, co. 5, lett. c), d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (nel testo modificato dal comma 1 dell'art. 14 d.l. n. 269 del 2003), richiede espressamente, per l'affidamento diretto, oltre alle due condizioni indicate nella sentenza *Teckal*, che la società titolare del servizio sia a capitale interamente pubblico.

<sup>114</sup> COM (2004) 327, Libro Verde relativo ai PPP ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, presentato dalla Commissione il 30 aprile 2004, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu); ancora, COM (2007) 6661, pubblicata il 5 febbraio 2008.

<sup>115</sup> CGCE, 21 luglio 2005, C- 231/03, CO.NA.ME, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>116</sup> CGCE, 6 aprile 2006, causa C-410/04, *ANAV contro Comune di Bari e AMTAB Servizio s.p.a.* Questione pregiudiziale sollevata con ordinanza del 22 luglio 2004, n. 885, in *Urb. app.*, 2005, con nota di P. LOTTI, *Alla luce di questa causa pregiudiziale, si è espresso il TAR Puglia*, 8 febbraio 2007, n. 362, rigettando il ricorso proposto dall'ANAV. Quest'ultima, propone appello

cedere l'80% della società AMTAB, il cui capitale era interamente detenuto da detta amministrazione, ad un investitore privato. Invero, detta privatizzazione non ebbe mai luogo, ma la Corte di Giustizia ha qui colto l'occasione per sottolineare che: "qualora, durante la vigenza del rapporto, il capitale dell'AMTAB fosse aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario(...). Se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura interna di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente che la detiene". In tal modo, la giurisprudenza comunitaria ha individuato un ulteriore criterio per la configurabilità dell'*in house*, consistente nell'esigenza che la totale partecipazione pubblica sia una condizione soddisfatta *sine die* in modo da evitare che, in un momento successivo all'affidamento del servizio, attraverso un'apertura della

---

contestando nuovamente la sussistenza del requisito del controllo analogo nei confronti dell'AMTAB da parte del Comune di Bari del servizio di trasporto pubblico locale. Le ragioni addotte dall'appellante fanno leva sul fatto che l'AMTAB, pur essendo una società a totale partecipazione pubblica, nel suo statuto non contempla l'incapacità di parte del suo capitale a soggetti privati. In accoglimento dell'appello, Cons. Stato, 3 febbraio 2009, n. 591, in cui si riafferma il principio secondo il quale: "*se nel corso della durata di un rapporto di concessione sorto per affidamento diretto muta la compagine sociale dell'affidatario, con l'ingresso anche minoritario di privati, ciò comporta la vulnerazione dei principi sanciti dal Trattato in materia di concorrenza. Se ne ricava che, oltre a dover sussistere nel momento genetico del rapporto, la proprietà pubblica della totalità del capitale sociale non solo deve permanere per tutta la durata del rapporto ma deve anche essere garantita da appositi e stabili strumenti giuridici, quali il divieto di cedibilità delle azioni posto ad opera dello statuto (...).* In mancanza di una certa e stabile incapacità delle azioni, il rispetto delle regole della concorrenza sarebbe rimesso alla costante vigilanza degli altri operatori del settore, i quali dovrebbero verificare, per tutta la durata del rapporto sorto per affidamento diretto, la permanenza in mano pubblica del capitale". Il consiglio evidenzia come il requisito della totale partecipazione pubblica debba essere soddisfatto in modo permanente. Se così non fosse e l'amministrazione procedesse a cedere una parte, anche di minoranza, delle quote della società interessata ad un'impresa privata, ne conseguirebbe che, mediante una costruzione artificiale comprendente varie fasi distinte, vale a dire la creazione della società, l'attribuzione della gestione del servizio di trasporto pubblico alla medesima e la cessione di parte di sue quote ad un'impresa privata, la concessione di un servizio pubblico potrebbe avvenire a favore di una società ad economia mista. Nel caso in esame, lo statuto della società affidataria non prevedeva lo svolgimento di una gara per l'eventuale scelta del socio e, di conseguenza, il Consiglio non fa altro che ribadire un atteggiamento di totale chiusura verso le società miste, più volte ribadito anche in sede comunitaria. L'orientamento ribadito in CGCE, 10 settembre 2009, causa C-573/07, Sea S.r.l. c. Comune di Ponte Nossola, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). In dottrina: R. MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo 'analogo' esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali 'extra-codicistiche'*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2009, 2246.



società a capitale privato, il servizio venga svolto da una società mista, eludendo così *de facto* la regola dell'evidenza pubblica<sup>117</sup>.

Più di recente però, la Corte di Giustizia ha mutato indirizzo: i giudici europei hanno infatti mostrato un'apertura circa l'utilizzabilità, almeno potenziale, dello schema dell'*in house providing* anche qualora sia prevista la partecipazione di soggetti privati in una società interamente pubblica<sup>118</sup>. Si è sostenuto che i poteri ordinari propri dell'azionista di maggioranza, unitamente a forme di controllo esterno, fossero sufficienti a dimostrare l'esistenza di un controllo analogo e, conseguentemente, che la mera presenza di privati nella compagine sociale non avrebbe *a priori* escluso l'integrazione del requisito<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> La Corte giunge a conclusioni identiche anche nella sentenza *Commune de Roane* nei confronti della concessionaria SEDL, al cui capitale partecipavano fondi privati. Alla base della vicenda sottoposta al vaglio della Corte, vi era una delibera con cui il Consiglio comunale di Roane aveva autorizzato il sindaco a sottoscrivere con la SEDL una convenzione pubblica di lottizzazione per la realizzazione di un centro ricreativo. Per l'avvocato generale Kokott, in questo caso, era possibile escludere *a priori* anche l'esistenza di un affidamento *in house* o quasi *in house*, essendo la SEDL una società ad economia mista e non potendo per tale ragione essere controllata come un servizio interno dagli enti territoriali che partecipano al suo capitale. Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, presentate il 15 giugno 2006, causa C-220/05, Jean Auroux e Comune de Roane, reperibile su [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>118</sup> CGCE, 17 luglio 2008, causa C-371/05, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica Italiana, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). La Commissione chiedeva alla Corte di constatare la violazione delle procedure ad evidenza pubblica disposte dal diritto comunitario da parte del Comune di Mantova, il quale aveva affidato in via diretta la gestione dei propri servizi informatici all'ASI s.p.a., società che, al momento della stipula della convenzione, era partecipata da due organismi di diritto privato, in quanto il loro ingresso era avvenuto solo successivamente. Questo fatto, per la Commissione, era sufficiente ad escludere il requisito del controllo analogo. La Corte, al contrario, ritiene sufficientemente penetranti i poteri esercitati dal socio pubblico, quale azionista di maggioranza, e considera soddisfatti i requisiti necessari per la configurazione di un rapporto *in house*, aggiungendo a ciò che “la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente [...] per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta”. Per quel che concerne la partecipazione totalitaria, in particolare, essa non è ritenuta essenziale in specifici settori, come nel caso dell'affidamento della gestione del servizio pubblico di trasporto, ove era ammesso l'affidamento ad un c.d. 'operatore interno', secondo la dizione dell'art. 5, co. 2, Reg. CE n. 1370/2007. Malgrado l'orientamento della Corte di Giustizia sia chiaro nel senso di ritenere requisito essenziale, ai fini della qualificazione di un soggetto come *in house*, che la partecipazione al capitale sia pubblica al 100%, nell'ambito del servizio di trasporto l'assetto dell'istituto assume una connotazione *sui generis*, prendendo le distanze dalla tradizionale formulazione pretoria. Per tale tesi si veda: AA.VV., *Diritto del governo del territorio*, a cura di M.A. CABIDDU, Torino, 2010, 322.

<sup>119</sup> Ad oggi, la partecipazione dei privati è pacificamente ammessa dall'art. 12 della Direttiva UE 2014/24, a mente del quale: “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, “un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”.

Rispetto alla giurisprudenza europea, quella nazionale pareva invece aver seguito il percorso inverso. Dopo aver ripetutamente affermato che la totale partecipazione pubblica al capitale sociale non rappresentava requisito imprescindibile della fattispecie, i giudici amministrativi hanno sovente ritenuto che questa fosse necessaria, in virtù del principio per cui se al capitale della società *in house* partecipavano anche soggetti privati, la società stesso non poteva essere considerata un organismo appartenente all'organizzazione della pubblica amministrazione<sup>120</sup>.

#### **4. La discussa natura della società *in house*.**

Nell'elaborazione della fattispecie, la Corte di Giustizia ha pertanto fatto propria l'impostazione adottata dalla Commissione Europea, qualificando la società *in house* come una *longa manus* della pubblica amministrazione che, proprio perché tale, può ricevere la commessa pubblica mediante affidamento diretto, senza che ciò costituisca una violazione del diritto degli appalti di matrice europea. La qualificazione del rapporto tra ente pubblico e società *in house* in termini di delegazione interorganica e subordinazione gerarchica, a più riprese prospettata da una parte della dottrina e giurisprudenza, non consentiva però – secondo altri – di desumere, *sic et simpliciter*, che a tali società dovesse applicarsi il regime valevole per gli enti pubblici.

Il dibattito circa la natura delle società pubbliche ed in particolare *in house* si svolse, dunque, sul terreno della disciplina ad esse applicabile, anzitutto in

---

<sup>120</sup> Cfr. Cons. Stato, 30 giugno 2003, n. 3864, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) e, in particolare, Cons. Stato, 18 settembre 2007, n. 4862, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), con nota di A. DEL DOTTO del 4 febbraio 2008; TAR Lombardia, 17 luglio 2006, n. 1837; TAR Puglia-Lecce, 11 febbraio 2008, n. 432, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), con nota di A. DEL DOTTO, del 18 aprile 2008. Il TAR., affermando quale presupposto che la totale partecipazione pubblica fosse condizione necessaria ma non sufficiente per la configurabilità dell'istituto, dichiarava infondato il ricorso e motivava ciò in considerazione del fatto che la delibera di affidamento *in house* prevedeva una clausola risolutiva espressa, stabilendosi la decadenza dell'affidamento nel caso in cui vengano a cessare le condizioni che tale affidamento legittimano. Quindi, ove venisse meno il requisito della totale partecipazione pubblica per una successiva cessione di parte del capitale sociale, il contratto perderebbe immediatamente efficacia. In tal modo, il TAR legittima un affidamento *in house* a favore di un soggetto il cui statuto non prevede l'incapacità delle quote detenute dall'ente pubblico affidante, ma prevede l'automatica decadenza dell'affidamento ove la totale partecipazione pubblica, inizialmente esistente, venga meno poi.

relazione alla loro sottoponibilità alle procedure concorsuali previste per le imprese private ed al riparto di giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori, la cui ricostruzione pare rilevante in virtù delle molteplici posizioni dottrinali e giurisprudenziali emerse nel dibattito, che hanno indubbiamente condizionato le scelte normative compiute in sede di riforma.

#### **4.1. (Segue): le procedure concorsuali.**

L'art. 1 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, nel definire il presupposto soggettivo di applicazione delle procedure concorsuali, stabiliva che erano "soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano attività commerciale, esclusi gli enti pubblici". In senso analogo, l'art. 2 del d.lgs. n. 270/1999, ammetteva all'amministrazione straordinaria "le imprese, anche individuali, soggette alle disposizioni sul fallimento", con ciò riproponendo il medesimo problema interpretativo. Secondo parte della dottrina, la *ratio* della esclusione dalle procedure concorsuali degli enti pubblici risiedeva "nella incompatibilità della procedura fallimentare, con il suo carattere di esecuzione generale ed il suo fine di tutela delle ragioni dei creditori, rispetto all'ordinaria attività dell'ente pubblico, che sarebbe paralizzato nella sua attività, nonché nel divieto per gli organi della procedura concorsuale di sostituirsi agli organi 'politici' nella gestione dell'attività dell'ente pubblico"<sup>121</sup>.

Dato per pacifico che le procedure concorsuali non potessero applicarsi agli enti pubblici economici e delle imprese-organo, quali le aziende municipalizzate, l'assoggettabilità alle procedure in parola passava, dunque, necessariamente attraverso la qualifica privatistica del soggetto considerato, posto

---

<sup>121</sup> E. CODAZZI, *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, relazione presentata in occasione del V Convegno annuale dell'associazione Orizzonti del diritto commerciale – L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi, Roma, 21-22 febbraio 2014 1 ss; G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fall.*, 2010, 6, 689; GALGANO, *sub art. 1*, in *Commentario. Legge Fallimentare*, a cura di F. BRICOLA - F. GALGANO - G. SANTINI, Bologna-Roma, 1974, 90; A. NIGRO, *Imprese commerciali e imprese soggette a registrazione*, cit., 597 ss G. ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, 478; L. PANZANI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, I, Torino, 2012, 73.

che l'esercizio di un'attività economica non si considerava in sé dirimente. Il tema, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e della dottrina, è stato affrontato adottando approcci differenti, i quali hanno condotto ad esiti, talvolta, diametralmente opposti.

Parte della dottrina ricorreva ad un metodo di tipo formale, definito anche come “tipologico”, in base al quale la riconduzione delle società partecipate da enti pubblici entro il perimetro applicativo di suddette procedure concorsuali avrebbe dovuto essere risolta attraverso la preliminare individuazione della natura – pubblicistica o privatistica – della società considerata. Seguendo tale impostazione, alcuni Autori avevano così affermato la natura squisitamente privatistica delle società in parola, indipendentemente dall'entità della partecipazione pubblica al capitale sociale. L'adozione della forma privatistica ai fini della soddisfazione dell'interesse pubblico rendeva, infatti, mediato, indiretto e, in definitiva, extrasociale l'interesse stesso, tale che le finalità pubblicistiche avrebbero assunto un carattere recessivo entro il modello della società di diritto privato. Una volta adottata la forma societaria, la società partecipata sarebbe rimasta assoggettata alle regole proprie dello statuto prescelto, ivi compresa, pertanto, l'esposizione, sempre e comunque, alle procedure concorsuali<sup>122</sup>.

---

<sup>122</sup> Più in generale, C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., 26 s.; ID, *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 371 s.; B. LIBONATI, *I rapporti tra azionista pubblico e società partecipata*, Relazione al Convegno Assonime-LUISS —Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina, Roma, 13 maggio 2009, reperibile su [www.assonime.it](http://www.assonime.it), 5 s.. In argomento, anche, A. PENTA, *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, a cura di P. CELENTANO - E. FORGILLO, Torino, 2008, 44; G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica*, cit., 689. In giurisprudenza, Corte Appello Napoli, 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, 690, con cui dichiara il fallimento della Pomigliano Ambiente s.p.a.; Tribunale di Velletri, 8 marzo 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Corte App. Napoli, 24 aprile 2013, in *Fall.*, 2013, 767, con cui viene confermata la dichiarazione di fallimento pronunciata dal Tribunale di Napoli in data 14 novembre 2012 nei confronti della società di trasporti EAV BUS s.r.l., indirettamente controllata, tramite la EAV Holding s.r.l., unica socia, dalla Regione Campania. G. PELLEGRINO, *Fallimento delle società: riforma del diritto societario e della legge fallimentare*, Milano, 2007, 152 ss. La tesi che vuole le società pubbliche assoggettate alle procedure concorsuali era stata riconosciuta come pacifica dalla risalente pronuncia della Cassazione, 10 gennaio 1979, n. 58, in *Fall.*, 1979, 59, per poi essere messa in discussione soltanto in tempi più recenti. A favore di tale tesi si invocava anche quanto contenuto Relazione al codice civile (par. 998), ove si affermava che “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 applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongono diversamente”. Per una critica

Per contro, ma pur sempre seguendo un approccio formalistico, vi è stato chi – soprattutto in giurisprudenza – ha sostenuto che, prescindendo dalla veste societaria, in presenza di determinati indici formali ci si trovasse di fronte a soggetti sostanzialmente pubblici. Secondo tale impostazione, dunque, le società partecipate provviste di tali elementi sintomatici dovevano essere riqualificati come enti pubblici, per ciò solo sottratti all'applicazione delle procedure concorsuali<sup>123</sup>.

*L'iter* logico appena sintetizzato presupponeva che, per individuare la disciplina applicabile, dovesse guardarsi solo alla natura intrinseca del soggetto medesimo, senza considerare che la disciplina applicabile agli enti pubblici non era costituita da un insieme omogeneo di norme. Posto che vi erano singoli segmenti di disciplina destinati a trovare applicazione per determinati enti pubblici, ma non per altri, la determinazione della disciplina applicabile doveva necessariamente passare attraverso altre vie.

In dottrina, dunque, allo specifico fine di stabilire la soggezione o meno alle procedure concorsuali, è stato proposto un terzo e diverso approccio, definito “funzionale”, attraverso il quale “il problema non è più quello di qualificare la società in mano pubblica come ente privato o ente pubblico, quanto quello di stabilire se, nella specifica materia di riferimento, debba trovare applicazione la disciplina privatistica o la disciplina pubblicistica”, con la conseguenza che la

---

a tale impostazione, G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A., Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009, 43 s.; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1992, 262.

<sup>123</sup> Trib. Palermo, decreto 8 gennaio 2013, in [www.italiaoggi.it](http://www.italiaoggi.it), che esclude la fallibilità di una società *in house* - la Gesip Palermo S.p.a., partecipata dal Comune di Palermo e da Sviluppo Italia S.p.a. - esercente l'attività di pulizia e custodia degli immobili comunali. Nel senso della qualificazione di Gesip Palermo S.p.a. come organismo di diritto pubblico si rinvia a Cass., SS.UU., 9 maggio 2011, n. 10068. In dottrina, G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica*, cit., 690. L'Autore richiama due sentenze del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere con le quali, adottando l'impostazione descritta nel testo, si giunge ad affermare, in un primo caso, la non assoggettabilità al fallimento di una società in mano pubblica (sentenza del 9 gennaio 2009, in *Fall.*, 2009, 713 ss.) e, in un secondo caso, l'assoggettabilità alla procedura di amministrazione straordinaria (sentenza del 22 luglio 2009, n. 52, in *Fall.*, 2010, 690), e ciò a seconda dell'individuabilità o meno degli indici sintomatici rivelatori della natura pubblica del soggetto. In dottrina, la tesi in esame è sostenuta da M. VENTORUZZO, *L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1050 s. Per un'applicazione dei medesimi principi si vedano: Tribunale Santa Maria Capua Vetere, 24 maggio 2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, 869; Trib. Catania, 26 marzo 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Patti, 6 marzo 2009, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

medesima società, quindi, “potrebbe essere contemporaneamente assoggettata alla disciplina pubblicistica per quanto riguarda taluni profili della propria attività d’impresa ed alla disciplina privatistica per altri”<sup>124</sup>.

L’orientamento seguito dalla giurisprudenza nelle più recenti pronunce pareva appunto ispirato a tale approccio<sup>125</sup>. L’esclusione dall’assoggettamento alle procedure concorsuali delle società a partecipazione pubblica poteva allora sostenersi solo nel caso in cui vi fossero elementi oggettivi tali da rendere incompatibili le procedure medesime rispetto all’ordinaria attività espletata dalle società in parola, attività che sarebbe risultata altrimenti paralizzata, con conseguente frustrazione del pubblico interesse perseguito. Solo ove l’oggetto sociale delle società partecipate si fosse palesato come necessario rispetto agli scopi istituzionali dell’ente socio, la società doveva ritenersi esclusa dall’ambito di applicazione delle procedure concorsuali. Così, la valutazione circa il loro esonero doveva operarsi caso per caso, considerando l’oggetto sociale e la previsione dell’espletamento di attività di interesse pubblico da esercitarsi in via prevalente, ammettendosi l’esclusione dalla soggezione al fallimento solo qualora la società avesse come oggetto sociale esclusivo un servizio, tramite il quale l’ente pubblico raggiunge scopi istituzionali.

D’altro canto, la giurisprudenza aveva affermato la sottrazione dalle procedure concorsuali delle sole società *in house* ed aveva individuato quale aspetto dirimente il fatto che avessero carattere necessario rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali dell’ente socio, requisito, appunto, ravvisato in capo alle società destinate all’erogazione di un pubblico servizio, considerato che la sottrazione al fallimento di predette società evitava che si

---

<sup>124</sup> G. D’ATTORRE, *Società in mano pubblica*, cit., 340.

<sup>125</sup> Cfr. Corte App. Torino, 15 febbraio 2010, cit., che, partendo da tali premesse ed ai fini dell’applicazione della disciplina concorsuale, giunge a qualificare come soggetto privato il consorzio tra enti pubblici, sia perché la relativa gestione era ispirata a criteri di imprenditorialità ed economicità, sia perché dotato di autonomia gestionale, finanziaria, contabile e patrimoniale rispetto agli enti partecipanti. In tema, anche Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, 869 ss., il quale statuisce che la cessazione dell’attività di impresa pregiudica l’interesse pubblico alla esecuzione continuativa e regolare del servizio stesso, ma escludendo la possibilità di disporre l’esercizio provvisorio dell’impresa per evitarlo, essendo l’esercizio provvisorio stesso un istituto volto alla tutela esclusiva dell’interesse dei creditori e non già di interessi pubblici. V., anche, Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, reperibile su [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass., 27 settembre 2013, n. 22209, in *Foro it.*, 2014, 113, con nota di G. CARMELLINO.

configurasse quella che è stata definita una “inammissibile sostituzione dell’autorità giudiziaria ordinaria all’autorità amministrativa nell’esercizio di poteri e facoltà di carattere tipicamente pubblicistico”<sup>126</sup>.

Invero, però, come ha evidenziato parte della dottrina, un ragionamento di tal fatta non pareva reggere alla considerazione per cui non esistevano rimedi alternativi in grado di assicurare la concorsualità dei creditori e il ritorno *in bonis* della società medesima.

La soluzione preferibile pareva allora, anche alla luce di taluni arresti giurisprudenziali, predicare la generale esposizione alle procedure concorsuali di tutte le società partecipate, anche *in house*<sup>127</sup>. Del resto, anche l’argomentazione volta ad escludere queste ultime dall’ambito di applicazione delle procedure concorsuali sulla base del loro carattere necessario non convinceva parte della dottrina, secondo la quale tale impostazione era “frutto di una inaccettabile confusione tra titolarità ed esercizio dei servizi pubblici, essenziali o no, e tra essenzialità o necessarietà di un determinato servizio pubblico e quella del soggetto cui ne è affidato l’esercizio”, in considerazione del fatto che “essenziale o necessario potrebbe essere qualificato al più il servizio pubblico o l’ente che ne ha la titolarità, non l’ente, pubblico o privato, cui è affidata la esecuzione [...] con la conseguenza che nell’ipotesi di fallimento di quest’ultimo, sarà onere dell’ente pubblico titolare del servizio attivarsi prontamente per l’affidamento dello stesso ad altro gestore”<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> La stessa espressione è utilizzata, con riferimento alla responsabilità degli amministratori di società pubbliche, da B. GALIMBERTI – L. MACRÌ, *Rapporto di servizio e danno diretto nella giurisdizione erariale in materia di società pubbliche*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2017, 677.

<sup>127</sup> In particolare, Corte App. Napoli, 24 aprile 2013, n. 57 e ID, 27 maggio 2013, n. 346, con nota di F. FIMMANÒ, *La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2013, 1290.

<sup>128</sup> G. POSITANO, *Il fallimento delle società “private” a partecipazione pubblica*, in *Dir. Fall.*, 2013, 563. L’Autore sostiene come non possa dirsi sussistente “un’incompatibilità ontologica fra erogazione di servizi pubblici essenziali e sottoposizione a fallimento” e ciò in ragione della stessa disciplina della ristrutturazione industriale delle grandi imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali contenuta nel d.l. 28 agosto 2008, n. 134. Del resto, “la società affidataria del servizio pubblico non è, quindi, il titolare del servizio, ma l’ente preposto all’esercizio di quel servizio. Pertanto, il fallimento dell’ente di gestione potrà comportare la cessazione della sua attività d’impresa, ma non coinvolgerà mai le reti, le dotazioni e gli impianti destinati al servizio

#### **4.2. (Segue) Il riparto di giurisdizione in tema di responsabilità degli amministratori.**

Con riguardo al criterio di riparto di giurisdizione in tema di responsabilità degli amministratori, la Corte di Cassazione, rifacendosi ad un indirizzo inaugurato dalle Sezioni Unite nel 2009 e ripreso dalle pronunce successive, riteneva che, per stabilire se la controversia appartenesse al giudice contabile o a quello ordinario, dovesse farsi ricorso al c.d. criterio del danno, in virtù del quale si radicava la giurisdizione presso l'uno o l'altro giudice, a seconda del fatto che il danno colpisse il patrimonio sociale ovvero quello del socio ente pubblico<sup>129</sup>.

---

pubblico, che sono di proprietà dell'ente pubblico di riferimento". In ordine alla medesima questione: S. SCARFONI, *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANÒ, Milano, 2011, 307 ss. Ancora: F. FIMMANÒ, *La società in mano pubblica*, cit., 1293. L'Autore evidenzia che "gli interessi tutelati dal fallimento non possono essere ristretti, specie a seguito della riforma, nell'ambito della mera tutela delle ragioni del ceto creditorio; e, anche ove così fosse, questa tutela è da considerare "come un altissimo interesse pubblico" in contrasto con gli interessi particolaristici sia del debitore sia dei singoli creditori. Più in generale la liquidazione concorsuale evita il propagarsi dell'insolvenza e consente una riallocazione delle risorse economiche non utilizzate, costituendo uno strumento di tutela dell'interesse economico generale e quindi l'area di esonero dalle ordinarie procedure concorsuali non può essere indebitamente estesa nel silenzio del legislatore". Si veda anche, Cass., 27 settembre 2013, n. 22209, che ha sancito il principio secondo cui la possibilità che il pubblico interesse sia perseguito per mezzo di società comporta che tali soggetti rimangano poi assoggettati alla disciplina propria della forma giuridica prescelta, ivi compreso l'assoggettamento alle procedure di insolvenza, "pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed ai quali deve essere consentito di avvalersi di tutti gli strumenti di tutela posti a disposizione dall'ordinamento, ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con le stesse forme e con le stesse modalità". Prima di tale pronuncia, in senso conforme: Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991 e Corte App. Napoli, 15 luglio 2009, ambedue reperibili su [www.dejure.it](http://www.dejure.it). *Contra*: Trib. Santa Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, n. 52, reperibile su [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Corte App. Torino, 15 febbraio 2010, cit. In senso contrario alla configurabilità dell'esenzione dalle procedure concorsuali come condizione di privilegio, in dottrina si è puntualizzato come l'UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), nelle sue raccomandazioni, riconosca la possibilità che le legislazioni nazionali prevedano tale esclusione ove l'esenzione sia disposta al fine di proteggere settori chiave, quali l'energia ed il servizio idrico. Così, G. D'ATTORRE, *Società in mano pubblica e fallimento*, cit., 691.

<sup>129</sup> In argomento, più in generale, cfr.: C. IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur. Comm.*, 2012, 641 ss.; anche PELLEGRINO, *La responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica esercenti i servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 409 ss.; MAURO, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. pubblica*, in *Le società pubbliche*, a cura di C. IBBA - M.C. MALAGUTI - A. MAZZONI, Torino, 2011, 309 ss.; ROMAGNOLI, *La società degli enti pubblici: problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. Comm.*, 2006, 473 ss.; ID., *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto*



Nella ricostruzione della Corte, la natura privata della società, che non poteva in alcun modo venire meno per la mera partecipazione al suo capitale dello Stato o di altro ente pubblico, imponeva che la giurisdizione fosse del giudice ordinario: detto altrimenti, data per assunta la natura privata dell'*in house*, il danno arrecato al patrimonio sociale — colpendo un soggetto privato e non pubblico — non permetteva di qualificare il danno stesso come erariale, con la conseguenza che non poteva in alcun modo radicarsi la giurisdizione presso la Corte dei Conti<sup>130</sup>. Per contro, la giurisdizione contabile poteva dirsi sussistente per tutti quei danni arrecati dagli amministratori al patrimonio della società partecipata soltanto se: *a*) ciò avesse trovato giustificazione in una specifica norma giuridica che li qualificasse, eccezionalmente, come erariali (circostanza certo possibile, ma non suffragata da alcuna evidenza normativa) o *b*) si fosse riqualficata la società partecipata come ente pubblico, in modo tale che il danno arrecato al suo patrimonio fosse da considerarsi immanentemente erariale.

Una riqualficazione della società in ente trovava, però, un limite piuttosto significativo nella previsione di cui all'art. 4, l. 20 marzo 1975, n. 70, ai sensi del quale “nessun ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge”.

Si rilevava allora come mancassero disposizioni che attribuissero

---

*commerciale*, in *La società “pubblica” tra diritto privato e diritto amministrativo*, a cura di V. DOMENICHELLI, Padova, 2008, 151 ss.

<sup>130</sup> La pronuncia a cui si fa riferimento è Cass. SS.UU., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Giur. Comm.*, 2011, 315 ss., con nota di FIORANI, *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica, richiamata da numerose pronunce successive*. Ulteriori pronunce rilevanti sono: Cass., SS.UU., 24 marzo 2015, n. 5848, in *Giur. Comm.*, 2016, 792 ss, con nota di M. COSSU, *Le Sezioni Unite non compongono il contrasto di giurisdizione in materia di società a partecipazione pubblica totalitaria*; Cass, SS.UU., 9 luglio 2014, n. 15594, reperibile su [www.italggiure.giustizia.it](http://www.italggiure.giustizia.it); Cass., SS.UU., 3 maggio 2013, n. 10299, in *Società*, 2014, 974 ss.; Cass., SS.UU., 5 aprile 2013, n. 8352, in *Mass. Giust. civ.*, 2013; Cass., SS.UU., 9 marzo 2012, n. 3692, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2016, 6, 1498; Cass., SS.UU., 9 maggio 2011, n. 10063, in *Foro it.*, 832; Cass., SS.UU., 23 febbraio 2010, n. 4309, in *Società*, 2010, 1361. Per una sintesi degli orientamenti giurisprudenziali di questo momento storico: SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, in *Fall.*, 2014, 38 ss.; FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle “società in house providing”*, in *Società*, 2014, 61 ss.; ID., *La giurisdizione sulle “società pubbliche”*, in *Società*, 2013, in part. 980 ss. Secondo la Cassazione, a conclusioni diverse dovrebbe pervenirsi in caso di società “il cui statuto sia soggetto a regole legali sui generis” come, ad esempio, nel caso della RAI, ove si è stata stabilita la regola per cui compete al giudice contabile la giurisdizione in ordine alle azioni di responsabilità per ottenere il risarcimento dei danni cagionati da componenti del consiglio di amministrazione, da dipendenti della stessa società e dagli enti pubblici azionisti: v. Cass., SS.UU., 22 dicembre 2009, n. 27092, in *Foro it.*, 2010, 1472.

inequivocabilmente alle società partecipate la qualifica di ente pubblico, mentre si riteneva vi fossero innumerevoli indici normativi che, all'opposto, ne affermavano la natura privatistica<sup>131</sup>. Di conseguenza, per le società a partecipazione pubblica tutte, si riteneva che la giurisdizione dovesse radicarsi presso la Corte dei Conti solo nel caso in cui amministratori e sindaci della società partecipata avessero cagionato all'ente pubblico un danno diretto, ovvero quando il socio pubblico avesse colpevolmente trascurato di esercitare le azioni di responsabilità nei confronti di tali soggetti e da ciò fosse derivata una perdita di valore della partecipazione sociale<sup>132</sup>.

Se questi principi erano stati graniticamente affermati anche negli arresti successivi al 2009, la Cassazione giungeva a diverse conclusioni per le società *in house*, in relazione alle quali si affermava che “la Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso detta corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità per danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*, per tale dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che statutariamente espliciti la propria

---

<sup>131</sup> La Corte (par. 2.1.) sembra aderire al filone privatistico, sulla base della quale, in assenza di espresse deroghe di legge, la disciplina alla stessa applicabile sarebbe ricavabile dalla normativa del codice civile. In argomento, cfr.: GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 113 ss. e ID., *Il problema della natura e della lucratività della società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. econ.*, 2013, 41 ss. Il richiamo all'art. 4, l. n. 70/75, si inserisce in quel filone giurisprudenziale volto al superamento di criteri sostanzialistici nell'individuazione della nozione di ente pubblico, v.: Trib. Avezano, 26 luglio 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); App. Napoli, 24 aprile 2013, n. 57, in *Fall.*, 2013, 1290 ss., che, anche nel caso di società in mano pubblica concessionarie esclusive di servizi pubblici essenziali ritiene che esse non possano essere definite in linea generale enti pubblici, salvo che la legge non le definisca tali.

<sup>132</sup> Cass., SS.UU., 12 ottobre 2011, n. 20941, in *Foro it.*, 2012, I, 831, per cui il danno erariale “può eventualmente legittimare un'azione di responsabilità della procura contabile nei confronti di chi, essendo incaricato di gestire tale partecipazione, non abbia esercitato i poteri ed i diritti sociali spettanti al socio pubblico al fine d'indirizzare correttamente l'azione degli organi sociali o di reagire correttamente agli illeciti da questi ultimi perpetrati”. Lettura che sarebbe confermata dall'art. 16-*bis* della l. n. 31/2008, ove si stabilisce che “per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario”. In argomento, v. SANTOSUOSSO, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli amministratori (contributo in materia di privatizzazioni e giurisdizione)*, in *Riv. soc.*, 2009, 47 ss.

attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui loro uffici”<sup>133</sup>.

Le ragioni addotte dalla Corte erano riconducibili al fatto che questa non fosse destinata allo svolgimento di attività lucrative e fosse in ogni caso caratterizzata dalla “totale assenza di un potere decisionale suo proprio, e in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale”<sup>134</sup>. Per la Corte, cioè, tali società non erano altro che “articolarzioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi”, i cui organi sociali — proprio perché sottoposti a vincoli gerarchici — erano legati alla pubblica amministrazione da un vero e proprio rapporto di cd. servizio, al pari dei dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico, con la conseguenza che non era ammissibile introdurre tra loro una disparità di trattamento in tema di responsabilità e di relativa giurisdizione<sup>135</sup>. Conseguenza di tale affermazione era che la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società fosse di mera “separazione patrimoniale, ma non di distinta personalità”: in tal modo, il danno eventualmente cagionato alla società veniva in realtà inferto ad un “patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico”, divenendo per ciò solo un danno erariale, destinato a rientrare nella giurisdizione della Corte dei Conti<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> Il principio veniva condiviso da Cass., SS.UU., 26 marzo 2014, 7177, in *Dir. giust.*, 27 marzo 2014; Cass., SS.UU., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Mass. Giust. civ.*, 2014, Cass., SS.UU., 2 dicembre 2013, n. 26936, in *Giur. Comm.*, 2013.

<sup>134</sup> Corte Conti, 22 luglio 2013, n. 568, reperibile su [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it), per cui le società *in house* rappresenterebbero “un modello organizzatorio della stessa P.A., sia pure per certi versi atipico, con la conseguenza che il danno prodotto dagli amministratori al patrimonio di quella società dovrà qualificarsi come erariale e la giurisdizione appartenere al giudice contabile”. Conformi: Corte Conti, 19 luglio 2011, n. 582, reperibile su [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it); Corte Conti, Sez. giur. Reg. Campania, 19 ottobre 2012, n. 1626, reperibile su [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it).

<sup>135</sup> Si veda anche TAR Puglia, 2 aprile 2013, n. 458, in *Foro amm.*, 2013, 1318, il quale precisa che l'affidamento diretto di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico, al di fuori del sistema della gara, si avvalga di una società esterna (ossia, soggettivamente separata) che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una “derivazione” o una “*longa manus*” dell'ente stesso.

<sup>136</sup> La stessa Corte dei Conti ha avuto modo di affermare più volte come la società *in house* sarebbe caratterizzata “da una sostanziale immedesimazione della società stessa con la pubblica

Ulteriore rilevante snodo argomentativo di tale tesi era rappresentato dall'elemento caratterizzante la fattispecie, ovvero il controllo analogo, di cui la Corte forniva un'interpretazione assai più restrittiva di quella precedentemente fornita dal Consiglio di Stato<sup>137</sup>, in relazione tanto alla sussistenza di una residua autonomia gestionale degli amministratori, tanto all'autonomia giuridica della stessa società *in house*<sup>138</sup>. Precisava, infatti, la Corte, che l'espressione "controllo" non alludeva all'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) era in grado di esercitare sull'assemblea della società e sugli altri organi sociali, ma corrispondeva piuttosto ad "un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti e alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure

---

amministrazione per la quale opera, onde i relativi danni sono perseguibili con l'azione contabile". Nel medesimo senso, Corte Conti Sez. giur. Reg. Lazio, 24 febbraio 2011, n. 339, reperibile su [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it); Corte Conti, Sez. giur. Reg. Lazio, 23 febbraio 2011, n. 327, reperibile su [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it); Corte Conti, Sez. giur. Reg. Marche, 15 luglio 2013, n. 80, reperibile su [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

<sup>137</sup> Così, Cons. St., Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1119; ma si veda anche la più recente pronuncia di Cons. St., Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro it.*, 2011, 365, che incidentalmente ribadisce l'idea che dallo statuto e dall'atto costitutivo si debbano evincere i poteri di direttiva e di controllo da parte del socio pubblico circa la finalizzazione della attività sociale ai fini istituzionali.

<sup>138</sup> Vedi C. IBBA, *Responsabilità degli amministratori*, cit., 645, il quale evidenzia che la concezione di società *in house* e di controllo analogo adottata dalla Corte non è imposta dal diritto comunitario, né accolta dalla prevalente dottrina. Cfr. M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, cit., 217 ss.; I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il cd. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. Comm.*, 2006, 790 ss., che fa salva la possibilità di attribuire al controllo analogo significati diversi a seconda dello "strumento" utilizzato. In argomento, in particolare, E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018, 60 ss; ID, *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2015, 240, ove l'Autrice sottolinea che se la disciplina della direzione e coordinamento è "volta a coniugare l'unitarietà imprenditoriale della grande impresa con la perdurante autonomia giuridica delle singole società agglomerate nel gruppo", altrettanto non potrebbe dirsi per la società *in house* "sia per la (...) subordinazione dei suoi gestori all'ente pubblico partecipante, sia per l'impossibilità stessa d'individuare nella società un centro d'interessi davvero distinto rispetto all'ente pubblico che la ha costituita e per il quale essa opera". Un simile rapporto gerarchico non sarebbe legittimo neppure se la direzione e coordinamento sulla società fosse fondata su un contratto o una clausola statutaria *ex art. 2497-septies*, c.c., essendo pacifica l'inammissibilità nel nostro ordinamento del contratto di cd. dominazione di derivazione tedesca, attraverso il quale gli amministratori della società dominata dovrebbero sottostare alle direttive, anche pregiudizievoli per il suo interesse sociale, impartite dalla società dominante: tra gli altri in tal senso, P. ABBADESSA, *Rapporto di dominio e autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *BBTC*, 1999, 545 ss; R. SANTAGATA, *Il gruppo cooperativo paritetico (una prima lettura dell'art. 2545-septies)*, in *Giur. Comm.*, 2005, 539 ss; G. SBISA, *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contr. imp.*, 2011, 390.

socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino a punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale”<sup>139</sup>. In conseguenza di ciò, la Corte negava che la società *in house* potesse considerarsi ente giuridicamente autonomo rispetto all’amministrazione partecipante, tanto da affermare che il “velo che normalmente nasconde dietro la società è quindi squarciato: la distinzione tra socio e società non si realizza più in termini di alterità soggettiva”, con la conseguenza che non poteva più parlarsi “di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio”<sup>140</sup>.

Un simile approdo interpretativo non è andato però esente da critiche<sup>141</sup>, sia in relazione all’inquadramento della fattispecie, sia in relazione al disconoscimento della natura privatistica del fenomeno<sup>142</sup>, che pareva invero essere stato accolto dal nostro ordinamento mediante il d.l. n. 95 del 2012. Proprio al fine di “imprimere un indirizzo (al legislatore e forse più al giudice amministrativo e contabile) di cautela verso un processo di progressiva “entificazione” pubblica di tali società, valorizzando la forma privata societaria e la disciplina comune dell’attività rispetto alla sostanza pubblica del soggetto e della funzione”<sup>143</sup>, l’art. 4, co. 13, del decreto citato, affermava che “le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere

---

<sup>139</sup> La giurisprudenza amministrativa sottolineava come ai fini dell’integrazione della fattispecie fosse necessario assicurare all’ente pubblico il ruolo di *dominus*: in tal senso, TAR Lombardia, 23 settembre 2013, n. 780, in *Foro amm.TAR*, 2013, 2695; e ancor prima TAR Lombardia, 22 marzo 2012, n. 892, in *Foro amm.TAR*, 2012, 693, secondo cui il controllo analogo doveva ritenersi sussistente solo in presenza di un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività del soggetto partecipato da parte dell’ente controllante-affidante, che consentisse cioè a quest’ultimo di dettare le linee strategiche e di influire in modo effettivo ed immediato sulle decisioni dell’affidatario.

<sup>140</sup> Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, reperibile su [www.dejure.it](http://www.dejure.it). Si veda, anche, il parere di Corte Conti, Sez. controllo Lombardia, n. 358/2013, in [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it), ove si afferma che “in tale orizzonte prospettico, occorre superare il dogma della personalità giuridica intesa quale entità esterna all’ente di appartenenza, squarciandone il velo. Qualora un giurista dovesse contemplare con le lenti del diritto amministrativo e comunitario l’ente pubblico e la società *in house* da questo costituita, noterebbe sostanzialmente un solo soggetto che agisce per il perseguimento di finalità pubbliche”.

<sup>141</sup> F. FIMMANÒ, *La giurisdizione*, cit., 67.

<sup>142</sup> E. CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. in house*, cit., 240.

<sup>143</sup> Dossier del Servizio Studi del Senato, n. 382 del luglio 2012, n. 39.

speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di società di capitali”.

La previsione era stata considerata norma di interpretazione autentica, al punto che non era mancato chi, esaltandone la valenza sistematica, l’aveva definita vera e propria “norma di chiusura del sistema”<sup>144</sup>. In tal senso, si esprimeva la giurisprudenza di legittimità, che, proprio in virtù di quanto previsto dall’art. 4, co. 13, considerava il socio pubblico alla stregua di un qualsiasi socio privato e riteneva che il rapporto tra ente pubblico e società fosse di “assoluta autonomia”, proprio perché la *ratio* che aveva ispirato l’intervento legislativo in commento era appunto finalizzata ad “impedire che gli enti pubblici, operanti a mezzo di società di diritto privato, agis[sero] con una razionalità estranea al mercato”<sup>145</sup>. Dalla norma, inoltre, dipendevano taluni corollari sistematici, i quali facevano sostenere a parte della dottrina che: da una parte, in mancanza di

---

<sup>144</sup> Parere del Comitato per la legislazione del Senato sul disegno di legge n. 5389 e Servizio Studi della Camera - Osservatorio legislativo e parlamentare, Elementi di valutazione sulla qualità del testo e su specificità, omogeneità e limiti di contenuto del decreto legge. Definisce tale disposizione “norma di chiusura” che “dovrebbe porre fine a questioni interpretative sul regime speciale o ordinario delle società di cui alla fattispecie”: Regione siciliana, circolare 29 agosto 2012, prot. n. 5444, Questioni applicative nell’ordinamento regionale dell’art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 conv. l. 7 agosto 2012, n. 135. Analogamente, Cass., 13 maggio 2013, n. 11417, in *Giur. it.*, 2013, 124.

<sup>145</sup> Cass., 13 maggio 2013, n. 11417, cit., che, nel chiarire gli obblighi di natura previdenziale gravanti su una società a capitale prevalentemente pubblico, attribuisce a tale norma “un significato interpretativo confermativo”. Tale interpretazione è stata ribadita da: Cass., Sez. lav., 6 febbraio 2014, n. 2762; Cass., Sez. lav., 30 ottobre 2013, n. 24524, entrambe reperibili su [www.cassazione.it](http://www.cassazione.it) e Corte Conti, Sez. contr. Lombardia, parere 27 dicembre 2012 n. 535, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it), ove si precisa che: “avendo il Comune scelto di operare alla stregua di un socio di diritto comune, esso deve agire con la stessa razionalità economica, specie in considerazione del fatto che il rischio d’impresa è stato condiviso con dei privati, anche se soci di minoranza. In giurisprudenza, infatti, è stato ritenuto che “la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne possieda in tutto o in parte, le azioni (...), giacché al Comune non è consentito incidere sull’attività della società mediante l’esercizio di poteri autoritativi o discrezionali diversi da quelli riconosciutigli dal codice civile, dal momento che il rapporto tra i due soggetti è di assoluta autonomia. A conferma di ciò, il Legislatore, ad *explicationem*, nell’ambito della recente riforma delle società strumentali delle pubbliche amministrazioni (art. 4 del d.l. n. 95/2012, conv. l. n. 135/2012) ha recentemente ribadito che: “Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali» (comma 13)”.

un'espressa e contraria disposizione di legge, lo statuto della società a partecipazione pubblica, anche *in house*, dovesse rispettare le regole ordinarie previste dal codice per le società di capitali; dall'altra, che le deroghe a tale normativa, atte alla realizzazione in concreto del controllo analogo, non potessero essere arbitrariamente formulate dalla giurisprudenza<sup>146</sup>.

In altre parole, una volta accettata la soggezione delle società partecipate da soci pubblici alle norme di diritto societario, non si sarebbe mai potuto sostenere che la società *in house* fosse priva di autonomia giuridica, declassandola a mero patrimonio separato<sup>147</sup>. Ciò sarebbe stato in contrasto sia con il principio generale di cui all'art. 2331, co. 1, c.c. – in virtù del quale, a seguito di iscrizione nel registro delle imprese, “la società acquista la personalità giuridica” –, sia con le ragioni di tutela dei terzi che sulla natura societaria del fenomeno avevano indiscutibilmente fatto affidamento. D'altro canto, come già aveva avuto modo di sottolineare la dottrina<sup>148</sup>, un simile esito interpretativo pareva essere sconfessato anche dall'assenza di una specifica previsione normativa, che, a fronte delle peculiarità del controllo esercitato dall'ente partecipante, legittimasse il proposto superamento della persona giuridica<sup>149</sup>. Emergeva, allora, già *ante riforma*<sup>150</sup>, che, sebbene la giurisprudenza europea richiedesse una piena sovrapposizione dei fini perseguiti dall'ente pubblico e dalla società *in house*<sup>151</sup>, il diritto delle società di

---

<sup>146</sup> Così, GOISIS, *Contributo allo studio delle società*, cit., 75.

<sup>147</sup> L'effetto di segregazione patrimoniale non potrebbe prescindere da un'espressa disposizione di legge, come, appunto, si prevede nel caso di cui agli artt. 2447-bis, ss., c.c.: F. FIMMANÒ, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 8 aprile 2012, 44 ss.

<sup>148</sup> E. CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. in house*, cit., 242.

<sup>149</sup> Per un approfondimento, GOISIS, *Contributo allo studio delle società*, cit., 100 ss.

<sup>150</sup> Sul punto anche C. IBBA, *La società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, cit., 27, nt 85, il quale ricorda come l'iscrizione della s.p.a. nel registro delle imprese sarebbe necessaria e sufficiente a richiamare il relativo statuto legale, con conseguente nullità delle clausole incompatibili; si veda anche F. FIMMANÒ, *La giurisdizione*, cit., 40 ss., che sottolinea come il legislatore, anche a seguito della riforma societaria, abbia dimostrato di non voler derogare al criterio di imputazione formale nell'attribuzione della responsabilità per le obbligazioni sociali. Ne sarebbe prova, secondo l'Autore, la circostanza che sia prevista sia una normativa volta a sanzionare l'abuso del dominio nei termini di cui all'art. 2497 c.c., sia la disciplina in tema di responsabilità del socio unico ex artt. 2325, co. 2, e 2462, co. 2, che collegano la perdita della responsabilità limitata a precisi adempimenti ben in materia di conferimenti e pubblicità.

<sup>151</sup> E. CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. in house*, cit., 242. Come rileva l'Autrice, alla società era richiesto di conformarsi “a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico”. Cfr., in particolare, CGCE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, cit.,

capitali richiedeva e richiede “un'autonomia teleologica della società rispetto ai soci, sicché l'interesse sociale non sarebbe riducibile all'interesse del socio dominante”<sup>152</sup>.

Le condivisibili argomentazioni elaborate dalla dottrina *ante* riforma con riguardo alla sottoposizione delle società *in house* alle disciplina propria delle società di diritto comune paiono oggi quanto mai attuali a fronte delle peculiari scelte legislative compiute in sede di riforma, proprio in relazione a tali profili.

## **5. Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica: la società *in house*.**

Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (*inde*: TUSP) – introdotto con d.lgs. n. 175 del 2016, successivamente modificato a mezzo del d.lgs. n. 100 del 2017 – tenta di perseguire gli obiettivi di razionalizzazione fissati dalla legge delega, anzitutto, attraverso la formulazione di una cornice di principi e definizioni. Proprio da tali norme di apertura, si coglie il dato giuridico più rilevante dell'intera opera di risistemazione della fenomenologia delle società partecipate. A partire dalla cornice definitoria, infatti, si descrivono quattro fattispecie – *id est* la società a partecipazione pubblica, la società a controllo pubblico, la società mista e la società *in house* – tra loro distinte in ragione dell'assetto proprietario e del controllo che la pubblica amministrazione esercita sull'ente partecipato. Tale categorizzazione risulta funzionale all'elaborazione di una disciplina “a cerchi concentrici”, all'interno della quale l'insieme più ampio è quello che contiene le norme operanti in via

---

pt 50, ove si legge che: “il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, 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 interessi privati e persegue obiettivi di natura differente”.

<sup>152</sup> Così come sostenuto da E. CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. in house*, cit., 242, che cita, GOISIS, *Contributo allo studio delle società*, cit., 78 ss, ed aggiunge che “ le stesse direttive comunitarie, nel fare riferimento alla società controllata (cd. in house), non solo la definiscono espressamente “persona giuridica”, ma anche quando prevedono che “iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti” (art. 12, co. 3, direttiva 2014/24/UE), non necessariamente portano ad affermare che l'interesse della controllata debba coincidere con quello della controllante o, addirittura, essere sacrificato a vantaggio dell'interesse di quest'ultima”.



orizzontale – ovvero indipendentemente dalle caratteristiche intrinseche della società di riferimento – mentre i cerchi più interni sembrano dotare ognuna delle singole ‘società – fattispecie’ di un proprio statuto, la cui ampiezza si definisce in ragione della sua portata derogatoria rispetto ai tipi societari.

Con riguardo a quest’ultimo profilo, ovvero al rapporto tra disciplina generale e disciplina speciale, il legislatore elabora, all’art. 1, co. 3, una norma una quanto mai opportuna, che funge da clausola di chiusura dell’intero sistema<sup>153</sup>: si specifica, infatti, che “per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”. Si tratta di una norma dall’indubbia rilevanza interpretativa, dacchè – dato per assunto che le norme derogatorie siano solo quelle interne al Testo Unico – essa permette di affermare che le società a partecipazione pubblica costituiscono una *species* del *genus* codicistico e che, dunque, esse si collocano pienamente in ambito privatistico<sup>154</sup>. Sono semmai le peculiarità strutturali dei singoli modelli organizzativi – su tutte, quelle che connotano le società *in house* –

---

<sup>153</sup> V., in particolare, G. MORBIDELLI, *Sub art. 1*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 70 ss.

<sup>154</sup> In argomento, v.: C. IBBA, *Introduzione*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d. lgs 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. IBBA – I. DEMURO, Bologna, 2018, 9; ID., *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. Comm.*, 2018, 960 s, ove l’Autore in particolare precisa che il principio di cui all’art. 1, co. 3, TUSP, “non esclude l’integrabilità della disciplina così ricostruita con disposizioni di carattere pubblicistico, anche preesistenti, che si rivelino compatibili col diritto societario (pensiamo ad esempio alla disciplina sugli obblighi di pubblicità e trasparenza delle pubbliche amministrazioni)”. Secondo l’Autore, dunque, dovrebbe distinguersi tra specialità derogatoria e specialità integrativa, utilizzando il medesimo principio per considerare ammesse “le sole deroghe al diritto comune necessarie ad assicurare la tutela degli interessi pubblici di volta in volta perseguiti (senza le quali, cioè, quegli interessi non troverebbero tutela)”, in modo tale che la loro ampiezza non turbi “l’effettività dell’inquadramento privatistico delle società pubbliche”. Opinione opposta è, invece quella espressa da S. CASSESE, *Stato e mercato: così partecipate e multiutility sfuggono alle regole*, in *L’Economia del Corriere della sera*, 9 aprile 2018, 6, ma non mancano anche posizioni intermedie, tra cui, in particolare: M. CLARICH - B.G. MATTARELLA, *Prefazione*, in *Il Testo unico sulle società pubbliche*, diretto da G. MEO - A. NUZZO, Bari, 2016, 9 ss., i quali rinvergono all’interno delle norme del TUSP “una connotazione alquanto pubblicistica delle società partecipate, che giustifica un regime di regole e vincoli che obiettivamente allontanano le società pubbliche da quelle private”, ma ritengono, in ogni caso, che la disciplina pubblicistica deroghi al diritto comune “nei soli limiti in cui ciò è necessario”, atteso che “le deroghe al codice civile sono in realtà contenute” e presenti al solo fine di “disciplinare con regole di tipo organizzativo pubblicistico la figura del socio pubblico azionista di società di diritto comune”. Con riguardo all’inquadramento privatistico delle società pubbliche, si veda in giurisprudenza, da ultimo, Cass., SS.UU., 11 novembre 2019, n. 29078.

che mantengono vive le perplessità concernenti la collocazione sistematica di quest'ultimo fenomeno.

La trattazione di ciò che distingue la società *in house* rispetto agli altri modelli non può che originarsi dalle norme che ne descrivono la fattispecie, ovvero quelle contenute agli artt. 2 e 16 TUSP, il cui combinato disposto – insieme a tutte quelle norme che si riferiscono alle “società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti”, quali, ad esempio, gli artt. 6 e 21 TUSP – colloca il modello in parola nel più ampio insieme delle società a controllo pubblico, a cui appartengono anche le società a partecipazione mista pubblico-privata<sup>155</sup>. In particolare, in virtù dell'art. 16 TUSP, si stabilisce che sono *in house* quelle società che “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”.

In continuità rispetto agli approdi giurisprudenziali europei, il TUSP identifica, pertanto, quali elementi costitutivi della fattispecie: *a*) la partecipazione totalitaria dell'ente pubblico, ammettendo, però, una possibile (se pur limitata) apertura a capitali privati, e *b*) il controllo analogo, anche congiunto, a cui si aggiunge *c*) la destinazione prevalente dell'attività a favore dell'ente pubblico (o degli enti pubblici) partecipanti<sup>156</sup>. Quest'ultimo requisito è disciplinato dai

---

<sup>155</sup> V., in particolare, E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018, 19 ss.

<sup>156</sup> Più in generale, sulla nozione di società *in house*, cfr. C. IBBA, *Società in house: nozione e rilevanza applicativa, prima e dopo il Testo unico*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017. Con riguardo alla norma in commento nella sua versione precedente all'intervento correttivo, M. CIAN, *I requisiti qualificatori della società in house*, in *Giur. Comm.*, 2019, 196, il quale evidenzia come, anche in quel testo i tre requisiti fossero tra loro legati e ritenuti rilevanti solo se presenti contestualmente, tale che lo stesso art. 16, co. 6, TUSP disponeva la sterilizzazione delle clausole finalizzate a realizzare il controllo analogo, nel caso in cui fosse venuta meno la destinazione prevalente, negando implicitamente che il primo fosse autonomo requisito della fattispecie. Ora che la disciplina interna si è riallineata quella europea, può allora escludersi che esistano due modelli separati della stessa fattispecie.

commi 3 e 3-bis dell'art. 16 TUSP, ove si legge che: “gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci” e che “la produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società”.

Esse possono essere costituite nei tipi sociali ammessi dall'art. 3 TUSP<sup>157</sup> e si presentano come società ad oggetto sociale esclusivo, il quale viene individuato all'art. 4, co. 4, TUSP, che a sua volta richiama le attività descritte alle lettere a), b), d) ed e) dal comma 2 dello stesso articolo. Più in particolare, tali attività sono: “a) [la] produzione di un servizio di interesse generale; b) [la] progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche; [...] d) [l']autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti; e) [i] servizi di committenza apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici”<sup>158</sup>.

La pubblica amministrazione può, pertanto, ricorrere al modello in commento per rispondere ad interessi di varia natura, astrattamente ascrivibili tanto all'ente pubblico in quanto tale, quanto alla collettività da esso rappresenta, benchè rimanga inteso che l'attività della società *in house* deve in ogni caso essere orientata al loro soddisfacimento. La sussistenza di tale nesso teleologico e di strumentalità è confermata dal fatto che la pubblica amministrazione – nel momento in cui decida di fare ricorso al modello – è chiamata a dar conto della sussistenza di uno specifico interesse alla costituzione della società *in house*: il

---

<sup>157</sup> Per un approfondimento in tema v., in particolare: F. MASSA FELSANI, *Partecipazioni pubbliche e tipi sociali*, in R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma, 2018, 194-195; M. STELLA RICHTER JR, *Sub art. 3*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 70 ss.

<sup>158</sup> Per una più approfondita analisi delle singole attività che la società *in house* può svolgere, v. A. BOVE, *La disciplina delle società in house tra le norme del testo unico e quelle del codice dei contratti pubblici*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018., 241.

Testo Unico, infatti, sottopone il procedimento di costituzione a particolari formalità, quali l'onere di motivazione aggravato e la necessaria pubblicità dell'atto di disposizione cui all'art. 5 TUSP<sup>159</sup>. La rilevanza sistematica di tali norme si coglie, in particolare, in ragione di ciò che comporta il loro mancato rispetto: esso, infatti, determina l'insorgenza di un obbligo di immediata dismissione, in ossequio a quanto espressamente previsto dall'art. 24, co. 5, TUSP<sup>160</sup>. Sebbene le *ratio* sottesa a tali disposizioni sia in sé apprezzabile – dacché il chiaro fine di tali previsioni è imporre agli enti pubblici di ponderare attentamente la scelta del modello organizzativo da adottare – pare appena il caso di notare come, in ciò, si palesi un primo scollamento tra la disciplina nazionale e quella europea: le ultime Direttive Europee in materia di appalti pubblici (nn. 23-24-25 del 2014), infatti, rimettono la decisione di costituire la società in parola integralmente al soggetto pubblico, senza ulteriori aggravii, in ossequio al principio di libertà organizzativa della pubblica amministrazione<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> In particolare, l'articolo citato dispone che, ad eccezione dei casi in cui la partecipazione pubblica in società sia prescritta espressamente dalla legge, l'amministrazione pubblica debba motivare espressamente la strumentalità della società costituenda *in house* in relazione al perseguimento delle sue finalità istituzionali, soffermandosi sulle 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” (art. 5 TUSP). Per quel che concerne i profili pubblicitari e di trasparenza, si dispone, inoltre, che gli enti locali debbano sottoporre lo schema di atto deliberativo contenente tali informazioni a forme di consultazione pubblica. La stessa amministrazione deve poi 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* della l. n. 287/1990.

<sup>160</sup> Espressione della stessa *ratio* dell'art. 5 pare essere l'art. 7 TUSP, a mente del quale quando la partecipazione della pubblica amministrazione è essenziale per il conseguimento dell'oggetto sociale e questa viene meno “si applicano le disposizioni di cui all'articolo 2332 cod. civ.”. In argomento, *ex multis*, cfr. E. FABBIANI, *Società pubbliche non necessarie: obblighi di dismissione e diritto di recesso*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018, 469.

<sup>161</sup> La peculiare scelta del legislatore in ordine all'onere di motivazione ‘aggravato’ è stata oggetto di attenzione giurisprudenziale e il quesito di diritto, ovvero l'incompatibilità della norma con il diritto comunitario, è stata deferita alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE. V. Cons. St., ordinanze nn. 138, 293 e 296 del 2019, reperibili su [www.deiure.it](http://www.deiure.it). La Corte ha recentemente sciolto ogni dubbio [CGUE, ord. 6 febbraio 2020, nella cause riunite C-89-90-91-2019, n. 31, con nota di B. MAMELI, *Il principio di autorganizzazione tra eccezione residuale e opzione di base*, in *Giur. it.*, 2020, 1731 ss.], stabilendo che: “L'articolo 12, paragrafo n. 3, della direttiva n. 2014/24/UE deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche “contratto in house”, all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione,

Alle peculiarità attinenti all’oggetto sociale ed alla procedura di costituzione, si associano quelle riguardanti la struttura organizzativa della società *in house*<sup>162</sup>. Lo stesso art. 16 TUSP ammette, infatti, talune rilevanti deroghe alla struttura societaria tipica delle s.p.a. *in house*. Al fine di permettere la realizzazione del controllo analogo, infatti, il co. 3 dell’art. citato dispone che: “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”<sup>163</sup>. Oltre a tale disposizione – ove, peraltro si ammette che il controllo analogo possa essere realizzato anche attraverso patti parasociali, la cui durata massima quinquennale può essere derogata – la struttura del società in commento è inoltre condizionata anche da tutte quelle norme che rientrano all’interno dello suo statuto normativo in virtù del fatto che, come detto, il modello *in house* rappresenta una *species* delle società a controllo pubblico<sup>164</sup>. Trova, allora, applicazione anzitutto l’art. 11, co. 2, TUSP, il quale dispone che “l’organo amministrativo delle società a controllo pubblico è costituito, di regola, da un amministratore unico”, precisando poi, al comma successivo, che 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

---

da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all’operazione interna”.

<sup>162</sup> Più in generale, già *ante* riforma, A. ROMANO TASSONE, *Gli statuti delle società per la gestione “in house” dei pubblici servizi*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, Torino, 2010, 59 ss. In particolare, per un quadro accurato dell’insieme delle deroghe al diritto societario, introdotte dal TUSP, cfr.: A. BLANDINI, *Riflessioni in tema di governance di società pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell’impresa e diritto dell’amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell’Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017; L. PICARDI, *Strutture e principi di governance*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs.n.175/2016*, Milano, 2017, 17 ss.

<sup>163</sup> Cfr. M. BUTA, *Deroghe al diritto societario comune in materia di amministrazione e controllo delle società partecipate*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, 496 ss; M. CASTELLANO, *Società in house: controllo analogo e strumenti di attuazione*, in *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, a cura di S. FORTUNATO – F. VESSIA, Milano, 2017, 77 ss; L. PICARDI, *Strutture e principi di governance*, cit., 17 ss.

<sup>164</sup> In tema, *amplius*, G. D’ATTORRE, *La governance delle società pubbliche*, in *Giur. Comm.*, 2020, 262.

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”<sup>165</sup>.

Tale delibera deve però essere espressamente motivata con riguardo non solo alle specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa, che rendono necessaria l’adozione di una simile decisione, ma anche agli specifici profili inerenti la copertura dei costi, che l’adozione di un organo pluripersonale porta necessariamente con sé<sup>166</sup>. Le medesime cautele si richiedono anche nel caso in cui si scelga di adottare uno dei sistemi alternativi di amministrazione, per cui si dispone che “il numero complessivo dei componenti degli organi di amministrazione e controllo non può essere superiore a cinque” (art. 11, co. 3, TUSP)<sup>167</sup>. Si applicano, inoltre, alla società *in house* le norme che prescrivono specifici doveri di condotta degli organi sociali (artt. 6 e 14, co. 2, 3 e 4 TUSP)<sup>168</sup>, quelle che 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, co. 2, e 11 TUSP), nonché quelle che potenziano gli strumenti di reazione delle pubbliche amministrazioni in presenza di irregolarità gestionali (art. 13 TUSP).

---

<sup>165</sup> Cfr. A. BLANDINI, *Riflessioni in tema di governance di società pubblica*, cit., 38 ss; L. IMPARATO, *Il modello della società in house secondo l’art. 16 del testo unico sulle società partecipate: lettura coordinata con altre disposizioni dell’ordinamento*, in *Le società pubbliche*, a cura di A. CATRICALÀ - F. FIMMANÒ, cit., 228 ss.,

<sup>166</sup> In generale, per un commento all’art. 11 TUSP, v. I. DEMURO, *La governance*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d. lgs 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. IBBA – I. DEMURO, Bologna, 2018, 133 ss; O. CUCCURULLO, *Sub art. 11*, in *Il testo unico delle società pubbliche*, diretto da G. MEO - A. NUZZO, Bari, 2016, 149 ss.; R. TORINO, *Sub art. 11*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, 300 ss.; R. TORINO, *Sub art. 11*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 70 ss

<sup>167</sup> Benchè non rappresenti oggetto di approfondimento ai fini del presente lavoro, pare rilevante sottolineare come la norma in commento prescriba, con riferimento alle società a controllo pubblico è costituita in forma di s.r.l., che “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, co. 5).

<sup>168</sup> Cfr. A. Zoppini, *La società (a partecipazione) pubblica: verso una public corporate governance*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 19 ss. Si segnala, in particolare, 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, co. 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 regolamenti interni volti a garantire la conformità dell’attività alle norme a tutela della concorrenza, codici di condotta, un ufficio di controllo interno (art. 6, co. 3). In tema, *amplius*, F. GUERRERA, *Sub art. 6*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 70 ss.

In ultimo, a completamento dei profili di disciplina di interesse giuscommercialistico, il legislatore dedica due specifiche disposizioni, ovvero gli artt. 12 e 14 TUSP, al riparto di giurisdizione in materia di responsabilità degli organi sociali e alla crisi d'impresa: ambedue rappresentano la sintesi degli orientamenti precedentemente formulati in materia e costituiscono uno dei momenti di emersione dell'indecisione legislativa in tema di collocazione privatistica o pubblicistica delle società *in house* nel sistema<sup>169</sup>. Ciò impone, da un lato, la loro trattazione separata e, dall'altro, richiede che essa sia posposta rispetto all'analisi dei singoli elementi della fattispecie, atteso che è da questi, che è in ogni caso necessario partire per comprendere in che modo il modello *in house* di matrice europea sia stato recepito all'interno del nostro ordinamento.

## **6. Gli elementi costitutivi della fattispecie: la partecipazione pubblica esclusiva al capitale sociale.**

Con riguardo al primo requisito, ovvero quello concernente la partecipazione totalitaria al capitale da parte di soli enti pubblici, la Corte di Giustizia aveva a suo tempo sostenuto due opposti orientamenti. Come già ricordato, essa appariva in principio granitica nell'affermare che la partecipazione privata, anche di minoranza, fosse assolutamente incompatibile con il controllo analogo – essenzialmente perché la presenza di un interesse privato si riteneva in ontologico contrasto con le “esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico”, che connotano “il rapporto tra un'autorità pubblica [...] ed i suoi servizi” – mentre, in seguito, giunse ad ammettere che né la partecipazione

---

<sup>169</sup> Cfr. G. GUIZZI, *Società in house e diritto d'impresa*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017, 194, il quale, pur ritenendo che il legislatore delegato abbia implicitamente affermato che “la natura pubblica del socio [...] non fa venire meno il carattere privato della forma organizzativa, ricava dalle specifiche norme riferite alle *in house* (e specificatamente da quelle riguardanti il ripianamento delle perdite) che “siamo in presenza di un modello di organizzazione dell'attività che è completamente diverso rispetto a quello rispetto a quello dell'impresa”, con la conseguenza che il fenomeno *in house* sarebbe “un'impresa esercitata nella forma dell'ente pubblico”.

pubblica indiretta, né quella, anche solo potenziale, di investitori privati escludesse *a priori* l'integrazione del requisito<sup>170</sup>.

Sul punto, il TUSP pare aver adottato un approccio per così dire ibrido, nella misura in cui non definisce chiaramente se tutte le partecipazioni debbano appartenere a soggetti *formalmente* di diritto pubblico o se possa considerarsi ammessa anche la presenza di soggetti di diritto privato, che siano indirettamente partecipati da un soggetto pubblico. Per trovare conferma di ciò bisogna guardare all'art. 21 co. 3 TUSP, il quale fa riferimento a società "a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali titolari di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80 per cento del valore della produzione". Posto che la definizione di partecipazione indiretta è contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. g) e che il riferimento alle *in house* appare palese, deve all'oggi ritenersi che anche tale possibilità sia ammissibile<sup>171</sup>.

D'altro canto, appare chiaro che il legislatore abbia recepito l'opportunità di aprire la compagine sociale a privati, pur mantenendosi cauto nell'ammettere che una simile decisione possa essere integralmente rimessa all'autonomia "privata"<sup>172</sup>. Difatti, pur affermando implicitamente che la partecipazione di privati non è in astratto conflitto con requisito del controllo analogo, il legislatore sceglie di sottoporre una simile possibilità ad un duplice limite: il primo, a carattere generale, per cui si richiede che l'apertura della compagine sociale, prima di poter trovare realizzazione in concreto, debba essere legittimata da una espressa previsione in un autonomo testo di legge; il secondo, a rilevanza societaria, dacchè si rimette allo statuto il compito di far sì che il socio sia privo del potere di incidere sulle decisioni sociali. E se a tale ultimo requisito non pare arduo dare attuazione, dal momento che nelle società *in house* s.p.a. basterebbe

---

<sup>170</sup> Ambedue i virgoletti si ritrovano nella motivazione del caso *Stadt Halle* [i cui riferimenti si trovano a nt. 108]. Per una più distesa disamina dei precedenti, si rinvia al precedente par. 3.3.

<sup>171</sup> Cfr. CIAN, *I requisiti qualificatori della società*, cit., 196; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1052; Fantini, *Sub art. 2 - Società in house*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 89; C. PECORARO, *Le società in house: profili societari*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d. lgs 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. IBBA – I. DEMURO, 191; E. STANIZZI, *Le società in house*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, Molfetta, 2018, 73.

<sup>172</sup> L. IMPARATO, *Il modello della società in house*, cit., 228 ss.



attribuire al socio privato azioni prive del diritto di voto, è invece il primo a limitare in concreto l'accesso di capitali privati nelle società *in house*.

Volendo approfondire i termini della questione, occorrerebbe anzitutto chiedersi a quale atto legislativo la norma faccia riferimento, considerato che, nel disciplinare il medesimo requisito, il TUSP ed il d. lgs. 16 aprile 2016 n. 50 (*inde*: Codice Appalti) richiamano, invero, due diverse fonti di rango primario: difatti, da una parte, l'art. 5, co. 1, lett. c), Codice Appalti, consente la partecipazione di privati solo se a prevederla sia una legge statale; per contro, il Testo Unico pare ammettere che a ciò possa provvedere anche una legge regionale.

Sul punto, ed in particolare in materia di servizio idrico integrato, si è recentemente espresso il Consiglio di Stato, il quale ha, condivisibilmente, risolto il contrasto in favore della legislazione nazionale, in virtù della necessaria equiordinazione tra la fonte del diritto che disciplina il fenomeno in generale e quella che dà corso alla potenziale partecipazione privata<sup>173</sup>. Ciò comporta che, fino a quando una disposizione legislativa diversa dagli artt. 16 TUSP e 5 Codice Appalti – ed in ogni caso di rango statale – non prescriverà che i privati possano partecipare ad una società *in house*, tale apertura è da ritenersi esclusa. Nel silenzio di ambedue i testi di riferimento, si ritiene, inoltre, che intenzione del legislatore sia stata delegare a tale ulteriore atto anche la definizione della percentuale di capitale destinabile alla sottoscrizione da parte di privati, nonché la

---

<sup>173</sup> Cons. Stato, parere del 7 maggio 2019, n. 1389, reperibile su [www.dejure.it](http://www.dejure.it), secondo cui “la partecipazione di privati al capitale della persona giuridica controllata è ammessa solo se prescritta espressamente da una disposizione legislativa nazionale, in conformità dei trattati e a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporti controllo o potere di veto e che non conferisca un’influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata”. Il medesimo orientamento era stato precedentemente espresso da: Corte Conti, Sez. contr. Campania, Deliberazione n. 108/2016 e Cons. Stato, parere Commissione Speciale, n. 968/2016, secondo cui la norma europea “non ha inteso autorizzare in generale la partecipazione dei privati ma ha rinviato alle specifiche disposizioni di legge che le ‘prevedono’. Tale forma di rinvio deve però essere fatto a disposizioni di legge che ‘prescrivono’ e dunque impongono la partecipazione e non anche a quelle che genericamente ‘prevedono’ la partecipazione”. Il fatto che si proceda ad una lettura europeisticamente orientata dell’art. 149-*bis* rende il principio espresso nel parere trasversalmente applicabile a tutti i servizi pubblici a rilevanza economica, dal momento che l’interpretazione attenua le peculiarità normative che distinguono il servizio considerato rispetto agli altri della stessa natura, quanto meno in relazione alle modalità di gestione. Per un commento alla sentenza v.: C. LAMBERTI, *Società in house - il partner privato nell' in house: un'apertura sin troppo prudente*, in *Giur. It.*, 2019, 1187, secondo cui “in mancanza della partecipazione pubblica totalitaria, l' *in house* diventi, pur nel rispetto dei principi eurounitari, una forma di elusione legale della concorrenza tramite scelte non dettate da criteri di tutela dell'interesse pubblico”.

formulazione di una disciplina in merito alle modalità di ingresso dei medesimi ed ai rapporti tra socio privato e società.

In conseguenza delle peculiari scelte legislative compiute in sede di riforma, pare allora necessario che lo statuto della società, che voglia essere qualificata come *in house*, contenga apposite previsioni volte ad impedire la trasferibilità della partecipazione a privati in un momento successivo alla costituzione<sup>174</sup>. Resta inteso che, in virtù dell'art. 1, co. 3, TUSP, simili clausole devono in ogni caso rispettare i limiti normativi di cui all'art. 2355-*bis* c.c., atteso che tale norma non è viene in alcun modo derogata dal Testo Unico<sup>175</sup>: l'aspetto dovrà essere, pertanto, successivamente regolato attraverso patto parasociale<sup>176</sup>.

### **6.1. (Segue): la destinazione prevalente dell'attività della società controllata.**

Ulteriore condizione necessaria ai fini dell'integrazione della fattispecie *in house* è che, come richiesto dalla giurisprudenza europea, la persona giuridica controllata “realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano”<sup>177</sup>. Si tratta di un requisito posto a tutela della concorrenza, nella misura in cui, attraverso questo, si garantisce che l'impresa direttamente affidataria di una determinata commessa pubblica di beni o servizi non possa destinare le proprie prestazioni al mercato in misura rilevante, dal momento che, se così non fosse, essa beneficerebbe rispetto ai *competitors* di un indebito vantaggio, direttamente scaturente dai rapporti che essa intrattiene con

---

<sup>174</sup> In giurisprudenza, già *ante* riforma: Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, poi ripresa da Cass., SS.UU., 26 marzo 2014, n. 7177; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia 4 dicembre 2014, n. 629. cfr. anche Cass., SS.UU., 31 maggio 2016, n. 11385.

<sup>175</sup> M. CIAN, *Lo statuto di una società in house. Spunti per una ricostruzione della figura dopo il T.U. sulle società a partecipazione pubblica*, in *Studium Iuris*, 2017, 409 e E. STANIZZI, *Le società in house*, cit., 103 ss.

<sup>176</sup> A. TRICOLI, *I patti parasociali*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs.n.175/2016*, a cura di G. GUIZZI, Milano, 2017.

<sup>177</sup> Da ultimo, in argomento, Cons. Stato, 18 luglio 2017, n. 4030, il quale precisa che: “al fine di stabilire se l'ente affidatario svolga l'attività prevalente per l'amministrazione aggiudicatrice, segnatamente per gli enti territoriali che siano suoi soci e che lo controllino, non si deve ricomprendere in tale attività quella imposta a detto ente da un'amministrazione pubblica, non sua socia, a favore di enti territoriali a loro volta non soci di detto ente e che non esercitino su di esso alcun controllo. Tale ultima attività deve essere considerata come un'attività svolta a favore di terzi”.

l'ente pubblico affidante. Per i medesimi motivi, il criterio della prevalenza deve tenere conto dell'attività realizzata nei confronti sia dell'amministrazione, che della comunità territoriale amministrata<sup>178</sup>.

Oltre ad essere uno dei presupposti qualificatori della fattispecie *in house*, la destinazione prevalente dell'attività si atteggia a regola societaria per il solo fatto di essere inserita in statuto e, in quanto tale “integra i doveri gestori degli amministratori, come d'altra parte conferma coerentemente il richiamo all'art. 2409 per il caso di violazione”<sup>179</sup>.

L'aspetto più problematico dell'interpretazione di tale requisito è dato dal fatto che l' art. 5, co. 7, Codice Appalti, dispone che la valutazione attinente il raggiungimento della soglia di prevalenza (ovvero l'80% delle attività globalmente intese) avvenga in considerazione del solo “fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione”<sup>180</sup>. Lo stesso articolo ammette

---

<sup>178</sup> Cfr. V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1061; A. BOVE, *La disciplina delle società in house tra le norme del testo unico e quelle del codice dei contratti pubblici*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018., 241.

<sup>179</sup> M. CIAN, *I requisiti qualificatori*, 196. Come evidenzia l'Autore la sanatoria del requisito, nel caso in cui fosse stato a monte disatteso, può avere effetti immediati di tipo amministrativo, ma non sul piano societario, atteso che ciò non “sottrarre gli amministratori alle conseguenze del loro operato nei confronti della società”.

<sup>180</sup> Per quel che concerne il criterio del fatturato, v. C. Conti, Sez. contr. per l'Emilia Romagna, Delib. n. 54 del 28 marzo 2017, in cui si è affermato che “il termine ‘fatturato’ deve essere inteso quale ammontare complessivo dei ricavi da vendite e da prestazioni di servizio realizzati nell'esercizio, integrati degli altri ricavi e proventi conseguiti e al netto delle relative rettifiche. In sostanza, si tratta, della grandezza risultante dai dati considerati nell'art. 2425, lett. A.), un. I e 5 del C.c. che, in contrapposizione ai costi dell'attività tipica (costi di produzione, spese commerciali, amministrative e generali), consente di determinare il risultato della ‘gestione caratteristica’ dell'impresa”. In virtù di tale interpretazione sistematica, si ritiene che il termine “fatturato”, rilevante ai fini del calcolo dell'attività prevalente, coincide con l'ammontare dei ricavi della gestione caratteristica conseguiti nell'esercizio. D'altro canto, la chiarezza della norma è stata messa in discussione dall'inserimento del co. 3-bis, art. 16, ad opera del d. lgs. 100/2017, il quale prevede che la produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al co. 3 può essere rivolta anche a finalità diverse, ma solo nel caso in cui permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società. Sul punto, sia le Linee guida ANAC [delib. 15 febbraio 2017 n. 235 e 20 settembre 2017 n. 951, sull'istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house], sia il Ministero dell'Interno [Atto di indirizzo ex art. 154, comma 2, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali,

che possano concorrere a tale valutazione anche altri indici, nel solo caso in cui il ricorso al criterio del fatturato non sia possibile: il co. 8 dispone, infatti, che “se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile”<sup>181</sup>.

Sul punto, dunque, il TUSP, pur recependo la formula definitoria del requisito, pare discostarsi dai più recenti orientamenti della Corte di Giustizia, la quale ritiene che il requisito dell'80% debba essere soddisfatto sia sotto il profilo quantitativo, sia, e forse soprattutto, sotto quello qualitativo<sup>182</sup>. La scelta computa in sede di riforma non pare opportuna e ciò essenzialmente in ragione dalla *ratio* sottesa alla previsione di un criterio di prevalenza. Se è vero che il requisito viene previsto per far sì che l'attività svolta in favore dell'ente si configuri come principale e che quella eventualmente svolta sul mercato debba rimanere rispetto a questa marginale ed accessoria, il ricorso al solo indice del fatturato potrebbe non essere sufficiente per determinare tali qualità, con il rischio di non rendere intercettabili possibili abusi e di ostacolare il più efficiente esercizio dell'attività rivolta all'amministrazione<sup>183</sup>.

## **6.2. (Segue): Il controllo analogo.**

---

approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 – Società in house e requisito dell'attività prevalente nei confronti degli enti pubblici soci, 28 marzo 2019] ritengono che il combinato disposto dei commi 3 e 3-bis TUSP debba interpretarsi nel senso che “gli statuti delle società in house devono prevedere che *oltre* l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci”.

<sup>181</sup> Come affermato dalla giurisprudenza contabile il limite prescritto è inderogabile ed il suo mancato rispetto costituisce una grave irregolarità: Corte Conti, sez. reg. contr. per la Lombardia, deliberazione n. 89/2019/PAR.

<sup>182</sup> Cfr. CGUE, 8 dicembre 2016, C-553/15, reperibile su [www.curia.it](http://www.curia.it); Corte Cost. 23 dicembre 2008, n. 439; CGUE, 11 maggio 2006, C-340/04, cit.

<sup>183</sup> Da ultimo, il caso di società controllata da una pluralità di amministrazioni: con riguardo a queste, il requisito della prevalenza deve sussistere nei confronti di tutte le amministrazioni partecipanti, accertato mediante giudizio sintetico. Pare accogliere un criterio di accertamento cumulativo, in caso di controllo congiunto, la delibera ANAC, n. 921 del 16 ottobre 2019. Sul punto, si veda anche: C. CONTESSA, *Il nuovo in house providing*, in: G. FERRARI - R. GAROFOLI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Roma-Molfetta, 2017.

Di più complessa ricostruzione sono i riferimenti normativi relativi al controllo analogo, atteso che innumerevoli sono le norme rilevanti per la sua definizione e configurazione. Nel quadro del TUSP, la norma avente ad oggetto il requisito in parola è collocata a seguito della definizione di controllo pubblico, resa all'interno dell'art. 2, co. 1, lett. b), TUSP, la quale definisce quest'ultimo facendo riferimento alla "situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile".

Sebbene sia di indubbia rilevanza sistematica il ricongiungimento della nozione di controllo pubblico a quella civilistica di cui all'art. 2359 c.c., il dato normativo più problematico è quello relativo alle modalità di realizzazione del controllo pubblico congiunto, atteso che il medesimo articolo precisa che esso può dirsi sussistente *anche* quando "in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo"<sup>184</sup>.

Di seguito l'art. 2, co. 1, lett. c), TUSP 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". Come per il controllo pubblico, la definizione di controllo analogo congiunto è resa separatamente rispetto a quella di controllo individuale e viene a sua volta definita come "la situazione in cui l'amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi"<sup>185</sup>.

Posto che ciò che distingue il controllo analogo singolare da quello congiunto è la riferibilità della stessa relazione di controllo ad uno o a più soggetti, i parametri definatori generali paiono essere comuni ad entrambe le definizioni e sono, più nello specifico, l'analogia, l'influenza determinante e

---

<sup>184</sup> F. CUCCU – F. MASSA FELSANI, *Sub art. 2*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 70 ss; V. DONATIVI, "Società a controllo pubblico" e società a partecipazione pubblica maggioritaria, in *Giur. comm.*, 2018, 747 ss.

<sup>185</sup> F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP*, Studio n. 228-2017/I, Consiglio nazionale del notariato, 5;

l'oggetto del controllo, raccolti in una formula già utilizzata in uno dei più recenti arresti della Corte di Giustizia<sup>186</sup>.

Per quel che concerne il controllo analogo congiunto va ad integrare il disposto di cui si è appena riferito, l'art. 5, co. 5, Codice Appalti, ove si prevedono le condizioni in presenza delle quali può dirsi integrato il controllo analogo in forma congiunta. Perché ciò avvenga, infatti, si ritiene necessario che vengano contestualmente soddisfatte tre condizioni, ovvero che: *a)* gli organi decisionali della società controllata siano composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti, benchè sia considerato ammissibile che singoli rappresentanti rappresentino alcune o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti; *b)* le amministrazioni o gli enti coinvolti siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; *c)* la società controllata non persegua interessi contrari a quelli delle amministrazioni o degli enti controllanti<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> In argomento, *amplius*, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1064.

<sup>187</sup> In particolare, su tale ultima condizione, v.: Cons. St., 18 luglio 2017, n. 3554 con nota di E. CODAZZI, *Note in tema di controllo analogo "congiunto" su società in house pluripartecipata*, in *Giur. comm.*, 2018, 640 ss; ID, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018, 25 ss. L'inserimento di tale ulteriore norma con riferimento alle condizioni necessarie per l'integrazione del controllo analogo congiunto paiono, invero, qualificare l'intensità richiesta per quest'ultimo rispetto al controllo singolare e, dunque, i meccanismi idonei alla sua concretizzazione. Tali profili verranno approfonditi all'interno del Capitolo II e III: basti qui citare: F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo*, cit., 5, secondo cui il controllo analogo congiunto si differenzerebbe dal controllo analogo singolare, dal momento che il primo richiederebbe "oltre alla partecipazione al capitale e, seppure in comune con gli altri enti partecipanti, all'organo amministrativo della società partecipata, la possibilità di influenzare e di condizionare in positivo, e non soltanto in negativo"; M. CIAN, *I requisiti qualificatori*, 200 s, secondo cui la pluralità dei partecipanti impedisce che ciascuno di essi possa determinare autonomamente e su ciascun argomento la relativa scelta gestoria, tale che la nuova disciplina pare richiedere che "l'influenza sia congiunta genericamente su, e dunque indistintamente per tutti i soci pubblici su, tutte le decisioni rilevanti che la società in house deve assumere; d'altra parte le possibili interazioni tra i diversi segmenti dell'attività, sotto il profilo strategico, finanziario o dello sviluppo dell'impresa, renderebbero difficile coniugare un eventuale potere disgiunto ed esclusivo di ciascun socio sul segmento di proprio interesse, con la logica della società". In virtù di tali considerazioni l'Autore ritiene che, per poter imputare congiuntamente il controllo, "non basti la partecipazione di ciascuna amministrazione alla formazione della volontà sociale secondo l'ordinario gioco delle maggioranze, occorrendo invece che le decisioni siano subordinate al consenso di ognuna di esse". Più in generale, ribadiscono la necessità che questi requisiti sussistano anche per le amministrazioni o gli enti con partecipazioni di minoranza, Cons. Stato, 30 aprile 2018, n. 2599 e C. Conti, Sez. contr. Campania, 18 aprile 2018, n. 57, entrambe reperibili in *Azienditalia*, 2018, 1065 ss.

Dal combinato disposto degli artt. 2 TUSP e 5 Codice Appalti – i quali mutuano all’interno del nostro ordinamento quanto già previsto dalle Direttive UE – si ricava inoltre che, accanto all’*in house* cd. tradizionale, trovano spazio anche altri meccanismi di affidamento diretto, primo tra tutti il c.d. *in house* a cascata. Con questa espressione si fa riferimento al già trattato controllo analogo indiretto, ovvero quello che “può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo” dall’amministrazione aggiudicatrice (art. 5, co. 2, d.lgs. n. 50/2016). Detto altrimenti, quest’ultima esercita un controllo analogo su un ente, che a propria volta esercita il medesimo controllo sull’organismo che, in virtù di tale propagazione verticale della relazione di influenza, può essere qualificato come *in house* e può, perciò, essere destinatario di un affidamento diretto. Altra struttura organizzativa a controllo analogo è, inoltre, rappresentata dal c.d. *in house* “orizzontale”, il quale richiede il coinvolgimento di tre soggetti: il primo si aggiudica un appalto o una concessione da un secondo soggetto ed ambedue sono controllati da un terzo. In questo caso l’amministrazione aggiudicatrice esercita un controllo analogo su due agenti distinti, di cui uno affida la commessa pubblica all’altro. In ultimo, l’*in house* verticale “invertito” o “capovolto”, il quale si palesa quando l’ente controllato, che a sua volta amministrazione aggiudicatrice, affida un contratto al soggetto controllante senza procedura di evidenza pubblica. Come per gli altri e così come prescritto dall’art. 5, co. 3, d. lgs. n. 50/2016, anche a tale modello non si applicano le norme del Codice Appalti, proprio perché si verifica una sorta di bi-direzionalità del controllo: con l’*in house* capovolto si afferma il principio per cui può derogarsi al principio dell’evidenza pubblica qualunque sia la “direzione” dell’affidamento<sup>188</sup>.

Le disposizioni analizzate forniscono un quadro generale del requisito, dando contezza del fatto che la nozione di controllo analogo si declina attorno al concetto di esercizio di un’influenza determinante, che ricorre nelle singole

---

<sup>188</sup> In argomento, cfr.: A. BOVE, *La disciplina delle società in house tra le norme del testo unico e quelle del codice dei contratti pubblici*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018., 241; C. PECORARO, *La società in house: profili societari*, in *Le società a partecipazione pubblica*, diretto da C. IBBA – I. DEMURO, Bologna, 2018, 218 ss.

definizioni e che si declina nelle singole forme o modalità di affidamento. Oltre che sul piano dell'imputazione singolare o congiunta, il discorso concernente il controllo analogo abbraccia anche quello delle modalità attraverso le quali un simile rapporto può instaurarsi, dacchè la realizzazione in concreto del requisito, dipende strettamente non solo dal referente soggettivo del controllo, ma anche dalla struttura organizzativa adottata dalla pubblica amministrazione: è questo un dato, che si ottiene dalla semplice lettura dell'art. 16 TUSP, ove si prevede che il controllo analogo possa trovare attuazione mediante vari strumenti.

A questo requisito verrà dedicato il capitolo successivo, ma preme qui sottolineare come l'avvenuto recepimento della definizione di controllo elaborata dalla Corte di Giustizia non abbia quale conseguenza necessaria il fatto che la società *in house* sia pienamente assoggettata all'ente controllante e, dunque, priva di qualsiasi autonomia. Perché si possa affermare ciò, o il suo contrario, è essenziale osservare in dettaglio come il legislatore abbia declinato la nozione all'interno del sistema, ovvero cogliere i contenuti normativi di ogni singolo parametro utilizzato per definirlo. L'unico dato che può derivarsi dalla lettura delle norme definitorie è che il controllo analogo stia al controllo pubblico, esattamente come la società *in house* sta alle società a controllo pubblico, ovvero in rapporto di *species a genus*<sup>189</sup>.

## **7. Le procedure concorsuali.**

Al termine della disamina concernente i requisiti della fattispecie – la quale ha offerto una visione statica delle società *in house* – pare opportuno volgere lo sguardo alla sua disciplina, anche al fine di verificare se da questa possano desumersi degli indici interpretativi in grado di far luce sulla natura della

---

<sup>189</sup> Sul rapporto tra i due modelli v., in particolare, F. CUCCU – F. MASSA FELSANI, *Sub art. 2*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 70 ss.; E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018, 19 ss., nonché V. DONATIVI, “*Società a controllo pubblico*” e *società a partecipazione pubblica maggioritaria*, in *Giur. comm.*, 2018, 747 ss. Sulla nozione di società a controllo pubblico il dibattito coinvolge soprattutto la giurisprudenza contabile. V., in particolare, C. Conti, sez. riunite in sede di giurisdizione, 22 maggio 2019, n. 16 e C. Conti, sez. riunite in sede di controllo, 20 giugno 2019, n. 11/SSRRCO/QMIG/19.



società *in house*: a tal fine, si analizzano, in primo luogo, le norme contenute all'interno dell'art. 14 TUSP. Tale disposizione mette oggi un punto fermo sull'annosa questione concernente l'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali genericamente intese, stabilendo, ora espressamente, che queste tutte "sono soggette alle disposizioni del fallimento, del concordato preventivo e, ove ricorrano i presupposti, dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi"<sup>190</sup>.

Il dato normativo contenuto all'interno dell'art. 14 TUSP deve naturalmente essere all'oggi riletto alla luce del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, le cui innovazioni non paiono però mettere in discussione quanto disposto dall'art. 14 TUSP. Al contrario, osservando con maggiore attenzione le norme qui contenute, pare quasi che il Testo Unico abbia tradotto anzitempo in norma taluni dei principi posti alla base della riforma della legge fallimentare, anzitutto in relazione ai profili di controllo del rischio e di tempestiva risposta degli organi sociali, nel caso in cui, grazie agli adeguati assetti organizzativi all'uopo predisposti, si avvertano dei campanelli di allarme.

L'art. 14 TUSP detta, infatti, specifiche norme in tema di gestione della crisi, in continuità ed accordo con quanto previsto all'art. 6 TUSP, in virtù del quale si impone alle società a controllo pubblico – tra cui come detto si inquadra

---

<sup>190</sup> A tale approdo erano del resto pervenute sia la dottrina, sia la giurisprudenza prevalente già *ante* riforma. In particolare, v. da ultimo, anche Cass., SS.UU., 1 dicembre 2016, n. 24591, in *Foro it.*, 2017, 154 e Cass. 7 febbraio 2017, n. 3196, le quali confermano che le società *in house providing* sono assoggettate al fallimento, proprio come prevede l'art. 14, d.lgs. n. 175/2016 per le società a partecipazione pubblica. In quest'ultima sentenza, la Corte ha in particolare affermato che "In tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità. Del resto, da un lato, la l.fall., articolo 1, esclude dall'area della concorsualità gli enti pubblici e non anche le società pubbliche, per le quali trovano applicazione le norme del codice civile (Decreto Legge n. 95 del 2012, articolo 4, comma 13, conv., con modif., dalla L. n. 135 del 2012, e, quindi, Decreto Legislativo n. 175 del 2016, articolo 1, comma 3), nonché quelle sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (Decreto Legislativo n. 175 del 2016, articolo 14); dall'altro, vanno respinte le suggestioni dirette alla compenetrazione sostanzialistica tra tipi societari e qualificazioni pubblicistiche, al di fuori della riserva di legge di cui alla L. n. 70 del 1975, articolo 4, che vieta la istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo".

anche la società *in house* – di predisporre specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale<sup>191</sup>. A ciò si associa quanto previsto dal co. 2, che impone 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”<sup>192</sup>.

Il testo continua al co. 4 in questo processo di responsabilizzazione degli soggetti coinvolti, spostando l’attenzione dagli organi sociali all’amministrazione aggiudicatrice, alla quale è richiesto, nel caso in cui si verifichi una situazione di crisi, di adottare una visione prospettica, ovvero di non arrestarsi al tamponamento delle perdite, ma predisporre adeguati piani ristrutturazione, che riportino *in bonis* la società partecipata<sup>193</sup>. Così, il Testo Unico non considera adeguata la mera previsione di un ripianamento delle perdite, a meno che la pubblica amministrazione non provveda ad inquadrarlo all’interno di un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale si richiede che “risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle

---

<sup>191</sup> G. D’ATTORRE, *La governance*, cit., 264, secondo cui: “la predisposizione dei programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale non è fine a sé stessa e non assolve una funzione meramente informativa rispetto ai soci ed ai terzi, ma costituisce il presupposto per l’adozione di condotte tempestive ed attive da parte dell’organo amministrativo”. Posto che la mancata adozione di questi costituisce grave irregolarità ex art. 2409, l’Autore ritiene che la denuncia al tribunale non rappresenti lo strumento più adeguato “per una corretta tutela degli interessi coinvolti nella crisi, considerato che i tempi dell’ispezione, del procedimento e dell’intervento sostitutivo del commissario giudiziale non sono compatibili con le esigenze di pronta reazione alla crisi”. In argomento, anche, G. RACUGNO, *Crisi d’impresa e doveri degli organi sociali, in le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. IBBA, 173 ss e F. GUERRERA, *Sub art. 6*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 70 ss; L. STANGHELLINI, *Sub art. 14*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 70 ss

<sup>192</sup> G. D’ATTORRE, *La governance*, cit., 264. L’adempimento dell’obbligo a contenuto specifico qui codificato si lega indissolubilmente alla predisposizione di assetti adeguati, cfr. TISCINI - LISI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell’equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, in *Le società pubbliche*, a cura di FIMMANÒ - CATRICALÀ, II, Napoli 2016, 793; S. SERAFINI, *L’adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. GUIZZI, Milano, 2017, 89. Nel prevedere un obbligo di attivarsi per prevenire l’aggravamento della crisi, la norma appare pienamente in linea con i più recenti approdi legislativi e dottrinali. In argomento: R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell’impresa societaria*, in *Diritto societario e crisi d’impresa*, a cura di U. TOMBARI, Torino, 2014, 107 ss.;

<sup>193</sup> In argomento, in particolare: G. GUIZZI – M. ROSSI, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. GUIZZI, Milano, 2017, 271 ss.

attività svolte”<sup>194</sup>. E’ questa una norma che riporta l’attenzione su uno dei principi ispiratori della riforma, ovvero razionalizzare l’utilizzo delle risorse pubbliche, orientando il loro investimento verso progetti efficienti: conseguenza, pertanto, implicita della mancanza di concrete possibilità di recupero è chiaramente l’avvio del processo di rimozione della società inefficiente<sup>195</sup>. Rientra in questo quadro normativo volto ad orientare la pubblica amministrazione verso comportamenti virtuosi, anche il co. 6, in virtù del quale all’amministrazione pubblica che abbia visto divenire insolvente una propria “società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti”, dunque una propria società *in house*, non può “costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società” nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di società stessa.

Il co. 5, d’altro canto, 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. In tale ambito, 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, 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<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> I vincoli al sostegno finanziario a cui sono sottoposte le amministrazioni pubbliche diventano ancora “più stringenti in presenza di indizi “qualificati” di uno stato di crisi economica perdurante e non meramente transitoria”: cfr. F. GUERRERA, *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. Comm.*, 2017, 376 parla efficacemente di “società in perdita sistematica”; G. RACUGNO, *Crisi d’impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2016, 1149 osserva che il divieto rappresenta espressione del principio per cui, anche delle società a partecipazione pubblica, l’attività deve essere ispirata al principio di economicità.

<sup>195</sup> In argomento, cfr. G. GIANNELLI, *Crisi d’impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Le società a controllo pubblico*, a cura di R. URSI – M. PERRINO, Torino, 2020, 155 ss.

<sup>196</sup> D’altro canto, proprio tale rigido sistema di presunzioni e preclusioni potrebbe risultare in concreto controproducente e dannoso: cfr. G. D’ATTORRE, *La crisi d’impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018, 757 ss; G. GUIZZI – M. ROSSI, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, cit., 280 ss. F.

Da queste e da altre norme – quali l’art. 20, co. 2, TUSP, sui presupposti per l’adozione di piani di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche da parte delle pubbliche amministrazioni, e l’art. 21 TUSP, 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 che queste sono chiamate a perseguire; anzi, l’impiego accorto e, magari, proficuo delle risorse pubbliche costituisce ormai una componente dell’interesse pubblico connesso alla gestione dei servizi pubblici economici e degli altri servizi, di cui si avvalgono gli enti nell’espletamento dell’attività amministrativa.

Oltre che per i suoi contenuti, la disposizione qui in commento pare svolgere un ruolo essenziale nella sistematica delle società *in house*, dacchè se letta alla luce delle posizioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza *ante* riforma, nonché in combinato disposto con le norme inerenti l’attività, pare consegnare dei dati interpretativi di una certa rilevanza. Più nello specifico, l’art. 14 TUSP pare ribadire che la società *in house* è un’impresa, anche quando l’attività da questa svolta sia strumentale all’ente e non si rivolga al mercato. Detto altrimenti, la disposizione fa emergere che, anche ammettendo che la società *in house* risponda al solo interesse della sola amministrazione aggiudicatrice, intorno ad essa si collocano sempre altri interessi, alla cui tutela ed al cui soddisfacimento l’ordinamento e la società non possono rispettivamente sottrarsi.

#### **8. (Segue): la giurisdizione della Corte dei Conti.**

Come precedentemente ricordato, l’orientamento della Cassazione che si era consolidato *ante* riforma in tema di giurisdizione della Corte dei Conti per la responsabilità di amministratori e sindaci di società a partecipazione pubblica

---

FIMMANÒ, *L’insolvenza delle società pubbliche, strumenti di allerta, piani di risanamento*, in *Le società pubbliche*, cit., 771 ss.

distingueva le società *in house* da tutte le altre<sup>197</sup>. Qualificandola *sic et simpliciter* come una *longa manus* dell'amministrazione – ovvero come un mero patrimonio separato dell'ente pubblico – la Corte concludeva che il danno cagionato al patrimonio della società da parte dei suoi organi sociali fosse, in concreto, nient'altro che un danno erariale, ovvero un danno cagionato direttamente al patrimonio dell'ente pubblico, con la conseguenza che il giudizio circa il comportamento che a questo aveva dato origine non poteva che ricadere nella giurisdizione della Corte dei Conti<sup>198</sup>. Se, dunque, per le altre società a partecipazione pubblica si distingueva tra danno “diretto” e danno “riflesso” (o indiretto) all'ente pubblico-socio<sup>199</sup> – destinandosi al giudice contabile solo quest'ultimo – per le società *in house*, la pretesa assenza di alterità soggettiva tra questa e l'amministrazione controllante, tra loro legate da un rapporto di servizio, riportavano ogni controversia nella giurisdizione della Corte dei Conti<sup>200</sup>.

---

<sup>197</sup> V. nt. 128 – 129.

<sup>198</sup> Cass., SS.UU., 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., SS.UU., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Società*, 2014, 953; Cass., SS.UU., 24 ottobre 2014, n. 22609, in *Riv. Corte conti*, 2014, 370; Cass., SS.UU., 24 marzo 2015, n. 5848, in *Giur. comm.*, 2016, 789 ss., con nota di M. COSSU, *Le sezioni unite non compongono il contrasto di giurisdizione in materia di società a partecipazione pubblica totalitaria*.

<sup>199</sup> 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 è un danno erariale, con la conseguenza che la responsabilità degli autori del danno deve essere fatta valere con l'azione sociale di responsabilità dinanzi al giudice ordinario e l'unico ambito di responsabilità amministrativa rientrante nella giurisdizione della Corte dei Conti risultava essere quello riguardante il danno cagionato direttamente al socio pubblico (fattispecie di cui agli artt. 2395 e 2476, comma 6, c.c.). 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 di chi, in qualità di rappresentante del socio pubblico o di titolare del potere decisionale, abbia omesso di esercitare le ordinarie prerogative del socio con l'effetto di pregiudicare il valore della partecipazione sociale. Cfr. Cass., SS.UU., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Foro it.*, 2010, 1473 e in *Giur. comm.*, 2011, 306, con note di L.E. FIORANI, *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*. V. anche A. LAMORGESE, *Società a partecipazione pubblica, responsabilità, giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2010, 853 e O. CAGNASSO, *Una «brusca frenata» da parte delle Sezioni unite della Cassazione alla vis espansiva della responsabilità amministrativa-contabile*. Si veda, tra le altre, Cass., SS.UU., 25 marzo 2013, n. 7374, in *Riv. Corte Conti*, 2013, 462.

<sup>200</sup> 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, la

Benchè, come ricordato, la dottrina avesse addotto innumerevoli argomenti, al fine di sconfessare una ricostruzione di questo tipo, le sue indicazioni sono rimaste inascoltate dal legislatore, che replica il discusso orientamento giurisprudenziale all'interno dell'art 12<sup>201</sup>. Si dispone, infatti che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate siano soggetti alle azioni di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, ma si fa salva, per il danno erariale cagionato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*, la giurisdizione della Corte dei conti. Alla Corte dei conti è altresì devoluta – più in generale, ma sempre nei limiti della quota di partecipazione pubblica – la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale, definito dal successivo co. 2 come il danno, patrimoniale o non patrimoniale, che subiscono gli enti partecipanti, ed in cui si ricomprende anche il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei diritti sociali, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione<sup>202</sup>.

Si assommano così due criteri per il riparto di giurisdizione: uno soggettivo, dato dal rapporto di servizio tra la società e l'ente pubblico controllante, ed uno oggettivo, incentrato sul danno diretto al patrimonio pubblico<sup>203</sup>. In conseguenza di ciò, viene devoluto alla giurisdizione della Corte

---

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.). In tema, v. T. MIELE, *La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018, 595.

<sup>201</sup> In argomento, G. SALA, *Nozione "cangiante" di ente pubblico e giurisdizione: in tema di società in house*, in *Giur. It.*, 2020, 1463.

<sup>202</sup> In generale, per un commento alla normativa: cfr. M. PERRINO, *Responsabilità degli organi di amministrazione e controllo di società a partecipazione pubblica (anche in house) e riparto di giurisdizione*, in *RDS*, 2019, 15; A. POLICE, *Sub art. 12*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 70 ss F. E. RIZZI, *La società in house: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, in *Società*, 2018, 71.

<sup>203</sup> In giurisprudenza, si sono sul punto formati diversi orientamenti: cfr. Cass., ord., 1 dicembre 2016, n. 24591, in *Foro it.*, 2017, 154, ove la Corte ha puntualizzato come la considerazione della società in house quale articolazione della pubblica amministrazione valga solo "ai limitati fini del riparto di giurisdizione", in ragione del fatto che "Il tipo di rapporto che lega gli organi di una società in house all'ente pubblico da cui la società promana è, infatti, fin troppo simile a quello che intercorre tra la medesima amministrazione ed i propri dipendenti per poter

dei Conti, oltre al danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*, anche il danno erariale delle altre tipologie di società partecipate pubbliche, sia quando si configura come danno patrimoniale (anche indiretto) sia quando si configura come danno non patrimoniale<sup>204</sup>.

Posto che, almeno con riguardo alle società pubbliche, la precisazione concernente la concorrenza delle due giurisdizioni appare in sé superflua, dacché alle medesime conclusioni poteva giungersi lasciando semplicemente operare la disciplina generale *ex art. 1, co. 3, T.U.*<sup>205</sup>, meno scontata appare la stessa

---

giustificare un diverso regime di responsabilità, quanto alla giurisdizione ed ai riflessi sulle regole che presidiano la responsabilità di quei soggetti. Ciò non implica però, necessariamente, che anche sotto ogni altro profilo l'adozione del paradigma organizzativo societario che caratterizza le società *in house* sia irrilevante e che le regole proprie del diritto societario siano poste fuori gioco”.

<sup>204</sup> Cfr. F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono alla giurisdizione concorrente*, “ *a tutto campo della Corte dei Conti sulle azioni di responsabilità*, in *Società*, 2019,70. Si noti infatti che, nella norma in commento, è eliminato il riferimento al danno diretto, atteso che non risultava convincente “l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale la giurisdizione contabile era stata affermata, nei casi in cui l’ente pubblico era stato danneggiato direttamente dalla condotta illecita dell’amministratore della società, riconducendo l’ambito dell’azione di responsabilità erariale nel perimetro proprio dell’azione diretta del socio, ai sensi dell’art. 2395 c.c., norma che prevede l’azione di responsabilità del socio nei casi in cui sia stato “direttamente danneggiato” dalla condotta degli amministratori. L’esame della giurisprudenza della Corte di cassazione in ordine alla casistica sottoposta al suo esame, evidenzia che tale responsabilità, qualificata di natura aquiliana (la responsabilità erariale ha natura contrattuale), risulta nei fatti sostanzialmente inoperante, e limitata a mere ed astratte ipotesi “di scuola”. In buona parte della giurisprudenza, l’unico danno diretto riconosciuto è il danno all’immagine dell’amministrazione partecipante, nel caso in cui l’amministratore abbia posto in essere condotte che integrano fattispecie di reati propri (quali peculato, corruzione), il cui previo accertamento, con sentenza penale di condanna passata in giudicato, costituisce il presupposto per potere essere esercitata l’azione di responsabilità amministrativa per danno all’immagine. Azione, quindi, che può essere esperita solo a distanza di molti anni dalle condotte, ad esito di un processo penale normalmente lungo e che spesso si conclude con l’accertamento dell’intervenuta prescrizione, anziché con la condanna dell’imputato”. Così M.T. POLITO, *Il controllo e la giurisdizione della Corte dei conti*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018, 535.

<sup>205</sup> Da ultimo, Cass., SS. UU, ord., 27 dicembre 2019, n. 34471, in *Foro it.*, 2020, ha ribadito i medesimi principi già affermatasi nella giurisprudenza *ante* riforma, affermando che “in tema di società di capitali a partecipazione pubblica, queste Sezioni Unite hanno affermato da tempo che la giurisdizione in ordine all’azione di responsabilità promossa nei confronti degli organi di gestione e controllo spetta all’Autorità giudiziaria ordinaria, essendo la società dotata di autonomia giuridica e patrimoniale rispetto al socio pubblico, nonché di personalità giuridica di diritto privato, la quale non viene meno per il solo fatto che il capitale sia alimentato (totalmente o parzialmente) da conferimenti dello Stato o di un altro soggetto pubblico, e di un’organizzazione societaria di stampo civilistico, con la conseguenza che tra l’agente e l’ente titolare della partecipazione non è configurabile un rapporto di servizio, idoneo a radicare la giurisdizione della Corte dei conti (cfr. Cass., SS.UU., 27/10/2016, n. 21692; 13/11/2015, n. 23306; 19/12/2009, n. 26806)”.

affermazione in relazione alle società *in house*<sup>206</sup>: ciò che desta maggiori perplessità è l'assunto che pare essere alla base della disposizione, ovvero che, in presenza di un rapporto di servizio tra società ed amministrazione, la prima scompaia, con la conseguenza che ogni danno ad essa cagionato è un danno sempre e comunque diretto al patrimonio dell'ente<sup>207</sup>. E se ciò appare anzitutto in contrasto con il dato formale, che vuole la società *in house* dotata di personalità giuridica e dunque per ciò solo distinta dell'amministrazione che la partecipa<sup>208</sup>, non può non rilevarsi come una disposizione di questo genere risulti anche lesiva delle ragioni dei terzi, mettendo in discussione l'esperibilità di parte di quegli strumenti che l'ordinamento preordina alla loro tutela<sup>209</sup>.

D'altro canto, la norma in commento appare distonica e difficile coordinamento anche con le norme riferite alla sottoponibilità delle società *in house* alle procedure concorsuali, non solo perché l'esperibilità della tutela di cui agli artt. 2392 e ss. c.c. è un problema che dovrà porsi anche un futuro curatore di società *in house* in liquidazione, ma soprattutto perché pare qui totalmente negata l'idea che in quella sede si era manifestata in modo palese, ovvero che, indipendentemente dalla funzione o dall'attività svolta dalla società *in house*, su di

---

<sup>206</sup> Un approccio più moderato è appunto quello seguito da. Cass., SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406, in *IlSocietario.it*, 14 dicembre 2018, con nota di V. GUERRERI, *È possibile il concorso tra responsabilità civile e contabile degli amministratori di società in house?*, ove si è affermato che quanto prescritto dal TUSP non osta a che la curatela possa esperire le azioni “ai sensi degli artt. 2392, 2393, 2394, 2485 e 2486 c.c., art. 2497 c.c., comma 2, artt. 2394-bis, 2407 e 2043 c.c., nonché della L. Fall., art. 147”. In dottrina, per tale posizione: C. IBBA, *Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo unico*, in *Dir. ec.*, 2017 ed E. CODAZZI, *Le società in house*, cit., 140 ss.

<sup>207</sup> In argomento, cfr. F. CINTOLI, *Società in mano pubblica: interesse sociale e nuove qualificazioni nella giurisprudenza e nella riforma del d.lgs. n. 175 del 2016*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017.

<sup>208</sup> Proprio in virtù della disposizione in commento, M. PERRINO, *Responsabilità degli organi di amministrazione e controllo di società a partecipazione pubblica (anche in house) e riparto di giurisdizione*, in *Le società a controllo pubblico*, a cura di R. URSI – M. PERRINO, Torino, 2020, 171 ss, esclude che si possa parlare di società *in house* come di un soggetto autonomo rispetto alla pubblica amministrazione che lo partecipa.

<sup>209</sup> Come sottolineato da C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. IBBA, 32, l'applicazione di una responsabilità contabile in luogo di quella civilistica tradisce “il legittimo affidamento dei terzi circa l'applicazione di un regime conforme all'etichetta societaria con la quale questi enti si presentano ai terzi attraverso il sistema di pubblicità legale”.



essa convergano *anche* interessi che non sono riferibili al soggetto pubblico che la partecipa e che, al pari di quelli pubblici, sono pienamente meritevoli di tutela e ciò non solo quando la società è in crisi, ma ancor di più quando è *in bonis*<sup>210</sup>. Tali perplessità non sembrano però risolvibili sul piano della disposizione in commento, atteso che, così procedendo, si invertirebbero i termini del problema, dimenticando cioè che la *ratio* che conduce alla formulazione di una simile norma si fonda sul principio per cui il rapporto *in house* sia riconducibile a quello di pieno dominio. Se, dunque, tutto si origina dalla considerazione per cui la relazione di controllo analogo comporta una tale perdita di autonomia della società, da causare la sua qualificazione in termini di organo<sup>211</sup> – a cui

---

<sup>210</sup> In dottrina, in particolare, C. ANGELICI, *In tema di «socio pubblico»*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017, 81, il quale – dopo aver riflettuto sull'importanza del principio di canalizzazione – sottolinea che “non è “l'alterità soggettiva” a rilevare, Non rileva, cioè, che la società *sia* un autonomo centro di interessi, ma in che rapporti si pongano gli interessi che su di essa si puntualizzano. Sicché se si riconosce, come appare necessario, che fra tali interessi sono presenti anche quelli dei creditori, e che la destinazione del patrimonio sociale serve pure e in primo luogo al loro soddisfacimento, ancora non può considerarsi dimostrato che la specificità della società *in house* è in grado di giustificare un superamento del principio di “canalizzazione” e della tutela che con esso si fornisce appunto ai creditori sociali”. V., anche, F. D'ANGELO, *La società “in house” quale “elemento normativo della fattispecie” nell’“interpositio legislatoris” sulla giurisdizione contabile recata dal T.U. società partecipate*, in *Gazzetta forense*, 2018, 968, secondo cui: “la specifica attribuzione alla giurisdizione della Corte dei conti delle azioni relative al danno erariale lascia chiaramente intendere la configurabilità di un danno non erariale, al cui ristoro, soprattutto con riferimento alla posizione dei creditori sociali, non è idonea, e pertanto non può avere alcuna efficacia ostativa alle azioni proponibili davanti al giudice ordinario”. In relazione al sacrificio dei diritti dei creditori e quindi circa la possibilità che ciò comporti la sostanziale sterilizzazione della funzione inderogabile di garanzia del capitale sociale, cfr: C. ANGELICI, *Conclusioni*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. IBBA, 317 ss.; C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, cit., 2018, 472; V. TENORE, *Ancora sulla (auspicabile) giurisdizione contabile per i danni arrecati dagli amministratori delle società a partecipazione pubblica alla luce dell'art. 12, d.lgs. n. 175 del 2016*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017; L. TORCHIA, *Socio e società di fronte alla responsabilità per danno erariale dopo il Testo Unico*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. IBBA, 211 ss. E già *ante* riforma, E. TEDESCHI, *La responsabilità degli amministratori delle società in house e la tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 405 ss.; K. MARTUCCI, *Impresa pubblica e forma societaria: quale responsabilità per gli amministratori di società in house?*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 259 ss.; G. RIOLFO, *Attività «in-house» e modello organizzativo delle società di capitali: dalle forme di governance interne alla disciplina della direzione e coordinamento per la configurazione del «controllo analogo»*, in *An. giur. econ.*, 2015, 537 ss.;

<sup>211</sup> Nega, in particolare, la possibilità di riqualificare la società *in house* in senso pubblicistico, F. GOISIS, *La giurisdizione contabile sulle società in mano pubblica: un presidio per la necessaria*

naturalmente non può più ascrivere alcun interesse proprio e che perde ogni connotazione privatistica<sup>212</sup> – allora la scelta più opportuna non può essere che ritornare sul requisito che caratterizza il modello, animati dal dubbio che la relazione di controllo analogo possa non determinare un dominio sulla società, atteso che questo determinerebbe un irrisolvibile contrasto con la disciplina codicistica.

---

*redditività dell'investimento pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, 48, ove l'Autore afferma che consentire una sua riqualificazione, oltre a ledere "l'affidamento dei terzi che con esse vengano a contatto", sarebbe anche "irragionevolmente" discriminatorio per gli amministratori-dipendenti di società in house, che sarebbero sottoposti ad una regola differente rispetto a quella applicabile agli organi sociali delle altre società partecipate. L'Autore ritiene, inoltre, che, anche a fronte delle scelte compiute in materia concorsuale, "la giurisdizione contabile non può spiegarsi in un'ottica di riqualificazione sostanziale come enti pubblici, ma deve, mi sembra, ricercare la sua ratio nella garanzia dello scopo di lucro". Invero, oltre che alla disciplina della crisi, anche quella concernente la giurisdizione in materia giuslavoristica pare inquadrare la società in house in ambito privatistico, come risulta anche da un recente arresto dalla Corte di Cassazione, che ripercorrendo le scelte compiute in sede di riordino, ribadisce il principio secondo cui "le procedure seguite dalle società cosiddette in house providing per l'assunzione di personale dipendente sono sottoposte alla giurisdizione del Giudice ordinaria": v. Cass., SS.UU, 27 marzo 2017, n. 7759, in *Foro it.*, 2017, 1526 ss.

<sup>212</sup> Tali profili verranno approfonditi nel proseguo del lavoro, ma preme qui sottolineare come la specialità delle regole di *governance*, distintamente graduate per i singoli modelli di società a partecipazione pubblica, sottenda un diverso bilanciamento tra interesse sociale ed interesse pubblico, a seconda del diverso grado di funzionalizzazione dell'agire societario al perseguimento del secondo. Sul punto, in particolare, v.: M. CLARICH, *La specialità: interesse sociale vs. interesse pubblico*, in *Le società a controllo pubblico*, a cura di R. URSI – M. PERRINO, Torino, 2020, 23 ss; cfr. F. CAMPOFILONI, *Interesse pubblico e causa lucrativa: la difficile riconciliazione tra finalità lucrative e provenienza pubblica delle risorse*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018, 411; F. CINTOLI, *Società in mano pubblica: interesse sociale e nuove qualificazioni nella giurisprudenza e nella riforma del d.lgs. n. 175 del 2016*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017, 232 s.

## CAPITOLO II

### IL CONTROLLO ANALOGO

*SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La pluralità di nozioni di controllo: l'inquadramento sistematico dell'art. 2359 c.c.. 2.1. Il ruolo dell'art. 2359 c.c. nel TUSP: le nozioni di controllo pubblico e di controllo pubblico analogo. 3. L'art. 2359 c.c.: gradazioni di influenza ed oggetto del controllo. 3.1 Il controllo congiunto nella nozione civilistica. 4. Elementi del controllo analogo: a) il ricorso all'analogia. 4.1. (Segue): b) l'influenza determinante e il suo significato. 4.2. (Segue): c) l'oggetto dell'influenza e gli strumenti per esercitarla. 5. L'accertamento della sussistenza del controllo analogo. 6. Le condizioni per l'imputazione congiunta del controllo analogo. 6.1. (Segue) Il contratto di servizio. 7. Controllo analogo ed attività di direzione e coordinamento. 7.1. La nozione di controllo e l'attività di direzione e coordinamento (rinvio). 7.2. L'abuso dell'attività di direzione e coordinamento e la sua imputazione al socio pubblico. 7.3. L'esenzione per lo Stato dalla responsabilità ex art. 2497, co. 1, c.c. (art. 19, co. 6, d.l. 78/2009, conv. in l. 102/2009).*

#### **1. Premessa.**

Come si è avuto modo di apprezzare in sede di analisi della normativa, l'elaborazione del TUSP ha richiesto una delicata opera di mediazione tra istanze ed interessi che si collocano istituzionalmente agli antipodi. La necessità di armonizzare la normativa precedente, lacunosa e frammentaria, ha condotto il legislatore ad approntare un *corpus* normativo che recupera ordine ed organicità attraverso la scomposizione del fenomeno delle società a partecipazione pubblica in distinti sottoinsiemi normativi, a cui viene dedicata una specifica disciplina e che si differenziano gli uni dagli altri sotto due profili di matrice giuscommercialistica: l'assetto proprietario della società partecipata ed il potere di controllo che la pubblica amministrazione è in grado di esercitare su questa.

In virtù di tali parametri, si descrivono due macro insiemi normativi, l'uno sintetizzato dalla categoria delle società a partecipazione pubblica – che risultano

essere tali per il solo fatto che parte del capitale è stato sottoscritto da un'amministrazione – e l'altro esemplificato da una sua sottocategoria, quella delle società a controllo pubblico, per le quali la partecipazione assume rilevanza nella sola misura in cui sia in grado di assicurare all'ente aggiudicatore il controllo della società partecipata. All'interno di tale sottoinsieme normativo si collocano le società miste ed *in house*, fattispecie che si distinguono l'una dall'altra, non tanto (o non solo) per la parziale o totale riconducibilità della partecipazione sociale ad una amministrazione pubblica, quanto più per la maggiore o minore ingerenza che l'ente socio è tenuto ad esercitare sulla controllata, al fine di poterle legittimamente affidare in via diretta il compimento di un'opera o l'erogazione di un servizio pubblico.

Nella sua opera di categorizzazione del fenomeno, il TUSP sceglie dunque di attribuire alla nozione di controllo una funzione normativa – atteso che la sua ricorrenza determina l'applicazione di speciali statuti di norme – e ne enuncia due definizioni: l'una all'art. 2, co. 1, lett. b), ove si statuisce che per controllo pubblico si intende “la situazione descritta dall'art. 2359 c.c.”; l'altra all'art. 2, co. 1, lett. c), nel quale viene enunciata la nozione di controllo pubblico “analogo a quello esercitato sui propri servizi”. Tale controllo – che, si ricorda, determina la qualificazione della società come *in house*, quando risultino integrati anche gli altri requisiti di cui all'art. 16 TUSP – ricorre ogni qual volta l'amministrazione sia in grado di esercitare “un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata”. A fronte di quanto previsto agli artt. 2 e 16 TUSP – ambedue prodotto del pedissequo recepimento delle definizioni fornite dalle Direttive Europee 2014/23, 2014/24 e 2014/25 – appare chiaro che la nozione di controllo analogo riveste un'importanza definitoria chiave, sia perché si presenta come un controllo pubblico qualificato, sia perché per poterlo realizzare si ammettono deroghe alla disciplina del tipo.

In considerazione di ciò, pare opportuno sottoporre la nozione di controllo analogo ad una più attenta riflessione, iniziando dal qualificarlo come una delle differenti nozioni di controllo presenti all'interno del nostro ordinamento. Successivamente, e per ragioni metodologiche che appariranno chiare nel

proseguo, ci si concentrerà sul controllo societario, per poter operare un confronto tra questo e il controllo analogo a valle della trattazione concernente gli attributi definitori di quest'ultimo. Tale disamina è finalizzata a comprendere se il controllo analogo possa considerarsi integrato solo quando la pubblica amministrazione eserciti sulla società un dominio assoluto, esorbitante per intensità ed ampiezza da quello esercitabile da un normale socio di controllo secondo le regole proprie del diritto commerciale. Una volta vagliati tali profili, la trattazione si concentrerà sulle ricadute applicative.

## **2. La pluralità di nozioni di controllo: l'inquadramento sistematico dell'art. 2359 c.c.**

Come è noto, il legislatore ha fatto ricorso al significante 'controllo' in vari settori disciplinari, utilizzando il medesimo termine in due diverse accezioni: talvolta, come sinonimo di 'vigilanza', talaltra, come concetto che rievoca una relazione tra due soggetti, il primo, con il potere di condizionare le decisioni e/o l'agire altrui, il secondo, in posizione di soggezione rispetto al primo<sup>213</sup>. In questa seconda accezione e sul piano meramente linguistico, il significato della parola 'controllo' è strettamente legato al concetto di influenza, che si atteggia a suo sinonimo ed è definita dal vocabolario della lingua italiana come "la possibilità di intervenire nella determinazione o nella modificazione di un fatto"<sup>214</sup>.

Nel diritto positivo, la nozione di controllo – intesa nella sua seconda accezione – è tutt'altro che scontata o univoca, atteso che la sua originaria unitarietà è stata progressivamente messa in discussione dalla sussistenza, all'interno del nostro ordinamento, di plurime definizioni, una sola delle quali è contenuta all'interno del codice civile (art. 2359 c.c.). Il rapporto intercorrente tra la definizione civilistica e quelle formulate dalla legislazione speciale è stata lungamente discussa in dottrina, con esiti interpretativi che vanno dal considerare

---

<sup>213</sup> M. STELLA RICHTER, *I "controlli" nelle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Soc.*, fasc. 5, 2018, 1367.

<sup>214</sup> G. DEVOTO - G.C. OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Milano, 2014.

l'art. 2359 c.c. norma a carattere generale – da assumere a criterio guida dell'interpretazione di ogni altra norma di rango speciale<sup>215</sup> – all'assegnarle una rilevanza solo residuale<sup>216</sup> o, anche, a qualificarla come norma dotata delle “caratteristiche strutturali minimali comuni a tutte le varianti definitorie”, rispetto alla quale le norme speciali avrebbero “contenuto pienamente derogatorio, con efficacia meramente settoriale”<sup>217</sup>.

Parte essenziale di tale dibattito è stata individuare quali fossero gli elementi definatori della nozione di controllo, mediante il confronto tra le singole norme. Tale operazione ha infatti messo in luce che, in ognuna di queste, il controllo viene definito attraverso il ricorso al concetto di influenza. Provando a identificare quale fosse il ruolo svolto da questa all'interno delle nozioni considerate, la dottrina è giunta a risultati opposti: per taluni, infatti, l'influenza dominante e quella determinante rappresentano il predicato essenziale ed irrinunciabile del controllo<sup>218</sup>; per altri, invece, l'unico elemento comune a tutte le nozioni è la relazione tra soggetto ed impresa, intesa questa come “l'essenza logica”<sup>219</sup> delle diverse definizioni elaborate dal legislatore. Secondo tale ultima ricostruzione, in particolare, gli aggettivi dominante e determinante sono solo alcune delle “variabili degli elementi costitutivi del controllo”<sup>220</sup>, che, al pari di altre, donano maggiore analiticità alla definizione di volta in volta adottata.

---

<sup>215</sup> Così espressamente P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. Soc.*, 1992, 16; G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Vol. 3, Tomo 1, Torino, 1994, 681; G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e diritto delle società*, Roma, 1989, 15. In via incidentale, sulla natura generale dell'art. 2359 c.c. anche: B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, 60; G. ROSSI, *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate*, in *Riv. soc.*, 1991, 1371; G. SBISA, *Società e imprese controllate nel d.l. 9 aprile 1991, n. 127*, in *Riv. soc.*, 1992, 908; L.A. BIANCHI, *La nuova definizione di società controllate e collegate*, in *La nuova disciplina dei bilanci di società*, diretto da M. Bussoletti, Torino, 1993 3 ss.; G. OLIVIERI, *Il bilancio consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. COLOMBO – G.B. PORTALE, 7, 680.

<sup>216</sup> M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 458 ss.

<sup>217</sup> Ambedue i virgolettati di M. LAMANDINI, *Il “controllo”. Nozioni e “tipo” nella legislazione economica*, Milano, 1995, 68 s.

<sup>218</sup> *Ivi*, 80.

<sup>219</sup> M. NOTARI, *La nozione di “controllo” nella disciplina antitrust*, Milano, 1996, 204, in part. nt. 113.

<sup>220</sup> *Ivi*, 206.

Ciò che emerge dal dibattito dottrinale è che il controllo si atteggia a nozione di relazione, nel senso che la sua definizione viene plasmata dal legislatore, per funzionalizzarla alle finalità della disciplina all'interno della quale è inserita: detto altrimenti, ogni qual volta il legislatore provvede a qualificare il controllo attraverso specifici parametri variabili, lo scopo a cui ciò tende è selezionare le relazioni di controllo, a cui sarà applicata una determinata normativa<sup>221</sup>. Ciò, però, non nega la funzione interpretativa dell'art. 2359 c.c., non solo perché a ciò si oppone la sua collocazione sistematica, ma soprattutto perché il farvi rinvio – come spesso accade – crea un *fil rouge* tra nozioni, che trascende i confini della funzionalità normativa delle stesse. D'altro canto, però, per poter ricondurre la norma speciale in quella di cui all'art. 2359 c.c., non è sufficiente prendere atto di ciò, ma anzi è necessario, da un lato, valutare quale sia la funzione che il rinvio svolge e, dall'altro, scomporre le singole definizioni, distinguendo gli elementi costitutivi del 'controllo' dai suoi parametri variabili<sup>222</sup>.

## **2.1. Il ruolo dell'art. 2359 c.c. nel TUSP: le nozioni di controllo pubblico e di controllo pubblico analogo**

Nell'ambito del TUSP, in particolare, la tecnica del rinvio viene utilizzata con riferimento alla nozione di "controllo pubblico" di cui all'art. 2, co.1, lett. b), che richiama l'art. 2359 c.c., precisando che tale controllo può imputarsi anche congiuntamente a più amministrazioni. Sul piano funzionale, predetta norma permette di identificare la relazione che deve sussistere tra pubblica amministrazione e società, perché a quest'ultima possa applicarsi lo statuto speciale delle società a controllo pubblico. In tale contesto definitorio, il rinvio all'art. 2359 c.c. non può considerarsi meramente materiale, atteso che ciò lo farebbe diventare essenzialmente pleonastico. Se anche il legislatore avesse

---

<sup>221</sup> *Ivi*, 210.

<sup>222</sup> Cfr. G. COTTINO, voce *Società*, III, *Gruppi di società.*, in *Enc. Giu. Treccani*, XXIX, Roma 1993, 7, il quale, riferendosi al gruppo, sottolinea la necessità di tenere distinti i "criteri di identificazione della fattispecie" dagli "elementi assunti dalla legge o assumibili dall'interprete come prove o indizi dell'esistenza della fattispecie". Sul punto, *amplius*, M. LAMANDINI, *Il "controllo"*, cit., 69 ss.

omesso di enunciare la definizione, infatti, avremmo comunque ricondotto la nozione di controllo pubblico a quella civilistica, in applicazione del principio di proporzionalità delle deroghe di cui all'art. 1, co. 3, TUSP. Inoltre, negare la rilevanza di tale rinvio vorrebbe dire tradire la *ratio* sottesa alla sistematica del TUSP, ove la specialità degli statuti applicabili alle società a partecipazione pubblica generalmente intese aumenta in proporzione all'incremento dell'intensità della relazione di controllo tra pubblica amministrazione e partecipata.

In ragione di ciò, pare allora che possa ascriversi alla definizione di controllo pubblico ed al richiamo all'art. 2359 c.c. una funzione ulteriore, che potremmo definire a carattere transitivo: essa cioè funge “da cerniera” tra la norma civilista, ritenuta generale, e la nozione di controllo analogo, da intendersi quale specificazione di quella di controllo pubblico. Come si è già avuto modo di precisare, infatti, la società *in house* altro non è un particolare modello di società a controllo pubblico, che si differenzia da questa in virtù della specifica intensità, che deve connotare la relazione di controllo. Se tale è il rapporto che intercorre tra i due modelli, pare allora che il combinato disposto tra l'art. 2, co.1, lett. b) e lett. c) faccia rientrare la nozione di controllo analogo in quella di controllo pubblico, collocando, di conseguenza, entrambe in quella più generale di controllo societario<sup>223</sup>.

Siffatta ricostruzione potrebbe, invero, essere smentita dalla precipua funzione che il controllo analogo svolge nel Testo Unico e, più in generale, nel Codice appalti. Come si evince anche dal testo del d.lgs. n. 50 del 2016, infatti, la nozione di controllo analogo è elaborata al fine di creare un'area di disapplicazione della disciplina concernente le procedure di evidenza pubblica. In accordo con i principi europei, il legislatore ammette che ciò possa verificarsi nel solo caso in cui il potere di condizionamento della pubblica amministrazione assuma una determinata intensità, qui descritta mediante la locuzione “influenza determinante”. Tale qualificazione della nozione di controllo – insieme anche all'analogia e agli specifici “oggetti” su cui l'influenza deve esercitarsi – ha

---

<sup>223</sup> Cfr. F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP*, in Studio n. 228-2017/I, Consiglio Nazionale del Notariato, 3.



condotto alcuni interpreti a ritenere che, per la sua integrazione, sia necessario l'esercizio di un potere di intensità ed ampiezza tale da generare una vera e propria situazione di dominio della pubblica amministrazione sulla società<sup>224</sup>. A sostenere ciò sono, in particolare, dottrina e giurisprudenza amministrativiste, le quali affermano che il controllo analogo esorbiti dall'area del controllo societario in accordo con i principi sanciti in sede europea, che vogliono la società *in house* gerarchicamente subordinata alla pubblica amministrazione ed in un rapporto di delegazione interorganica con questa. In virtù delle sue peculiarità e degli approdi interpretativi cristallizzatisi in Europa, il controllo analogo diventerebbe così una nozione di diritto singolare<sup>225</sup>.

Pare, però, che tale conclusione sia da rigettare: il percorso argomentativo che a questa conduce, infatti, non appare metodologicamente corretto, nella misura in cui si assume che l'ordinamento italiano abbia recepito *tout court* i principi europei per il solo e semplice fatto che la definizione di controllo analogo e la sua funzione siano state mutate dalle Direttive Europee citate ed inserite nel TUSP. Invero, ciò non corrisponde all'evidenza testuale di fronte alla quale il Testo Unico pone l'interprete, atteso che esso inquadra il controllo pubblico, anche analogo, all'interno della nozione di cui all'art. 2359 c.c., considerato che espressamente lo richiama, anche se avrebbe potuto astenersene. Inoltre, l'argomento funzionale non pare dirimente anche sotto un altro profilo: come

---

<sup>224</sup> P. ROSSI, *Le "nuove" società in house nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune*, 23 febbraio 2018, disponibile su [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it).

<sup>225</sup> Così, implicitamente, F. SUCAMELI, *La tormentata nozione di "controllo pubblico" nel TUSP*, disponibile su [www.dirittoeconomi.it](http://www.dirittoeconomi.it), il quale ritiene che lo stesso controllo pubblico sia una nozione di diritto singolare. Cfr. anche, M. LAMANDINI, *Sub. art. 2359 c.c.*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. ABBADESSA – G. B. PORTALE, Milano, 2016, 747 ss; M. GARCEA, *Controllo di società e situazioni giuridiche non proprietarie della partecipazione sociale*, in *Studio n.63-2020/I*, Consiglio Nazionale del Notariato, 5. Anche per l'ANAC [rispettivamente, delib.15 febbraio 2017 n. 235 e 20 settembre 2017 n. 951, Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori; Atto di orientamento della Struttura di controllo e monitoraggio del MEF, 15 febbraio 2018] la nozione di controllo contenuta nel TUSP è una nozione di diritto singolare elaborata "ai fini" precisi del Testo Unico stesso, che non deve cioè necessariamente ricondursi alla nozione di diritto comune. In senso conforme a questo orientamento si sono espresse le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti e anche le Sezioni riunite del controllo. In senso conforme a questo orientamento si è espressa la Corte dei Conti, 22 maggio 2019, n. 16/2019/EL. V., *amplius*, nt. 273.

precisato nel precedente paragrafo, la relazionalità della nozione di controllo non nega la portata generale della nozione civilistica, stante appunto il suo espresso richiamo.

Posto che tale norma è da ritenersi generale per le ragioni dette, per poter risolvere i dubbi circa l'effettiva intensità dei poteri di controllo richiesti e, quindi, comprendere se ed in che misura il potere di condizionamento richiesto dalla nozione speciale superi quello contenuto all'interno dell'art. 2359 c.c., occorre dunque operare un più analitico confronto tra le due definizioni, iniziando da quella civilistica.

### **3. L'art. 2359 c.c.: gradazioni di influenza ed oggetto del controllo.**

Pur non definendo in maniera espressa la nozione di controllo, l'art. 2359 c.c. identifica in quali situazioni una società possa considerarsi sottoposta al controllo di un'altra, enucleando tre fattispecie: il "controllo interno di diritto", il "controllo interno di fatto", il "controllo "esterno"<sup>226</sup>. La norma provvede, cioè, ad enunciare le sole situazioni in cui la relazione di controllo può dirsi sussistente, ma tutto ciò che qualifica il controllo societario dal punto di vista strutturale deve essere sostanzialmente desunto mediante interpretazione<sup>227</sup>.

Così, sotto il profilo soggettivo attivo e passivo, si ritiene che il controllo societario possa realizzarsi solo tra due società<sup>228</sup>. In questo rapporto soggettivamente vincolato, ciò che distingue le singole fattispecie enucleate all'interno dell'art. 2359 c.c. è lo strumento che garantisce l'esercizio potenziale

---

<sup>226</sup> In generale, in commento alla disciplina contenuta all'interno dell'art. 2359 c.c., cfr.: M. NOTARI - J. BERTONE, *Sub art. 2359 - Società controllate e società collegate*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI - L.A. BIANCHI - F. GHEZZI - M. NOTARI, 668; M. LAMANDINI, *sub artt. 2359-2359-quinquies*, in *Società di capitali, Commentario*, a cura di G. NICCOLINI - A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004; ID., *Sub. art. 2359 c.c.*, cit., 747 ss., B. G. DONVITO, *Sub art. 2359: società controllate e società collegate*, in *Commentario delle società*, a cura di G. GRIPPO, Torino, 2009, 384 ss.; G. LO CASCIO, *Sub art. 2359*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2003, 202 ss.; A. MAFFEI ALBERTI, *Sub art. 2359*, nel *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2017, 480 ss.

<sup>227</sup> M. LAMANDINI, *Sub. Art. 2359 c.c.*, cit., 747 ss;

<sup>228</sup> M. NOTARI - J. BERTONE, *Sub art. 2359*, cit., 717 ss. Si escludono invece generalmente le società di persone: A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate - I gruppi*, cit., 589.

del potere di influenza. La prima e la seconda ipotesi sono difatti caratterizzate da una relazione di controllo, che si giustifica in virtù del possesso di partecipazioni sociali e della titolarità dei diritti di voto che queste attribuiscono – ragion per cui tale controllo si definisce interno –, mentre la terza dà rilevanza ad una fonte esterna di tipo contrattuale.

Le singole fattispecie, distinte in ragione della ‘fonte’ del controllo, vengono ricondotte ad unità dal concetto di influenza dominante, che, pur ricorrendo solo nella seconda e terza fattispecie, si ritiene caratterizzi anche la prima sotto il profilo dell’intensità del controllo richiesto, atteso che la possibilità di condizionare l’agire della controllata è conseguenza diretta della disponibilità della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea<sup>229</sup>. Come sottolineato dalla dottrina, la prima e la seconda fattispecie si distinguono per il diverso grado di potere che il socio è in grado di esercitare sulla controllata: nel primo caso esso è assoluto, poiché egli detiene la maggioranza assoluta dei voti in assemblea ordinaria; nel secondo solo relativo, perché si tratta di una influenza necessariamente condizionata dal grado di frammentazione della compagine sociale<sup>230</sup>. Il controllo può, inoltre, essere indiretto, atteso che, ai fini dell’integrazione di quello interno, il computo delle maggioranze deve considerare anche i voti spettanti a società controllate, oltre che a società fiduciarie ed a persona interposta<sup>231</sup>.

Da ultimo, poi, la terza fattispecie, quella del controllo c.d. “esterno”, in cui, come detto, l’influenza dominante si realizza non attraverso il coinvolgimento assembleare, ma mediante dei vincoli contrattuali che legano controllante e controllata. Benchè si tratti anche in questo caso di una nozione a carattere relazionale, il ricorso ad una fonte contrattuale ha suscitato non poche perplessità

---

<sup>229</sup> Cfr. V. CARIELLO, *Sub art. 2497*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI - A. STAGNO D’ALCONTRES, Napoli, 2004, 687.

<sup>230</sup> Secondo M. NOTARI - J. BERTONE, *Sub art. 2359*, cit., 702 s., il controllo di diritto “rappresenta pertanto la fattispecie “tipica” del potere di influenza dominante”, che si configura come tale “solo nella situazione paradigmatica assunta dal legislatore come presupposto logico della definizione”, e cioè 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”.

<sup>231</sup> Cfr. M. LAMANDINI, *Sub. Art. 2359 c.c.*, cit., 746; M. NOTARI - J. BERTONE, *Sub art. 2359*, cit., 703.

in dottrina, in considerazione del fatto che, all'interno del contratto, potrebbe astrattamente essere formulato un vero e proprio diritto della controllante ad esercitare l'influenza sulla controllata, senza che ciò passi attraverso la sottoscrizione del suo capitale. In ragione della fonte del rapporto e delle sue potenzialità contenutistiche, la dottrina si è pertanto interrogata sull'ammissibilità nel nostro ordinamento del c.d. "contratto di dominazione"<sup>232</sup> ed altresì, più in generale, su quali fossero "particolari vincoli contrattuali" a cui la norma fa riferimento<sup>233</sup>.

Secondo un primo orientamento, il controllo contrattuale presuppone un dominio di una società nei confronti di un'altra, tale da non lasciare a quest'ultima alcun margine di autonomia: taluni Autori, in particolare, ritengono che l'espressione "particolari vincoli contrattuali" implichi la necessaria formulazione di specifiche clausole, che permettano alla controllante di influire sull'attività della controllata nel suo complesso e di indirizzarne "talune fondamentali scelte gestorie"<sup>234</sup>. Secondo altro orientamento, l'influenza dominante da controllo esterno farebbe riferimento al più generale concetto di dipendenza economica, cioè a situazioni in cui la sussistenza stessa del rapporto contrattuale risulta essenziale per l'attività di una delle società coinvolte<sup>235</sup>. Altra parte della dottrina, invece, ritiene che l'influenza dominante derivante da fonte contrattuale faccia riferimento a "situazioni giuridicamente rilevanti", che garantirebbero un'influenza gestionale e strategica di un'impresa su di un'altra: secondo tale tesi, pertanto, oggetto del contratto sarebbe l'attribuzione di un potere di direzione a favore della controllante<sup>236</sup>. Infine, vi è stato chi ha ritenuto che di particolare

---

<sup>232</sup> M. LAMANDINI, *Sub. Art. 2359 c.c.*, cit., 749 ss.

<sup>233</sup> Per una più ampia ricostruzione dei singoli orientamenti, cfr.: C. PASTERIS, *Il "controllo" nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Milano, 1957, 32 ss.; E. RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002, 20 ss.

<sup>234</sup> In tal senso G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 111.

<sup>235</sup> P. ABBADESSA, *I gruppi di società*, cit., 110 e G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., 293. Per una ampia ricostruzione della dottrina che sostiene tale tesi cfr. E. RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., 22, in part. nt. 16, ove l'Autore individua i contratti commerciali astrattamente in grado di determinare una situazione di tale tipo.

<sup>236</sup> M. LAMANDINI, *sub artt. 2359-2359-quinquies*, in *Società di capitali, Commentario*, a cura di G. NICCOLINI - A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, 407, ove l'Autore evidenzia che, a fronte della disciplina vigente in tema di attività di direzione e coordinamento e di gruppo paritetico

rilievo per la fattispecie fossero i contratti di finanziamento ed in particolare la c.d. *debt governance* o *lender governance*, locuzioni con cui si indica la possibilità che un creditore possa influire sulle scelte gestorie della società debitrice<sup>237</sup>.

Benchè si tratti di un profilo lungamente dibattuto, la dottrina oggi maggioritaria ritiene – anche in virtù di quanto previsto dall’art. 2497-*septies* c.c. – che il potere di condizionamento integrante l’influenza dominante possa realizzarsi attraverso contratti che pongono una società in condizioni di forte dipendenza economica rispetto ad un’altra<sup>238</sup>. Non è, dunque, necessario (o, più in generale, ammissibile) che il contratto riconosca alla controllante un vero e proprio diritto di imporre la sua volontà alla controllata, con il conseguente obbligo di quest’ultima di recepire *sic et simpliciter* le direttive della prima; anzi, si considera sufficiente che la controllante possa condizionare in concreto le decisioni della controllata, proprio in ragione della sua debolezza economica<sup>239</sup>. La norma non fa menzione di alcuna particolare decisione, tale che pare

---

cooperativo, l’oggetto dovrà essere considerato lecito se le direttive pongono in essere un’attività che, complessivamente considerata, non pregiudica l’interesse della controllata. Nello stesso senso, M. NOTARI - J. BERTONE, *Sub art. 2359*, cit., 688.

<sup>237</sup> E. RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., 65 e 74 ss. Secondo l’Autore, oltre alla dipendenza economica della controllata, un ulteriore elemento rilevante per la fattispecie è la durata del contratto. Giunta però alla conclusione che la durata non possa essere l’unico elemento da cui desumere che il relazione di controllo sia stabile, tale dottrina ha ritenuto opportuno ricorrere anche ad altri indici, quali la presenza di clausole anormale nella fonte contrattuale. Posto che questa dovrà, in ogni caso, determinare il condizionamento dell’attività di gestione della società controllata, si ritiene che tale effetto possa essere prodotto anche portando solo talune scelte gestorie all’esterno. Per una ricostruzione aggiornata del fenomeno e delle differenti soluzioni interpretative si rinvia a: L. PICARDI, *Il ruolo dei creditori fra monitoraggio e orientamento della gestione nella società per azioni*, Milano, 2013, in cui l’Autore si sofferma sulla *lender governance*, evidenziando come questa trovi attuazione principalmente attraverso l’inserimento di specifiche clausole, dette *debt o loan covenant*, all’interno dei contratti di finanziamento “con cui l’impresa finanziata assume nei confronti del debitore obblighi positivi (di fare) o negativi (di non fare o di patirne) da adempiere dopo la concessione del finanziamento” (*ivi*, 139). Suscitano, invece, dubbi di legittimità le clausole “che, superando il puro controllo finalizzato in via diretta alla garanzia del finanziamento concesso, si traducano in un’attività di controllo stabile e sistematico della gestione della società finanziata”: G. MOLLO – D. MONTESANTO, *Il controllo societario ne Testo unico della finanza. Problemi e prospettive di riforma*, in *Quaderni giuridici Consob*, 8, 2015, 23 e, per un approfondimento in tema, si rinvia, in particolare, a P. CUOMO, *Il controllo societario da credito*, Milano, 2013.

<sup>238</sup> Ad esempio, la fornitura, l’agenzia o il *franchising*. In argomento, cfr.: P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 328 ss.; per ulteriori riferimenti bibliografici v. M. NOTARI - J. BERTONE, *Sub art. 2359*, cit., 688, nt. 63.

<sup>239</sup> M. NOTARI - J. BERTONE, *Sub art. 2359*, cit., 689 ss.; cfr. anche M. NOTARI, *La nozione di “controllo”*, cit., 368, nt. 123.

ragionevole ritenere che assumano rilevanza, tra quelle a carattere gestorio, solo le più significative<sup>240</sup>.

Se, come accennato, la nozione di controllo societario pare svilupparsi attorno al concetto di influenza dominante in assemblea – qui intesa come potenzialità, nel senso che il controllo interno “di diritto” e “di fatto” sussistono indipendentemente dall’esercizio del potere di influenza<sup>241</sup> – l’art. 2359 c.c. richiama, invero, due diverse gradazioni di quest’ultima: accanto a quella dominante, si colloca, infatti, l’influenza notevole, attraverso la quale si identificano i casi di collegamento societario.

Posto che, l’aggettivo utilizzato richiama una “padronanza o potestà incontrastata”<sup>242</sup>, per influenza dominante pare doversi intendere il potere “incontrastato” di determinare la volontà sociale espressa dall’assemblea, attraverso i voti esercitabili in virtù della propria partecipazione al capitale<sup>243</sup>. Per contro, l’attributo “notevole” esemplifica una gradazione di influenza di minore intensità, atteso che tale aggettivo rievoca solo una “considerevole” capacità di

---

<sup>240</sup> Cfr. M. LAMANDINI, *sub artt. 2359-2359-quinquies*, cit., 409 e M. NOTARI - J. BERTONE, *Sub art. 2359*, cit., 688.

<sup>241</sup> Con riferimento al carattere potenziale del controllo interno, cfr.: M. LAMANDINI, *Sub. art. 2359 c.c.*, cit., 749 ss; M. NOTARI - J. BERTONE, *Sub. art. 2359*, cit., 701 ss.. Come evidenzia, in particolare, M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 278 – 281, devono distinguersi due profili: “[i] quello dello stesso concetto di influenza (che è idonea a configurare il controllo anche se non viene esercitata, ovvero sia 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 *ratio* di tale distinzione si apprezza, nello specifico, in relazione al controllo interno di fatto, per cui occorre chiedersi 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”. In tema, il medesimo Autore propende per un accertamento in concreto. Sul punto, in particolare, anche A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate - I gruppi*, cit., 582, nt. 2, secondo il quale, essendo la capacità di esercitare l’influenza un 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”.

<sup>242</sup> G. DEVOTO - G.C. OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Milano, 2014.

<sup>243</sup> Tale interpretazione parrebbe confermata dal legame già espresso tra le fattispecie di cui ai numeri 1) e 2) dell’art. 2359 c.c.: nel caso del controllo di fatto, il socio, pur non essendo in grado di esprimere una maggioranza assoluta in virtù della propria partecipazione e dei diritti di voto da essa dipendenti, finisce per poter esercitare un potere che è di intensità uguale a quella del numero 1), quando a questo concorrano plurime circostanze concrete. Cfr. M. NOTARI - J. BERTONE, *Sub art. 2359*, cit., 680 ss; V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all’attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, 4.

condizionamento: a mente dell'art. 2359, co. 3, c.c., infatti, essa “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”. Si tratta di presunzione semplice, che identifica la capacità di poter sì contribuire alla formazione della volontà sociale, senza mai poter però prevalere<sup>244</sup>.

In merito all'oggetto dell'influenza, d'altro canto, l'art. 2359 c.c. tace, con la conseguenza che tale parametro deve necessariamente ricavarsi dal contesto in cui si richiede che l'influenza venga ad essere esercitata, *id est*, l'assemblea ordinaria, le cui competenze – com'è noto – non attengono alla gestione dell'impresa, sebbene ad essa non siano completamente estranee: l'assemblea, infatti, ha sulla gestione un'influenza mediata, che discende direttamente dal potere di nominare e revocare coloro i quali sono chiamati a svolgere tale precipua funzione<sup>245</sup>. Se, pertanto, l'assemblea ha il potere di indirizzare l'attività gestoria in via indiretta, allora esercitare un'influenza dominante su una società vuol dire avere il potere non solo di incidere sulla formazione della volontà assembleare, determinandola, ma anche quello di condizionare, potenzialmente e/o indirettamente, la gestione della società mediante la nomina degli amministratori<sup>246</sup>.

### **3.1. Il controllo congiunto nella nozione civilistica.**

Sempre con riferimento alla nozione di controllo di cui art. 2359 c.c., uno degli aspetti più controversi e dibattuti in dottrina è certo quello concernente la possibilità che il controllo possa essere imputato congiuntamente a più soci, quando essi non siano singolarmente in grado di prevalere sugli altri. Dottrina

---

<sup>244</sup> Cfr. M. NOTARI - J. BERTONE, *Sub art. 2359*, cit., 691 ss; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 470 ss.

<sup>245</sup> M. CIAN, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2019.

<sup>246</sup> In argomento, cfr.: V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto*, cit., 3 s.; ID., *Controllo congiunto e accordi parasociali*, Milano, 1997, passim; M. LAMANDINI, *Sub. Art. 2359 c.c.*, cit., 749 ss.; MIOLA, *Le garanzie infragruppo*, Napoli, 1993, 28; M. NOTARI, *La nozione di “controllo”*, cit., 266; M. NOTARI - J. BERTONE, *Sub art. 2359*, cit., 668; A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate - I gruppi*, cit., 582; M. S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 479.

maggioritaria aveva fornito risposta negativa a tale quesito<sup>247</sup>, benchè non fossero mancate voci di segno contrario<sup>248</sup>. Le argomentazioni a sostegno della tesi negativa trovavano fondamento nella lettera dello stesso art. 2359 c.c., ove nell'identificare il soggetto attivo si utilizza un sintagma declinato solo al singolare ("un'altra società"). D'altro canto, l'impostazione stessa della norma pareva suggerire che il controllo societario potesse essere solo solitario, perché necessariamente esclusivo, atteso che la nozione di controllo definisce una situazione di potere e non di soggezione<sup>249</sup>.

Si era, però, ipotizzato che il controllo potesse essere espressione di più di un soggetto controllante, ovvero che fosse imputabile congiuntamente, in virtù di un patto parasociale avente ad oggetto l'esercizio del diritto di voto (il c.d. sindacato di voto o di controllo). Attraverso tale accordo, due più soci sarebbero stati in grado di integrare un controllo interno di diritto o di fatto, nel caso in cui avessero potuto disporre congiuntamente di più della metà dei voti esercitabili in

---

<sup>247</sup> Già prima della riforma organica del 2003, la tesi negativa era sostenuta, *ex multis*, da: L. A. BIANCHI, *L'«area di consolidamento» nella VII Direttiva CEE nella prospettiva della sua attuazione in Italia*, in *Riv. soc.*, 1987, 1250 ss.; A. CERRAI, *Le imprese editoriali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO – G. B. PORTALE, 8, Torino, 1992, 451; R. COSTI, *I sindacati di voto nelle leggi più recenti*, in *Giur. Comm.*, 1992, 32; R. COSTI – G. MINERVINI, *Due pareri su come vada inteso il "rapporto di controllo" in presenza di sindacati di voto (art. 4, comma 3, legge n. 1/1991)*, in *Contratto e impr.*, 1991, 1020-1022; V. DONATIVI, *I "confini" del controllo congiunto*, in *Giur. Comm.*, 1996, 553 ss.; P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, 1 ss. e, *amplius*, 10 ss.; ID., *La nozione di controllo nell'art. 10 l. n. 20/1991: la posizione dell'Isvap*, in *Riv. soc.*, 1992, 1478 s.; ID., *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in *I gruppi di società - Atti del Convegno internazionale di studi*, Milano, 1996, 1559; G. MINERVINI, *Il problema della validità dei sindacati di voto alla luce della legislazione più recente*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI – P. G. JAEGER, Milano, 1993, 35; ID., *I sindacati di blocco e di voto nella legge sull'OPA*, in *BBTC*, 1992, 479; MIOLA, *Le garanzie infragruppo*, cit., 39, in part. nt. 49; M. NOTARI, *La nozione di "controllo"*, cit., 270 ss.; R. NOBILI – M. VITALE, *La riforma delle società per azioni. Commento alla l. 7 giugno 1974, n. 216 e ai Decreti delegati*, Milano, 1975, 151; G. A. RESCIO, *I sindacati di voto*, cit., 679; G. ROSSI, *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate*, in *Riv. soc.*, 1991, 1370 ss., nt. 43; M. S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 487; G. VISENTINI, *La rilevanza della partecipazione a sindacati di voto nella configurazione del gruppo SIM*, in *Riv. soc.*, 1991, 245; G. VOLPE PUTZOLU, *Forme di integrazione fra imprese e gruppi di società*, in *Diritto commerciale*, Bologna, 1993, 623.

<sup>248</sup> V., in particolare: V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto*, cit., 5 ss.; ID., *Controllo congiunto*, cit., *passim*; M. LAMANDINI, *Appunti in tema di controllo congiunto*, in *Giur. Comm.*, 1993, 243 s.; ID., *Il "controllo"*, cit., 106 ss.

<sup>249</sup> Cfr., in particolare, R. COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, cit., 35; R. COSTI – G. MINERVINI, *Due pareri su come vada inteso il "rapporto di controllo"*, cit., 1020; M. NOTARI, *La nozione di "controllo"*, cit., 247 ss. e 266 ss.; M. NOTARI – J. BERTONE, *Sub art. 2359 c.c.*, cit., 68; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 470;



assemblea o di un numero di voti in concreto sufficiente all'approvazione delle delibere<sup>250</sup>.

La stessa dottrina che aveva già rigettato la configurabilità astratta del controllo congiunto ai sensi dell'art. 2359 c.c. rifiutava, però, anche una simile ricostruzione. In un sindacato che delibera a maggioranza, infatti, il controllo dovrebbe in ogni caso imputarsi individualmente, dal momento che: *a*) se uno dei soci aderenti al patto fosse in grado di esprimere da solo la maggioranza dei voti in sede parasociale, allora egli potrebbe astrattamente assumere il controllo di fatto anche sull'assemblea; *b*) se, per contro, nessuno dei predetti soci fosse in grado di esprimere la maggioranza nel sindacato, allora l'ipotesi che qualcuno di questi possa integrare un'influenza dominante in assemblea dovrebbe escludersi *a priori*, perché, in assenza di una maggioranza "parasociale", quella assembleare si formerebbe necessariamente volta per volta, con la conseguenza che in nessun caso potrebbe dirsi integrato il controllo in forma congiunta. Alle medesime conclusioni si dovrebbe giungere, del resto, anche nel caso in cui il sindacato deliberasse all'unanimità, atteso che, se ognuno dei paciscenti fosse in grado di esprimere solo un potere di veto, tale prerogativa non potrebbe mai determinare l'integrazione di un'influenza qualificabile come dominante, poiché all'interno di questa si colloca solo il potere di condizionare *in positivo* la volontà assembleare<sup>251</sup>.

Invero, anche a seguito dell'introduzione della disciplina dedicata ai patti parasociali (artt. 2341-*bis* e ss.) – in virtù della quale si ammette ora che possano essere stipulati accordi finalizzati a "stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società" ed aventi ad oggetto "l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano" – non si ritiene, appunto a fronte delle argomentazioni riassunte al precedente capoverso, che l'art. 2359 c.c. ammetta l'imputazione del controllo in forma congiunta, benchè non si possa negare che

---

<sup>250</sup> V., in particolare: V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto*, cit., 5 ss.; ID., *Controllo congiunto*, cit., passim; M. LAMANDINI, *Sub. art. 2359 c.c.*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. ABBADESSA – G. B. PORTALE, Milano, 2016, 754 s

<sup>251</sup> Cfr., in particolare, B. G. DONVITO, *Sub art. 2359*, cit., 396; G. LO CASCIO, *Sub art. 2359*, cit., 215; A. MAFFEI ALBERTI, *Sub art. 2359*, cit., 495 s; M. MIOLA, *Società quotate, controlli esterni e gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 48; M. NOTARI – J. BERTONE, *Sub art. 2359 c.c.*, cit., 68.

l'esistenza di un patto parasociale di voto possa determinare un rafforzamento della posizione del socio in assemblea.

#### **4. Elementi del controllo analogo: a) il ricorso all'analogia**

Per definire il controllo qualificante la relazione *in house*, il legislatore ricorre anzitutto ad una figura retorica, l'analogia: si statuisce infatti all'art. 2, co. 1, lett. c), che, per integrare la fattispecie, la pubblica amministrazione debba essere in grado di esercitare sulla società "un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi".

Tale elemento è forse quello che, più di tutti, pare evocare l'idea di una società pienamente inquadrata nella struttura organizzativa pubblica, in qualità di sua *longa manus*. Pare però che un simile assunto non possa essere supinamente accolto o rigettato senza prima interrogarsi sul termine "servizio", atteso che è solo partendo dall'individuazione del suo significato, che si può iniziare a ricostruire la nozione di controllo e comprendere se il legislatore italiano abbia voluto declinare il rapporto tra pubblica amministrazione e società come una forma di delegazione interorganica o di subordinazione gerarchica rispetto alla persona giuridica controllante.

Invero, il richiamo al concetto di servizio appare quanto mai oscuro, specie in considerazione del fatto che in nessun'altra norma del TUSP – né definitoria, né di disciplina – si fa uso di tale locuzione. In mancanza di norme interne al Testo Unico che possano fungere da criterio interpretativo, pare che gli unici altri strumenti a cui possa farsi ricorso siano i principi e le categorie proprie del diritto amministrativo, anche in ragione della funzione che la fattispecie in commento svolge all'interno della disciplina pubblicistica.

Considerato allora che la società *in house* si è anzitutto palesata come modello di gestione dei servizi pubblici locali, potrebbe ipotizzarsi che il riferimento ai "propri servizi" sia da intendersi come richiamo agli altri modelli di gestione dei servizi pubblici già presenti nell'ordinamento, e ciò anche in considerazione della genesi del TUSP, che, in quanto parte della più ampia

Riforma Madia, avrebbe dovuto essere accompagnato da un nuovo Testo Unico in materia di enti locali<sup>252</sup>. In virtù di ciò, dovrebbe, allora, cercarsi un punto di contatto tra la fattispecie *in house* e la gestione in economia, l'azienda speciale o l'ente-organo, ma diverse ragioni conducono ad accantonare tale ipotesi.

In primo luogo, il paragone con i singoli modelli predetti non porterebbe ad una analogia, ma ad una antitesi, considerando che ognuno di questi si distingue dalla società *in house* sotto molteplici profili, tra cui, ad esempio, il fatto che non a tutti è attribuita la personalità giuridica, a taluni tra questi non può in alcun modo ascriversi un carattere imprenditoriale e, soprattutto, in ogni modello il grado di autonomia gestionale ed organizzativa concesso è variamente declinato<sup>253</sup>.

In secondo luogo, l'ipotesi di ricondurre la società *in house* alle altre modalità di gestione dei servizi pubblici locali appare poco convincente anche in considerazione del fatto che una simile opzione interpretativa svuoterebbe integralmente di significato la scelta di recepire all'interno dell'ordinamento un modello come quello *in house*, la cui fortuna nella prassi è dovuta, appunto, a ciò che lo distingue dalle altre forme di gestione dei servizi pubblici, ovvero le sue potenzialità efficientistiche, dovute anzitutto all'adozione della forma societaria.

A fronte della non percorribilità di tale via, pare allora potersi ipotizzare che al termine "servizio" debba essere riconosciuto un significato tecnico più preciso. In assenza, come detto, di specifiche norme definitorie, le uniche che possano sostenere tale sforzo interpretativo sono quelle contenute all'interno delle Direttive europee, da cui il TUSP recepisce la definizione di società *in house* ed, anche, di controllo analogo. Sono, in particolare, i testi in lingua inglese, francese

---

<sup>252</sup> Si usa il condizionale in considerazione delle ben note vicende che hanno impedito al Testo Unico in parola di vedere la luce. Si veda, in particolare, la sentenza della C. Cost., 20 dicembre 2017, n. 261, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 4, del d. lgs. 25 novembre 2016, n. 219, "nella parte in cui stabilisce che il decreto del Ministro dello sviluppo economico dallo stesso previsto deve essere adottato «sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano», anziché previa intesa con detta Conferenza". A seguito di ciò, la delega in materia non è stata più esercitata.

<sup>253</sup> Per una puntuale ricostruzione delle differenze tra i singoli modelli, cfr.: M. S. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in *Tr. Dir. Amm.*, diretto da G. SANTANIELLO, Milano, 2003, 764; S. VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzatori. Lineamenti di teoria dell'Organizzazione*, in *Tr. Dir. Amm.*, Bologna, 1996, 566 ss.

e tedesca a far sovvenire il dubbio che l'utilizzo della termine "servizio" rappresenti, invero, solo una scelta di traduzione: in luogo di questo, i testi citati riportano, infatti, rispettivamente le parole "*departments*", "*services*" e "*Dienststellen*": benchè solo il primo appaia univocamente traducibile con il termine "ufficio", gli altri due ne conservano in ogni caso la medesima sfumatura di significato. Assunto che tale termine possa sostituirsi a quello di "servizio", occorre verificare che tipo di rapporto leghi l'ufficio all'amministrazione, per poter poi dedurre quali siano le effettive conseguenze del ricorso all'analogia.

Nel diritto amministrativo, il rapporto tra l'amministrazione ed i suoi uffici può configurarsi come una relazione gerarchica, di direzione o di coordinamento. Si ha gerarchia quando la relazione organizzativa implica che spetti all'amministrazione ogni "potestà di sovraordinazione (i.e., la programmazione, l'indirizzo, l'ordine, il controllo e l'avocazione)"<sup>254</sup>. Ciò include il potere d'ordine, ovvero la possibilità di prescrivere, "con atti generali o puntuali, le modalità di comportamento cui deve attenersi l'ufficio subordinato"<sup>255</sup>.

Se il rapporto di gerarchia implica dunque il potere di impartire direttive vincolanti, la direzione, d'altro canto, si configura come un relazione meno intensa della precedente: l'ufficio sovraordinato – lungi dall'essere dotato del potere di emanare direttive che impongano dei comportamenti – deve limitarsi ad indicare gli obiettivi da perseguire, individuando le priorità, ma riconoscendo all'ufficio inferiore l'autonomia di decidere circa le modalità di realizzazione in concreto<sup>256</sup>.

Da ultimo il coordinamento, inteso quale rapporto organizzativo che caratterizza le situazioni di equiordinazione. Questo può realizzarsi tramite un organo collegiale, nel quale tutti gli uffici equiordinati sono rappresentati, ed a cui viene assegnato il potere di coordinamento: esso non presenta punti di contatto con quello di direzione, dacchè è rivolto alla sola armonizzazione dell'attività

---

<sup>254</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2019, 205.

<sup>255</sup> G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 231.

<sup>256</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 178.

svolta dagli uffici a questo sottoposti (mediante, ad esempio, la raccolta di informazioni o il confronto di risultati)<sup>257</sup>.

Con riferimento alle società *in house*, appare chiaro che in nessun caso l'analogia di cui all'art. 2, co. 1, lett. c), TUSP possa intendersi come richiamo ad un rapporto di coordinamento, dal momento che il potere esercitabile sarebbe troppo blando per la relazione che la giurisprudenza europea richiede sussista tra pubblica amministrazione e società. Maggiormente rispondenti al paradigma comunitario appaiono, invece, la *gerarchia* e la *direzione* che, se pur con gradienti diversi, implicano un potere di condizionamento più simile a quello evocato dalla definizione di controllo analogo. Il discorso circa il rapporto intercorrente tra la pubblica amministrazione e la società *in house* si sposta quindi necessariamente sul piano dell'intensità e dell'ampiezza del potere di condizionamento, che non è perciò qualificato dall'analogia, ma dal concetto di influenza determinante.

#### **4.1. (Segue): b) l'influenza determinante ed il suo significato.**

Come premesso, il controllo analogo consiste nell'esercizio di un'"influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata". Rimandando al prossimo paragrafo la trattazione circa l'oggetto di tale potere di condizionamento, deve essere anzitutto segnalato che la definizione di cui all'art. 2, co. 1, lett. c), TUSP individua una specifica gradazione di influenza, qualificata attraverso l'utilizzo dell'attributo "determinante". L'aggettivo in esame, già nel linguaggio comune, si differenzia dalla sua controparte civilistica, considerato che – oltre ad essere sinonimo di "decisivo" – esso significa anche "che costituisce il presupposto causale assoluto di qualcosa"<sup>258</sup>.

Invero, non è la prima volta che il legislatore qualifica il potere di influenza attraverso tale attributo, considerato che il medesimo parametro definitorio ricorre nella nozione di controllo prevista in materia *antitrust*,

---

<sup>257</sup> R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 123.

<sup>258</sup> G. DEVOTO - G.C. OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Milano, 2014.

all'interno della l. n. 287 del 1990: in tale atto si definisce il controllo o, meglio, l'acquisto del controllo su un'impresa all'art. 7, inquadrando la fattispecie come una delle ipotesi di concentrazione di cui all'art. 5, l. cit.<sup>259</sup>. Sebbene la *ratio* che ispira la l. n. 287 del 1990 sia almeno in parte differente rispetto a quella sottesa alla normativa contenuta nel TUSP – considerato che, nella legge *antitrust*, la nozione di controllo è definita al fine di individuare quelle operazioni che potrebbero turbare il libero gioco della concorrenza, limitando l'accesso o ostacolando la permanenza degli agenti sul mercato<sup>260</sup> - si ritiene che, anche con riguardo al controllo analogo, il ricorso ad un attributo differente rispetto alla nozione di cui all'art. 2359 c.c. rappresenti una scelta precisa del legislatore<sup>261</sup>. Considerato che ambedue le normative sono state fortemente influenzate da principi e regole di derivazione comunitaria e che entrambe si pongono a presidio di istanze (diverse sì, ma comunque) attinenti alla tutela della concorrenza, pare che l'indagine circa il grado di pervasività del controllo analogo, definita ricorrendo al medesimo concetto di influenza determinante, possa essere condotta a partire dalle riflessioni svolte con riguardo alla nozione contenuta all'interno dell'art. 7, l. n. 287 del 1990.

Nel considerare il rapporto tra quest'ultima e la nozione civilistica, parte della dottrina ha individuato ciò che le distingue nella valenza positiva o negativa del potere di condizionamento che le connota: così, se per potersi parlare di influenza dominante è necessaria la “positiva determinazione delle scelte altrui”,

---

<sup>259</sup> In argomento, cfr. M. LAMANDINI, Il “controllo”, cit., 96 ss. e M. NOTARI, *La nozione di “controllo”*, cit., 190 ss.

<sup>260</sup> Così, una volta superata la soglia di rilevanza, tali operazioni vengono sottoposte allo scrutinio preventivo dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato. Cfr. A. VANZETTI – V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2018, 203 ss.

<sup>261</sup> M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 466, il quale antepone alla sua ricostruzione una nota metodologica: “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”; e ancora, *ivi*, 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. Per ulteriori riferimenti bibliografici, v.: *ivi*, 473, in part. nt. 46.

l'influenza determinante consiste piuttosto nel potere "di porre la propria volontà come presupposto causale assoluto, in positivo o in negativo" delle scelte di colui il quale sia sottoposto a controllo, nel senso che "l'effetto deve conseguire necessariamente alla causa"<sup>262</sup>. Il potere minimo che la controllante deve essere in grado di esprimere, perché tale influenza possa dirsi integrata è, pertanto, rappresentato dalla possibilità di esercitare il veto sulle decisioni della controllata, con la conseguenza che l'attributo "determinante", da una parte, individua un potere che per intensità è certo minore rispetto a quello che contraddistingue l'influenza qualificata come dominante e, dall'altra, permette di selezionare delle relazioni di controllo, che sono ben distanti da una situazione di dominio<sup>263</sup>.

L'influenza determinante di cui alla legge *antitrust*, d'altro canto, pare però possedere un'ampiezza maggiore rispetto a quella dominante, dal momento che deve esprimersi, più in generale, "sulle attività di un'impresa"<sup>264</sup>. Tale connotato dipende da ragioni strettamente attinenti alle finalità della disciplina, ovvero la conservazione dell'assetto concorrenziale del mercato, che potrebbe venire meno alla realizzazione di operazioni di concentrazione. Posto che per tutelare l'assetto predetto è necessario che gli agenti di mercato mantengano una loro autonomia, sia sotto il profilo economico, sia sotto quello operativo, è logico che la l. n. 287 del 1990 voglia ricondurre alla nozione di controllo anche il potere "di blocco" delle attività medesime, atteso che, anche in assenza di un potere di tipo positivo, l'impresa le cui scelte siano da questo condizionate non può più definirsi una libera concorrente della controllante. Il potere di veto, infatti, rende

---

<sup>262</sup> I virgolettati sono di M. NOTARI, *La nozione di "controllo"*, cit., 251 s., il quale aggiunge che: "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". La medesima posizione è espressa da V. DONATIVI, *I "confini"*, cit., 575 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 496.

<sup>263</sup> L'influenza determinante attribuisce, pertanto, alla relazione di controllo un grado di intensità, che possiamo considerare intermedio tra l'influenza dominante e quella notevole. In argomento, cfr. M. LAMANDINI, *Il "controllo"*, cit., 143 ss.; M. NOTARI, *La nozione di "controllo"*, cit., 256 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 498.

<sup>264</sup> Cfr. M. NOTARI, *La nozione di "controllo"*, cit., 260 s.

la controllata dipendente dalla volontà del titolare del potere stesso, che si manifesta così quale presupposto causale assoluto del suo agire<sup>265</sup>.

Come si è già avuto modo di sottolineare, anche nel TUSP, tutte le cautele che accompagnano la definizione della fattispecie *in house* si giustificano in ragione delle istanze di tutela della concorrenza che connotano la disciplina, benchè in prospettiva inversa rispetto a quella appena considerata. Per il TUSP e per il Codice Appalti, inserire un requisito come quello del controllo analogo è uno dei modi attraverso cui preservare la concorrenza per e sul mercato, atteso che, in presenza di questo, l'affidamento diretto non è in grado di alterare gli equilibri concorrenziali, proprio perché la società si trova in una specifica relazione con l'amministrazione. Per il suo tramite, l'ordinamento vuole cioè evitare che i terzi in diretto contatto con l'amministrazione possano indebitamente appropriarsi di vantaggi e privilegi, cagionando direttamente o indirettamente un danno agli altri agenti del mercato<sup>266</sup>.

Nel prevedere che la relazione di controllo analogo sia tale in presenza di una sola influenza determinate, il legislatore sta pertanto affermando che per integrare il controllo analogo è sufficiente che le determinazioni dell'ente pubblico si presentino quale presupposto causale delle decisioni della controllata, anche solo attraverso l'esercizio di un potere di veto. Quest'ultimo deve, inoltre, intendersi quale espressione minima del potere di condizionamento, che caratterizza una relazione di influenza qualificata come determinante, restando in ogni caso fermo che il potere stesso può essere declinato, oltre che in negativo, anche in positivo<sup>267</sup>. Stante la collocazione sistematica del controllo analogo, deve in conclusione ritenersi che, in ossequio al principio di libertà delle formule

---

<sup>265</sup> Cfr. M. LAMANDINI, Il "controllo", cit., 101 ss.; M. NOTARI, *La nozione di "controllo"*, cit., 260 ss.

<sup>266</sup> In argomento, v.: A. CAPRARA, "In house providing" e mercato: rette parallele e incroci pericolosi), in *Nuove leggi civ.*, 2017, 496 ss; E. LORIA, *In tema di in house providing*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017

<sup>267</sup> V., in particolare, F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo*, cit., 8; ID, *L'amministrazione*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. IBBA, 135 ss; E. CODAZZI, *La società in house*, cit., 60 ss; ID, *Le società in house providing*, in *Giur. comm.*, 2016, 953 ss.; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1046.



organizzative pubbliche, il requisito possa essere integrato, sia se la pubblica amministrazione ha il potere di porre il veto, sia se ha poteri a carattere positivo su determinate decisioni. È proprio tale ultimo parametro a contenere ulteriormente l'ampiezza del potere integrante il controllo analogo, atteso che è attraverso questo che si limita il potere di condizionamento ad un ambito decisionale ben più ristretto rispetto a quello previsto dalla normativa *antitrust*, e ciò per ragioni attinenti alle diverse finalità che caratterizzano le due discipline.

#### **4.2. (Segue): c) l'oggetto dell'influenza e gli strumenti per esercitarla.**

Come anticipato, gli elementi che paiono emancipare il controllo analogo dalla nozione civilistica di all'art. 2359 c.c. sono l'intensità che lo connota e l'oggetto di tale influenza, ovvero le decisioni concernenti gli obiettivi strategici e, in ogni caso, quelle "significative" per la società. Si tratta di una precisazione di non scarsa importanza, dacchè da ciò può dedursi *a contrario* che vi siano decisioni che non sono necessariamente traduzione della volontà pubblica, riconoscendosi, anche a livello definitorio, una quantomeno parziale autonomia della società e dei suoi organi. Tale precisazione vale dunque ad escludere in radice che la relazione tra l'ente e la società sia così stringente da implicare "il totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare", come sostenuto graniticamente dalla giurisprudenza amministrativa<sup>268</sup>.

---

<sup>268</sup> L'assunto di principio è stato fatto proprio, almeno per qualche tempo, anche dalla Corte di Cassazione, la cui pronuncia più nota è quella resa in materia di giurisdizione sulle azioni responsabilità degli organi sociali per danno cagionato al patrimonio della società *in house*: Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. It.*, 2014, 1990. A fronte della definizione di controllo analogo, si ritiene oggi che rimangano in ogni caso escluse dal novero delle decisioni significative tutte quelle che riguardano la gestione ordinaria e il cd. *day by day management*. Sul tema si ritornerà con maggiore puntualità nel Capitolo III, basti in questa sede richiamare, E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali: tra atti e attività. Profili in tema di responsabilità*, Milano, 2012, 13, ove l'Autrice afferma che il controllo analogo "pur non implicando il controllo diretto sul *day by day management*, richiederebbe - quanto meno il potere di determinare l'indirizzo strategico della gestione": Così anche M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione*, cit., 496 ss. Diversa posizione pare essere quella sostenuta, in particolare, da F. GUERRA, *Il "controllo analogo"*, in *Giur. Comm.*, 2011, 774, il quale pare assegnare a tale tipo di controllo una maggiore pervasività, tale "da far pensare ad un dualismo fittizio tra ente controllante e controllato". Come già statuito dal TAR Abruzzo, 10 luglio 2014, n. 596, però, "il

Sgomberato il campo dagli assolutismi interpretativi che hanno connotato la stagione *ante* riforma, il legislatore pare però aver compiuto un passo ulteriore, nella misura in cui non solo perimetra l'oggetto dell'influenza – relegando questa ad un ambito ben circoscritto e certo inferiore alla totalità delle decisioni della società – ma soprattutto distingue tra profili più propriamente gestionali, ai quali pare far riferimento nell'utilizzo della locuzione “obiettivi strategici”, da quelli a carattere organizzativo, la cui sfaccettature possono ben essere riassunte nell'espressione “decisioni significative”. Siffatta interpretazione pare corroborata dalla scelta lessicale operata: se, da un parte, “obiettivo” indica che l'atto che lo contiene ha un contenuto programmatico – nel senso che individua lo scopo a cui dovrà orientarsi l'agire futuro dalla società senza però individuarne le modalità attraverso cui perseguirlo –, dall'altra il termine “decisione” rievoca tanto il procedimento, quanto l'atto finale che da questo promana, ovvero quello che esprime la volontà suscettibile di diretta esecuzione.

Per poter integrare il requisito del controllo analogo è allora necessario che l'amministrazione eserciti un'influenza di grado determinante sia sugli atti che definiscono programmaticamente gli obiettivi strategici della società *in house* – individuando i risultati a cui l'attività d'impresa deve tendere e che saranno ragionevolmente espressione dell'indirizzo politico dall'amministrazione controllante –, sia su tutte le altre decisioni che, indipendentemente dal loro contenuto gestionale, organizzativo o finanziario, hanno un carattere rilevante per la società<sup>269</sup>. Risultato implicito di tale ricostruzione è che la determinazione pubblica – per avendo sempre la medesima capacità di condizionamento, perché sempre determinante – esprime un diverso grado di vincolatività a seconda dell'atto oggetto del potere di influenza.

---

requisito del controllo analogo non sottende una logica “dominicale”, rivelando piuttosto una dimensione “funzionale”.

<sup>269</sup> Sulla 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., 473 ss.

Tale perimetrazione oggettiva trova la sua giustificazione in ragioni pubblicistiche legate al necessario rispetto dei principi di efficacia, efficienza e buon andamento, che devono ispirare l'agire della pubblica amministrazione anche quando eserciti capacità di diritto privato. Ma è altrettanto chiaro che l'indiscriminato riferimento a profili attinenti tanto all'organizzazione, quanto all'attività, vada ad incidere sul riparto di competenze delineato per la società per azioni. Proprio in ragione del fatto che le decisioni oggetto dell'influenza ricadano nell'alveo delle competenze ascritte all'assemblea ed agli amministratori, il TUSP predispone appositi strumenti, che rendano possibile traghettare le peculiarità pubblicistiche sul piano dell'organizzazione societaria<sup>270</sup>.

Prima di discorrere degli strumenti che permettono la realizzazione del controllo societario, pare necessario sottolineare come, nella definizione di quello analogo, l'influenza determinante non abbia ad oggetto né il servizio reso dalla società affidataria, né l'attività in sé che essa svolge, ma solo obiettivi e decisioni più importanti che la società *in house* deve, rispettivamente, raggiungere ed assumere nella sua qualità di ente imprenditore<sup>271</sup>. Con riguardo all'integrazione del controllo, ciò implica che, in un modello come quello *in house*, connotato dalla partecipazione pubblica totalitaria, quest'ultima si atteggia tanto da presupposto, tanto da strumento: in altri termini, il controllo analogo si configura come controllo di tipo proprietario ed interno sull'organizzazione e sul governo della società<sup>272</sup>.

D'altro canto, il fatto che la partecipazione totalitaria sia un elemento costitutivo della fattispecie, fa desumere che si tratti di un controllo che deve avere carattere di stabilità e si ammette anche che tale obiettivo possa essere raggiunto mediante appositi vincoli. Consentendo ciò, è chiaro che i profili di maggiore rilevanza sono gli effetti e la durata che questi possono/devono avere, per poter concorrere alla stabilizzazione del controllo ed all'integrazione

---

<sup>270</sup> M. CASTELLANO, *Società in house: controllo analogo e strumenti di attuazione*, in *Le "nuove società partecipate ed in house providing"*, a cura S. FORTUNATO – F. VESSIA, Milano, 2017, 77 ss.;

<sup>271</sup> In particolare, v.: C. PECORARO, *Il controllo sulle società in house*, cit., 22

<sup>272</sup> In argomento, *amplius*, F. GUERRERA, *Autonomia statutaria e tipologia della società in house*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, a cura di F. CIONTOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017, 175 ss.

dell'influenza determinante richiesta. Con riferimento ai patti parasociali, lo stesso art. 16, co. 2, lett. c), riconosce l'idoneità di questi nella stabilizzazione del controllo, consentendo a tal fine che si possa derogare al limite massimo di durata, pari a cinque anni, stabilito dall'art. 2341-*bis*, co. 1, c.c.<sup>273</sup>. Essi, d'altro canto, paiono essere gli strumenti pensati per garantire l'esercizio congiunto del potere di controllo<sup>274</sup>.

## 5. L'accertamento della sussistenza del controllo analogo.

Alle problematiche connesse alla realizzazione della relazione di controllo, si associano anche quelle relative all'accertamento circa l'integrazione del requisito, da cui dipende la qualificazione della società come *in house* e, dunque, l'applicazione o la disapplicazione di una determinata disciplina.

Nell'indagare la nozione civilistica di controllo societario, si è affermato che essa si caratterizza per la rilevanza del mero potere, atteso che, per potersi realizzare una situazione di controllo, è necessario disporre o della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea (n. 1) o di un numero di voti sufficienti ad esercitare l'influenza dominante in assemblea (n. 2) o un'influenza dominante derivante da fonte contrattuale (n. 3), esprimendosi così una mera possibilità di condizionamento<sup>275</sup>. Il profilo dell'esercizio potenziale del potere, peraltro, non

---

<sup>273</sup> In questo contesto, ed anche per le scelte di disciplina compiute in relazione a questi, è stato ipotizzato che intenzione del legislatore fosse generare un più stringente interdipendenza tra questi e la struttura societaria: cfr. ; E. CODAZZI, *La società in house*, cit., 80 ss; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1046; C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, cit, 2018, 472. Dubita invece della loro rilevanza, soprattutto in ragione della loro efficacia meramente obbligatoria, A. RESTUCCIA, *I patti parasociali*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018, 432 s.

<sup>274</sup> Più in generale, in argomento, v.: E. CODAZZI, *Note in tema di controllo analogo "congiunto" su società in house pluripartecipata*, in *Giur. comm.*, 2018, 640 ss e F. MASSA FELSANI, *Società per azioni in house: controllo congiunto e strumenti di controllo analogo*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, a cura di F. CIONTOLE – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017, 197 ss.

<sup>275</sup> In argomento, cfr.: B. G. DONVITO, *Sub art. 2359: società controllate e società collegate*, in *Commentario delle società*, a cura di G. GRIPPO, Torino, 2009, 384 ss.; M. LAMANDINI, *sub artt. 2359-2359-quinquies*, in *Società di capitali, Commentario*, a cura di G. NICCOLINI - A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004; ID., *Sub. art. 2359 c.c.*, cit., 747 ss.; G. LO CASCIO, *Sub art. 2359*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2003, 202 ss.; A. MAFFEI

deve essere confuso con quello della sussistenza potenziale del potere: nel controllo societario la distinzione si apprezza con riferimento alle ipotesi di controllo di fatto, in relazione alle quali è pur sempre necessario “accertare l’attualità” della situazione, che consente di disporre del potere<sup>276</sup>.

L’esercizio del controllo societario, invece, acquista autonoma rilevanza quando si traduce in attività di direzione e coordinamento<sup>277</sup>: la nozione di controllo viene elaborata nel codice civile con “funzione preventiva” ed è definita, al pari di quella *antitrust*, come un concetto potenziale proprio perché ambedue sono funzionali ad identificare situazioni che, nella loro potenzialità, non sono connotate da alcuna intrinseca pericolosità, ma a cui l’ordinamento collega una specifica disciplina, volta a reprimere quelle condotte che potrebbero integrare tale connotato<sup>278</sup>.

Il carattere meramente potenziale dell’esercizio dell’influenza costituisce una delle variabili delle nozioni di controllo<sup>279</sup>, tale che la sua ricorrenza con riferimento al controllo analogo deve essere verificata, avendo riguardo alla definizione contenuta nelle Direttive e nell’art. 2 TUSP.

L’art. 12, par. 1, Dir. UE 2014/24 richiede, come condizione per l’affidamento diretto, che l’amministrazione aggiudicatrice *eserciti* sulla società un controllo analogo, situazione che si verifica, a sua volta, quanto “essa eserciti un’influenza determinante”: in tale norma, pertanto, l’esercizio è riferito sia al

---

ALBERTI, *Sub art. 2359*, nel *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2017, 480 ss.; M. NOTARI - J. BERTONE, *Sub art. 2359*, cit., 668.

<sup>276</sup> M. NOTARI, *La nozione di “controllo”*, cit., 281; M. NOTARI - J. BERTONE, *Sub art. 2359*, cit., 704; A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate*, cit., 582, in part. nt. 2.; V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto*, cit., 3-

<sup>277</sup> Con riferimento alla situazione di controllo interno, il potere di influenza dominante in assemblea ordinaria può sfociare in due 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. Al riguardo, A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate*, 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 - J. BERTONE, *Sub art. 2359*, cit., 724.

<sup>278</sup> M. NOTARI, *La nozione di “controllo”*, cit., 276 ss.

<sup>279</sup> *Ivi*, 235.

controllo, sia all'influenza. In merito poi al controllo congiunto, il par. 3 prevede che le amministrazioni aggiudicatrici *esercitano* sulla società 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”<sup>280</sup>.

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, co. 1, Codice Appalti e art. 2, lett. c) e d), TUSP), ricorrendo alla formula “essere in grado di esercitare” con riferimento alla influenza determinante per il controllo congiunto (art. 5, co. 5, Codice Appalti, cui fa rinvio l'art. 2, co. 1, lett. d), TUSP). Parimenti, la stessa definizione di società a controllo pubblico (art. 2, co. 1, lett. m) TUSP) richiama il concetto di esercizio, laddove specifica che sono tali le società in cui “una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)”, pur richiamando l'art. 2359 c.c. e dunque una nozione caratterizzata dalla potenzialità e non dall'esercizio.

La sovrapposizione tra i due piani, esercizio del controllo – esercizio dell'influenza, conduce a domandarsi se – pur affermando che il controllo analogo si identifica con la influenza determinante e la titolarità di potere di condizionamento che ha tale intensità – sia sufficiente la sussistenza del controllo analogo, inteso come influenza, o se sia necessario accertare altresì l'esercizio del controllo, quale presupposto della fattispecie *in house*. Tale accertamento non può

---

<sup>280</sup> Con riguardo alle società *in house* pluripartecipate, la Corte di Giustizia pare aver assunto di recente una posizione più morbida circa il rapporto tra la partecipazione frazionata e l'imputazione del controllo analogo congiunto a tutti gli soggetti partecipanti, nella misura in cui ha ammesso che possano prendere parte al vincolo anche enti pubblici che vogliano acquisire il controllo solo successivamente. Più nello specifico, la CGUE, ord. 6 febbraio 2020, resa nella cause riunite C-89--90-91-2019, n. 31: “L'articolo 12, paragrafo n. 3, della direttiva n. 2014/24/UE deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice di acquisire partecipazioni al capitale di un ente partecipato da altre amministrazioni aggiudicatrici, qualora tali partecipazioni siano inidonee a garantire il controllo o un potere di veto e qualora detta amministrazione aggiudicatrice intenda acquisire successivamente una posizione di controllo congiunto e, di conseguenza, la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di appalti a favore di tale ente, il cui capitale è detenuto da più amministrazioni aggiudicatrici”. Con riguardo a tale pronuncia, si veda: B. MAMELI, *Il principio di autorganizzazione*, cit., 1731 ss.

chiaramente essere svolto *ex post*, ovvero dopo che la società ha iniziato ad operare ed in considerazione delle condotte concrete dell'ente pubblico socio: ciò, infatti, contrasterebbe con le regole dell'affidamento di appalti e concessioni alla società *in house*, i cui requisiti necessari devono chiaramente essere presenti prima che la società diventi affidataria.

Considerato il tenore norme, pare piuttosto che il legislatore abbia tradotto la nozione di controllo analogo nell'esercizio di una attività di direzione dell'impresa societaria<sup>281</sup>. Si ritiene, infatti, che l'accertamento richiesto sia differente a seconda delle finalità a cui questo è diretto: da un lato, e con riferimento alla disciplina appalti, il requisito deve essere accertato *ex ante*, ragion per cui la legge richiede che l'adozione del modello *in house* venga formalizzata attraverso il ricorso a strumenti di natura statutaria e parasociale, nonché adeguatamente pubblicizzata; dall'altro, ai fini dell'applicazione della disciplina societaria, l'accertamento non può che avvenire *ex post*, verificando l'effettivo esercizio dell'influenza<sup>282</sup>.

## **6. Le condizioni per l'imputazione congiunta del controllo analogo.**

Il controllo analogo congiunto è definito all'interno del TUSP all'art. 2, co. 1, lett. d), come quella situazione in cui una amministrazione “esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”. La seconda parte dello stesso articolo prevede, altresì, le condizioni al ricorrere delle quali il controllo analogo può dirsi congiunto. Per espressa previsione legislativa, i contenuti di predetta norma

---

<sup>281</sup> In particolare, cfr.: M. CARLIZZI, *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs.n.175/2016*, Milano, 2017, 341 ss; G. RIOLFO, *Attività «in-house» e modello organizzativo delle società di capitali: dalle forme di governance interne alla disciplina della direzione e coordinamento per la configurazione del «controllo analogo»*, in *An. giur. econ.*, 2015, 537 ss; In argomento, anche, C. PECORARO, *Il controllo sulle società in house*, cit., 19 ss., che, partendo dal suo oggetto (ed il suo essere limitato all'indirizzo gestionale e alle decisioni più importanti) e dall'informalità del titolo giuridico legittimante ricostruisce il controllo analogo in termini di esercizio di un'attività direttiva sulla società.

<sup>282</sup> Cfr. V. DONATIVI, *I confini*, cit., 582 ss

definitoria vengono integrati dall'art. 5, co. 2 e 5, lett. b), del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che sviluppa ulteriormente la nozione di “controllo analogo congiunto”, statuendo che questo sussiste quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali della controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni o gli enti partecipanti, con la precisazione che singoli delegati possono rappresentare alcune o tutte le amministrazioni e gli enti coinvolti; b) le amministrazioni e gli enti siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la società controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni o enti controllanti.

Al pari della nozione di controllo analogo, anche quella che la declina in forma congiunta è sostanzialmente indeterminata<sup>283</sup>, al punto che, per coglierne i

---

<sup>283</sup> Parimenti oscura è la stessa definizione di controllo pubblico congiunto, su cui si sono formati due diversi orientamenti, il primo dei quali è contenuto nell'Atto di orientamento della Struttura di controllo e monitoraggio del MEF, del 15 febbraio 2018, ove si legge che, in virtù di quanto previsto dall'art. 2, co. 1, lett. b) e della *ratio* che ispira la normativa contenuta del TUSP (orientato a limitare i costi di gestione delle società partecipate) il controllo pubblico congiunto sussiste anche nel caso di mera partecipazione pubblica maggioritaria ed in assenza di un atto scritto, che formalizzi le modalità di esercizio congiunto del controllo. Questa impostazione ricorre anche nelle delibere 15 febbraio 2017 n. 235 e 20 settembre 2017 n. 951 dell'ANAC, recanti le Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori ed in senso conforme si sono espresse varie Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti: C. Conti, sez. reg. di controllo per la Liguria, Delib. 3/2018/PAR dell'11/01/2018, reperibile su [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it); C. Conti, sez. reg. di controllo per il Trentino-Alto Adige/Südtirol, Delib. n. 8/2018/PAR; C. Conti, sez. reg. di controllo per il Piemonte, Delib. n. 42/2018/PAR; C. Conti, sez. autonomie, Delib. n. 27/2017/FRG, n. 11/2018/INPR, n. 14/2018/INPR, n. 23/2018/FRG e n. 11/2019/INPR; C. Conti, sez. reg. di controllo per la Lombardia, Delib. n. 3/2019/VSG. Più precisamente, secondo gli orientamenti appena citati, l'art. 2, co. 1, lett. b) del TUSP – affermando che il controllo sussiste “anche” quando per le “decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo” – farebbe ritenere che il controllo stesso si possa “presumere” anche in assenza di atto formale che sancisca il coordinamento tra le diverse partecipazioni pubbliche. In estrema sintesi, per questo orientamento: a) la pubblica amministrazione che esercita il controllo va intesa come fosse un soggetto unitario, anche se il controllo di cui all'art. 2359 (nn. 1, 2 e 3) è frammentato tra più amministrazioni e l'esercizio congiunto non è in alcun modo formalizzato all'interno di un atto imputabile altrettanto congiuntamente a tutte le amministrazioni partecipanti; b) per il coordinamento sarebbero sufficienti meri comportamenti concludenti, a prescindere da accordi formali. Altro orientamento [cfr. TAR Lombardia, 23 dicembre 2016, n. 2474, Cons. Stato, 24 ottobre 2017, n. 4902; Cons. Stato, 18 luglio 2017, n. 3554], invece, la situazione di controllo pubblico non può prescindere dalla stipula di un accordo espresso in grado di formalizzare la situazione di controllo congiunto. A sostegno di questa tesi possono spendersi tre argomenti: a) l'inserimento della società nel “mercato” presuppone la pubblicità e la riconoscibilità delle modalità attraverso cui il soggetto pubblico influenza la *governance* della partecipata (cfr. art. 2341-ter c.c.); b) il concetto di controllo presuppone, necessariamente, la capacità di esprimere una linea strategica coordinata da



tratti qualificanti, è necessario fare riferimento alla copiosa elaborazione giurisprudenziale, che ha avuto il merito di enucleare taluni principi<sup>284</sup>. Anzitutto, allora, è stato precisato che la verifica circa la sussistenza dei poteri in grado di integrare tale requisito debba avvenire mediante un giudizio sintetico. Ciò significa che ai fini di tale accertamento il peso (decisionale) specifico del singolo ente è da considerarsi non necessario, mentre risulta sufficiente che il controllo sulla società controllata da parte dell'ente affidante, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità<sup>285</sup>.

---

parte di più soci. Posto che la pubblica amministrazione mantiene la sua autonomia anche quando partecipi a una società di diritto comune, la volontà di individuare tale linea strategica comune deve risultare da un atto di volontà libero e di diritto comune, che sia a questo fine orientato; c) il “controllo pubblico” non può essere presunto da “comportamenti univoci o concludenti”, ma deve risultare esclusivamente da atti aventi forma scritta, dacché si ritiene che la forma scritta sia “espressione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione e garanzia del regolare svolgimento dell’attività amministrativa, visto che solo tale forma permette di identificare con precisione l’obbligazione assunta e l’effettivo contenuto negoziale dell’atto”: il principio è espresso da Cass. 28 settembre 2010, n. 20340. In argomento, da ultimo, C. Conti, sez. riunite, 22 maggio 2019, n. 16/2019/EL, secondo cui: “l’accertamento della sussistenza dello status di “società a controllo pubblico” ... richiede precipua attività istruttoria volta a verificare se, nel caso concreto, sussistano le condizioni richieste dall’art. 2, lett. b) del TUSP” ; e “ai fini del decidere se “(...) S.p.a.” possa definirsi o meno società a controllo pubblico ovvero semplicemente società a partecipazione pubblica, assume rilievo decisivo lo scrutinio delle disposizioni statutarie e dei patti parasociali per verificare in che termini le pubbliche amministrazioni (enti locali) che detengono partecipazioni azionarie sono in grado di influire sulle “decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale”. In commento alla sentenza, M. MACCHIA – F. MARCONI, *Incertezze sulla nozione di controllo pubblico*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2019, 651. In dottrina: V. DONATIVI, “*Società a controllo pubblico*” e *società a partecipazione pubblica maggioritaria*, in *Giur. comm.*, 2018, 747 ss.; F. GUERRERA, *Contributo*, cit. 9; C. PECORARO, *Il controllo analogo*, cit., 423.

<sup>284</sup> Cfr. Corte Conti, sez. contr. Lombardia, 13 maggio 2015, n. 195, Cons. Stato, 27 aprile 2015, n. 2154; Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; Cons. Stato, 24 settembre 2010, n. 7092; 29 dicembre 2009, n. 8970; TAR Liguria, 8 febbraio 2016, n. 120. Per ulteriori riferimenti, v.: G. ZACCARIA, *Note minime sui caratteri del controllo analogo congiunto*, disponibile su [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it)

<sup>285</sup> La giurisprudenza precedente la riforma aveva già avuto occasione di tratteggiare gli specifici connotati che il controllo analogo congiunto doveva (e deve) assumere. Cfr. Cons. Stato, 10 settembre 2014, n. 4599, secondo cui: “in ordine alla sussistenza del requisito del “controllo analogo”, va rilevato che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, tale requisito deve intendersi sussistente anche se svolto non individualmente, ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo, dovendo tale requisito essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull’ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente; occorre, in particolare, verificare che il consiglio di amministrazione del soggetto affidatario in house non abbia rilevanti poteri gestionali e che l’ente pubblico affidante (rispettivamente la totalità dei soci pubblici) eserciti(no), pur se con moduli su base statutaria, concreti ed effettivi poteri di ingerenza e di condizionamento, sicché risulta indispensabile che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell’ente affidante o, in caso di in

Non è quindi indispensabile che ciascun ente socio sia titolare di un controllo totale e assoluto sull'intera società, ma è anzi sufficiente che, in forza di idonei strumenti giuridici, ognuno dei soci sia in grado di incidere sulle decisioni rilevanti per la società, soprattutto con riguardo a quella porzione di gestione che riguarda i rispettivi territori<sup>286</sup>. D'altro canto, però, il singolo socio deve vantare "una posizione più che simbolica, idonea, per quanto minoritaria, a garantirgli una possibilità effettiva di partecipazione alla gestione dell'organismo del quale è parte; sicché, una presenza puramente formale nella compagine partecipata o in un organo comune incaricato della direzione della stessa, non risulterebbe sufficiente"<sup>287</sup>.

Dalle pronunce che si sono specificamente soffermate sul tema si ricava che, al fine di ritenere integrata la fattispecie dell'*in house* congiunto, la giurisprudenza amministrativa richiede che il controllo sia "strutturale, funzionale ed effettivo"<sup>288</sup> e provvede ad identificare quali siano i poteri, che il socio pubblico deve poter esercitare per soddisfare predetti requisiti, ovvero: a) poteri ispettivi diretti, totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e

---

house frazionato, della totalità degli enti pubblici soci (Cons. St., 8 marzo 2011, n. 1447; 24 settembre 2010, n. 7092; 29 dicembre 2009, n. 8970)". Tali conclusioni rappresentano all'oggi un approdo giurisprudenziale consolidato: Cons. Stato, 18 luglio 2017, n. 3554; Cons. Stato, 24 ottobre 2017, n. 4902.

<sup>286</sup> Cfr. TAR Liguria, 8 febbraio 2016, n. 120, che cita due precedenti conformi: CGUE, 29 novembre 2012, causa C-182/11; TAR Lombardia-Brescia, 23 settembre 2013, n. 780. In particolare, La sentenza suscita interesse, dal momento che il TAR, in questo particolare caso, ha ritenuto che il requisito fosse stato soddisfatto in virtù del fatto che gli enti soci erano in grado di dettare "indirizzi "vincolanti", da esercitarsi in forma scritta, sulle modalità di erogazione del servizio affidato, con facoltà di risolvere anticipatamente ed unilateralmente il contratto in difetto di tempestivo adeguamento alle direttive impartite, o di dolosa sottrazione alle previste forme di controllo".

<sup>287</sup> Corte Conti, sez. contr. Lombardia, 13 maggio 2015, n. 195, che richiama Cons. Stato, 27 aprile 2015, n. 2154 e CGUE, 10 settembre 2009, causa C-573/07, ove è precisato che «allorché varie autorità pubbliche scelgono di svolgere alcune delle loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad una società che esse detengono in comune, è di norma escluso che una di tali autorità che possiede soltanto una partecipazione minoritaria in tale società eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di quest'ultima. Richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità siffatta intendesse associarsi ad una società detenuta da altre autorità pubbliche al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico». Sul punto, anche, E. CODAZZI, *Società in house providing*, cit., 2016, 961 s., la quale sottolinea (con il conforto di TAR Abruzzo, 10 luglio 2014, n. 596, da cui sono tratte le espressioni fra virgolette che seguono) che "il requisito del controllo analogo non sottende una logica "dominica", rivelando piuttosto una dimensione "funzionale"".

<sup>288</sup> Così Cons. Stato, 26 maggio 2015, n. 2602.

politiche aziendali, nonché poteri di vigilanza ed influenza diretta sull'andamento della società, anche attribuiti mediante l'adempimento del contratto di servizio, che coinvolge tutte le pubbliche amministrazioni partecipanti<sup>289</sup>; b) potere di definizione degli indirizzi operativi sui servizi affidati e sugli obiettivi strategici dell'ente, che sarebbe esercitabile anche organi esterni alla società<sup>290</sup>; c) potere di proporre specifiche iniziative inerenti l'esecuzione del contratto di servizio; il potere (anche di veto) di determinare in modo paritetico gli obiettivi strategici e le decisioni significative della società, ovvero deve essere un potere preordinato alla

---

<sup>289</sup> Cfr. Cons. giust. amm. reg. sic., 4 settembre 2007, n. 719, espressamente richiamata alla p. 6 s. della relazione AIR allegata alle Linee Guida ANAC n. 7 del 2017. Non meno pregnante pare il ventaglio di poteri sancito da Cons. Stato, 13 marzo 2014, n. 1181, ove è specificato che i controlli devono essere: “sugli organi nel senso che l'ente locale deve avere il potere di nomina e revoca quanto meno della maggioranza dei componenti degli organi di gestione, di amministrazione e di controllo; sulla gestione nella misura in cui l'ente affidante, oltre al potere di direttiva e di indirizzo, deve avere anche il potere di autorizzare o di annullare quantomeno tutti gli atti più significativi della società, come il bilancio, i contratti che superino una certa soglia ed in generale gli atti più qualificanti della gestione che non si risolvano in meri atti ordinari e burocratici (cfr. Cons. Stato, 11 febbraio 2013, n. 762)”.

<sup>290</sup> La magistratura contabile ha precisato che il controllo analogo “presuppone che il Consiglio Comunale controlli l'organismo partecipato in termini di preventiva definizione degli obiettivi gestionali (a cui deve tendere la partecipata, secondo standard qualitativi e quantitativi), di organizzazione di un idoneo sistema informativo relativo alla situazione contabile, gestionale e organizzativa delle partecipate, ai contratti di servizio, alla qualità dei servizi erogati ed al rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica. È, pertanto, necessario che si realizzi quello che è definito un “controllo strutturale”, non limitato agli aspetti formali relativi alla nomina degli organi societari ed al possesso della totalità del capitale azionario, talché l'ingerenza dell'ente controllante si realizzi non sotto un profilo formale, bensì sostanziale, di direzione strategica e gestionale” (cfr. Corte Conti, sez. contr. Lazio, 27 giugno 2012, n. 37; ID. 20 gennaio 2015, n. 2). Cfr. TAR Lombardia, 23 dicembre 2016, n. 2474, quale pronuncia resa nei confronti di una società il cui statuto prevedeva: “la subordinazione sul piano strategico e funzionale degli interessi dei singoli comuni all'interesse proprio della società pubblica”; “una ripartizione delle azioni societarie tale da escludere una posizione di parità tra i vari enti soci”, atteso che era imposta la partecipazione maggioritaria di uno di questi. Le conclusioni espresse in tale sentenza richiamano il consolidato orientamento ribadito da ultimo Cons. Stato, 26 maggio 2015, n. 2660, ove si è affermato il controllo analogo esercitato su una società pluripartecipata “non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto”. Sulla scorta di tale arresto giurisprudenziale, l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato ha inoltre stabilito in alcuni recenti pareri (nn. AS1346, AS1347 e AS1348, pubblicati nel bollettino n. 5 del 2017) che la previsione di quorum semplici (nella specie, maggioranza assoluta) per l'assunzione delle decisioni in seno all'assemblea dei soci e del comitato per il controllo analogo, qualora questo si componga di rappresentanti comuni a più amministrazioni partecipanti, non può ritenersi sufficiente a integrare il requisito del controllo analogo congiunto; addirittura più perentoria parrebbe l'ANAC, che con propria delibera n. 976 del 27 settembre 2017 ha sancito l'impossibilità di ricondurre al modello *in house* una società in cui “la partecipazione azionaria regionale, peraltro in misura straordinariamente maggioritaria, rende l'azionariato dei Comuni [...] del tutto irrilevante in sede assembleare per ciò che concerne il concreto esercizio del controllo analogo da parte degli stessi”.

definizione di tali scelte gestorie e non essere confinato alla possibilità di incidere solamente sul singolo rapporto contrattuale fra socio e società; d) approvazione degli atti di indirizzo generale della società, con legittimazione del singolo socio a censurare le attività sociali poste in essere in difformità delle relative autorizzazioni assembleari<sup>291</sup>. Con riferimento alla composizione dell'organo amministrativo, si aggiunge inoltre che i suoi componenti non possono essere espressione di un unico socio, propendendosi per l'elezione di amministratori tramite voto di lista, in modo tale che questi rappresentino più soci<sup>292</sup>.

Risulta allora chiaro che, quanto meno per la giurisprudenza amministrativa, per l'imputazione congiunta del controllo è necessaria un'ingerenza effettiva dei soci nella gestione della società, che può realizzarsi solo attraverso la migrazione in capo a questi di poteri e competenze ordinariamente attribuiti all'organo amministrativo.

Con riferimento agli strumenti idonei alla realizzazione del controllo analogo in forma congiunta, l'art. 16, co. 2, TUSP prevede però, con specifico riferimento alle s.p.a, non l'attribuzione diretta al socio di competenze gestorie, ma piuttosto che possano essere introdotte clausole statutarie in deroga all'ordinaria ripartizione di poteri fra organi sociali prevista dal codice civile o essere stipulati appositi patti parasociali, anche per una durata superiore al limite quinquennale prescritto dall'art. 2341-*bis* c.c.<sup>293</sup>.

Tale previsione pare, inoltre, limitare le possibilità che i poteri di controllo possano essere esercitati per il tramite di organi diversi dall'assemblea dei soci (i c.d. comitati di controllo analogo)<sup>294</sup>. Del resto, anche l'art. 11, co. 9, lett. d) e co.

---

<sup>291</sup> Cons. Stato, 18 luglio 2017, n. 3554. Alla previsione di competenze assembleari dovrebbe poi associarsi una più estesa facoltà di convocazione da parte dei soci, con quorum inferiori a quelli previsti dalle norme codicistiche o eventualmente attribuendola singolarmente agli stessi, come agevolmente si desume dal parere dell'AGCM, n. AS1388 del 23 marzo 2017.

<sup>292</sup> Cfr. TAR Lombardia, 23 dicembre 2016, n. 2474 e Cons. Stato, 18 luglio 2017, n. 3554.

<sup>293</sup> Sulla formulazione di tali clausole, cfr.: F. FIMMANÒ-V. OCCORSIO, *Atti e statuti delle società pubbliche alla luce della riforma "corretta"*, in *Not.*, 2017, 387 s.; E. CODAZZI, *Le "nuove" società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, relazione al convegno Orizzonti del diritto commerciale, 17-18 febbraio 2017, 22 s.

<sup>294</sup> Sul divieto di istituzione di organi atipici cui delegare il controllo analogo nella vigenza delle disposizioni sopra richiamate, cfr. F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP*, Studio n. 228-2017/I approvato dal

13 dell'art. 11, vietano di “istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società”, limitando “ai casi previsti dalla legge” la costituzione di comitati con funzioni consultive o di proposta<sup>295</sup>.

L'interpretazione letterale della norma in esame è stata però messa in discussione da due recenti pronunce del Consiglio di Stato, il quale ha affermato – se pur implicitamente – che simili organi non solo siano ammissibili, ma rappresentino in realtà gli unici strumenti effettivamente in grado ad assicurare il controllo analogo<sup>296</sup>. Tale conclusione pare però non conciliabile con il

---

Consiglio nazionale del notariato, 5; F. FIMMANÒ -V. OCCORSIO, cit., in particolare nt. 72, nonché E. CODAZZI, *Le “nuove” società*, cit., 25; risultano invece di diverso avviso V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milanofiori-Assago, 2016, 1073, nonché A. MALTONI, *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb. App.*, 2017, 14. In particolare, ; C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, cit, 2020, 472, il quale rileva che se “per organo sociale in senso proprio dobbiamo intendere [...] un ufficio i cui atti sono imputabili alla società e dotati di rilevanza esterna” e se il requisito del controllo analogo indica la capacità di “influenzare (alcune decisioni di) chi gestisce” e non di gestire direttamente, allora “l'inammissibilità di organi sociali atipici non mi pare escluda che si possa allocare il controllo analogo in una struttura esterna alla società, come sono i così detti comitati di coordinamento di controllo analogo o le assemblee intercomunali di coordinamento e via dicendo, perché i poteri che a questi devono essere attribuiti ai fini della configurazione del controllo analogo si esplicano mediante atti che si rivolgono agli organi sociali ma non sono sociali”.

<sup>295</sup> M. STELLA RICHTER, *I “controlli nelle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Soc.*, 2018, 1377, il quale afferma che si tratterebbe di una disposizione dal “contenuto misterioso”, atteso che “se essa fosse letta intendendo «organo» nella sua accezione propria [che è, a mio avviso, quella più ristretta: e cioè quella secondo cui organo è solo l'articolazione dell'organizzazione — se si vuole l'ufficio — con funzioni a rilevanza esterna e cioè momento del meccanismo di imputazione dell'azione all'ente ], si tratterebbe di una norma priva di un vero e proprio contenuto precettivo, dal momento che mi pare si convenga, in generale, sul fatto che l'autonomia privata non può incidere sui meccanismi di imputazione e quindi sulla materia delle figure giuridiche soggettive, che restano coperte da una riserva di legge (in quanto l'ordinamento la riserva a se stesso); e poi comunque che la regola sarebbe già contenuta nel principio di tipicità delle società. Insomma, per dirla in termini più semplici, è inutile che uno statuto preveda che non si possono istituire organi diversi da quelli stabiliti dalla legge per quel tipo di società, perché veri e propri organi non si potrebbero istituire comunque”. D'altro canto, sempre secondo predetto Autore, nulla osta di interpretare l'art. 11, co. 9, TUSP, “come se si riferisse non già agli organi veri e propri ma più in generale a tutti gli uffici (quindi anche a quelli privi di rilevanza organica)”. Nell'opinione dell'Autore, ciò renderebbe la norma precettiva, pur rimanendo comunque contraddittoria con la stessa natura della impresa, “che si sostanzia in organizzare uffici per svolgere funzioni onde perseguire un certo fine”. La medesima opinione è espressa anche da I. DEMURO, *La governance, in Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. IBBA - I. DEMURO, Bologna, 2018, 135 ss. Cfr. O. CUCCURULLO, *Sub art. 11*, in *Il testo unico delle società pubbliche*, diretto da G. MEO - A. NUZZO, Bari, 2016, 149 ss.; R. TORINO, *Sub art. 11*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, 300 ss.

<sup>296</sup> Cfr. Cons. Stato, 24 ottobre 2017, n. 4902; Cons. Stato, 18 luglio 2017, n. 3554, nelle quali non si rinviene un singolo passaggio argomentativo volto a confutare l'ipotetico contrasto fra l'esistenza di organi siffatti e le disposizioni di cui all'art. 11, co. 9°, lett. d), e co. 13°, d.lgs. n. 175 del 2016. Giova precisare che, nella seconda sentenza citata, il Consiglio di Stato ha ritenuto idoneo a configurare l'assetto *in house* “l'utilizzo dello strumento convenzionale, sia a livello

menzionato divieto di dar loro collocazione attraverso espressa clausola statutaria: considerata la loro natura di organi extra-assembleari o extra sociali, le decisioni assunte in tale sede non potrebbero avere efficacia reale nei confronti degli organi sociali<sup>297</sup>. Posto che un simile effetto non può che realizzarsi grazie ad una apposita clausola statutaria, si è ritenuto quantomeno indispensabile che lo statuto disciplini specifici “racordi” tra detti organi, l’assemblea della società e i singoli soci<sup>298</sup>.

### **6.1. (Segue) Il contratto di servizio**

I ripetuti cenni che la giurisprudenza amministrativa ha fatto al contratto di servizio, quale atto idoneo a fondare il requisito del controllo analogo, rendono opportuna una sua trattazione più approfondita. Come si è avuto modo di ricordare nel capitolo precedente, la società *in house* si è distinta in origine come modello organizzativo prediletto per la gestione dei servizi pubblici, il cui affidamento diretto si accompagna sempre ad un contratto di servizio. Tale accordo viene stipulato, in virtù di quanto prescritto dall’art. 113 TUEL, tra l’ente locale affidante e la società concessionaria indipendentemente dalla veste da questa assunta ed ha essenzialmente ad oggetto i loro rapporti e l’attività che la società affidataria è chiamata ad esercitare o, più nello specifico, le modalità con cui deve essere erogato il servizio ed i suoi costi (individuati, peraltro, “in misura

---

orizzontale (apposita convenzione “quadro” tra gli enti soci), sia a livello verticale (tra i soci e [la società])”, in presenza di un apposito riconoscimento statutario dei poteri assegnati ai soci da tali convenzioni. Sul controllo analogo, cfr. Corte Cost., 28 marzo 2013, n. 50 e, anche, Cons. Stato, 16 aprile 2016, parere n. 968, ove è specificato che “(c)io non significa che siano annullati tutti i poteri gestionali dell’affidatario in house, ma che la “possibilità di influenza determinante” è incompatibile con il rispetto dell’autonomia gestionale, senza distinguere - in coerenza con la giurisprudenza comunitaria - tra decisioni importanti e ordinaria amministrazione” e che, per quanto d’immediato interesse in appresso, l’assetto *in house* “non può essere assicurato da pareri obbligatori, ma non vincolanti”.

<sup>297</sup> In dottrina, in particolare, cfr. E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, cit., 47; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1040 ss; ID, *“Società a controllo pubblico” e società a partecipazione pubblica maggioritaria*, cit., 750 ss; F. MASSA FELSANI, *Società per azioni in house: controllo congiunto e strumenti di controllo analogo*, cit., 2017, 147; , L. MACCHIARULO, *Il controllo analogo tramite patti parasociali ed altri accordi*, in *RDS*, 2018, 472.

<sup>298</sup> V., in particolare, F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo*, cit., 9.

tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione", art. 117 TUEL)<sup>299</sup>. Contiene, pertanto, tutte le specifiche tecniche necessarie all'individuazione dei responsabili degli impianti, dei centri di imputazione di costo, nonché, talvolta, norme specifiche atte a disciplinare aspetti di raccordo tra l'ente affidante e la società, che potrebbero astrattamente qualificarsi come clausole idonee alla realizzazione del controllo analogo, se, ad esempio, attribuissero all'amministrazione aggiudicatrice poteri di vigilanza e controllo sulla gestione del servizio.

La rilevanza assunta nella prassi dal contratto di servizio ha indotto la dottrina e la giurisprudenza a considerarlo anzitempo quale possibile fonte contrattuale su cui fondare in potere di condizionamento richiesto per l'integrazione della fattispecie *in house*, anche solo quale strumento integrativo rispetto ad altri del controllo analogo<sup>300</sup>.

In merito, paiono rilevanti due profili: da una parte, per poterlo considerare idoneo allo scopo, lo si dovrebbe qualificare come patto parasociale e dunque ritenere che tale sia anche il contratto in cui sia parte anche la società affidataria e che sia idoneo a condizionare il governo della società *in house*. In caso di risposta affermativa, il contratto di servizio diventerebbe a pieno titolo uno strumento idoneo alla realizzazione del controllo analogo ai sensi dell'art. 16, co. 2, lett. c), TUSP. Con riguardo al primo profilo, invero, pare niente osti al ritenerli a pieno titolo dei patti parasociali, atteso che secondo parte della dottrina, tali sono 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"<sup>301</sup>, anche quando parte della stipulazione sia la stessa società<sup>302</sup>.

---

<sup>299</sup> M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 138 s.; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 176.

<sup>300</sup> Cfr. Cons. Stato, 18 luglio 2017, n. 3554 e, in dottrina, cfr. L. MACCHIARULO, *Il controllo analogo tramite patti parasociali ed altri accordi*, in *RDS*, 2018, 811; F. MASSA FELSANI, *Società per azioni in house: controllo congiunto e strumenti di controllo analogo*. Ritiene possa essere identificato quale fonte di un potere di condizionamento integrante il controllo analogo, 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, 792. Dubitativo, invece, G. RIOLFO, *Attività «in-house» e modello organizzativo delle società di capitali*, cit., 540.

<sup>301</sup> M. LIBERTINI, *I patti parasociali*, cit., 470.

In merito al secondo profilo, per comprendere se i contratti di servizio possano essere strumenti idonei a fondare il potere di condizionamento richiesto, devono necessariamente vagliarsi i contenuti e gli effetti del contratto.

Come si è affermato in apertura, infatti, attraverso il contratto di servizio l'amministrazione aggiudicatrice e la società regolano diritti ed obblighi delle parti, fissando le condizioni dello svolgimento del servizio, con particolare riguardo ai profili economici, ma niente esclude che, attraverso lo stesso atto, l'ente pubblico si riservi specifici poteri di controllo e vigilanza sul rispetto delle condizioni contrattuali da parte della società *in house*.

E se ciò può effettivamente determinare che il socio sia in grado di incidere sulla gestione, ciò avviene in realtà solo indirettamente, specie quando la gestione del servizio coincide con la gestione dell'impresa. Anche qualora si volesse qualificare il contratto di servizio come strumento di controllo esterno di cui all'art. 2359, n. 3, c.c. – in ragione della chiara dipendenza economica che si ingenera tra la società e l'ente – ciò non basterebbe a fondare il controllo analogo. Come detto, infatti, non è sufficiente per la sua integrazione né la mera dipendenza economica, né la previsione di un semplice potere di vigilanza sull'attività, soprattutto nel caso in cui i poteri attribuiti al socio pubblico fossero meramente conformativi, atteso che il controllo analogo è un controllo di tipo strutturale, ovvero incidente sull'organizzazione sociale<sup>303</sup>.

In conclusione, non si ritiene che il contratto di servizio possa essere propriamente considerato uno strumento di per sé idoneo alla realizzazione del controllo analogo, ma non si esclude che questo possa rappresentare nel rapporto

---

<sup>302</sup> Ivi, 470. Cfr. ANAC, Delib. 26 settembre 2018 n. 811, secondo la quale la natura dei contratti di servizio ovvero a carte di servizi non può di per sé configurare un controllo “analogo a quello esercitato sui propri servizi”, nella misura in cui sono atti volti disciplinare i rapporti contrattuali tra il Comune e la stessa società partecipata. Ciò non toglie che, come rilevato dalla giurisprudenza (v. nt. 247), possano integrare specifiche disposizioni atte a prefigurare le modalità attraverso cui realizzare un potere di controllo “superiore a quello tipico del diritto società”, così da diventare strumenti per la realizzazione del controllo analogo.

<sup>303</sup> In modo non dissimile, L. MACCHIARULO, *Il controllo analogo tramite patti parasociali ed altri accordi*, cit., 822.



*in house* una fonte aggiuntiva di regolamentazione del rapporto, in grado di rafforzare la posizione del socio nei confronti degli amministratori<sup>304</sup>.

## **7. Controllo analogo ed attività di direzione e coordinamento.**

Come si è avuto modo di accennare nei precedenti paragrafi, la formula definitoria adottata dal TUSP permette di identificare cosa si intenda per controllo analogo, ovvero di che intensità debba essere il potere che la pubblica amministrazione deve poter esercitare, perché la relazione di controllo possa definirsi analoga a quella esercitata sui propri servizi. Si è, dunque, osservato che il controllo analogo è una nozione descritta mediante il ricorso a plurimi parametri, interconnessi tra loro. Se dell'analogia si è detto che essa non ha carattere dirimente, atteso che potrebbe ben descrivere una relazione sia di gerarchia, che di direzione, dell'influenza determinante – una volta messo a confronto con la disciplina *antitrust*, con cui condivide, se pur con talune differenze, le istanze di tutela concorrenziale – si è accolta una definizione composita, affermando che per controllo analogo si intende quella relazione tra due (o più) soggetti in cui il potere di influenza deve essere antecedente logico necessario, in positivo o in negativo, delle decisioni assunte dalla controllata<sup>305</sup>. Con riferimento a queste ultime, si è constatato che il ricorso alle locuzioni “obiettivi strategici” e “decisioni significative” attrae nel perimetro dell'oggetto dell'influenza decisioni organizzative e gestionali riconducibili alle c.d. competenze di alta gestione, le seconde selezionate in virtù della loro rilevanza rispetto all'interesse pubblico. Se, dunque, non tutte le decisioni della società devono essere oggetto di influenza, il distinto profilo dell'accertamento del

---

<sup>304</sup> Come rileva, L. MACCHIARULO, *Il controllo analogo tramite patti parasociali ed altri accordi*, cit., 823, il socio potrebbe reagire all'inadempimento del contratto, revocando l'amministratore.

<sup>305</sup> Cfr. M. LAMANDINI, *Il “controllo”*, cit., passim; M. NOTARI, *La nozione di “controllo”*, cit., passim. In particolare, per quel che concerne specificatamente la dottrina formatasi in materia di società *in house*, l'opinione accolta nel testo è sostenuta, in particolare, da C. Pecoraro, ma non si tratta di una conclusione pacifica. In particolare, F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo*, cit., 7, il quale distingue tra il grado di intensità del potere di influenza richiesto per il controllo analogo solitario da quello rilevante per il controllo analogo congiunto, ritenendo che per quest'ultimo non sia sufficiente.

controllo ha palesato un'ulteriore caratteristica che questo deve possedere, ovvero l'essere effettivo, attributo a cui fanno da necessario corollario dei poteri di controllo *ex post*, il cui esercizio garantisce al socio pubblico l'accertamento del rispetto dei vincoli pubblicitici a cui esso stesso e la società sono sottoposti<sup>306</sup>. Da ultimo, la trattazione concernente il controllo analogo congiunto ha confermato che, pur essendo in presenza di due distinte definizioni, la riferibilità soggettiva della relazione ad uno o a più soggetti non incide sull'unitarietà della nozione, atteso che il suo essere solitario o congiunto non incide sull'intensità del potere di influenza, che la pubblica amministrazione deve essere in grado di esercitare: esso deve comunque essere un controllo strutturale, funzionale ed effettivo.

In conseguenza di ciò, riportando la trattazione sul piano del rapporto tra nozione generale e nozione speciale, il controllo analogo si presenta come un potere di influenza differente da quello descritto dall'art. 2359 c.c., nel senso che esso appare come un fenomeno assimilabile alla direzione unitaria<sup>307</sup>. Ciò pare

---

<sup>306</sup> In particolare l'ANAC, all'interno delle delibere 15 febbraio 2017 n. 235 e 20 settembre 2017 n. 951 – con cui ha prima emanato e poi aggiornato le Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori – ha individuato tre momenti di esercizio del controllo analogo, che considera tutte necessarie per l'integrazione del requisito e di cui individua anche le possibili modalità di attuazione: “a) un “controllo ex ante”, esercitabile, ad esempio, attraverso: — la previsione, nel documento di programmazione dell'amministrazione aggiudicatrice, degli obiettivi da perseguire con l'in house providing, anche mediante l'utilizzo di indicatori qualitativi e quantitativi; — la preventiva approvazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, dei documenti di programmazione, delle deliberazioni societarie di amministrazione straordinaria, degli atti fondamentali della gestione quali, la relazione programmatica, il piano degli investimenti, il piano di sviluppo, il piano industriale, il piano economico-finanziario, il piano occupazionale, gli acquisti, le alienazioni patrimoniali, e gli impegni di spesa di importi superiori ad un determinato limite, ecc. b) un «controllo contestuale», esercitabile, ad esempio, attraverso:— la richiesta di relazioni periodiche sull'andamento della gestione;— la verifica dello stato di attuazione degli obiettivi, con individuazioni delle azioni correttive in caso di scostamento o squilibrio finanziario;— la previsione della possibilità di fornire indirizzi vincolanti sulle modalità di gestione economica e finanziaria dell'organismo in house;— la previsione di controlli ispettivi;— il potere di modifica degli schemi-tipo degli eventuali contratti di servizio con l'utenza. c) un “controllo ex post”, esercitabile, ad esempio, in fase di approvazione del rendiconto, dando atto dei risultati raggiunti dall'organismo in house e del conseguimento degli obiettivi prefissati e fornendo indicazioni di indirizzo sugli obiettivi per la programmazione successiva”. Sul contenuto di tali Linee Guida, si è espresso anche: Cons. St., Comm. Speciale, parere 1 febbraio 2017, n. 282, reperibile su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>307</sup> In particolare, F. GUERRERA, *L'amministrazione*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. IBBA, 135 ss. In tema, si vedano, ancora, le delibere ANAC del 15 febbraio 2017 n. 235 e 20 settembre 2017 n. 951, in cui l'Autorità stessa afferma che il

confermato dal fatto che l'oggetto dell'influenza del controllo analogo non richiede la spoliazione di ogni autonomia della controllata, dacchè: *a)* residuano delle decisioni, in cui essa può determinarsi; *b)* anche per le decisioni attratte nel perimetro dell'influenza, appare possibile che l'amministrazione aggiudicatrice, dettando in ogni caso gli obiettivi strategici, lasci anche un minimo margine di determinazione alla controllata, pur nel rispetto dei vincoli a carattere pubblicistico. D'altro canto, ulteriore argomento che porta alla conclusione che il controllo analogo sia una forma di eterogestione è il fatto che, all'interno della definizione, si attribuisca rilevanza all'esercizio effettivo del potere di controllo, realizzata grazie alla titolarità delle partecipazioni, ad un accordo parasociale o ad una clausola statutaria<sup>308</sup>. Ciò naturalmente ha delle ripercussioni sul piano della tutela a cui i terzi e i soci esterni delle società controllate dalla *in house* (nell'ipotesi ad esempio di *in house* verticale) possono azionare, ma prima di poter indagare gli aspetti più strettamente attinenti alla disciplina di cui all'art. 2497 c.c., pare però il caso di scindere tale trattazione da quella che ne costituisce l'antecedente logico necessario, ovvero il rapporto tra la nozione di controllo e l'attività di direzione e coordinamento.

### **7.1. La nozione di controllo e l'attività di direzione e coordinamento (*rinvio*).**

---

“controllo analogo” del socio pubblico sulla società *in house* può fondarsi sull'attribuzione a quest'ultimo di poteri di direttiva e di indirizzo e del potere di veto sulla definizione dell'organigramma della società partecipata e sulle sue modifiche”; “il vincolo per gli amministratori, nella gestione ordinaria e straordinaria, al rispetto delle prescrizioni impartite in sede di controllo analogo e trasfuse in appositi atti formali e vincolanti”; “la disciplina precisa e puntuale dell'esercizio del controllo da parte del socio pubblico”.

<sup>308</sup> Già *ante* riforma, E. CODAZZI, *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazioni alla luce dell'art. 2497 comma 1 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2015, 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.; C. PECORARO, *Il controllo sulla società in house*, cit., 33 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., SS.UU., 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.

La riforma del diritto societario del 2003 ha introdotto all'interno del nostro ordinamento giuridico quella disciplina, scarna ma essenziale, che oggi identifichiamo sinteticamente come disciplina dei gruppi di società. A monte delle norme riferite alla responsabilità della capogruppo per abuso di direzione unitaria, al regime pubblicitario a cui sono sottoposte le società appartenenti ad un gruppo, all'obbligo di motivazione delle decisioni influenzate dall'eterodirezione, alle cause di recesso per il socio di società eterodiretta, alla disciplina dei finanziamenti infragruppo, il legislatore omette sì di fornire una definizione del fenomeno o, più propriamente, di ciò che si intenda per attività di direzione e coordinamento<sup>309</sup>, ma ha cura di individuare all'art.2497-*sexies* le norme presuntive che permettono di definire un gruppo esistente<sup>310</sup>. Quest'ultimo prescrive, infatti, che l'attività di direzione e coordinamento di società sia presunta "quando sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2359".

Il rapporto esistente tra controllo, influenza dominante e direzione e coordinamento emerge dunque se si osserva il combinato disposto degli artt. 2359 e 2497-*sexies*, dacchè il primo esprime una situazione potenziale, che si individua

---

<sup>309</sup>In argomento, *ex multis*, cfr.: I. KUTUFÀ, *Gestione strategica*, cit., 431 s. Per una più puntuale ricostruzione della disciplina e delle sue criticità, cfr.: V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2006, 1097; R. PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. ABBADESSA - G.B. PORTALE, 3, Torino, 2007, 3; G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazioni delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 779; U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, 61; A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011, 27 ss.

<sup>310</sup>A fronte di tale vuoto legislativo e, del resto, in piena continuità ed armonia con la volontà del legislatore, l'autonomia privata ha raccolto il testimone, individuando, all'uopo, le regole di *governance* e, soprattutto, di "dialettica infraorganica, interorganica e intersocietaria", ritenute di volta in volta idonee a conseguire il governo efficiente del gruppo, in un delicato equilibrio tra gli obiettivi di questo e quelli della singola unità organizzativa. L'utilità di uno strumento come il regolamento di gruppo si apprezza in maniera ancor più rilevante con riferimento alla realizzazione del controllo analogo, in particolare quando la pubblica amministrazione scelga di adottare particolari modelli di affidamento, come nel caso, ad esempio, dell'in house verticale. In argomento, v. I. KUTUFÀ, *Gestione strategica*, cit., 432. Più in generale, con riguardo ai regolamenti di gruppo, v.: F. GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da M. CAMPOBASSO – V. CARIELLO – V. DI CATALDO – F. GUERRERA – SCIARRONE ALIBRANDI, 2, 1551 ss., il quale definisce il regolamento di gruppo come uno "strumento autonormativo di rango secondario e di carattere ausiliario", che deve essere redatto in coerenza con la disciplina legale, statutaria e convenzionale delle singole società ricomprese nel suo perimetro.

nell'astratta titolarità di potere di influenza dominante su una società, mentre il secondo inquadra il potere nella dinamica dell'esercizio e vi collega l'applicazione di una determinata disciplina.

Risulta, allora, evidente dall'art. 2497 *sexies* c.c., che il controllo di cui all'art. 2359 c.c. non coincide con la "direzione unitaria" né con la "direzione e coordinamento"<sup>311</sup>. Inoltre, per quel che concerne la ricostruzione del potere di direzione e coordinamento, se pur vi è stato che ha sostenuto che esso sarebbe in tutto e per tutto equiparabile ad un potere giuridico, la dottrina oggi maggioritaria è concorde nell'inquadrare il potere nella prospettiva dell'attività, con la conseguenza che l'attività di direzione e coordinamento, identificata nell'esercizio dell'attività stessa, si qualifica come un mero fatto. Dalla qualificazione del potere va, dunque, tenuto distinto il principio di effettività, che presiede specificatamente l'applicazione delle norme che il codice dedica ai gruppi di società: considerati il mero fatto ed il principio nel loro insieme, si ricava che la disciplina troverà applicazione solo una volta che l'esercizio dell'attività sia stato accertato *ex post*<sup>312</sup>.

Per contro, come ricordato nel precedente paragrafo, la nozione di controllo rilevante per le società *in house* si qualifica come un potere che, pur estrinsecandosi nell'esercizio di un influenza, deve necessariamente essere

---

<sup>311</sup> Più in generale, sull'2497-*sexies*, cfr. V. CARIELLO, *Sub art. 2497*, cit., 690; GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna, 2005; A. IRACE, *Sub art. 2497-sexies*, in *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI-V. SANTORO, Torino, 2003, 348; M. LAMAMNDINI, *Il "controllo"*, cit., 1995, 134; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 320; ID., *I gruppi di società*, in N. ABRIANI – M. AMBROSINI – O. CAGNASSO – P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Tratt. d. comm.*, a cura di COTTINO, 2010, 1039 ss.; A. NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies c.c. Brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, 983 ss.; C. PICCIAU, *Art. 2497-sexies*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI - L.A. BIANCHI - F. GHEZZI - M. NOTARI, 2012; R. WEIGMANN, *Verso una definizione di s.r.l. controllata*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, 30,

<sup>312</sup> Cfr. 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 – G.B. PORTALE, 3, Torino, 2007, 831; ma permangono opinioni affatto contrarie, tra cui quella di G. SBISÀ, *Sub art. 2497*, 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.

accertabile *ex ante*, tale che lo stesso TUSP dedica particolare attenzione alle norme che ne presidiano l'attuazione: si palesano, pertanto, talune distonie strutturali tra la nozione di controllo analogo e l'attività di direzione e coordinamento come mero fatto.

Tali differenze paiono, però, irriducibili solo se si omette di considerare che, all'interno della disciplina della società *in house*, coesistono norme, la cui *ratio* si palesa solo inquadrando il fenomeno in prospettiva funzionale. La società *in house* è, infatti, un modello organizzativo dell'impresa pubblica, che viene conformata sul piano strutturale in ragione del suo essere mezzo per la realizzazione di un interesse pubblico e del suo costituire eccezione ai principi di evidenza pubblica<sup>313</sup>: letta in questa chiave, la necessaria accertabilità *ex ante* del controllo analogo si giustifica in ragione del fatto che esso deve preesistere l'affidamento, per renderlo legittimo. Posto che i parametri definatori del potere di influenza, che contraddistingue il controllo analogo lo avvicinano in maniera rilevante a quello che contraddistingue l'attività di direzione e coordinamento – sia sotto l'accertato profilo dell'intensità determinante, sia sotto quello dell'oggetto dell'influenza<sup>314</sup> – le differenze riguardanti la qualificazione dei due fenomeni pare superata, se anche solo si ammette che il controllo analogo per poter essere tale ha bisogno di essere *effettivo*, atteso che – pur dovendo essere accertato *ex ante* per ragioni pubblicistiche – esso deve in ogni caso contraddistinguere la relazione di controllo per tutto il corso del rapporto *in house*<sup>315</sup>.

---

<sup>313</sup> Tale profilo rappresenta uno dei temi più ricorrenti nella riflessione sul modello *in house*: Cfr., *ex multis*, C. IBBA, *L'impresa pubblica in forma societaria tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Analisi giur. econ.*, 2015, 409 ss.; C. ANGELICI, *In tema di «socio pubblico»*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017, 81; ? Rossi, *Le società partecipate tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2015 spec. 36 ss.; da ultimo, in tema, F. CUCCU, *Partecipazioni pubbliche e governo societario*, Torino, 2019, 32 ss.

<sup>314</sup> C. PECORARO, *La società in house: profili societari*, cit., 2018, 207 ss.

<sup>315</sup> E. CODAZZI, *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società*, cit., 1045; F. GUERRERA, *Autonomia statutaria e tipologia delle società in house*, in *Giust. civ.*, 2015, 778 ss.; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 6 ss.; E. MARCHISIO, *Usi alternativi del gruppo di società. La regolazione dei gruppi tra disciplina del «governo» delle società e diritto settoriale delle imprese*, Napoli, 2009; ID., *L'«eterodirezione pubblicistica»*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 447 ss.; F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e*

Assunto che le differenze strutturali che connotano il controllo analogo rispetto all'attività di direzione e coordinamento possono essere superate mediante un approccio funzionale e valorizzando l'effettività che connota la relazione *in house*, deve in ogni caso rilevarsi come l'apparente disallineamento tra nozione e fatto celi, invero, una distonia ancor più marcata, se si considera che, nella ricostruzione pubblicistica della fattispecie, la società *in house* è considerata alla stregua di un organo della pubblica amministrazione, ovvero integralmente asservito a questa.

Prima ancora che sotto il profilo considerato, allora, il controllo analogo e l'attività di direzione e coordinamento sembrano l'uno negare l'altra, nella misura in cui, pur essendo in presenza di persone giuridiche distinte, la società *in house* non pare – quanto meno per la dottrina pubblicistica – essere portatrice di un interesse proprio ed autonomo rispetto a quello della sua controllante. D'altronde, a conferma della riqualificazione della società in ente, parrebbe oggi deporre la possibilità di derogare all'art. 2380-*bis*, circostanza che, forse più di ogni altra, fa oggi dubitare dell'applicabilità della disciplina di cui agli art. 2497 e ss. c.c. alle società *in house*. Per poter vagliare in modo più approfondito il tema concernente il rapporto tra controllo analogo e attività di direzione e coordinamento deve necessariamente farsi rinvio al prossimo capitolo, atteso che si potrà parlare di eterodirezione o cogestione solo dopo aver accertato, se la deroga all'art. 2380-*bis* c.c. sia necessaria o meno per la realizzazione del requisito controllo analogo. Il necessario rinvio non impedisce però di riflettere, per ora astrattamente, sull'applicabilità di un segmento della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento ed in particolare sulla possibilità di invocare la responsabilità del socio pubblico *ex art. 2497 c.c.*

## **7.2. L'abuso dell'attività di direzione e coordinamento e la sua imputazione all'ente pubblico.**

---

*tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.*, 2012, 267; G. RIOLFO, *Attività «in-house» e modello organizzativo delle società di capitali: dalle forme di governance interne alla disciplina della direzione e coordinamento per la configurazione del «controllo analogo»*, in *An. giur. econ.*, 2015, 537 ss.

Si tratta, invero, di un profilo che ha per lungo tempo impegnato la dottrina<sup>316</sup>, intenzionata a fornire una tutela alle ragioni di tutti quei soggetti che, pur essendosi relazionati ad una persona giuridica di diritto privato, vedevano i loro interessi negati dal tentativo in attrarre la società *in house* in ambito pubblicistico.

Le argomentazioni che possono spendersi per sostenere la tesi, sono innumerevoli e possono essere spiegate a partire dall'integrazione del profilo soggettivo, quale primo elemento negato da chi, anche sostenendo una posizione intermedia, riteneva che l'art. 2497 c.c. non fosse applicabile agli enti pubblici in quanto tali<sup>317</sup>. Invero, questa pare forse l'antitesi di più agevole confutazione: la stessa formulazione dell'art. 2497 c.c. fa, infatti, riferimento genericamente agli "enti che esercitano l'attività di direzione e coordinamento", senza operare alcuna distinzione in merito alla natura pubblica o privata del soggetto, di talché non pare esservi dubbio che tra questi si possa collocare anche l'ente pubblico<sup>318</sup>. Con ciò non si intende, ovviamente, ignorare la necessità di armonizzazione della disciplina della società per azioni pubbliche con le regole ed i principi che

---

<sup>316</sup> Sulla applicabilità degli artt. 2497 ss. c.c., all'ente pubblico, cfr.: M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 1177 ss.; A. CAPRARA, *Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell'ente pubblico*, in *Società*, 2008, 557 ss.; F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 573 ss.; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 6 ss.; E. MARCHISIO, *Usi alternativi del gruppo di società. La regolazione dei gruppi tra disciplina del «governo» delle società e diritto settoriale delle imprese*, Napoli, 2009; K. MARTUCCI, *Profili di diritto singolare dell' "impresa"*, Milano, 2013, 177 ss.; G. ROMAGNOLI, *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 214 ss.; A. SILVESTRINI, *La legittimazione attiva e passiva nell'azione di responsabilità per scorretto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Società*, 2013, 938 ss. In giurisprudenza, da ultimo: Cass., SS.UU., 13 settembre 2018, n.22406; Cass., SS.UU., 10 aprile 2019, n.10019.

<sup>317</sup> Si vedano in particolare, S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale, Ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012, 194 ss.; M. CARLIZZI, *La direzione unitaria*, spec. 1190 ss. e 1196 s., ove l'Autore sottolinea l'impossibilità che si configuri l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento in capo alla pubblica amministrazione "che non fa questo di mestiere, che non ha fini imprenditoriali e soprattutto che non può emettere direttive giustificatamente pregiudizievoli".

<sup>318</sup> Così, *ex multis*, P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 335; G. ROMAGNOLI, *L'esercizio di direzione e coordinamento*, cit., 216 s., il quale comunque ritiene imprescindibile l'esercizio di un'attività di impresa. Ritengono applicabile la disciplina della direzione e coordinamento all'ente pubblico, M. T. CIRENEI, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir. comm. internaz.*, 2005, 52 s.; G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 157 ss.; G. SBISÀ, *Sub art. 2497*, cit., 71 ss.



governano gli enti pubblici ed il loro agire<sup>319</sup>, ma si vuole, invece, sottolineare come l'eventuale deroga al diritto comune delle società azionarie non può essere aprioristicamente accantonata per uno specifico interesse pubblico prevalente.

L'identità di disciplina ai fini della tutela delle minoranze e dei creditori sociali delle controllate dagli enti di gestione era già stata affermata già agli albori del fenomeno<sup>320</sup> e, del resto, non si rinvergono nel TUSP norme atte ad esonerare gli enti pubblici diversi dallo Stato da tale disciplina, in accordo con la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ritiene contrari al diritto europeo i regimi di favore riconosciuti alle imprese esercitate da enti pubblici, atteso che ciò si pone in contrasto con il più ampio principio di parità delle regole, che pare presiedere anche l'applicazione della disciplina in commento<sup>321</sup>.

---

<sup>319</sup> Tale esigenza viene sottolineata da M. CARLIZZI, *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, Molfetta, 2018, 131 ss., ma sul punto paiono convincenti i rilievi di E. MARCHISIO, *L'“eterodirezione pubblicistica”*, cit., 451 e F. VESSIA, *Società in house providing e miste e responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 662 ss, la quale ritiene che l'ente pubblico accetti implicitamente i principi di corretta gestione societaria. Recentemente, in tema, anche Trib. Napoli, Sez. Impr., 7 novembre 2019, in *Società*, 2020, con nota di FIMMANÒ. Il Tribunale, in particolare, statuisce che: “tali violazioni dei principi di corretta gestione imprenditoriale dimostrano che l'ente controllante ha agito nell'interesse proprio che può individuarsi nell'interesse economicamente rilevante ad assicurare la continuazione della gestione del servizio di trasporto pubblico, riversando esclusivamente sulla società partecipata i risultati negativi della gestione in perdita, così traendone vantaggio in pregiudizio della stessa. Nel caso di specie la violazione dei principi di corretta gestione ha comportato l'impossibilità della controllata di operare come autonomo centro di profitto, a causa della decisione di proseguire l'attività mediante l'esercizio provvisorio, nonostante le continue perdite, nonché della delibera del finanziamento del relativo fabbisogno, eseguito però solo in parte ed in modo del tutto insufficiente a coprire le cospicue perdite via via accumulate”. In dottrina, anche, C. PECORARO, *Il controllo analogo nelle società in house*, cit., 170.

<sup>320</sup> In particolare, E. MARCHISIO, *L'“eterodirezione pubblicistica”*, cit., 451, il quale ricorda che si tratta di una soluzione non è certo nuova. Nel 1977, la giurisprudenza tedesca statuiva che: “il fatto che la mano pubblica interviene nel campo dell'impresa privata per perseguirvi, a seconda delle circostanze, i suoi svariati interessi comporta proprio la necessità di riconoscere l'applicabilità a tali ipotesi delle norme a tutela dell'impresa dominata: giacché per l'impresa dominata, che il legislatore ha voluto proteggere da influenze imprenditoriali esterne, non ha alcuna differenza che le decisioni d'impresa vengano determinate da un grande azionista anche o prevalentemente in vista dell'interesse generale; il pericolo di diventare vittima di quell'influenza rimane almeno lo stesso [...] essa è soggetta – come ogni azionista – a tutte le regole dell'Aktiengesetz, salvo che la legge stessa stabilisca per essa o per i suoi rappresentanti negli organi sociali qualche cosa di diverso” (Bundesgerichtshof, II Senat, 13.10.1977). In argomento, v. anche: C. PECORARO, *Il controllo analogo nelle società in house*, cit., 172 ss.

<sup>321</sup> In particolare, già ante riforma, F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista”*, cit. 580 ss; F. GOISIS, *Contributo*, cit., 241; M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche*, cit., 1115 ss.

D'altro canto, se è vero che le pubbliche amministrazioni possono svolgere l'interesse imprenditoriale proprio o altrui, così che vi si possa ricomprendere anche l'attività di direzione delle proprie controllate ad opera degli enti pubblici, la relativa disciplina può applicarsi per analogia anche nei confronti della medesima, in considerazione del fatto che l'eterodirezione da parte di un ente pubblico conserva i medesimi connotati di quella che interessa il gruppo formato da imprese integralmente private: tale condizione è sostenibile anche per le società *in house*, considerato che anche di questa l'ente pubblico si serve nella strutturazione dei gruppi pubblici e che a ciò non ostino suoi connotati formali<sup>322</sup>.

Pare potersi ritenere, infatti, che, ai fini della responsabilità da esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento, una distinzione tra queste e le altre società a partecipazione pubblica non abbia motivo d'essere e ciò sia per tutela nei confronti dei soci delle controllate – ove ve ne siano – sia per quella dei creditori sociali (sicuramente esistenti), anche quando l'attività sociale sia indirizzata al perseguimento di un interesse istituzionalmente non lucrativo, dacchè i principi di corretta gestione impongono che le sue risorse non siano distolte dalla finalità che le è propria e che debba, in caso contrario, operare il contrappeso del meccanismo risarcitorio *ex art. 2497 c.c.*<sup>323</sup>. E' stato, in proposito, rilevato che sarebbe interesse dello stesso ente pubblico beneficiare di tale trattamento, piuttosto che di altri afferenti alla disciplina pubblicistica, atteso che, per tale via, l'ente pubblico potrebbe sottrarsi alla responsabilità in virtù di quanto previsto dall'*art. 2497, co. 1, seconda parte, c.c.*<sup>324</sup>.

---

<sup>322</sup> F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo*, cit., 7; F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.*, 2012, 267; E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali*, cit, 35 ss e ID., E. CODAZZI, *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società*, cit., 1048 secondo cui, anzi, il controllo c.d. analogo, "parrebbe rappresentare una delle molteplici manifestazioni della direzione e coordinamento, che si caratterizza appunto per la particolare intensità dell'ingerenza esercitata dal socio pubblico sulla società c.d. in house".

<sup>323</sup> C. IBBA, *Introduzione*, cit. 10 ss; F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.*, 2012, 267; G. RIOLFO, *Attività «in-house» e modello organizzativo delle società di capitali*, cit., 547 ss

<sup>324</sup> C. IBBA, *Società in house: nozione e rilevanza applicativa prima e dopo il Testo unico*, in *Munus*, 2015, I, 6 ss. Più in generale, sull'*art. 2497, co. 1, parte seconda, c.c.* e la nota teoria dei c.d. "vantaggi compensativi", *ex multis*, P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di*

### 7.3. L'esenzione per lo Stato dalla responsabilità *ex art. 2497, co. 1, c.c.* (art. 19, co. 6, d.l. 78/2009, conv. in l. 102/2009).

L'art. 19, co. 6, d.l. 78/2009, conv. in l. n. 102 del 2009 – che, si ricorda, non è stato modificato o abrogato dal TUSP – dispone l'esonero dalla responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. per lo Stato<sup>325</sup>, mentre ammette che a tale titolo possano rispondere tutti gli altri enti pubblici, subordinatamente alla duplice condizione che la partecipazione sociale sia detenuta come bene strumentale alla propria attività di impresa ovvero, in alternativa, che la stessa sia detenuta per finalità economiche o finanziarie<sup>326</sup>.

Il fondamento della prevista esenzione per lo Stato andrebbe rinvenuto nel principio, già presente nel sistema, secondo il quale il Ministero dell'Economia non esercita attività di impresa e si limita, quanto alla propria partecipazione in altre società, al semplice esercizio dei propri diritti di azionista, senza far valere sulle partecipate l'influenza dominante o determinante di cui in ogni caso dispone<sup>327</sup>. Chiara appare del resto l'intenzione legislativa di sottrarre lo Stato alla

---

*società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, 710 ss.); Sbisà, *Sub art. 2497*, cit., 54 ss.; A. VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011, in part. 58 s. Con riguardo alla compensazione tra costi e benefici, si contrappongono in dottrina coloro i quali ritengono che tale valutazione si basi su un giudizio *ex post* e in concreto (metodo cd. ragionieristico o quantitativo) e coloro i quali sostengono, invece, che si debba operare un giudizio *ex ante* e in astratto: in particolare, P. MONTALENTI, *Conflitti di interessi*, cit., 243 ss. e 253 s., ritiene che la valutazione “alla luce del risultato complessivo” non possa condursi sulla base di parametri ragionieristici, dal momento che le esimenti individuate dall'art. 2497, co. 1, non possono essere lette come un'endiadi; sulla valutazione in termini “quantitativi”, G. RONDINONE, *Società (Gruppi di)*, in *Dig. disc. priv. - sez. comm.*, Torino, 2009, 638 ss.; E. CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione “virtuale” alla compensazione “reale”): alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2004, 608 ss.; EAD., *Bancarotta fraudolenta e vantaggi compensativi: alcune riflessioni sul concetto di distrazione nei gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2008, 774; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, 672 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 603 ss.; F. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni “virtuali”*, in *Giur. Comm.*, 2000, 327 ss.

<sup>325</sup> In generale, cfr. V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, I comma, cod. civ. (art. 19, 6° comma, d.l. n. 78/2009)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 343; DI SANTE – SEBASTIANELLI, *Direzione e coordinamento di società pubbliche nel «decreto anti-crisi»*, in *Azienditalia*, 2009, 819; A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese: lineamenti generali*, Torino, 2012, 179 ss.

<sup>326</sup> Cfr. P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 337.

<sup>327</sup> V. Interrogazione Parlamentare n. 5-01918.

responsabilità e di circoscriverne l'operatività nei confronti degli altri soggetti della mano pubblica creando una posizione differenziata degli altri enti pubblici<sup>328</sup>.

Premesso ciò, il primo problema che pare porsi all'attenzione dell'interprete attiene all'estensione applicativa di tale esclusione. Posto che l'art. 2497, co. 1, c.c. presuppone l'esistenza di un potere di direzione e coordinamento e impone, al ricorso di tutti gli elementi della fattispecie ivi prevista, al soggetto che abbia esercitato tale potere in danno alla società eterodiretta di risarcire il danno stesso, la previsione di cui all'art. 19, co. 6, d.l. 1.7.2009, n. 78 potrebbe essere letta nel senso che non è applicabile allo Stato solo l'obbligo di risarcire, in via diretta, il danno cagionato, senza che la medesima limitazione valga per le altre norme che compongono la disciplina codicistica dell'attività di direzione e coordinamento<sup>329</sup>

L'argomento è stato sostenuto, in particolare, osservando che, se l'art. 2497-*bis* c.c. fosse applicabile, gli amministratori della società sottoposta ad eterodirezione dovrebbero esporre, in apposita sezione della nota integrativa del bilancio, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'intero bilancio dello Stato<sup>330</sup>. A ben vedere, l'inapplicabilità in concreto di una disposizione del capo in esame non comporta l'inapplicabilità in diritto di tutte le altre. Difatti, le regole codicistiche di cui agli artt. 2497 e ss. c.c. non sono da considerare nella loro unitarietà, atteso che rappresentano singole porzioni normative, la cui applicazione sottostà ad un giudizio che deve vagliare non solo la possibilità giuridica, ma anche l'utilità funzionale dell'applicazione di ciascuna regola nel caso di specie<sup>331</sup>. Ed allora, la disapplicazione della regola che impone la responsabilità risarcitoria da eterodirezione, non dovrebbe *ex se* impedire l'applicazione delle ulteriori regole della disciplina, in modo particolare di quelle che riguardano le società eterodirette<sup>332</sup>. anche all'ipotesi della società controllata

---

<sup>328</sup> Cfr. E. CODAZZI, *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società*, cit., 1048;

<sup>329</sup> E. MARCHISIO, *L'eterodirezione pubblicistica*, cit., 434.

<sup>330</sup> M. CARLIZZI, *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, cit., 137.

<sup>331</sup> E. MARCHISIO, *L'eterodirezione pubblicistica*, cit., 435.

<sup>332</sup> Cfr., in particolare, M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate*, cit., 1195, in part. nt. 56.

dallo Stato, non pare doversi dubitare dell'applicazione della regola che consente, in favore della società eterodiretta, il coinvolgimento del legale rappresentante dell'ente pubblico capogruppo che abbia, materialmente, emesso la direttiva dannosa.

Pur con queste precisazioni, giova soffermarsi sulle motivazioni addotte a sostegno della disapplicazione della disciplina in esame nei confronti dello Stato, per individuare entro quali confini l'art. 19, co. 6, d.l. 1.7.2009, n. 78 dovrebbe ragionevolmente operare. Deve anzitutto sottolinearsi che l'esclusione dello Stato dal perimetro applicativo della disciplina in materia di responsabilità ex art. 2497 c.c. sia, in realtà, “mero frutto della voluntas principis”<sup>333</sup>, che trova la sua principale giustificazione nel fatto che lo Stato non potrebbe considerarsi imprenditore<sup>334</sup>: tale argomentazione, invero, non pare sostenibile, nella misura in cui, come detto, l'art. 2497 c.c. deve applicarsi anche quando l'attività di direzione e coordinamento sia effettuata da soggetti imprenditori a fini non imprenditoriali<sup>335</sup>.

D'altra parte, ulteriore argomentazione spesa per giustificare l'inapplicabilità della disciplina allo Stato attiene alla circostanza per la quale i principî di imparzialità, buon andamento e legalità – al cui rispetto l'agire dello Stato è vincolato – osterebbero alla possibilità di emanare direttive che fossero programmaticamente dannose per la società controllata<sup>336</sup>. In realtà – e come già osservato da parte della dottrina – pare che il problema possa essere affrontato da

---

<sup>333</sup> E. MARCHISIO, *L'“eterodirezione pubblicistica”*, cit., 437. Sottolineano l'inopportunità della norma in commento: V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato*, cit., 343; I. EBALLI, *Direzione e coordinamento nelle società a partecipazione pubblica alla luce dell'intervento interpretativo fornito dal «decreto anticrisi»*, in *Nuovo dir. soc.*, 2010, 44. P. MONTALENTI, *Le società a partecipazione pubblica: spunti di riflessione*, in *Nuovo dir. Soc.*, 2010, 3; G. SBISÀ, *Sub art. 2497*, cit., 3 ss.

<sup>334</sup> Cfr. M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate*, cit., 1193 ss.

<sup>335</sup> In caso contrario, infatti, “si perverrebbe al paradosso di prevedere una ipotesi di responsabilità risarcitoria per il caso meno riprovevole (danno da eterodirezione derivante da direttive emanate nel perseguimento di un obiettivo imprenditoriale) e, invece, non prevederla per quello più grave (l'eterodirezione per fini extraimprenditoriali, appunto)”. *Contra*, K. MARTUCCI, *Profili di diritto singolare dell' “impresa”*, cit., 2013, 181 s, secondo cui “la partecipazione statale, viceversa, mai potrebbe essere “motivata dal perseguimento di “un interesse economico proprio o altrui” tout court”, né dovrebbe essere “attuata secondo modalità tali da dar luogo allo svolgimento di una attività, prima, d'impresa poi”.

<sup>336</sup> Così, M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate*, cit., 1193 ss.,

un'altra prospettiva, ovvero chiedendosi a quali regole debba sottostare lo Stato qualora imponga ad una sua controllata degli atti per questa dannosi.

Posto che lo Stato dovrebbe rispondere secondo le ordinarie regole della responsabilità civile<sup>337</sup>, una simile soluzione pare essere in contrasto con quel più generale principio di parità delle regole a cui devono essere sottoposti gli operatori quando esercitino un'impresa, con la conseguenza che pare sia più corretto aderire alla proposta, in virtù della quale il senso della norma sia "l'esclusione della possibilità [dello Stato] di avvalersi dello specifico modello organizzativo" del gruppo, ma non di esentarlo dall'applicazione delle norme che presiedono la responsabilità per danni da eterodirezione dannosa<sup>338</sup>.

D'altronde, indipendentemente dalla sua fondatezza, la sua inapplicabilità allo Stato è norma di rango legislativo, attualmente vigente: tuttavia, le argomentazioni spese – dalle quali risulta che la disposizione è un privilegio, privo di fondamento sistematico – impongono di considerare tale disposizione come norma speciale di stretta interpretazione e di escludere che essa possa essere interpretativamente estesa anche ad altri enti pubblici, come quelli territoriali<sup>339</sup>.

---

<sup>337</sup> Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *principi di diritto e disciplina dei gruppi*, cit., 610 ss.

<sup>338</sup> E. MARCHISIO, *L'eterodirezione pubblicistica*, cit., 435.

<sup>339</sup> V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato*, cit., 351 s.; I. EBALLI, *Direzione e coordinamento nelle società a partecipazione pubblica*, cit., 50; P. MONTALENTI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 17; G. SBISÀ, *Sub art. 2497*, cit., 73; F. STROCCHIA, *Le disposizioni relative alle società pubbliche alla luce del d.l. n. 78/2009*, in *Nuova rass.*, 2009, 1924. Interpreta estensivamente la norma, invece, M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate*, cit., 1191 ed anche E. CODAZZI, *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società*, cit., 1048, seconda la quale: "Detta disposizione, inoltre, esprimendo un principio di carattere generale (ovvero, quello per cui l'ente è assoggettabile alla normativa sulla direzione e coordinamento solo in quanto sia imprenditore) renderebbe l'esonero dalla disciplina di cui all'art. 2497 comma 1, di applicazione generale e, perciò, riferibile a tutti gli altri enti pubblici (e in particolare a quelli territoriali) che imprenditori non sono".

## CAPITOLO III

### L'ATTUAZIONE DEL CONTROLLO ANALOGO NELLA SOCIETÀ PER AZIONI

*SOMMARIO: 1. Premessa. 2. L'azionista pubblico nel codice civile: il potere speciale di nomina diretta di componenti dell'organo amministrativo e di controllo 2.1. La irrilevanza del potere speciale ex art. 2449 c.c. ai fini dell'integrazione del controllo analogo solitario e congiunto.. 3. Le deroghe previste dall'art. 16 TUSP: cenni alla tipicità organizzativa delle s.p.a.. 3.1. Il principio della competenza gestoria esclusiva degli amministratori. 3.2. Il ruolo dell'assemblea: le autorizzazioni assembleari ai sensi dell'art. 2364, n. 5, c.c. ed il controllo analogo. 3.3. Limiti alla deroga all'art. 2380-bis, co. 1, c.c.: cenni al modello dualistico di amministrazione 3.4. (Segue) Competenze assembleari e responsabilità degli amministratori. 4. Il particolare caso del controllo analogo congiunto. 4.1. La rilevanza dei patti parasociali per l'esercizio del controllo analogo solitario e congiunto. 5. Il principio di esclusività del potere gestorio nella disciplina dei gruppi secondo il diritto societario comune. 5.1. I limiti all'attività di direzione e coordinamento della capogruppo e contenuto dei doveri (dell'organo gestorio) delle controllate. 5.2. (Rinvio) L'eterodirezione pubblica ed il controllo analogo. 6. Della responsabilità del socio pubblico ex art. 2476, co. 7 c.c.*

#### **1. Premessa.**

Nell'individuare le caratteristiche essenziali che contraddistinguono la relazione di controllo analogo, si è affermato che la scelta di perimetrare l'oggetto dell'influenza costituisce il principale indizio a sostegno del fatto che, per integrare il requisito, sia necessario esercitare un'influenza determinata sulle sole delibere riguardanti le c.d. competenze di alta amministrazione. Se, da un lato, ciò ha permesso di svolgere alcune considerazioni circa il rapporto tra la nozione di controllo analogo e quella di direzione e coordinamento, dall'altro, il definitivo accoglimento o rigetto di predette conclusioni intermedie passa necessariamente attraverso una disamina delle norme contenute all'interno dell'art. 16 TUSP, ove il legislatore individua le modalità attraverso cui è possibile dare concreta realizzazione al requisito che, in ultima analisi, definisce la fattispecie.

Ai fini suddetti, l'art. 16 TUSP consente di ricorrere a strumenti di natura parasociale e statutaria, tra cui spicca senza dubbio la facoltà di deroga agli artt. 2380-*bis* e 2409-*novies* c.c., rispettivamente riferiti al sistema di amministrazione tradizionale ed a quello dualistico. Attraverso tale disposizione il legislatore della riforma concede, dunque, all'autonomia "privata" la possibilità di rendere flessibile una struttura organizzativa altrimenti rigida, all'interno della quale il principio secondo cui "la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori" è tratto tipologico distintivo ed inderogabile. Non è però da tale quesito che pare opportuno muovere l'indagine. Si ritiene, infatti, che tale approccio non sarebbe idoneo a individuare le reali problematiche connesse ad uno statuto di regole dalla specialità così spiccata.

E i motivi sono presto detti: da un lato, è lo stesso TUSP a sancire espressamente che la società *in house* possa essere costituita in forma di s.p.a., dall'altro, le principali criticità, da cui pare essere affetta la disciplina, sono l'assenza di limiti espressi all'ingerenza che il socio pubblico può esercitare in materia gestoria e la mancanza di regole di coordinamento in relazione ai profili di responsabilità, che dall'esercizio di tale ingerenza potrebbero discendere. Nel corso del presente capitolo, la disamina verrà, pertanto, condotta seguendo due direttrici: la prima, incentrata sulla tipicità organizzativa delle società per azioni e finalizzata ad individuare, da un lato, i limiti entro i quali gli strumenti di cui all'art. 16 TUSP possono essere utilizzati e, dall'altro, come la deroga al principio di esclusiva competenza gestoria incida sul funzionamento del gruppo pubblico; la seconda, mirata a individuare a che titolo il socio pubblico possa essere chiamato a rispondere delle conseguenze generate dalla sua ingerenza.

Prima di soffermarsi sulla portata e sulle ripercussioni sistematiche di tale deroga – argomento che rappresenta il centro focale di questo terzo capitolo – preme però svolgere alcune considerazioni preliminari. Per quanto i motivi che hanno portato il legislatore ad introdurre una deroga così dirompente ai principi organizzativi della società per azioni siano già stati in parte indagati nei capitoli precedenti – ove si è sottolineato che l'attuale formulazione della fattispecie è prodotto del (quanto meno parziale) recepimento dei principi giurisprudenziali



europei –, interrogarsi sulla necessità delle deroghe previste e, dunque, sui contenuti e sulla *ratio* sottesa all'art. 16 TUSP pare essere il punto di partenza adeguato per poter correttamente inquadrare ogni successivo profilo di analisi.

## **2. L'azionista pubblico nel codice civile: il potere speciale di nomina diretta di componenti dell'organo amministrativo e di controllo.**

Come incidentalmente sottolineato nel corso del primo capitolo, la sempre maggiore diffusione del fenomeno e le intrinseche contraddizioni che questo portava con sé – prime tra tutte, la necessità di far convivere la tipicità organizzativa della società per azioni con l'avvertita opportunità di dotare l'azionista pubblico di un maggiore controllo sul proprio investimento – indussero il legislatore del codice civile del 1942 a disciplinare le società a partecipazione pubblica secondo una precisa impostazione metodologica, atta a recepire le esigenze pubblicistiche emerse dalla prassi senza rinunciare alla coerenza del sistema. Tali intenzioni si tradussero nella scelta di regolamentare il fenomeno nell'ambito della disciplina dedicata alle società per azioni ed introdurre norme che, pur attribuendo delle prerogative speciali all'azionista pubblico, individuassero i limiti entro cui la partecipazione dello Stato o degli enti pubblici potesse incidere sulla struttura organizzativa della società<sup>340</sup>.

---

<sup>340</sup> Com'è noto, prima della promulgazione del codice, l'affermazione secondo cui le società per azioni con partecipazioni dello Stato o di enti pubblici fossero "in tutto private per la forma" [G. GUARINO, *Stato ed energia nucleare*, in *Riv. soc.*, 1959, 30], non trovava unanime riscontro in dottrina. Come ricorda F. GOISIS, *Contributo*, cit., 113 ss., nell'ambito della riflessione dottrinale antecedente al 1942, una parte della dottrina riteneva, all'opposto, che le società a partecipazione pubblica rappresentassero un "travestimento in forma privata di una impresa sostanzialmente pubblica" (così T. RAVÀ, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, cit., 324). Proprio a fronte del nutrito dibattito che si sviluppò attorno al fenomeno, deve ritenersi che l'opzione dal codice civile di una piena riconduzione dell'azionariato in mano pubblica al diritto commerciale fosse una scelta sistematica pienamente consapevole. Cfr., sul punto, F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO - R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, I, Padova, 2004, 449; F. GHEZZI - M. DE NADAIN, *Sub art. 2449*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI - M. NOTARI, L. A. BIANCHI, F. GHEZZI; N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico giuridico)*, in *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di P. MARCHETTI, Milano, 1995, 36, il quale, a sostegno di predetta tesi, cita il § 998 della Relazione del Ministro guardasigilli, ove si specifica che ai sensi degli artt. 2458 e 2459 (nella numerazione ante riforma) "è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune delle società per azioni deve pertanto applicarsi anche alla società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non

Vennero pertanto introdotti gli artt. 2458-2460 c.c. – contenenti le norme poi trasfuse, con talune modifiche ed abrogazioni, negli artt. 2449 e ss. c.c. – i quali consentivano che, mediante un’apposita clausola statutaria, potesse attribuirsi ai soci pubblici il potere diretto di nomina e revoca di alcuni componenti degli organi della società partecipata, anche in misura non proporzionale rispetto alla propria partecipazione. In tal modo, il socio pubblico avrebbe ottenuto con certezza e senza un proporzionale esborso, che uno o più dei propri rappresentanti potesse ricoprire la carica di amministratore o sindaco della società partecipata, con il chiaro vantaggio di poter evitare una deliberazione assembleare altrimenti necessaria e, di conseguenza, incorrere in una sua eventuale impugnazione<sup>341</sup>.

Alle scelte compiute dal legislatore si riconobbe il pregio di aver dato coerenza al sistema<sup>342</sup>, rendendo chiara la natura speciale di predette norme<sup>343</sup> e

---

dispongano diversamente”. Tale scelta venne assunta nella consapevolezza che, in dottrina ed in giurisprudenza, erano state manifestate talune perplessità in relazione alla posizione degli amministratori e dei sindaci nominati dallo Stato o da enti pubblici. Proprio in virtù di queste – precisa la medesima Relazione – “si è ritenuto pertanto opportuno eliminare ogni dubbio al riguardo con una norma particolare affermando che gli amministratori e i sindaci così nominati hanno gli stessi diritti e gli stessi obblighi di quelli nominati dall’assemblea”.

<sup>341</sup> 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. Più in generale, sulla formulazione originaria delle disposizioni in commento, cfr.: M.T. CIRENEI, *Le società per azioni*, cit., 136 ss.; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 40 ss.

<sup>342</sup> La rilevanza sistematica delle succitate norme è stata più volte sottolineata dalla dottrina – sia pubblicistica, che privatistica – che si è interessata dell’articolazione dei poteri attribuiti al soggetto pubblico, quando questo decida di intervenire in economia. Sul punto, cfr. P. BARCELLONA, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Napoli 1969, *passim*; M.T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, cit., in part. 112; S. CASSESE, *Azionariato di Stato*, in *Enc. Dir.*, 4; V. DONATIVI, *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica “diretta” alle cariche sociali (artt. 2458-2459)*, in *Riv. soc.*, 1998, 1258 ss.; G. LACAVALA, *L’impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, IV, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, V. MAZZARELLI, *La società per azioni con partecipazione pubblica*, Milano 1987, *passim*. Con specifico riferimento alle società di interesse nazionale, in particolare, F. SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano 2003. Più recentemente, taluni Autori hanno sottolineato come i poteri attribuiti allo Stato dal codice possano essere utilizzati anche in chiave protezionistica: cfr. T. BALLARINO, L. BELLODI, *La Golden Share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Riv. soc.*, 2004, 2 ss.; F. GHEZZI, *La disciplina delle concentrazioni e la promozione dei campioni nazionali tra diritto comunitario e normative nazionali antitrust*, in *Riv. soc.*, 2003, 1098 ss.; A. PERICU, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in *Privatizzazione e regioni*, a cura di V. BUONOCORE - G. RACUGNO, Milano, 2003, 149 ss.; C. SAN MAURO, *Golden Shares, poteri speciali e tutela di interessi essenziali*, Roma, 2004, 89 ss.

<sup>343</sup> Sulla specialità (anche in chiave “permissiva”) di tali norme nella loro formulazione originaria, in particolare, G. MINERVINI, *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *BBTC*,

riaffermando implicitamente il più generale principio dell'irrelevanza della persona del socio nell'organizzazione sociale: come sottolineato dalla dottrina infatti, grazie a tali disposizioni, "l'ingerenza della mano pubblica nella gestione dell'impresa privata e nel controllo della medesima" perdeva ogni connotato autoritativo, dal momento che questa poteva ora realizzarsi solo "mediante la normale attività dei suoi organi, dall'interno dell'organizzazione sociale e non dall'esterno"<sup>344</sup>.

Nonostante gli apprezzamenti che suscitò la volontà di equiparare l'impresa pubblica e quella privata, la dottrina non mancò di sottolineare le criticità connesse alla mancata formulazione di norme puntuali su taluni fondamentali snodi di disciplina<sup>345</sup> e, più in generale, all'assenza di proporzionalità tra l'attribuzione del privilegio e la partecipazione al capitale<sup>346</sup>, perplessità

---

1954, 712. Più recentemente, taluni Autori hanno sottolineato come i poteri attribuiti allo Stato dal codice possano essere utilizzati anche in chiave protezionistica: cfr. T. BALLARINO, L. BELLODI, *La Golden Share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Riv. soc.*, 2004, 2 ss.; F. GHEZZI, *La disciplina delle concentrazioni e la promozione dei campioni nazionali tra diritto comunitario e normative nazionali antitrust*, in *Riv. soc.*, 2003, 1098 ss.; A. PERICU, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in *Privatizzazione e regioni*, a cura di V. BUONOCORE - G. RACUGNO, Milano, 2003, 149 ss.; C. SAN MAURO, *Golden Shares, poteri speciali e tutela di interessi essenziali*, Roma, 2004, 89 ss.

<sup>344</sup> Ambedue le citazioni riportate nel testo sono da attribuirsi a M. BERTUZZI, *Sub artt. 2449-2450*, in *Commentario Lo Cascio*, VII, 2003, 213. Del resto, come sottolineato da F. GALGANO, *Le società per azioni*, in *Trattato Galgano*, 2003, 439, il legislatore dedica poche disposizioni al fenomeno allo scopo di assoggettare le società pubbliche alla disciplina societario "comune", salvo puntuali eccezioni. Cfr. B. LIBONATI, *L'intervento dello Stato nell'attività di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 759. *Contra*, C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, 962, ritiene che la riforma del 2003 abbia ridimensionato il valore sistematico delle disposizioni in commento, poiché ha introdotto ulteriori strumenti idonei a garantire il controllo, che, ormai slegati dalla partecipazione al capitale, vivono in un rapporto di concorrenza con il diritto speciale di nomina di cui all'art. 2449 c.c.

<sup>345</sup> Senza alcuna pretesa di completezza, si richiamano solo alcuni dei profili di disciplina su cui il legislatore aveva (ed ha) scelto di tacere, con riferimento all'organo amministrativo e di controllo: l'impatto degli interessi pubblicistici sui doveri degli amministratori e dei sindaci nominati dallo Stato; l'ammissibilità di direttive vincolanti da parte del socio pubblico nei confronti dei medesimi; l'applicabilità della disciplina codicistica in tema di revoca, con particolare riferimento alla ricorrenza della giusta causa; l'individuazione del giudice competente a conoscere le controversie in tema di nomina, revoca e responsabilità, Sul punto, *amplius*, F. GHEZZI - M. DE NADAIN, *Sub art. 2449*, cit., 313.

<sup>346</sup> Come sottolineato da A. PERICU, *La giurisdizione sulle controversie in materia di nomina e revoca di amministratori o sindaci ex artt. 2449 e 2450, cod. civ. Brevi note*, in *Riv. Giur. Sarda*, 2007, 793, "il pregio delle disposizioni in esame consiste proprio nella possibilità di articolare diversamente l'organizzazione degli organi sociali e di ripartirne stabilmente la composizione (anche tra enti pubblici non soci) in rapporto all'interesse pubblico della (e alla) impresa sociale,

successivamente aggravate dal proliferare di norme che – incidendo con diversi gradi di specialità su profili quali il compenso, il numero di rinnovi del mandato e la responsabilità degli amministratori di nomina pubblica – erano “destinate a ridisegnare la *governance* delle società per azioni a partecipazione pubblica”<sup>347</sup>. La presenza di tali lacune ed il proliferare di norme speciali portarono la dottrina a mettere in discussione le interpretazioni precedentemente consolidate circa la natura privatistica delle società pubbliche ed ad auspicare un intervento del legislatore, volto a sgombrare il campo da ogni incertezza<sup>348</sup>.

---

ed indipendentemente dall'ammontare (o dalla stessa titolarità) della partecipazione. Il successo dell'applicazione degli artt. 2449 e 2450 c.c. nella prassi statutaria è, infatti, soprattutto connesso alla rilevanza reale del potere di nomina e dunque all'insensibilità dello stesso (oltre che alla limitazione temporale degli eventuali accordi parasociali anche) alla dismissione totale o parziale delle azioni da parte degli enti pubblici”. Per una più puntuale della prassi statutaria *ante* riforma, cfr. V. DONATIVI, *Esperienze applicative*, cit., 1276 ss., e ID., *Rassegna legislativa e statutaria in tema di nomina pubblica alle cariche sociali ex artt. 2458-2459 c.c. nelle società a partecipazione regionale e nel nuovo assetto dell'azionariato provinciale e comunale*, in *Riv. dir. impr.*, 1999, 309 ss.

<sup>347</sup> F. GHEZZI – M. DE NADAIN, *Sub art. 2449*, cit., 314. Sii pensi, ad esempio, alle disposizioni della l. n. 444/1994, il cui art. 3 prevedeva che gli organi potessero essere prorogati per non più di 45 giorni e limitava in tale periodo le competenze del consiglio agli atti di ordinaria amministrazione; o anche alla l. n. 296/06, in tema di limiti al compenso e numero degli amministratori pubblici nelle società partecipate da enti pubblici. Per una più puntuale ricostruzione delle norme speciali in tema di *governance* societaria, cfr. G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999 ss. e L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, relazione al Convegno “Le società pubbliche tra Stato e Mercato, alcune proposte di razionalizzazione della disciplina”, Roma, 13 maggio 2009.

<sup>348</sup> In tale periodo vennero a delinearsi infatti due opposte teorie [per quanto non mancassero anche Autori a sostegno di posizioni intermedie, tra cui G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche*, cit., 999 ss.; R. URSI, *L'ultima frontiera della privatizzazione: la giurisdizione del giudice ordinario in materia degli amministratori di nomina pubblica*, in *Foro it.*, 2005, 2728 ss]. La prima, definita pubblicistica o funzionalistica, riteneva che le norme attributive della facoltà di nomina dovessero considerarsi norme di diritto pubblico, dacché l'esercizio del potere di designazione sarebbe stato, previsto in funzione della realizzazione di fini pubblici. In conseguenza di ciò, l'atto di nomina avrebbe dovuto considerarsi provvedimento amministrativo (per cui non sarebbe stata necessaria neanche una ratifica da parte dell'assemblea), con ogni più ovvia conseguenza sulla qualificazione del rapporto, che veniva ad instaurarsi tra amministratore ed ente pubblico nominante. Gli articoli in commento avrebbero dunque legittimato l'ingresso dell'interesse pubblico nella fattispecie societaria, la cui più importante conseguenza applicativa era rappresentata dalla possibilità per l'ente pubblico nominante di emanare direttive vincolanti nei confronti dei propri amministratori e i sindaci [storicamente, L. MENGONI, *Sul concetto di società a partecipazione statale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 177 e F. ROVERSI MONACO, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 258 ss., e ad oggi sostenuta da A. PERICU, *Sub art. 2449*, cit, 1292-1293 e M. BERTUZZI, *Sub artt. 2449-2450*, cit., 217 ss]. D'altro canto, altra parte della dottrina proponeva una lettura privatistica o organizzativa delle norme in commento, negando la sussistenza di un rapporto di tipo pubblicistico, di conseguenza, il ricorrere di un potere di direttiva da parte degli enti pubblici nominanti: in questo senso deponevano non solo il primo comma dell'art. 2449 c.c., ma anche il testo della Relazione al codice civile e i lavori preparatori.

La riforma organica operata a mezzo del d. lgs. 6 del 2003, però, disattese almeno in parte le aspettative<sup>349</sup>, tanto che furono necessari due successivi interventi per ridefinire il rapporto tra norme codicistiche e norme speciali<sup>350</sup> e per recepire le conclusioni raggiunte dalla Corte di giustizia nella sentenza *Federconsumatori*<sup>351</sup>: il primo venne realizzato con la l. 6 aprile 2007, n. 46<sup>352</sup>, mediante la quale venne abrogato l'art. 2450 c.c. (ai sensi del quali lo Stato e gli

---

Si affermava inoltre un'interpretazione rigorosa della norma impediva di ritenere che gli organi di nomina pubblica fossero soggetti a doveri diversi, ed in particolare, quello di dare esecuzione a direttive degli enti pubblici nominanti. Ancora, si sottolineava che, se si fosse seguita la tesi pubblicistica, agli amministratori di nomina pubblica non avrebbero potuto imputarsi violazioni di legge o statutarie, atteso che tra i doveri vi sarebbe stato anche (soprattutto) quello di dare esecuzione alle direttive dell'ente pubblico [per questa tesi si vedano, prima della riforma, P. ABBADESSA, *La nomina diretta di amministratore di società da parte dello Stato o di enti pubblici*, in *Imp., ambiente, p.a.*, 1975, 371; A. ROSSI, *Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1993, XXIX; A. SCOGNAMIGLIO, *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458 c.c.*, in *Foro Amm.*, 1984, 565-575). Per tale teoria, l'interesse dell'ente pubblico in quanto tale doveva considerarsi *extrasociale* e perciò non vincolante per gli amministratori. Sulla scorta di queste considerazioni parte sempre più consistente della dottrina riteneva che l'art. 2449 esaurisse la sua portata sul piano organizzativo [V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, Torino, 2010, 149 ed in part. 188], essendo semplicemente lo strumento attraverso cui l'ente pubblico poteva trovare spazio ed espressione nella società. Di conseguenza, agli amministratori così nominati si sarebbe dovuta applicare la disciplina di diritto comune, con riferimento ai doveri ed alle responsabilità, fatta salva ogni deroga espressa contenuta nelle disposizioni speciali. Per una più distesa ricostruzione delle due tesi si vedano: M. BERTUZZI, *Sub artt. 2449 -2450*, cit., 218; A. PERICU, *Sub artt. 2449-2450*, cit., 1293 ss.; più recentemente, I. DEMURO, *L'Incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449*, in *Giur. Comm.*, 2008, 581 ss.

<sup>349</sup> Cfr. B. PETRAZZINI, *Sub artt. 2449-2450*, in *Commentario Cottino*, II, 1696; A. PERICU, *Sub artt. 2449-2450*, cit., 1307; C. CAVAZZA, *Sub artt. 2449-2450*, in *Commentario Maffei Alberti*, 1708.

<sup>350</sup> Per una disamina più approfondita dei provvedimenti adottati, cfr. in particolare: R. RORDORF, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Soc.*, 2005, 427; L. SALERNO, *La nomina di amministratori e sindaci da parte dello stato e degli enti pubblici: l'art. 2449 cod. civ. ai tempi della riforma*, in *Dir. fall.*, 2004, 466; F. ZATTI, *Il ruolo del collegio sindacale nella società a partecipazione pubblica tra disciplina di diritto comune e diritto pubblico*, in AA.VV., *Il collegio sindacale*, a cura di R. ALESSI - N. ABRIANI - U. MORERA, Milano, 2007, 600.

<sup>351</sup> C. Giust., 6 dicembre 2007, C-464/04, in *Giur. comm.*, 2008, 581 ss., con nota di I. DEMURO, *L'Incompatibilità con il diritto comunitario*, cit., 583-584. La Corte aveva rilevato che "conferire agli Stati membri o agli enti pubblici la facoltà 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 assembleare.

<sup>352</sup> Pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, n. 84 dell'11 aprile 2007, con la quale è stato convertito il d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, recante disposizioni volte a dare attuazione ad obblighi comunitari e internazionali,

enti pubblici potevano nominare amministratori e componenti degli organi di controllo anche in mancanza di partecipazione al capitale, a condizione che ciò fosse previsto dalla legge o dallo statuto); il secondo, con l. 25 febbraio 2008, n. 34<sup>353</sup>, attraverso cui si provvedeva all'integrale modifica dell'art. 2449 c.c.. La disamina completa di quest'ultima modifica non è oggetto della presente trattazione, ma occorre soffermarsi su alcuni puntuali aspetti di disciplina, per comprendere se l'attribuzione del solo potere di nomina sia in sé idoneo ad integrare il requisito del controllo analogo, singolare o congiunto.

### **2.1. La rilevanza del potere speciale ex art. 2449 c.c. ai fini dell'integrazione del controllo analogo solitario e congiunto.**

Com'è noto, l'art. 2449 c.c. distingue la disciplina applicabile alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio<sup>354</sup> e quelle che, per contro, non vi ricorrono<sup>355</sup>. Con riguardo a quest'ultime – c.d. chiuse, tra cui si annoverano

---

<sup>353</sup> Legge comunitaria 2007, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 56 del 6 marzo 2008 - Suppl. Ordinario n. 54. Come sottolinea F. SANTONASTASO, *Sub. Art. 2449*, in *Commentario Romano al nuovo diritto delle società*, Vol. II, t. 2, diretto da F. D'ALESSANDRO, 2010, 654, il testo della norma pare essere stato redatto prima della pubblicazione della sentenza, in considerazione delle conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro, depositate il 7 luglio 2006.

<sup>354</sup> Con specifico riferimento a queste, l'art. 2449, co. 4, c.c. prevede che, per attribuire diritti amministrativi allo Stato o ad altri enti pubblici, possano essere emessi strumenti finanziari partecipativi o particolari categorie di azioni. Per un commento a tale specifica norma si vedano, in particolare: F. GHEZZI - 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.; I. DEMURO, *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario 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..

<sup>355</sup> L'art. 2449 fa esplicito riferimento alla disciplina delle società per azioni e già prima della riforma ci si chiedeva se, in mancanza di rinvii espressi, tale norma (e anche l'art. 2450 c.c.) potesse trovare applicazione analogica nelle s.r.l. La dottrina prevalente propendeva per la soluzione affermativa (*ex multis*, E. MELE, *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, 2003, 245; V. SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli Enti pubblici*, in *Soc.* 2001, 724).. A seguito della riforma, come sottolinea C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 4 sarebbe stato opportuno, per fugare ogni dubbio, collocare queste disposizioni tra quelle comuni a tutte le società di capitali; similmente, R. MAGLIANO, *Sub art. 2449*, in *Codice Commentato Ipsosa*, 2004, 938; Sostengono l'applicabilità transtipica della previsione, *ex multis*, F. FRACCHIA, *La costituzione di società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. ec.*, 2004, 601 e L. DE ANGELIS, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.* 2003, 476. Propendono invece per la incompatibilità: L. SALERNO, *La nomina*, cit., 465; R. RORDORF, *Le società "pubbliche"*, cit., 425; C. SIMONE, *Sub artt. 2449-2451*, in *Commentario delle società*, a cura di G. GRIPPO, 2, Torino 2009, 952; M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*,

anche le società *in house* – il primo comma dell’art. 2449 c.c. dispone che lo statuto possa conferire allo Stato o agli enti pubblici partecipanti “la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale” ed a cui si collega la facoltà di revoca<sup>356</sup>. Di seguito, dopo aver specificato che gli amministratori e i sindaci (o i componenti del consiglio di sorveglianza) così nominati possono essere revocati soltanto dagli stessi enti che hanno provveduto alla nomina, il comma secondo precisa che “essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall’assemblea”<sup>357</sup>.

Ambedue le norme rivestono un ruolo di fondamentale importanza ai fini dell’inquadramento delle società a partecipazione pubblica nell’ambito della disciplina e dei principi propri del diritto commerciale, atteso che, da un lato, contengono la specialità attraverso il richiamo al principio di proporzionalità tra potere e rischio, e dall’altro, equiparano sul piano dei diritti e soprattutto degli obblighi gli amministratori di nomina pubblica con quelli di nomina assembleare, con tutto ciò che questo comporta in relazione all’interesse che questi sono tenuti a realizzare<sup>358</sup>. La rilevanza che assume il richiamo al principio di proporzionalità

---

2008, 645ss. Pur ritenendolo applicabile, sostengono che ciò sarebbe pleonastico in virtù della possibilità di attribuire al socio pubblico, senza alcun limite di proporzionalità, diritti particolari *ex art.* 2468, co. 3, c.c. : O. CAGNASSO, *La disciplina codicistica delle società in mano pubblica*, in *N.D.S.*, 2011, 11; ID., *Le s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *N.D.S.*, 2010, 31 ss ; C. PECORARO, *Privatizzazione*, cit., 984; A. RUOTOLO - E. PUGLIELLI, *Nomina*, cit., 240 ss.; F. SANTONASTASO, *Sub. Art.* 2449, cit., 1109; sulle controindicazioni (ad es. in tema di assunzione di responsabilità per l’atto di gestione) derivanti dall’assunzione del tipo s.r.l. per le società a partecipazione pubblica cfr. C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 11 ss.

<sup>356</sup> Cfr. C. CAVAZZA, *Sub artt. 2449-2450*, cit., 1710; A. PERICU, *Sub artt. 2449-2450*, cit., 1309; B. PETRAZZINI, *Sub artt. 2449-2450*, in *Commentario Cottino*, II, 1698.

<sup>357</sup> Le norme riferite agli obblighi ed alla facoltà di revoca sono strettamente collegati, specie considerato che attengono entrambi alla rilevanza che l’interesse pubblico assume ai fini della definizione dei doveri degli amministratori ed alle conseguenze del loro inadempimento, con riferimento alla revoca diretta per giusta causa. Come già sottolineato in nt. 9, ci si chiedeva se, in ragione di ciò, potesse riconoscersi al socio pubblico il potere di formulare direttive vincolanti per gli amministratori di nomina pubblica. Oltre alla dottrina citata, anche la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che tale tesi non possa essere sostenuto in virtù di quanto previsto al comma 2 dell’art. 2449 c.c. e che, di conseguenza, la sussistenza della giusta causa di revoca debba essere valutata nelle partecipate pubbliche come in qualsiasi altra società.

<sup>358</sup> In particolare, C. IBBA, *Società pubbliche*, cit., 4, ritiene che tale norma rappresenti l’argomento principale a sostegno della tenuta della causa lucrativa nelle società pubbliche di ‘diritto comune’. Sul punto, cfr. F. GOISIS, *Contributo*, cit., 117 ss. e, per alcune considerazioni critiche, F. SANTONASTASO, *Società di diritto speciale*, cit. 264 ss.

– dichiaratamente volto ad evitare che l’azionista pubblico possa nominare la maggioranza dei componenti dell’organo amministrativo a fronte di una partecipazione di minoranza<sup>359</sup> – si apprezza adeguatamente, riflettendo su ciò che accadrebbe se questo specifico strumento di controllo indiretto e mediato sulla gestione venisse attribuito al socio in assenza di detta proporzionalità. Infatti, se il socio detenesse una partecipazione di minoranza e gli venisse riconosciuto il potere speciale di nominare la maggioranza degli amministratori, egli assumerebbe *de facto* una posizione di controllo indiretto sulla gestione, anche quando il suo investimento non potrebbe garantirgliela; per contro, se lo stesso socio fosse titolare di una partecipazione in grado, da sola, di garantirgli il controllo di diritto sulla società, l’attribuzione del potere speciale non inciderebbe sulla sua posizione, atteso che già solo l’assetto proprietario della società gli avrebbe consentito di esprimere anche tutti i componenti dell’organo amministrativo.

Le considerazioni riguardanti la rilevanza dell’assetto proprietario e l’inquadramento del potere in parola come strumento per l’ottenimento di un controllo *indiretto* sulla gestione sono essenziali ai fini di stabilire se una clausola statutaria attributiva del diritto speciale di nomina sia idonea ai fini dell’integrazione del controllo analogo, anzitutto a fronte delle peculiarità, che contraddistinguono il modello *in house* rispetto alle altre società partecipate da enti pubblici. Come ricordato, infatti, uno degli elementi costitutivi della fattispecie in esame è rappresentato dal fatto che il capitale sociale deve essere integralmente sottoscritto da una o più pubbliche amministrazioni e che queste devono esercitare un controllo dall’intensità qualificata come *determinante*. Il

---

<sup>359</sup> Pur limitando i poteri di nomina diretta mediante il ricorso al principio di proporzionalità, si è osservato che ciò non impedirebbe di fatto agli enti pubblici e allo Stato di votare anche in assemblea con le azioni di cui sono titolari, con l’ulteriore possibilità che la nomina dei restanti amministratori possa essere definita attraverso voto di lista, con la conseguenza che anche a fronte di un potere speciale limitato, il socio pubblico potrebbe in ogni caso esprimere la maggioranza degli amministratori. Come è stato sottolineato, infatti, nel riformulare l’art. 2449 c.c. “non si è tenuto conto del fatto che in capo al socio pubblico rimarrebbero anche gli ordinari diritti sociali, che sommati a quelli speciali farebbero venir meno la proporzionalità, che, in ogni caso, è un qualcosa di diverso rispetto al censurabile ingiustificato controllo sproporzionato”: Così si esprime I. DEMURO, *L’incompatibilità*, cit., 593; cfr. inoltre M.C. CORRADI, *La proporzionalità*, 945, il quale ripropone predetta tesi anche con riguardo ad altre norme speciali in materia di privatizzazioni.



primo elemento da considerare è dunque il fatto che, per quel che concerne l'assetto proprietario, la società *in house* può presentarsi sia come unipersonale, sia come pluripartecipata.

Nel primo caso, l'attribuzione del potere speciale di nomina al socio che abbia sottoscritto il capitale nella sua interezza potrebbe risultare non rilevante sul piano dell'acquisizione del controllo sulla società, dal momento che la sua attribuzione non conferirebbe al socio un potere superiore a quello che egli è già in grado di esercitare in forza della sua partecipazione al capitale. Nel caso di società *in house* pluripartecipata, per contro, la struttura composita dell'assetto proprietario, che potrebbe presentarsi anche come fortemente frammentato, renderebbe l'attribuzione del potere di nomina diretta astrattamente rilevante ai fini dell'ottenimento del controllo mediato sulla gestione, soprattutto nel caso in cui nessuno dei soci disponesse dei suoi voti necessari ad eleggere i componenti dell'organo amministrativo: il potere speciale sarebbe cioè tanto più utile al fine di far acquisire un maggiore peso relativo al socio, quanto più esigua fosse la sua partecipazione al capitale.

Benchè non sembrano sussistere ostacoli all'attribuzione del potere di nomina diretta a più soci – quanto meno stando alla formulazione dell'art. 2449, co. 1, c.c., che pare essere sufficientemente ampia da ammettere anche tale ipotesi – pare invero che siano gli stessi parametri definatori del controllo analogo in forma congiunta a far dubitare dell'utilità dello strumento ai fini dell'integrazione del requisito. Deve infatti rilevarsi che esso non sarebbe concretamente idoneo ad integrare siffatto controllo, atteso che, perché ciò accada, è necessario che il potere di influenzare le decisioni di cui all'art. 2, lett. m), TUSP sia astrattamente imputabile a tutti i soci pubblici partecipanti, indipendentemente dalla loro percentuale di partecipazione al capitale.

Ciò conduce a due separate conseguenze: da un lato, non si integrerebbe mai il requisito del controllo analogo congiunto a favore di tutti gli azionisti pubblici, se il potere di nomina venisse attribuito solo ad alcuni tra questi e non si adottassero ulteriori misure idonee a garantire la rappresentanza di tutte le amministrazioni partecipanti all'interno degli organi decisionali, come richiesto

dall'art. 5, co. 5, lett. a), Codice Appalti<sup>360</sup>; dall'altro, l'attribuzione dello stesso a tutti gli azionisti, in numero pari o superiore a due, risulterebbe essere in contrasto con lo stesso art. 2449 c.c., perché la nomina diretta degli amministratori attribuita a più azionisti pubblici potrebbe esaurire il numero dei componenti dell'organo stesso, con il risultato inammissibile di privare l'assemblea di una delle sue competenze legali<sup>361</sup>. Proprio la lettura in combinato del disposto degli artt. 5, co. 5, lett. a) Codice Appalti<sup>362</sup> e 11 TUSP – a mente del quale l'organo amministrativo delle società a controllo pubblico (tra cui, si ricorda, si annoverano anche le società *in house*) è monocratico – e 2449 c.c. conduce a concludere per l'inapplicabilità di quest'ultimo alle società *in house* sia unipersonali, sia pluripartecipate: con riferimento alle prime, dal momento che la norma codicistica presuppone la plurisoggettività dell'organo amministrativo; con riguardo alle seconde, perché l'attribuzione del potere speciale in parola a ciascuno degli azionisti esautorerebbe *in toto* l'assemblea di una delle sue competenze legali. Pur residuando l'ipotesi di combinazione del potere speciale in parola con altri strumenti, la sua praticabilità pare da escludere a fronte dell'attributo che qualifica l'influenza richiesta.

L'incompatibilità tra la previsione codicistica e l'integrazione del controllo analogo, in forma solitaria o congiunta, è invero motivata non solo o non tanto in ragione delle considerazioni sovraespresse, quanto più in relazione al grado di pervasività che l'influenza esercitata dal socio pubblico deve raggiungere perché il controllo possa qualificato analogo.

Per quanto si sia già avuto modo di argomentare circa il significato del termine determinante, anche in relazione agli altri parametri definitivi del controllo in quanto tale, giova qui sottolineare come i principi sanciti dalla giurisprudenza europea abbiano fortemente condizionato il legislatore del Testo

---

<sup>360</sup> In tema, per un ulteriore approfondimento, vedi oltre par. 4.

<sup>361</sup> Si tratterebbe di superare un limite implicito contenuto all'interno dell'art. 2449 c.c., come anzitempo sostenuto da G. MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., 44.

<sup>362</sup> L'art. citato, infatti, recita: "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".

Unico: le norme contenute all'interno dell'art. 16 TUSP trovano, infatti, giustificazione nell'assunto per cui sia necessario attribuire al socio pubblico un potere di influenza superiore a quello che spetta ordinariamente all'azionista di maggioranza in forza della propria partecipazione, perché la fattispecie possa definirsi rispettosa dei principi europei in materia di concorrenza<sup>363</sup>. Nell'impostazione pubblicistica del problema, infatti, perché l'affidamento di contratti pubblici a società integralmente partecipata dalla pubblica amministrazione possa ritenersi legittimo, è necessario che il socio sia in grado di condizionarne l'agire, ovvero di esercitare un'influenza "determinante" sulle sue decisioni, con la conseguenza che: *a)* se l'ente ha una partecipazione meno che totalitaria, il potere di cui all'art. 2449 gli consentirebbe la nomina nei limiti della proporzione, e dunque in numero insufficiente; *b)* se, invece, la partecipazione è totalitaria, allora il potere conferito all'ente sarebbe un limite. E' pertanto in ragione delle peculiarità che caratterizzano il controllo analogo nella sua elaborazione giurisprudenziale che il legislatore ha ritenuto il potere diretto di nomina degli amministratori non adeguato allo scopo, atteso che la sua attribuzione non altera in alcun modo il rapporto tra assemblea ed organo amministrativo, le cui funzioni e competenze rimangono immutate<sup>364</sup>.

Pertanto, a fronte dell'imperativo europeo che vuole il socio pubblico in grado di esercitare un'influenza "diretta" e "determinante" sulla gestione, il legislatore ha ritenuto necessario, soprattutto nel tipo in esame, rimodulare la struttura organizzativa della società, rendendola idonea alla realizzazione di un interesse che, proprio a fronte di tali scelte, non sembra più potersi riferire solo al socio in quanto tale, dacché sono proprio la natura del controllo analogo e le

---

<sup>363</sup> 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".

<sup>364</sup> Come detto nel corso del secondo capitolo, non è questa l'unica interpretazione che può darsi al controllo analogo: secondo P. PETTITI, *Gestione e autonomia*, cit., 33 ss., infatti, il controllo analogo non è "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".

modalità della sua realizzazione fanno a far ritenere che l'interesse pubblico diventi parte integrante dell'interesse della società o, ancor meglio, una sua "coloritura"<sup>365</sup>.

### **3. Le deroghe previste dall'art. 16 TUSP: cenni alla struttura organizzativa delle s.p.a.**

Con riguardo alle modalità di attuazione del controllo analogo in società per azioni, l'art. 16, co. 2, lett. a), TUSP dispone che "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" e precisa poi, alla lett. c), che "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"<sup>366</sup>. Sulla base del tenore letterale della norma possono formularsi due considerazioni preliminari.

In primo luogo, mediante la previsione di cui alla lett. a) il legislatore risolve il problema dell'incompatibilità tra l'influenza richiesta ai fini dell'integrazione del controllo analogo e il principio della competenza gestoria esclusiva dell'organo amministrativo, enunciato nel primo comma degli artt. 2380-*bis* e 2409-*novies* c.c., rispettivamente riferiti al consiglio di amministrazione nel sistema tradizionale ed al consiglio di gestione nel sistema dualistico<sup>367</sup>. A ben vedere, però, la scelta di forzare il tipo è connotata in senso debole: la norma in commento, infatti, attribuisce solo la *facoltà* di alterare la ripartizione delle competenze tra assemblea e organo amministrativo prevista dal

---

<sup>365</sup> F. GUERRERA, *Controllo*, cit., 7.

<sup>366</sup> Le medesime previsioni sono contenute all'interno dell'art. 17, co. 4, lett. d) TUSP, con riferimento alle società miste, benchè in questo secondo modello la ratio sottesa alla loro introduzione sia diversa, perché causalmente collegata alla diversa intensità, che deve caratterizzare il controllo che il socio pubblico esercita sulla società mista rispetto a quella *in house*.

<sup>367</sup> 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, co. 2, lett. a), TUSP.

codice civile e non l'*obbligo* di provvedervi<sup>368</sup>. Ciò implica che, almeno secondo interpretazione letterale, l'introduzione in statuto di clausole in deroga al principio di esclusiva competenza gestoria non sia astrattamente necessaria e/o sufficiente per l'integrazione del requisito, ma anzi pare presupporre che la relazione di controllo possa risultare "effettiva" anche senza che l'assetto organizzativo della società venga messo in discussione, elemento che – come già rilevato – non ha incontrato il favore del Consiglio di Stato<sup>369</sup>, il quale auspicava che predetta facoltà venisse trasformata in obbligo, in modo tale da recepire *in toto* le sollecitazioni europee, che ritengono opportuno, se non essenziale, formalizzare in statuto il potere di influenza del socio<sup>370</sup>. Ad una prima lettura, pertanto, l'introduzione di tali clausole è solo uno degli strumenti astrattamente idonei alla realizzazione del fine.

Ciò conduce alla seconda considerazione. Accanto alle clausole in deroga agli artt. citati, infatti, si prevede che il controllo analogo possa essere esercitato *anche* mediante appositi patti parasociali (art. 16, co. 1, lett. c) TUSP)<sup>371</sup>, senza specificare se ritenga l'uno o l'altro strumento preferibile o maggiormente idoneo a seconda dei casi e lasciando intendere che potrebbe anche ricorrersi ad un

---

<sup>368</sup> G. D'ATTORRE, *La governance*, cit., 23.

<sup>369</sup> Cfr. Cons. Stato, parere n. 968/2016, par. 14.3. Il Consiglio di Stato proponeva una formulazione ampia della norma, omettendo di indicare i mezzi attraverso i quali il controllo analogo si può esplicitare. Si tratta di perplessità ribadite in Cons. Stato, parere n. 638/2017, in cui, sulla base del testo del decreto correttivo, si sottolinea la necessità di un chiarimento delle questioni inerenti tanto alla facoltatività delle modifiche statutarie – poiché "in assenza delle modifiche statutarie adottate in deroga all'art. 2380-bis non sarebbe possibile disporre affidamenti in house in favore di società per azioni, perché non potrebbe concretizzarsi il requisito del controllo analogo" –, quanto alla sussistenza della responsabilità degli amministratori, "perché la disciplina non deroga espressamente al disposto dell'art. 2364 c.c., n. 5 che mantiene la responsabilità degli amministratori per gli atti eventualmente rimessi alla competenza dell'assemblea". Ulteriore profilo problematico sollevato dal Consiglio di Stato era quello riguardante l'art. 2355-bis c. c. e l'assenza di una norma che consenta una deroga al limite di 5 anni ivi previsto, con chiare discrepanze rispetto alla disciplina dei patti parasociali.

<sup>370</sup> Su cui, tra gli altri, P. SCHLESINGHER, *I poteri extra-assembleari dell'azionista di controllo*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, 445 ss. e cfr. G.A. RESCIO, *I sindacati di voto*, cit., 680 ss.

<sup>371</sup> 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" e che quindi interviene tra soci o, almeno, vede la partecipazione di alcuno di essi.

utilizzo congiunto di ambedue gli strumenti, qualora le esigenze concrete degli enti coinvolti richiedano una regolamentazione più strutturata<sup>372</sup>.

D'altro canto, però, la norma contenuta alla lett. c) dell'art. 16 TUSP non prende una posizione decisa in merito, dal momento che si limita a fare generico riferimento ai patti parasociali di cui all'art. 2341-*bis* c.c., dedicando maggiore attenzione al profilo dell'efficacia, piuttosto che a quello attinente il possibile oggetto di tali patti. E se è chiaro che la deroga alla durata massima di questi è stata inserita per far sì che il patto parasociale rimanga efficace e consenta l'integrazione del requisito per tutta la durata dell'affidamento – a cui del resto corrisponde la durata stessa della società, per espressa previsione di legge –, d'altro canto, il mero richiamo all'art. 2341-*bis* c.c. ci permette solo di ritenere ammissibili ai fini del TUSP i patti parasociali che siano stipulati “al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società”. Anche in questo caso la genericità del disposto pare giustificarsi in ragione della volontà di rimettere alla pubblica amministrazione ogni valutazione circa l'adeguatezza dello strumento rispetto alle circostanze concrete, ma ciò lascia in parte immutato il quadro di incertezze già presente *ante* riforma.

Invero, almeno per quanto riguardo il sindacato di voto non pare esserci dubbio sul fatto che essi rappresentino il mezzo più idoneo alla realizzazione del controllo analogo in forma congiunta, dacchè è proprio tramite un patto di questo genere che le influenze individuali possono convogliate in modo tale da realizzare una coalizione in assemblea<sup>373</sup>. La loro rilevanza inoltre si apprezza ancora di più se si considera la maggiore rigidità che il legislatore italiano ha richiesto per la sua integrazione rispetto ai principi sanciti dalla Corte di giustizia.

Per la giurisprudenza europea, infatti, il controllo analogo congiunto sussiste anche quando le decisioni per questo rilevanti siano assunte a

---

<sup>372</sup> L'opportunità di ricorrere ad accordi di natura parasociale per la realizzazione del controllo analogo non è del resto nuova, atteso che era già stato ipotizzato che questi potessero rappresentare il mezzo più adeguato alla realizzazione del controllo analogo, benchè fosse proprio la presenza del principio di competenza esclusiva degli amministratori a rendere l'adozione degli stessi non pienamente pacifica. In particolare, ipotizzava la loro adozione ai fini dell'integrazione del controllo analogo, M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, cit., 221.

<sup>373</sup> In merito ai patti parasociali, ed in particolare alla possibilità che per “appositi patti parasociali” si intendano anche i sindacati di gestione, vedi oltre par. 4 e 4.1.

maggioranza anziché all'unanimità<sup>374</sup>, con la conseguenza che esso ricorre anche quando le pubbliche amministrazioni co-controllanti non dispongano ciascuna di un'influenza determinante, ovvero di un potere di veto sulla delibera<sup>375</sup>.

Per contro, nell'ordinamento italiano, si è sempre ritenuto che l'imputazione congiunta delle fattispecie di controllo di cui all'art. 2359, co. 1, nn. 1-2, c.c. - per quanto di controversa ammissibilità – richiedesse un'influenza quanto meno determinante del singolo socio co-controllante<sup>376</sup>, soluzione che pare essere quella adottata dall'art. 2, lett. b), TUSP, a mente del quale il requisito è integrato anche quando sia previsto “il consenso unanime delle parti che condividono il controllo pubblico” per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale. D'altro canto, 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 in accordo con quanto disposto dall'art. 5, co. 5., lett. a), Codice Appalti, ma le incertezze richiamate poc'anzi riguardano piuttosto l'ipotesi di ricorso a patti parasociali che attribuiscono agli azionisti pubblici poteri di ingerenza sulla gestione<sup>377</sup>.

Sul tema si avrà modo di tornare nel corso del lavoro, ma ciò che preme qui rilevare è che l'elenco di cui all'art. 16, co. 3, TUSP risponde ad esigenze di tipo pubblicistico, che erano state al centro del dibattito dottrinale *ante* riforma.

---

<sup>374</sup> In particolare, in argomento, cfr. CGCE, 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11, Econord S.p.a. c. Comuni di Cagno, Varese e Solbiate; CGCE, 10 settembre 2009, causa C-573/07, Sea S.r.l. c. Comune di Ponte Nossola, ambedue in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). Per un commento a tali profili, v.: V. DONATIVI, *I “confini” del controllo congiunto*, cit., 765 ss.; M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, 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.

<sup>375</sup> Le ragioni di una simile ricostruzione sono da ricercare nella volontà di favorire l'associazione di ente pubblici, senza contestualmente impedire l'efficiente funzionamento delle strutture organizzative all'uopo costituite. Nella ricostruzione europea, dunque, 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 i voti esercitabili in assemblea.

<sup>376</sup> Cfr. V. CARIELLO, *Controllo congiunto e accordi parasociali*, cit., 185 ss.; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2006, 1104; V. DONATIVI, *I “confini” del controllo congiunto*, cit., 582 ss.; M. LAMANDINI, *Il “controllo”*, cit., 196 ss.; M. NOTARI, *La nozione di «controllo»*, cit., 201 ss.

<sup>377</sup> In argomento, vedi oltre parr. 4 e 4.1.

Soprattutto la dottrina pubblicistica aveva avuto modo di sottolineare come la deroga alle norme codicistiche che stabiliscono la ripartizione legale delle competenze tra l'assemblea e gli amministratori fosse in qualche modo necessaria a fronte delle peculiarità del controllo analogo: la loro esistenza, infatti, impediva ai soci pubblici di ingerirsi nelle scelte relative alle modalità di attuazione dell'oggetto sociale e limitare la discrezionalità degli amministratori di individuazione degli obiettivi cui il loro operato doveva tendere per garantire la soddisfazione l'interesse di cui i soci stessi erano portatori. Il TUSP era dunque chiamato ad assumere una scelta di sistema, ovvero stabilire se il perseguimento di interessi sostanzialmente diversi dallo scopo di lucro potesse incidere sulla struttura organizzativa della società per azioni ed a ciò ha dato chiara risposta positiva, rendendo implicito che l'individuazione in concreto dell'interesse pubblico ed il suo bilanciamento con il fine di lucro – che si ricorda avviene nei limiti della gestione economica – rappresenta una scelta di tipo politico, prima che tecnico. La funzione che la società svolge comporta, almeno in parte, l'accantonamento delle esigenze efficientistiche direttamente dipendenti dalla realizzazione della causa lucrativa in favore di un maggiore coinvolgimento del socio nella gestione, ma ciò pare realizzarsi in ogni caso nel rispetto dello schema privatistico.

Infatti, sebbene sia vero che l'ampliamento delle competenze deliberative è stabilita in favore dell'assemblea e non dell'azionista, la necessaria mediazione di tale organo e, di conseguenza, la necessità della deroga sono in realtà desumibili solo implicitamente nel dettato dell'art. 16 TUSP, che, nel potenziare le competenze assembleari, sembra ribadire che tale organo sia ancora il solo luogo deputato alla formalizzazione della volontà sociale, anche quando si adottino appositi patti parasociali volti a coordinare l'esercizio dei diritti amministrativi<sup>378</sup>. Pur riconoscendosi la *ratio* e la portata implicita

---

<sup>378</sup> Come si dirà in seguito, nel tipo società per azioni, il socio è estraneo alla direzione dell'impresa ed al governo della società, nel senso che egli concorre alla formazione della volontà assembleare attraverso l'esercizio del suo voto, ma il suo coinvolgimento nelle dinamiche gestionali è "per un verso, limitato dalla operatività del criterio di ripartizione delle competenze organiche corrispondente al tipo societario; per altro verso mediato dal procedimento deliberativo



dell'impostazione adottata dal TUSP, non può però non rilevarsi come all'inserimento di una deroga di tale portata non sia corrisposta una adeguata ponderazione in relazione alla proporzionalità della deroga rispetto al requisito e delle sue incoerenze di sistema che una così generica facoltà determina, soprattutto con riguardo ai profili di responsabilità degli amministratori. A ciò occorre giungere mediante interpretazione, tenendo presente che l'art. 16, co. 3, lett. a), TUSP consente di derogare all'art. 2380-*bis* c.c., ma omette ogni riferimento alle altre norme che concorrono nell'individuazione della struttura organizzativa tipica della società per azioni.

Devono, allora, anzitutto svolgersi alcune considerazioni generali circa la struttura organizzativa della società per azioni, all'interno della quale – come è noto – ai distinti organi sociali vengono assegnate specifiche funzioni e competenze, in modo tendenzialmente inderogabile mediante statuto<sup>379</sup>. La tipologia e le competenze dei tali organi variano in ragione del sistema di amministrazione e controllo adottato<sup>380</sup>, ma si ritiene che, indipendentemente da questo, sia il principio di ripartizione fissa delle competenze a rendere peculiare l'assetto interno della società per azioni<sup>381</sup>.

In materia, è intervenuto il d.lgs. n. 6 del 2003, il quale ha limitato i poteri dell'assemblea a vantaggio dell'organo amministrativo, accentuando la separazione tra proprietà e gestione. Tale scelta è stata motivata sulla base di ragioni efficientistiche, dacchè al crescere delle dimensioni dell'impresa, del frazionamento del capitale, della diversificazione delle forme di investimento e, soprattutto, degli interessi coinvolti nell'esercizio dell'attività d'impresa, si è ritenuto opportuno individuare un organo che si occupasse della loro

---

assembleare”, F. GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, Torino, 2004, 48, ma anche M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, cit., 223 s.

<sup>379</sup> *Ex multis*, P. SPADA – M. SCIUTO, *Il tipo società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO -G.B. PORTALE, 1\*, Torino, 63 ss.

<sup>380</sup> G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum G.F. Campobasso, 1, Torino, 3 ss. Tale assetto viene adottato per “assicurare la definizione di meccanismi di governo dell'impresa (c.d. corporate governance) che privilegino l'interesse alla efficienza nella gestione”: A. MIRONE, *Il sistema tradizionale: l'assemblea*, in *Diritto commerciale*, Vol. II, a cura di M. CIAN, 363

<sup>381</sup> A. MIRONE, *Il sistema tradizionale: l'assemblea*, in *Diritto commerciale*, Vol. II, a cura di M. CIAN, 363.

(ri)composizione<sup>382</sup>. Si introducono per questo motivo precetti atti ad accogliere nel diritto positivo quei valori di efficienza e speditezza decisionale, che distinguono la società per azioni dagli altri tipi sociali e che la rendono “il modello più affinato di organizzazione dell’impresa, cui si ricorre con il crescere delle dimensioni e della complessità dell’attività”, in virtù della sua “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”<sup>383</sup>.

Nel sistema tradizionale, la ripartizione delle competenze è determinata essenzialmente da due disposizioni, ovvero l’art. 2364 c.c. – a cui si associa il successivo art. 2365 c.c. – e l’art. 2380-*bis* c.c., che stabiliscono quali siano le competenze, rispettivamente, dell’assemblea ordinaria e straordinaria e dell’organo amministrativo<sup>384</sup>. In particolare, attraverso l’art. 2364, n. 5, c.c.<sup>385</sup>,

---

<sup>382</sup> C. ANGELICI, *Principi e problemi*, in *Trattato dir. civ. comm.* Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 2012, 349. La grande impresa sembrava così contrapporsi alla quella di dimensioni più ridotte, che per potendo accedere al tipo, si caratterizza essenzialmente per la presenza di soci che desiderano partecipare alle scelte di impresa. Con riguardo alla compresenza tra istanze efficientistiche e partecipative, il diritto azionario precedente alla riforma sembrava prospettare una soluzione di maggiore compromesso: cfr. P. ABBADESSA, *La gestione dell’impresa*, cit., 53; V. CALANDRA BUONAURO, *Gestione dell’impresa*, cit., 123.

<sup>383</sup> G. GUIZZI, *Riflessioni*, cit., 1044.

<sup>384</sup> A. MIRONE, *Sub art. 2364*, in *L’assemblea di società per azioni*, a cura di M. LIBERTINI – A. MIRONE, Milano, 2016, 14 ss.; I. MAFFEZZONI, *Sub art. 2364*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di C. PICCIAU, diretto da P. MARCHETTI- L. A. BIANCHI- F. GHEZZI- M. NOTARI, Milano, 2008, 9 ss.. All’interno di questo sistema chiuso e completo, è stato rilevato che 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 e ciò in virtù dei poteri deliberativi che l’assemblea conserva per espressa previsione di legge e che lo statuto potrebbe conferirle. Parte della dottrina ritiene, infatti, che talune abbiano natura spiccatamente gestionale ed annovera tra queste: la promozione, rinuncia e transazione dell’azione sociale di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci, le decisioni finanziarie, 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, co. 1, c.c.; l’assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime. In argomento, G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. ABBADESSA - G.B. PORTALE, Torino, 2006, 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: le medesime posizioni sono state, recentemente, espresse anche in G.B. PORTALE – N. DE LUCA, *Il sovrano non ha abdicato. Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell’assemblea*, in *BBTC*, 2019, 765 ss.; P. ABBADESSA-A. MIRONE, *Le competenze dell’assemblea*

l'assemblea non attrae a sé nuove competenze, anzi si limita ad *integrare* il potere degli amministratori di decidere e compiere gli atti in questione, e ciò alla luce del fatto che gli amministratori rimangono in ogni caso responsabili e che, anche avendo ottenuto l'autorizzazione, non hanno l'obbligo di darvi esecuzione<sup>386</sup>.

A chiusura del sistema di ripartizione fissa delle competenze si pone l'art. 2380-*bis*, co. 1, c.c., ove si statuisce il principio secondo cui “la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale”<sup>387</sup>.

---

nelle s.p.a., in *Riv. soc.*, 2010, 269 ss.; A. MIRONE, *Sub art. 2364*, cit., 18; I. MAFFEZZONI, *Sub art. 2364*, cit., 22.

<sup>385</sup> In questi e nei casi in cui sia la legge a richiedere soltanto il rilascio di un'autorizzazione [cfr. in particolare gli artt. 2343-*bis*, 2357, 2358, 2359-*bis*, 2390 c.c.] l'assemblea non attrae a sé nuove competenze, dacchè si ritiene che nel suo agire essa non faccia altro che integrare il potere degli amministratori di decidere e compiere gli atti in questione, atteso che gli amministratori rimangono in ogni caso responsabili e che, anche avendo ottenuto l'autorizzazione, non hanno l'obbligo di darvi esecuzione.

<sup>386</sup> 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.

<sup>387</sup> Prima della riforma del 2003, la disciplina delle s.p.a. non conteneva una disposizione riproduttiva *in toto* del principio di cui ora all'art. 2380-*bis* c.c., ma, già allora, era opinione condivisa in dottrina quella per cui i poteri degli amministratori di s.p.a. non derivassero dall'assemblea, ma dalla legge, con la conseguenza che non potevano essere considerati meri mandatari dall'assemblea stessa. Era la legge ad attribuire loro una competenza generale in relazione all'esercizio dell'impresa, che incontrava poi dei limiti espressi. Tale ricostruzione era sostenuta sulla base di due norme: l'art. 2384, co. 1, 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” e l'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, co. 1, n. 4, c.c., che delimitava le competenze dell'assemblea in materia di gestione: cfr. P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 29 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 106 ss.; G. MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., 219. Oltre ai limiti legali espressi, la competenza generale sulla gestione poteva essere ulteriormente contenuta mediante apposite clausole statutarie. La prima norma di riferimento, in questo caso, era l'art. 2364, co. 1, n. 4, c.c., ove si statuiva che l'assemblea ordinaria “delibera sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori”, che secondo alcuni rappresentava il principale grimaldello interpretativo per ampliare il novero delle decisioni gestorie dell'assemblea. Secondo altra parte della dottrina, invece, l'art. citato doveva essere interpretato restrittivamente, nel senso che l'assemblea non avrebbe potuto deliberare in materia di gestione oltre che nei casi previsti dalla

### 3.1. Il principio della competenza gestoria esclusiva degli amministratori.

Così come formulato, il principio di esclusiva competenza dell'organo amministrativo nella gestione dell'impresa è considerato precetto imperativo, inderogabile, nonché ordinante per ciò che attiene ai rapporti di potere tra l'organo amministrativo e l'assemblea. L'impossibilità di introdurre regole che siano con questo incompatibili è da ricondurre tanto al richiamato valore di efficienza imprenditoriale, quanto alla necessità di garantire una gestione autonoma e neutrale, atteso che si tratta di un'organizzazione complessa che è fisiologicamente destinata a ricorrere al mercato del capitale di rischio<sup>388</sup>.

---

legge. Cfr. P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 4; F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 2 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 109 ss. ed anche, G. MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., 218 ss. Predetti Autori individuavano a titolo esemplificativo le delibere gestionali per legge di competenza dell'assemblea, ovvero: le decisioni relative alla gestione finanziaria della società (destinazione degli utili, emissione di obbligazioni, aumento e riduzione del capitale); l'autorizzazione all'acquisto di azioni proprie; la domanda di concordato preventivo e fallimentare; la fusione; la proposizione, la rinuncia e la transazione dell'azione sociale di responsabilità. In relazioni a tali delibere, in particolare, essi ritenevano che gli amministratori non fossero vincolati a darvi esecuzione, ma anzi che avrebbero potuto operare una libera valutazione circa il compimento dell'atto; se, d'altro canto, avessero eseguito la delibera, l'unica conseguenza sarebbe stata escludere - per gli amministratori che vi avessero dato esecuzione - la responsabilità nei confronti della società. Si sottolineava il contrasto logico esistente tra l'essere 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 sua competenza e anche chi affermava che le deliberazioni dell'assemblea ex art. 2364, n. 4, c.c. avessero efficacia vincolante, riteneva che gli amministratori potessero sottrarsi all'esecuzione della delibera in caso di delibera illegittima e potenzialmente dannosa per la società; delibera potenzialmente dannosa per i terzi; delibera assunta in mancanza di adeguate informazioni; sopravvenienza, rispetto alla delibera, di nuove circostanze rilevanti. Nella ricostruzione di tale dottrina, si trattava infatti di circostanze che, proprio in ragione della loro pericolosità, avrebbero quasi certamente determinato una responsabilità degli amministratori, circostanza che rendeva giustificato o anche doveroso il rifiuto di costoro di eseguire la delibera: in particolare, P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 61 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 181 ss. In tema, v. anche nt. 391.

<sup>388</sup> Così, espressamente, V. PINTO, *Sub. art. 2380-bis*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. ABBADESSA - G.B. PORTALE, Milano, 2016, 1170. La norma in esame rappresenta, indubbiamente, "una delle disposizioni più significative tra quelle dettate dalla novella del 2003", consentendo, con l'affermazione dei connotati dell'oggettivazione e della personalizzazione dell'investimento in cui la partecipazione sociale si concretizza, di sviluppare la (necessaria) specializzazione della funzione di gestione, quale profilo tipologico del modello azionario; v. *ex multis*, G. GUIZZI, *Sub art. 2380-bis*, in *Delle società, dell'azienda, della concorrenza, Commentario del codice civile*, a cura di D. U. SANTOSUOSSO, diretto da GABRIELLI, Torino, 2016, 72 ss.

Come affermato dalla miglior dottrina, la circostanza per cui il divieto di trasferire all'assemblea il potere deliberativo a questi attribuito sia sancito già all'interno dell'art. 2364, n. 5, c.c., con l'ulteriore e più ampio riferimento agli "atti degli amministratori", porta a ritenere che la rilevanza sistematica dell'art. 2380-*bis* c.c. e, pertanto, anche dell'art. 2409-*novies* c.c. "non si esaurisc[ano] nel quadro della ripartizione del potere deliberativo tra amministratori ed azionisti nella società per azioni, ma [debbono] essere colt[i] nel più ampio contesto dell'organizzazione dell'impresa, in relazione alla tipica esigenza della società per azioni di specializzazione delle funzioni e di suddivisione del lavoro all'interno della struttura aziendale"<sup>389</sup>: con ciò si intende che il principio di esclusività, non solo vieta il trasferimento dei poteri deliberativi in materia di gestione dell'impresa mediante il ricorso ad una clausola statutaria, ma impedisce anche che a ciò possa pervenirsi in via negoziale<sup>390</sup>, con la conseguenza che, oltre a quanto già non consentito ai sensi dell'art. 2364, n. 5, c.c., l'art. 2380-*bis* c.c. impedisce inoltre all'organo amministrativo di "trasferire a terzi funzioni gestorie all'interno dell'organizzazione imprenditoriale, mediante strumenti diretti a suddividere i compiti gestori nell'articolazione della struttura d'impresa".

Se dunque la rilevanza del principio in parola supera gli angusti confini dei rapporti di potere interni alla società per aprirsi alla più ampia prospettiva dell'organizzazione dell'impresa, è chiaro che l'estensione del principio di esclusività si lega strettamente al concetto di gestione dell'impresa, che conosce due accezioni, ovvero, da un lato, l'amministrazione della società e, dall'altro, le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale<sup>391</sup>. Sul punto, si ritiene

---

<sup>389</sup> Cfr. V. PINTO, *Sub. art. 2380-bis*, cit., 1171.

<sup>390</sup> V., sul punto, M. SANDULLI, *Sub. art. 2380-bis*, in *La riforma delle società. Commentario del d. lg. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di M. SANDULLI - V. SANTORO, Torino, 398.

<sup>391</sup> Si tratta di un tema che ricorre, oggi, anche con riferimento alle s.r.l. In virtù di quanto disposto dall'art. 377, d.lgs. 14 del 2019, infatti, l'art. 2475 c.c. dispone oggi che, anche nelle s.r.l., la gestione dell'impresa si debba svolgere nel rispetto di quanto previsto dall'art. 2086, co. 2, c.c. e che spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Attorno a tale modifica normativa si è sviluppato un nutrito dibattito, essenzialmente concentrato su due interrogativi: da un lato, se si possa ancora distinguere tra s.p.a. e s.r.l. per quanto attiene al modello di riparto delle competenze [su cui, in particolare, L. CALVOSA, *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, in *Società*, 2019, 800, che qualifica la s.r.l. come una "piccola anonima"]; dall'altro, se ciò comporti l'abrogazione implicita delle norme che, con la nuova formulazione dell'art. 2475 c.c., risultano

che rientrino all'interno del nucleo esclusivo della gestione dell'impresa solo le c.d. "funzioni gestorie originarie" di pianificazione, coordinamento, supervisione e organizzazione, che rappresentano "l'essenza stessa della funzione imprenditoriale indisponibile per l'organo amministrativo"<sup>392</sup>; da tale funzione è esclusa la gestione operativa dell'attività in attuazione di direttive programmatiche, che rientra nell'ambito delle operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale<sup>393</sup>.

Con riguardo alla disciplina contenuta nel TUSP e prima ancora di interrogarsi sui possibili limiti alla facoltà prevista dall'art. 16, co. 2, lett. a), deve

---

almeno all'apparenza incompatibili, ovvero, segnatamente, quelle che: permettono l'attribuzione di diritti amministrativi ai singoli soci (art. 2469, co. 3, c.c.); prevedono una responsabilità solidale del socio (art. 2476, co. 7, c.c.); prevedono una competenza gestionale dell'assemblea (art. 2479, co. 1, c.c.). Nel panorama dottrinale, si sono, all'oggi, distinte due ipotesi interpretative: la prima – anche in virtù di quanto previsto dall'art. 2086, co. 2, c.c. – propone di limitare il principio di esclusività della competenza degli amministratori al solo piano organizzativo, garantendo il coinvolgimento dei soci su quello gestionale [Cfr. O. CAGNASSO, *Diritto societario e mercati finanziari*, in *Il nuovo diritto societario*, 2018, 852 ss.; V. DI CATALDO – S. ROSSI, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. dir. soc.*, 2019, 759 ss., secondo cui, in particolare, la modifica comporterebbe che le norme di cui agli artt. 2468, co. 3, c.c. e 2479, co. 1, c.c. siano oggi "allo stesso livello dell'attuale art. 2364, comma 1, n. 5, c.c."; M.S. SPOLIDORO, *Note minime sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 270 ss]; la seconda, per cui la gestione dell'impresa – riservata ora anche in s.r.l. in via esclusiva all'organo amministrativo – potrebbe farsi coincidere con la sola predisposizione di assetti organizzativi adeguati, ammettendo dunque che i soci possano essere coinvolti in tutte le altre scelte a contenuto imprenditoriale, di cui all'art. 2479 c.c. [N. ABRIANI – A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 400; P. BENAZZO, *Il Codice della crisi d'impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2019, 274 ss]. Più in generale, sul rapporto tra tali modifiche e le norme contenute nel TUSP per qual che concerne la realizzazione del controllo analogo nelle s.r.l. in house, vedi, in particolare: G. D'ATTORRE, *La governance*, cit., 274 ss.

<sup>392</sup> V. PINTO, *Sub. art. 2380 bis*, 1172, che riprende SEMLER, *Leitung und Uberwachung der Aktiengesellschaft*, 2. Aufl., 1996, 13 ss. Condividono detta impostazione, indagata sotto il profilo della delega gestoria all'interno dell'organo amministrativo, tra gli altri, FERRI JR, *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 637 ss.; G. GUIZZI, *Riflessioni*, cit., 1058 ss. Cfr. Trib. Roma, 2 Luglio 2018, in *Giur. Comm.*, 2019, 914, secondo cui: "riconoscere al socio la possibilità di esercitare il controllo analogo non comporta necessariamente una deroga al principio secondo il quale la gestione dell'impresa è di esclusiva competenza dell'organo gestorio [...] il principio di esclusività della gestione dell'impresa sociale da parte dell'organo amministrativo — fissato dall'art. 2380 bis — impedisce allo stesso [...] di esercitare il proprio potere di definizione all'interno della struttura aziendale in modo da «alienare» le funzioni «originarie» di pianificazione, coordinamento, organizzazione e supervisione dell'attività, quale che sia la tecnica negoziale a tal fine utilizzata». Nel caso di specie, il tribunale ha ritenuto illegittimo l'inserimento nello statuto di una s.p.a. in house di una clausola volta a devolvere all'organo di gestione la sola ordinaria amministrazione giacché essa "comporterebbe la creazione di un sistema ibrido, non tipizzato".

<sup>393</sup> I. KUTUFÀ, *Gestione strategica*, cit. 443.

anzitutto rilevarsi che, a fronte della portata sistematica dell'art. 2380-*bis* c.c., tutte le norme che vi derogano devono essere considerate eccezionali rispetto alle regole generali e per ciò solo da sottoporre ad un'interpretazione restrittiva *ex art.* 14 disp. prel. c.c.<sup>394</sup>. A sostegno di assunto militano, in particolare, due argomenti, uno testuale ed uno sistematico: il primo attiene alla formulazione della facoltà di deroga; il secondo, invece, alla rilevanza sistematica che ha il principio di proporzionalità delle deroghe di cui all'art. 1, co. 3, TUSP.

Sotto il profilo testuale, pare opportuno sottolineare come sia lo stesso legislatore a far intendere che la deroga non possa essere piena, atteso che all'interno dell'art. 16, co. 2, lett. a), vengano ammesse “clausole *in deroga* all'art. 2380-*bis* c.c.” e non clausole che derogano all'art. 2380-*bis* c.c.

Se già da tale rilievo può desumersi che lo statuto della società *in house* non possa in alcun modo giungere sino a negare integralmente il principio di competenza gestoria esclusiva, d'altro canto, con riguardo ai profili sistematici, non può non richiamarsi quanto disposto dall'art. 1, co. 3, TUSP, a mente del quale “per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”<sup>395</sup>. Se, come detto, principio di proporzionalità delle deroghe ha una duplice valenza – ovvero, da un lato, stabilire che le società a partecipazione pubblica sono soggette alle norme

---

<sup>394</sup> Così anche V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit. 1073; per un'interpretazione restrittiva della deroga anche C. PECORARO, *Le società in house: profili societari*, cit., 238 ss e anche ID., *La costituzione della società*, ivi, 80 s.

<sup>395</sup> La Corte di Cassazione ha più volte sottolineato come l'inserimento di tale norma all'interno della sistematica del TUSP ha eliminato ogni dubbio circa l'inquadramento privatistico delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, atteso che essa ha “una natura esplicitamente interpretativa e come tale efficacia retroattiva” e costituisce “clausola normativa ermeneutica generale (norma di chiusura)”, con la conseguenza che, salvo deroghe espresse, essa impone all'interprete “di optare comunque per l'applicazione della disciplina del codice civile in materia di società di capitali”: *ex multis*, Cass., SS.UU., 23 gennaio 2015, n. 1237, in *Giur. Comm.*, 2016, 1041 ss., con nota di K. MARTUCCI, *Revoca degli amministratori nominati dall'ente pubblico azionista e giurisdizione*; Cass., 7 febbraio 2017, n. 3196, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 333 ss., con nota di P. PETTITI, *Soggettività e fallimento della società in house*; Cass., SS.UU. 1 dicembre 2016, n. 24591, in *Giur. Comm.*, 2017, 817 ss., con nota di E. CODAZZI, *Nomina pubblica alle cariche sociali ex art. 2449 c.c. e giurisdizione applicabile: l'orientamento delle Sezioni unite alla luce del testo unico sulle società partecipate*.

codicistiche e alle “norme generali di diritto privato”<sup>396</sup>; dall’altro, escludere che possano esservi deroghe inespresse o implicite<sup>397</sup> – esso svolge un ruolo cruciale all’interno della normativa speciale anche sotto un ulteriore profilo. Dal medesimo principio si desume, infatti, che la deroga al diritto comune è ammissibile solo allorquando essa sia *necessaria* e *strumentale* rispetto alla raggiungimento del fine pubblico in funzione del quale è stata introdotta, con la conseguenza che “in presenza di diverse soluzioni astrattamente idonee a garantire il conseguimento del medesimo risultato, deve essere privilegiata quella che meno si scosta dalla disciplina codicistica e dai principi generali dell’ordinamento societario”<sup>398</sup>.

Considerato il rapporto di strumentalità che lega il controllo analogo alla possibilità di derogare all’art. 2380-*bis* – che può desumersi tanto dall’art. 16, co. 2, lett. *a*), TUSP, tanto dall’art. 16, co. 6, TUSP, ove si precisa che “a seguito della cessazione degli affidamenti diretti, perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo” – occorre allora verificare fino a che punto sia necessario derogare ad una norma

---

<sup>396</sup> La locuzione “norme generali di diritto privato” è stata suggerita da Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 aprile 2016, n. 968, Sub art. 1, (nt. 15), in sostituzione del più ambiguo riferimento alle “leggi speciali”, atteso che, se si fossero intese per tali anche le “leggi speciali di diritto pubblico”, gli scopi di semplificazione e razionalizzazione del TUSP sarebbero sostanzialmente stati vani.

<sup>397</sup> V., in particolare: Corte Conti, sez. riunite in sede di controllo, Audizione su Atto di Governo 297 riguardante gli Organismi partecipati, giugno 2016, 6 e, da ultimo, Corte Conti, sez. aut., Delib. n. 27/SEZAUT/2017/FRG, *Gli organismi partecipati dagli Enti territoriali*, Relazione 2017, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

<sup>398</sup> E. CODAZZI, *Esercizio del controllo analogo sulle s.p.a. in house e clausole di deroga all’art. 2380-bis, c.c.*, in *Giur. Comm.*, 2019, 915 ss. in commento a Trib. Roma, 2 luglio 2018, *ivi*, 915 ss e in *Foro it.*, 2018, I, 3750. In senso non dissimile, C. Ibba, *Introduzione*, cit., 6, secondo cui tale principio legittimerebbe le sole deroghe al diritto comune necessarie ad assicurare la tutela degli interessi pubblici volta per volta perseguiti; precisa ASSONIME, *Osservazioni allo schema di decreto legislativo recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* (atto n. 297), 6/2016, in [www.assonime.it](http://www.assonime.it), come il senso della disposizione sia quello “di aggiungere vincoli solo laddove le regole di diritto comune e i vincoli già esistenti [...] sono insufficienti”. Per un approfondimento, più in generale, sul principio di cd. “proporzionalità”, anche alla luce dei criteri utilizzati dalla giurisprudenza amministrativa, v. in particolare, S. DE NITTO, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1035 ss. In giurisprudenza: Corte Giust. CE, Grande sezione, 23 ottobre 2007, C-112/05, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 383, con nota di F. GOISIS, *La natura della società in mano pubblica tra interventi della Corte europea di Giustizia e del legislatore nazionale*.



qualificante il tipo per poter realizzare un controllo di tipo analogo a quello esercitato dall'amministrazione sui propri servizi.

A tal fine, giova recuperare alcune delle conclusioni elaborate nel Capitolo II. La disamina della definizione di cui all'art. 2, co. 1, lett. c), TUSP ed, in particolare, del suo precipuo oggetto ha infatti permesso di affermare che è necessario che il socio pubblico eserciti un potere di influenza sulle sole competenze di cd. "alta amministrazione" della società controllata, con la conseguenza che si ritiene sufficiente per l'integrazione del requisito che al socio, per il tramite dell'assemblea, vengano assegnati poteri positivi (di direttiva, di indirizzo, di autorizzazione) o negativi (di veto), che possano essere esercitati con riguardo a predette competenze. Corollario di tale affermazione è, dunque, che è opportuno valutare se esistano altri meccanismi atti a realizzare il medesimo fine, che siano già previsti dalla disciplina di diritto comune, quali le autorizzazioni assembleari<sup>399</sup>.

### **3.2. Il ruolo dell'assemblea: le autorizzazioni assembleari ai sensi dell'art. 2364, n. 5, c.c. ed il controllo analogo.**

Con riguardo al ruolo dell'assemblea all'interno della struttura organizzativa della s.p.a., si è già avuto modo di ricordare come la riforma del 2003 abbia profondamente innovato il riparto delle competenze gestionali, atteso che l'art. 2364, n. 5, c.c. ha sostituito l'originario art. 2364, n. 4, il quale espressamente prevedeva che l'assemblea ordinaria potesse "delibera[re] sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo, o sottoposti al suo esame dagli amministratori, [...]". Posto che 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

---

<sup>399</sup> Cfr. F. GUERRERA, *Autonomia statutaria e tipologia delle società in house*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017, 135 il quale nega questa possibilità in radice, ritenendo invece opportuno ricorrere "(i) a livello di enti controllanti, ad accordi parasociali adeguatamente concepiti e strutturati o a contratti di coordinamento gerarchico; e (ii), a livello di società controllata, alla previsione statutaria della soggezione degli organi di amministrazione e controllo (e degli uffici interni) a un potere di coordinamento esterno, ai sensi dell'art. 2497-septies c.c".

qualificazione della natura e degli effetti dell'intervento assembleare"<sup>400</sup>, la formulazione della norma in commento permetteva di affermare che l'assemblea fosse dotata di un vero e proprio potere decisionale in relazione a competenze di natura gestionale<sup>401</sup>.

All'opposto, l'art. 2364, n. 5 c.c. stabilisce oggi 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". Se, da un lato, la *ratio* sottesa alla norma (e delle altre che prevedono espressamente un'autorizzazione assembleare) è attribuire a tale organo una funzione di controllo preventivo su operazioni che presentano un elevato rischio per l'investimento, dall'altro, la sua formulazione impedisce chiaramente allo statuto di attribuire all'assemblea competenze che siano state attribuite *ex lege* ad altri organi (art. 2380-bis c.c.)<sup>402</sup>.

Il fatto che il legislatore non predetermini gli atti su cui l'assemblea può deliberare con l'efficacia di autorizzazione ai sensi dell'art. 2364, co. 1, n. 5, c.c., apre alla possibilità che un simile strumento possa essere utile ai fini del controllo analogo<sup>403</sup>. Posto che la regolamentazione di tali specifici profili è rimessa all'autonomia privata, la sua espressione è contenuta tanto dalla collocazione sistematica della norma (e il suo necessario coordinamento con l'art. 2380-bis),

---

<sup>400</sup> V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, 176.

<sup>401</sup> Tra coloro che ammettono il trasferimento di competenze dall'organo amministrativo all'assemblea, in particolare, cfr.: P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit. 45 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 176 ss; G. MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., 218 ss

<sup>402</sup> 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, co. 2, e 161, co. 4, l. fall. per la delibera sulla proposta di concordato fallimentare e preventivo. In particolare, le decisioni relative all'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.

<sup>403</sup> M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema di competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, 336 ss., per cui "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".

tanto dal riferimento agli “atti degli amministratori”, che circoscrivono l’ambito di operatività dello strumento autorizzatorio agli atti che gli amministratori compiono nell’esercizio dell’impresa loro affidata<sup>404</sup>.

Con specifico riguardo agli atti, al fine di contenere la discrezionalità degli amministratori, è necessario che questi siano predeterminati all’interno dello statuto, ma è rimessa all’autonomia privata la scelta di elencarli singolarmente o di operare un raggruppamento, riunendoli cioè per categorie identificate in relazione alla natura dell’atto (accessoria e/o strumentale rispetto all’attività principale, strategica, di indirizzo, etc.) – o con riferimento, ad esempio, al loro valore economico<sup>405</sup>. Lo statuto pare essere, del resto sede d’elezione anche per la regolamentazione dei profili più squisitamente procedimentali, come quelli concernenti sia il grado di predeterminazione dei contenuti dell’atto da compiere – stabilendo, cioè, se, per poter essere sottoposto all’assemblea, quest’ultimo debba o meno essere definito in tutti i suoi contenuti<sup>406</sup> – sia i profili più propriamente informativi<sup>407</sup>.

---

<sup>404</sup> Confrontando l’attuale art. 2364, n. 5, c.c. con l’originario dell’art. 2364, n. 4, c.c., si è sostenuto che, avendo la norma attuale con contenuto diverso e segnatamente più ampio rispetto alla precedente (che, si ricorda, indicava quali oggetti della delibera soltanto gli atti “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 amministratori: in particolare, P. ABBADESSA – 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.). Si considera in ogni caso insuperabile il confine 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”: così, M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema di competenze*, 339 s, il quale ricomprende all’interno di detto insieme, il potere di valutare l’adeguatezza dell’assetto amministrativo e contabile della società o quello di procedere alla convocazione dell’assemblea ed eseguirne le deliberazioni.

<sup>405</sup> 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 autorizzare. V. in particolare, P. ABBADESSA – A. MIRONE, *Le competenze dell’assemblea*, cit., 271.

<sup>406</sup> Con riferimento a tale aspetto, si è sostenuto in dottrina che il procedimento d’autorizzazione regolato dallo statuto non possa in ogni caso prevedere che la delibera assembleare intervenga solo al fine perfezionare il procedimento, atteso che, se così fosse, la deliberazione assumerebbe, *de facto*, i caratteri di una “approvazione”, impedendo una successiva rivalutazione da parte degli amministratori ed imponendo, di conseguenza, la riconvocazione dei soci anche quando fosse necessaria solo una parziale modifica dell’atto. Così, M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema di competenze*, cit., 341 s.

<sup>407</sup> Per quanto attiene al secondo profilo, lo statuto dovrebbe contenere specifiche previsioni, volte a garantire i flussi informati finalizzati all’espressione di un voto consapevole: nel caso in cui

Se, dunque, l'autorizzazione assembleare non determina una migrazione delle competenze tra i due organi, ma integra il potere decisionale che gli amministratori hanno (già pressochè integralmente) esercitato prima di sottoporre l'atto all'assemblea, ciò determina che i soci possano solo approvare o respingere l'operazione che gli amministratori intendono compiere, senza poterne modificare le condizioni. Questa, dunque, non è in grado di generare un vincolo sull'attività degli amministratori, poiché ciò contrasterebbe tanto con il carattere saltuario dell'intervento assembleare, quanto con i principi efficientistici che presiedono la gestione della società, i quali, peraltro, valgono ulteriormente ad escludere che possano essere sottoposti all'autorizzazione dell'assemblea gli atti riguardanti la gestione corrente<sup>408</sup>.

Una volta concessa l'autorizzazione, gli amministratori non hanno l'obbligo di compiere l'operazione, ma anzi possono sia definirne ancora alcuni aspetti contenutistici o rivalutarne l'opportunità attuale, tale che essi rimangono responsabili anche nei confronti della società degli atti compiuti a seguito dell'autorizzazione<sup>409</sup>. L'assenso dei soci, d'altro canto, non è però privo di effetti, atteso che “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”<sup>410</sup>. All'opposto, in caso di diniego, gli amministratori non possono compiere l'operazione: da ciò si deriva che l'autorizzazione al compimento di atti di gestione consente ai soci “una *penetrante ingerenza in senso ostativo* al potere

---

tale compito non venisse assolto, si è sostenuto che gli amministratori potrebbero sottoporre al vaglio assembleare solo singole operazioni puntualmente identificate in concreto, curandosi di fornire ai soci tutte le informazioni necessarie a valutarne le condizioni e gli effetti. Ciò è quanto pare potersi desumere anche dalle norme in materia di operazioni sulle proprie azioni ed in particolare dagli artt. 2357 e 2358 c.c., da cui si deriva - pur considerate le differenze tra le due previsioni - che lo strumento dell'autorizzazione fornisce ai soci un controllo preventivo ed effettivo solo quando a questi siano note quanto meno le condizioni fondamentali dell'operazione sottoposta al loro vaglio (ad es., l'art. 2357, comma 2, c.c.)

<sup>408</sup> P. ABBADESSA – A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., 275 ss.

<sup>409</sup> L'indicazione appare pleonastica nella misura in cui la responsabilità del soggetto autorizzato si desume dalla natura stessa dell'atto di autorizzazione: in questo senso, V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 172.

<sup>410</sup> M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema di competenze*, cit., 342.

gestorio dell'organo amministrativo: dal momento che la [eventuale] negazione equivale ad un divieto, per gli amministratori, di compiere l'operazione"<sup>411</sup>.

Osservato nel suo complesso, il procedimento autorizzativo assicura trasparenza e conoscibilità delle operazioni gestorie attraverso la loro procedimentalizzazione, permettendo ai soci di acquistare alcuni poteri, come quello di ottenere informazioni, di effettuare un controllo preventivo sull'atto oggetto dell'autorizzazione, ma soprattutto di vietare (nella misura in cui così si traduce il potere di autorizzare), prerogativa che più di altre rievoca il controllo analogo.

Con riguardo alla realizzazione di quest'ultimo, pare però opportuno sottolineare che i poteri deliberativi conferibili all'assemblea sotto forma di autorizzazione potrebbero avere rilevanza solo se declinati in senso preventivo e vincolante<sup>412</sup>. Come l'art. 2380-*bis* c.c. afferma un principio la cui portata si desume anche e soprattutto dal contesto normativo nel quale è inserito, anche la

---

<sup>411</sup> 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”.

<sup>412</sup> L'inserimento in statuto di una clausola che, puramente e semplicemente, si riferisse alla generica possibilità per gli amministratori di richiedere l'autorizzazione assembleare o che non la rendesse preventiva e vincolante lascerebbe all'organo gestorio una discrezionalità incompatibile con il requisito del controllo analogo: in particolare, F. GUERRERA, *Autonomia statutaria e tipologia delle società in house*, in *Giust. civ.*, 2015, 780, il quale nello specifico giudica l'autorizzazione incompatibile “con la situazione di asservimento”. Invero, il profilo delle autorizzazioni era già stato affrontato dalla giurisprudenza, in occasione dell'impugnazione dell'art. 1, co. 16 della legge reg. Abruzzo n. 9 del 2011, ove cioè si prevedeva che “in conformità alla normativa vigente, il controllo analogo sui gestori in house [...] è esercitato, nel rispetto dell'autonomia gestionale del soggetto gestore, attraverso parere obbligatorio sugli atti fondamentali del soggetto gestore in house”. Secondo la difesa statale la previsione non poteva definirsi rispettosa del principio di vincolatività enunciato dalla sentenza Coditel Brabant 13 novembre 2008, in causa C-324/07, cit.. Sulla controversia giunse a mettere un punto fermo la Corte Costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma, in quanto il controllo analogo, per consentire all'autorità pubblica concedente di influenzare le decisioni dell'organo gestionale, deve riconoscere alla pubblica amministrazione un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti (e cfr. al sentenza della Corte di giustizia europea del 13 ottobre 2005, causa C458/03, Parking Brixen, cit.), circostanza che “non può essere assicurata da pareri obbligatori, ma non vincolanti”: Corte Cost. 28 marzo 2013, n. 50, in *Foro it.*, 2013, 5, 1377 ss.

disposizione che ammette clausole in deroga all'art. 2380-*bis* deve essere integrata con riferimento a quelle stesse norme che ne delimitano l'ambito di applicazione, tra cui l'art. 2364, n. 5, c.c., di talché, una volta ammessa la deroga al principio primo, l'imperatività della seconda non può che considerarsi attenuata, atteso che la derogabilità dell'art. 2380-*bis* c.c. dovrebbe avere quale principale scopo quello consentire allo statuto di attribuire all'assemblea il potere di deliberare su argomenti attinenti alla gestione con efficacia vincolante nei confronti degli amministratori, rendendo non più esclusiva la competenza decisionale di costoro in materia<sup>413</sup>.

La genericità della formula contenuta nell'art. 16, co. 2, lett. a), TUSP, rende necessario, però, anzitutto necessario che si verifichi l'esistenza di condizioni e/o limiti al trasferimento di competenze in favore dell'assemblea.

Anzitutto, la già richiamata connessione 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, insieme all'interno del quale si iscrive la competenza a deliberare in via generale in materia di gestione. Inoltre, l'ammissibilità di clausole in deroga all'art. 2380-*bis* c.c., esclude anche che si possa derogare genericamente al principio di competenza esclusività degli amministratori. Non si ritiene, cioè, legittima la clausola che si limiti a statuire che si attribuisce all'assemblea la competenza a deliberare su ogni atto a carattere gestorio, in deroga a quanto disposto dall'art.

---

<sup>413</sup> La mancata deroga all'art. 2364, n. 5, è uno degli argomenti che conduce parte della dottrina a sostenere che lo strumento più adeguato per realizzare il controllo analogo siano i patti parasociali e che, dunque, si possa derogare all'art. 2380 c.c. solo quando questi ultimi non permettano il raggiungimento dello scopo: v., in particolare: C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, cit, 2018, 472, secondo cui: "non è chiarissimo se della derogabilità dell'art. 2380-bis c.c., ammessa dall'art. 16, 2° co., lett. a, sia consentito avvalersi sempre o solamente là dove il controllo analogo non sia raggiungibile sulla base di accordi parasociali, come la previsione contenuta nella lett. d dello stesso art. 16 e il principio di proporzionalità indurrebbero a far ritenere". Cfr. P. PETTITI, *Gestione e autonomia*, cit., 43 ss., che non ravvisa l'utilità di ammettere 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.

2380-*bis* c.c. o che, in ogni caso, comprima alla sola gestione corrente le competenze degli amministratori<sup>414</sup>.

Come già per le autorizzazioni nel regime di diritto comune, le clausole 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<sup>415</sup>. Ciò implica, oltre alla necessaria previsione di specifici criteri redazionali, anche il novero delle decisioni che possono essere attribuite all'assemblea deve essere limitato e che le clausole in deroga debbano puntualmente individuare gli atti che sono (in via eccezionale) sottratti alla competenza generale degli amministratori. In virtù di ciò, si potrebbe, ad esempio, ritenere ammissibile una clausola che, in deroga a quanto previsto dall'art. 2380-*bis*, attribuisca all'assemblea la competenza a decidere in merito all'alienazione o all'acquisto di impianti e di beni necessari per l'attività<sup>416</sup>.

Occorre, però, considerare che l'assemblea degli azionisti è per sua composizione, struttura e modalità di funzionamento inidonea ad essere continuativamente coinvolta nella gestione dell'impresa<sup>417</sup>. Tale limite alla

---

<sup>414</sup> L'illegittimità di tali clausole è stata chiaramente affermata da Trib. Roma, 2 Luglio 2018, in *Giur. Comm.*, 2020, 915. Oggetto della decisione era una modifica statutaria deliberata dall'assemblea straordinaria di società per azioni unipersonale con la quale era stata prevista la "limitazione dei poteri del consiglio di amministrazione ai soli atti della gestione ordinaria e nel rispetto delle prescrizioni impartite dall'organo deputato al controllo analogo o direttamente dal socio e trasfuse in appositi atti e direttive formali e vincolanti". Il Tribunale si è pronunciato per inammissibilità della clausola statutaria in ragione di un argomento tipologico – ovvero l'appartenenza della società ad uno dei modelli organizzativi di cui all'art. 3 TUSP – e di uno funzionale, relativo alla prossimità del controllo analogo ad una relazione di eterodirezione strategica, che può estrinsecarsi in potere di mero condizionamento sulla determinazione di alcuni atti di alta gestione, rimanendo così compatibile con la struttura corporativa della società per azioni. In argomento, E. CODAZZI, *Le "nuove" società in house: controllo cd. analogo e assetti organizzativi tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, relazione presentata al VIII convegno annuale "Orizzonti del diritto commerciale" – "Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti", Roma, 17-18 febbraio 2017 e in commento alla sentenza citata, cfr.: ID, *Esercizio del controllo analogo sulle s.p.a. in house e clausole di deroga all'art. 2380-bis, c.c.*, in *Giur. Comm.*, 2020, 1500 ss. e C. Pecoraro, *Società in house e riserva della gestione agli amministratori*, ivi, 2020, 1534 ss.

<sup>415</sup> In argomento, cfr. P. PETITTI, *Sub art. 16*, in *Commentario*, diretto da MEO-NUZZO, par. 7.

<sup>416</sup> In particolare, F. FIMMANÒ – V. OCCURSIO, *Atti e statuti delle società pubbliche alla luce della riforma "corretta"*, in *Notariato*, 2017, 745.

<sup>417</sup> Cfr. 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

devoluzione di argomenti alla cognizione assembleare sembra destinato ad operare anche e soprattutto in presenza di un'assemblea costituita da azionisti pubblici, che sono istituzionalmente privi di quella speditezza decisionale che è necessaria per l'assunzione di scelte tempestive<sup>418</sup>. Creando un parallelo con quei profili che si sono in apertura indagati con riferimento alle autorizzazioni assembleari nella disciplina di diritto comune, occorre allora domandarsi se l'iniziativa che gli amministratori devono assumere con riferimento alle scelte di gestione su cui delibera l'assemblea sia giuridicamente necessaria e esclusiva, ovvero se la delibera si connota come decisione in senso pieno – nel senso che il contenuto dell'atto viene determinato *in toto* dalla volontà dei soci – o come approvazione, tale che la delibera interviene necessariamente all'esito di una procedura avviata dagli amministratori.

Con riferimento alle competenze conferibili all'assemblea dallo statuto ai sensi dell'art. 16, co. 2, lett. a), TUSP, pare ragionevole ritenere che l'iniziativa debba provenire comunque dagli amministratori. L'assemblea può rivolgere a quest'ultimi raccomandazioni di propria iniziativa o, più precisamente, su iniziativa dei soci ai sensi dell'art. 2367 c.c. 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.

Gli amministratori, inoltre, hanno il compito di convocarla e di sottoporre al suo vaglio anche gli atti opportuni in relazione alle circostanze di luogo e tempo ed il cui contenuto essi hanno elaborato in coerenza con la restante attività di gestione già espletata e/o soltanto programmata<sup>419</sup>. Tale potere/dovere degli

---

permanentemente dell'amministrazione della società"; l'Autore ha cura anche distinguere il concetto di gestione corrente da quello di "ordinaria amministrazione".

<sup>418</sup> Lo evidenzia anche P. PETITTI, *Gestione e autonomia*, cit., 45 e 56 s., il quale ritiene sufficiente per l'integrazione del requisito una minima alterazione delle regole organizzative proprie della società per azioni. Infatti, "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".

<sup>419</sup> 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 appare, inoltre, connesso all'obbligo informativo verso gli azionisti: la proposta, pertanto, dovrà essere presentata all'assemblea corredata di tutti i dati e le indicazioni necessarie a fornire ai soci un quadro esaustivo degli effetti e dell'opportunità dell'atto stesso.

In relazione a tali meccanismi, emerge in tutta la sua portata l'importanza dei flussi informativi per la realizzazione del controllo analogo, atteso che, se l'iniziativa degli amministratori è necessaria tanto in relazione agli atti di gestione la cui competenza deliberativa è stata devoluta statutariamente all'assemblea, tanto per gli ulteriori atti opportuni che a quella si collegano, allora è altrettanto necessario che vi sia un costante e puntale scambio di informazioni tra amministratori e socio pubblico, in modo tale che quest'ultimo sia in grado di determinarsi anche in osservanza degli ulteriori vincoli che la disciplina speciale e quella pubblicistica gli impongono (circostanza che, ad esempio, si verifica ogni qual volta sia necessaria una preventiva delibera dell'amministrazione socia). Si ritiene, allora, che possa essere opportuno l'inserimento di una apposita clausola atta a disciplinare tali profili: potrebbe, ad esempio, imporsi all'amministratore unico di garantire "la regolarità e completezza del flusso informativo verso il socio pubblico, anche ai fini di quanto previsto dalla normativa di tempo in tempo applicabile, nonché dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di 'controllo analogo'"<sup>420</sup>.

Da ultimo - oltre attribuirle la competenza deliberativa in relazione a singoli atti di gestione - lo statuto potrebbe riconoscere all'assemblea il potere di emanare direttive vincolanti di indirizzo sulla gestione, a cui gli amministratori sarebbero chiamati ad attenersi nelle scelte successive. La direttiva emanata dall'assemblea non potrà mai far sorgere un preciso obbligo di esecuzione in capo agli amministratori, atteso che essa non ha ad oggetto il compimento di specifici atti di gestione. Le ipotesi formulate in relazione ai flussi informativi ed alla possibilità che lo statuto riconosca all'assemblea un potere di emanare direttive

---

amministratori incombe un obbligo di partecipare all'attività gestoria e di rendersene promotori che, invece, non sussiste per i soci". Il potere di iniziativa degli amministratori è rimarcato anche da F. BONELLI, *Gli amministratori*, cit., 1 ss.

<sup>420</sup> *Ivi*, 745.

paiono legittime ed in accordo con quanto previsto dall'art. 16, co. 2, lett. a), TUSP, in quanto rispondono alla logica di permettere al socio di influenzare la gestione e valorizzare il dialogo tra amministratori e soci, affinché l'attività dei primi soddisfi le esigenze della compagine sociale<sup>421</sup>.

Al termine della disamina concernente i limiti entro cui è ammessa la deroga agli artt. 2380-*bis* e 2409-*novies* c.c., pare opportuno chiedersi se, sempre ai sensi dell'art. 2364, n. 5, c.c., si possa attribuire all'assemblea, il medesimo potere che, nel sistema dualistico, è previsto in favore del consiglio di sorveglianza previsto dall'art. 2409-*terdecies*, co. 1, lett. f-*bis*, c.c.

### **3.3. Limiti alla deroga all'art. 2380-*bis*, co. 1, c.c.: cenni al modello dualistico di amministrazione.**

Con riferimento alla competenza a deliberare in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari, l'art. 2409-*terdecies*, lett. f-*bis*, c.c., è stato oggetto di lungo dibattito, volto ad individuare quale fosse il ruolo assegnato al consiglio di sorveglianza nel modello legale tratteggiato dal codice<sup>422</sup>. Inizialmente, si riteneva che il legislatore avesse elaborato due modelli

---

<sup>421</sup> Ipotizza che i soci potrebbero esprimere così 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: M. MAUGERI, *Le deliberazioni assembleari "consultive"*, cit., 159 ss.; cfr. P. PETTITI, *Gestione e autonomia*, cit., 63 ss., la quale evidenzia che l'esigenza di rafforzamento delle responsabilità dell'organo amministrativo. L'Autrice, pertanto, sottolinea che la soluzione più adeguata per realizzare il controllo analogo – e che a sua detta risulta essere 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”

<sup>422</sup> Più in generale, sul sistema dualistico, cfr.: V. CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, 2007; ID., *La disciplina per derivazione del sistema di amministrazione e controllo dualistico (disposizioni di richiamo e di rinvio nel nuovo diritto delle società per azioni non quotate)*, in *Riv. soc.*, 2005, 36 ss.; AA.VV., *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*, in AGE, a cura di M. CERA - G. PRESTI, 2007; G.B. PORTALE, *Il sistema dualistico: dall'Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (1861) alla riforma italiana della società per azioni (Appunti per una comparazione della nuova governance delle banche italiane)*, in *BBTC*, 2008, 673 ss.; ID., *La società quotata nelle recenti riforme (note introduttive)*, in *RDS*, 1, 2007, 6 ss.; P. MONTALENTI, *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, in *BBTC*, 2008, 689 ss.; M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *RDS*, 2008, 137 ss.; F. GHEZZI, *Sub art. 2409-novies*, in *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo - Commentario alla riforma delle*

di sistema dualistico: il primo, dotato di un consiglio di sorveglianza debole, le cui competenze erano essenzialmente assimilabili a quelle del collegio sindacale nel sistema tradizionale, con la sola ulteriore funzione di controllo posteriore di merito; il secondo, frutto di opzione statutaria, in cui il consiglio di sorveglianza era dotato di poteri d'indirizzo nell'alta amministrazione e di supervisione strategica<sup>423</sup>. Messa da parte l'idea che l'organo di controllo del sistema dualistico corrispondesse al collegio sindacale del modello tradizionale<sup>424</sup>, la dottrina iniziò a considerare l'insieme delle competenze del consiglio di sorveglianza in un'ottica di partecipazione alle decisioni relative alla gestione strategica, valorizzando il

---

*società*, diretto da P. MARCHETTI – L. A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, Milano, 2005, 3 ss., 45; D. CORAPI, *I sistemi di amministrazione e controllo nella riforma delle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 195 ss.; B. LIBONATI, *Il paradosso del consiglio di sorveglianza dopo la legge n. 262/2005*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 655 ss.; ID., *Noterelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2008, 281 ss.; L. SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, a cura di P. ABBADESSA – G. B. PORTALE, II, Torino, 2007, 687 ss.; C. MARCHETTI, *Il sistema dualistico: questioni e clausole statutarie (prima parte)*, in *Studio n. 162-2006/I*, Consiglio nazionale del notariato; G. BALP, *Sub art. 2409-octies, c.c.*, in *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo - Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, Milano, 2005, 3 ss.; U. TOMBARI, *Sistema dualistico e potere di alta amministrazione del consiglio di sorveglianza*, in *L'attività gestoria nelle società di capitali. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, a cura di A. SARCINA - J.A. GARCÍA CRUCES, Bari, 2010, 40 ss.

<sup>423</sup> La disposizione inerente le 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”. Cfr. P. ABBADESSA, *Il sistema dualistico in Italia: l'evoluzione del modello*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA - F. CESARINI, Torino, 2009, 1 ss; V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, 92; V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, 547; P. MONTALENTI, *Il sistema dualistico*, in *Tratt. Cottino*, Padova, 2010, 860.

<sup>424</sup> F. BORDIGA, *sub art. 2409-terdecies*, in *Le società per azioni. Codice civile e leggi complementari*, diretto da P. ABBADESSA - G.B. PORTALE, Milano, 2016, 1936. In particolare, sulle critiche mosse alla propensione interpretativa che ripropone nel modello dualistico schemi legati al sistema tradizionale, cfr.: P. FERRO-LUZZI, *L'esercizio dell'impresa tra amministrazione e controllo*, in *AGE*, 2007, 321; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, 158, il quale sottolinea che, anche laddove la disciplina relativa al funzionamento del collegio sindacale e quella relativa al funzionamento del consiglio di sorveglianza coincidano, può risulterne in termini effettuali un significato diverso; G.B. PORTALE, *Il sistema dualistico*, cit., 673. In tema, anche: P. PRESTI, *Il modello dualistico applicato alle banche*, in *Il sistema dualistico: prospettive e potenzialità applicative*, a cura di G. NARDONE - U. TOMBARI, Torino, 2009, 143 ss.; L. SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo della s.p.a. nei diversi sistemi di governance*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 75 ss.

fatto che fosse dotato del potere-dovere di controllo di merito preventivo sulla gestione<sup>425</sup>.

Con riguardo al TUSP, il testo originale intendeva rendere tale opzione obbligatoria, attribuendo al consiglio di sorveglianza il potere di deliberare in merito alle operazioni strategiche ed ai piani industriali e finanziari, nell'ottica di "un rafforzamento di un ruolo già naturalmente (com)partecipativo"<sup>426</sup>, elevandolo "da componente generica del diligente adempimento del potere-dovere di nomina e revoca [dei gestori] a prescrizione a contenuto specifico, mediante la quale i soci fissano *ex ante* (sottraendolo alla discrezionalità degli organi) il perimetro delle decisioni gestorie non adottabili autonomamente dai gestori e soggette all'approvazione dell'organo espressione dell'assemblea"<sup>427</sup>.

Le scelte compiute anche in sede di decreto correttivo paiono però maggiormente caute, nella misura in cui, se lette nella prospettiva di quel nucleo di competenze di cui gli amministratori non possono mai essere privati, esse riaffermano la posizione del consiglio di sorveglianza con riferimento al potere di *approvare* le operazioni strategiche e i piani *predisposti* dall'organo amministrativo, valorizzando semplicemente l'effetto vincolante che l'assenso del consiglio di sorveglianza produce sul piano dell'attuazione ai piani e alle operazioni, che spetta in ogni caso agli amministratori: anche con riferimento al modello dualistico, si tratterebbe perciò di un potere, da un lato, non pienamente decisionale, dall'altro, maggiore di quello autorizzativo attribuibile all'assemblea<sup>428</sup>.

---

<sup>425</sup> Favorevoli all'attrazione nel nucleo delle funzioni originarie del consiglio di sorveglianza di un potere-dovere di partecipazione nelle decisioni relative alla gestione (o supervisione) strategica si mostrano V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, cit., 277; ID., *La disciplina per derivazione del sistema di amministrazione*, 47 ss.; BELTRAMI, *L'invalidità della delibera del consiglio di sorveglianza*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 778 s.; M. LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni, con particolare riguardo ai c.d. sistemi alternativi*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. CAMPOBASSO – V. CARIELLO – V. DI CATALDO – F. GUERRERA – A. SCIARRONE ALIBRANDI, 2, Torino, 2014, 1087 ss.

<sup>426</sup> I. KUTUFÀ, *Gestione strategica*, cit. 443.

<sup>427</sup> In particolare, F. BORDIGA, *sub art. 2409 terdecies*, cit., 1939; ma anche, ID., *La funzione del consiglio di sorveglianza. Tra controllo e indirizzo dell'impresa*, Milano, 2016, *passim*.

<sup>428</sup> Cfr. M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema di competenze*, cit., 336 ss., in part., nt. 150; V. CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, 2009, 166 ss.

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. D'altro canto, invece, la distinzione tra le due ipotesi è limitata con riguardo all'oggetto delle delibere, perciò occorre precisare che, mentre le operazioni strategiche rientrano certamente nella nozione di atti di cui all'art. 2364, n. 5, c.c., i piani industriali e finanziari non sono propriamente atti di gestione, atteso che hanno funzione programmatica. Considerata l'impostazione del TUSP, non paiono però sussistere ragioni 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<sup>429</sup>.

Inoltre, nel caso in cui l'oggetto della delibera d'assemblea riguardi piani industriali e finanziari, questa potrebbe operare come un'approvazione, anziché come una mera autorizzazione, parificandola ad una deliberazione del consiglio di sorveglianza<sup>430</sup>. Infatti, qualora anche l'assemblea approvasse atti dal contenuto programmatico, gli amministratori non potrebbero comunque andare esenti da responsabilità verso la società per avervi dato esecuzione, con la conseguenza che

---

<sup>429</sup> Così M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema di competenze*, cit., 336 ss.; P. ABBADESSA-A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea*, cit., 269 ss.: gli Autori escludono, inoltre, 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. Cfr., in particolare: E. CODAZZI, *Esercizio del controllo analogo sulle s.p.a. in house e clausole di deroga all'art. 2380-bis, c.c.*, cit., 1499 ss e C. PECORARO, *Società in house e riserva della gestione agli amministratori*, cit., 920.

<sup>430</sup> In particolare, circa la possibilità di riservare all'assemblea la delibera sulle materie rilevanti per il controllo analogo, v. E. CODAZZI, *Le "nuove" società in house*, cit., 10 ss e ID, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, cit., 97 ss.. Più in generale: 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 G. GUIZZI, *Riflessioni intorno all'art. 2380-bis c.c.*, cit., 1045; M. MAUGERI, *Le deliberazioni assembleari "consultive" nella società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, 143 ss., 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.

una distinzione tra autorizzazione ed approvazione che sia basata sugli effetti che esse derivano perderebbe, invero, di significato. Sembrerebbe, dunque, idonea ad integrare il requisito del controllo analogo la clausola, che attribuisse all'assemblea l'approvazione degli indirizzi strategici della società o l'autorizzazione preventiva di operazioni sul capitale o inerenti la modifica dell'oggetto sociale<sup>431</sup>.

Pare, allora, che, anche attraverso tale percorso argomentativo, possa riaffermarsi che lo strumento delle autorizzazioni assembleari sembra possa essere impiegato per realizzare il controllo analogo, dal momento che il potere autorizzativo conferisce all'assemblea e, per suo tramite, agli azionisti una influenza determinante sugli atti (piani, programmi o decisioni) oggetto della delibera. E ciò sia quando uno solo di azionisti abbia il controllo della società *ex art. 2359 c.c.* – cioè disponga di un'influenza dominante in assemblea, tale che solo da lui dipende l'autorizzazione –, sia quando più azionisti, che abbiano formato una coalizione di maggioranza, dispongano ciascuno di un'influenza determinante, poiché, essendo il loro voto necessario per la formazione della maggioranza in seno all'assemblea chiamata ad autorizzare, l'espressione del voto contrario equivarrà ad un veto sull'atto.

Infine, occorre riaffermare che, anche a fronte di quanto previsto dall'art. 16, co. 2, lett. a), TUSP, che l'ammessa sottrazione di competenze gestionali all'organo amministrativo possa operare in favore di organi atipici, che gli statuti di società *in house* hanno sovente previsto. In conclusione, ribadendo ed ampliando quanto già espresso al termine del precedente paragrafo, pare opportuno adottare un'interpretazione restrittiva, autorizzando deroghe alle norme del codice civile nei limiti di stretta strumentalità e necessità rispetto ai fini propri della disciplina e tenendo conto del contesto in cui le norme medesime si inseriscono, che non ammette la costituzione di organi sociali ulteriori ed atipici<sup>432</sup>. D'altronde, l'art. 11, co. 9, lett. d), TUSP espressamente vieta l'istituzione di organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di

---

<sup>431</sup> In particolare, F. FIMMANÒ – V. OCCURSIO, *Atti e statuti delle società pubbliche*, cit., 746.

<sup>432</sup> E. CODAZZI, *Le "nuove" società in house*, cit., 15 e 22 ss.

società ed, inoltre, come si è già avuto modo di sottolineare, tali organi svolgono una funzione di coordinamento tra le amministrazioni partecipanti al capitale, con riguardo ai compiti proprio delle pubbliche amministrazioni, ma non possono inserirsi nei meccanismi di ripartizione di competenze tra gli organi sociali.

In conclusione, se si interpreta l'art. 16, co. 2, lett. a), TUSP nel senso di un recupero di centralità dell'assemblea, si ritiene sarebbe stato più opportuno ampliare espressamente le competenze dell'assemblea – attraverso, ad esempio, l'introduzione di una norma ispirata all'originario art. 2364, n.4, c.c. – e, soprattutto, modificare l'art. 2364, n. 5, c.c, al fine di realizzare quello che pare essere il senso ultimo del controllo analogo, ovvero vincolare l'agire degli amministratori per evitare che la società fuoriesca dal perimetro di influenza dell'amministrazione socia.

### **3.4. (Segue) Competenze assembleari e responsabilità degli amministratori.**

Dopo aver analizzato l'operatività e l'ampiezza della deroga alla ripartizione legale delle competenze nelle società per azioni, ai sensi dell'art. 16, co. 2, lett. a), TUSP, devono considerarsi le conseguenze che la deviazione della tipicità organizzativa produce, ovvero considerare come questa scelta organizzativa interagisca con le norme riguardanti la responsabilità degli amministratori nei confronti della società, dei creditori e dei singoli soci o terzi, fattispecie che si collegano, 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 generale dovere di *neminem laedere* nell'esercizio della funzione amministrativa (art. 2395 c.c.)<sup>433</sup>.

---

<sup>433</sup> Prevale, infatti, in dottrina l'opinione per cui tale ipotesi di responsabilità avrebbe natura extracontrattuale: su tutti, 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 - G.B. PORTALE, 2, Torino, 2007, 900 ss.. Tuttavia, non manca chi riconosce natura contrattuale alla responsabilità prevista dall'art. 2395 c.c., sostenendo che essa trova fondamento, in ogni caso, sull'inadempimento di obblighi preesistenti, posti dalla legge o dallo

La disciplina delle società per azioni instaura una relazione tra la competenza gestionale degli amministratori e la responsabilità discendente, tale da far ritenere che vi debba essere piena rispondenza tra il potere deliberativo in materia di gestione e la responsabilità che da ciò deriva<sup>434</sup>. Si tratta di una correlazione già presente all'interno del sistema già prima della riforma del diritto societario, dacchè gli amministratori in ogni caso non sarebbero stati vincolati a dare esecuzione alle delibere assembleari in materia di gestione – equiparabili, allora, a semplici pareri – restando responsabili delle conseguenze dannose verso creditori e terzi<sup>435</sup>.

Per quel che concerne le decisioni gestorie assunte dall'assemblea, deve ritenersi che permangano i profili di responsabilità degli amministratori attinenti all'esecuzione di queste delibere. Anche nella sistematica del TUSP, infatti, la

---

statuto: così, F. BONELLI, *Gli amministratori*, cit., 225 s.; ID., *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO - G. B. PORTALE, 4, Torino, 1991, 445 ss..

<sup>434</sup> D'altro canto, se l'illecito ha natura extracontrattuale e si consuma a danno dei terzi, in assenza di obblighi preesistenti gravanti sugli amministratori, la loro responsabilità 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.). Ci potrebbe in tale caso chiedere allora se nel caso in cui la decisione di compiere l'atto venisse assunta dall'assemblea anziché dagli amministratori, e gli amministratori stessi si fossero limitati ad eseguirla, quest'ultimi possa essere in ogni caso risponderne *ex art.* 2395 c.c. La risposta a tale interrogativo si lega strettamente alla *ratio* che si ascrive all'art. 2395 c.c.: se si ritiene che lo scopo della disposizione sia la prevenzione dell'illecito, allora "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?": P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 70. D'altro canto, però, se la *ratio* della norma è quella di offrire una tutela rafforzata ai terzi, gli amministratori ne rispondono in quanto investiti di una funzione di controllo sulle decisioni dell'assemblea.

<sup>435</sup> A. MIRONE, *Sub art. 2364*, in *L'assemblea di società per azioni*, a cura di M. LIBERTINI – A. MIRONE, Milano 2016, 14 ss; I. MAFFEZZONI, *Sub art. 2364*, in *Assemblea*, a cura di C. PICCIAU, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI- F. GHEZZI-M. NOTARI, Milano, 2008, 9 ss. Sulle competenze gestorie implicite dell'assemblea G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. ABBADESSA – G. B. PORTALE, Torino, 2006, 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; recentemente, anche, G.B. PORTALE – N. DE LUCA, *Il sovrano non ha abdicato*, cit., 765 ss.; P. ABBADESSA- A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, 269 ss.; Parte della dottrina ammetteva senz'altro il trasferimento di competenze dall'organo amministrativo all'assemblea: così P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975, 45 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 176 ss; G. MINERVINI, *Gli amministratori*, cit., 218 ss.



competenza esecutiva – da sempre stata considerata inderogabile dalla dottrina maggioritaria<sup>436</sup> - è attribuita agli amministratori, in capo ai quali dunque rimane il potere/dovere di rifiutare l'esecuzione della delibera dell'assemblea, se da questa può derivare un pregiudizio agli interessi protetti<sup>437</sup>.

Secondo questa ricostruzione, è effettivamente possibile che l'assemblea di società *in house* acquisti 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, co. 3, lett. a), TUSP, ciò tuttavia non esclude la funzione di "filtro" operata dagli amministratori, la cui responsabilità per gli atti compiuti sussiste in applicazione della disciplina generale prevista dal codice civile, che si ricorda non essere derogata. Al riguardo, però, giova distinguere la responsabilità degli amministratori verso la società da quella verso i creditori sociali e i terzi: se infatti, lo statuto sottrae competenze agli amministratori, attribuendole all'assemblea, è necessariamente 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, tra l'altro ora mancante in concreto. Ogniqualevolta la competenza deliberativa in materia di gestione spetta all'assemblea, gli amministratori non sono più responsabili delle modalità di realizzazione dell'oggetto sociale, perché la decisione è rimessa ai soci stessi<sup>438</sup>. Per questo motivo, l'art. 2364, n. 5, c.c. fa

---

<sup>436</sup> Cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori*, cit., 4; P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 63 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 188 ss.; F. GALGANO, *Le società per azioni*, cit., 263.

<sup>437</sup> P. ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO – G. B. PORTALE, 3, Torino, 1994, 36 s.; ID, *La gestione dell'impresa*, cit., 61 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 G. E. COLOMBO – G. B. PORTALE, 4, Torino, 1991, 108 s.

<sup>438</sup> Fatti salvi i casi in cui la responsabilità degli amministratori verso la società sussiste anche per l'attuazione di decisioni dell'assemblea, *id est*: a) 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; b) 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; c) dopo la deliberazione dell'assemblea sono intervenute o mutate circostanze rilevanti. In tema, v. in particolare, P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 61 ss. Tale fattispecie sembra, d'altro canto, coincidere con quella in cui sussiste in capo gli

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<sup>439</sup>.

D'altro canto, invece, la decisione assembleare potrebbe non salvaguardare l'interesse dei creditori alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale<sup>440</sup>, perché i soci esercitano il diritto di voto nel loro interesse e non rispondono della violazione degli obblighi conservativi gravanti sugli amministratori *ex art. 2394 c.c.*<sup>441</sup>. A quest'ultimo titolo rispondono gli amministratori 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 compierli<sup>442</sup>.

---

amministratori un dovere di impugnare la delibera, per evitare che, una volta efficace, possano astenersi dal darle esecuzione: in part., V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 208, il quale ritiene che, nel caso predetto, gli amministratori potrebbero non essere considerati responsabili solo e soltanto verso la società, ma anche nei confronti dei terzi, nel caso in cui “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”. Con riguardo, in particolare, al profilo 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 G. E. COLOMBO – G. B. PORTALE, 3, Torino, 1993, 260 ss.

<sup>439</sup> G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., 293.

<sup>440</sup> Solo nella misura in cui il patrimonio garantisca il soddisfacimento dei loro crediti. Sul significato della 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 P. ABBADESSA – G. B. PORTALE, Torino, 2007, III, 623 ss.

<sup>441</sup> Sulla posizione degli amministratori in relazione all'interesse della società e all'interesse dei creditori sociali, v. V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 218, il quale – citando anche A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, 281 s. – evidenzia che: “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”.

<sup>442</sup> Recentemente, in relazione alla possibilità di revoca in conseguenza del rifiuto di dar corso alle direttive dei soci, v. A. VALZER, *La revoca degli amministratori delle società azionarie di providing in house*, in *Giur. Comm.*, 541-542. Con posizioni diverse circa l'individuazione degli obblighi stessi, cfr.: P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 64 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., 221 ss.

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, co. 2, lett. a), TUSP, 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 non è incondizionato, ma viene meno in presenza delle circostanze che li esporrebbero a responsabilità<sup>443</sup>.

Ciò permette di ribadire quanto affermato *ab initio* in relazione al rapporto tra interesse sociale ed interesse pubblico, anche 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 assembleari assunte con il suo voto determinante: nelle società *in house*, l'interesse pubblico non è extra sociale, ma integra in concreto la causa del contratto di società, divenendone parte, con la conseguenza che esso può legittimamente trovare un equilibrio con l'interesse lucrativo della società. Detto altrimenti, la società *in house* non costituisce un tipo<sup>444</sup>, nel senso che si attribuiscono maggiori competenze all'assemblea per permettere ai soci pubblici di realizzare l'interesse di cui sono portatori e bilanciare quest'ultimo con lo scopo di lucro, il quale sopravvive nella sua accezione oggettiva in virtù del fatto che permangono in capo agli amministratori quegli obblighi di corretta gestione che, in chiave conservativa, sono ora posti a tutela non solo degli interessi dei creditori, ma anche in quello della società<sup>445</sup>.

---

<sup>443</sup> P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., 61, il quale precisa che “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”.

<sup>444</sup> Recentemente, anche, G. CAIA, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. Comm.*, 2020, 468.

<sup>445</sup> Cfr. E. CODAZZI, *Società in house e scopo di lucro una rivisitazione del tema alla luce del dlgs 175/2016*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2018, 750 ss; ID., *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, cit., 2018, 125 ss, F. GOISIS, *Le società in mano pubblica nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: quale autonomia statutaria sul piano*

#### 4. Il particolare caso del controllo analogo congiunto.

L'ampliamento dei poteri deliberativi dell'assemblea è ugualmente utile a configurare il controllo analogo. 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 l'influenza determinante di cui ciascuno di essi dispone in assemblea, o se, invece, è sufficiente che l'influenza possa essere riferita soltanto ai soci intesi nel loro complesso, anziché ai singoli<sup>446</sup>.

Al riguardo, le Direttive Europee sembravano recepire gli orientamenti della Corte di Giustizia<sup>447</sup>, ammettendo un'imputazione dell'influenza determinante all'insieme dei soci e ciò allo scopo di favorire la riunione di più enti pubblici in un solo soggetto *in house*, evitando la paralisi decisionale che deriverebbe dalla disponibilità in capo a ciascun socio di un'influenza determinante. Tale soluzione sembra condivisibile, considerato che la *ratio* del controllo analogo è consentire l'autoproduzione, assicurando che gli enti

---

*teleologico?*, in *Le società a controllo pubblico*, a cura di R. URSI – M. PERRINO, Torino, 2020, 31 ss.

<sup>446</sup> Cfr. in argomento, L. MACCHIARULO, *Il controllo analogo*, cit., 475.

<sup>447</sup> Si veda, in particolare, l'analisi della giurisprudenza e le considerazioni di V. DONATIVI, I "confini" ancora incerti del controllo analogo congiunto, cit., 765 ss.. Anche Cons. St., 18 luglio 2017, n. 3554, in *Foro Amm.*, 2017, 1566, secondo cui: "Nel caso di affidamento in house, conseguente all'istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata, il requisito del controllo analogo deve essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente". Il Consiglio di Stato richiama, in particolare, due importanti pronunce della Corte di Giustizia: CGUE, 10 settembre 2009, C-573/07, in *Foro amm.*, 2009, 2233, con nota di R. MORZENTI PELLEGRINI; e CGUE, 13 novembre 2008, C-324/07, in *Foro amm.*, 2008, 2899. A conferma dello stesso principio anche CGUE, la quale, in merito al caso Ecolan s.p.a. – società in house partecipata da 53 comuni, di cui solo alcuni in grado di esercitare il controllo analogo –, ha affermato che: "Occorre quindi rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice di acquisire partecipazioni al capitale di un ente partecipato da altre amministrazioni aggiudicatrici, qualora tali partecipazioni siano inidonee a garantire il controllo o un potere di veto e qualora detta amministrazione aggiudicatrice intenda acquisire successivamente una posizione di controllo congiunto e, di conseguenza, la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di appalti a favore di tale ente, il cui capitale è detenuto da più amministrazioni aggiudicatrici".

appositamente costituiti non escano dalla sfera di controllo delle amministrazioni stesse.<sup>448</sup>

A conferma di quanto sin qui sostenuto osserviamo che, sebbene l'art. 2, lett. d), TUSP 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”, l'art. 5, co. 5, Codice Appalti (a cui l'art. 2, lett. d), TUSP fa rinvio) 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”. Ciò consente di riferire la titolarità dell'influenza determinante all'insieme delle amministrazioni pubbliche.

Occorre, però, prestare attenzione alle modalità per realizzare la condizione negativa, ovvero per evitare che si realizzino i presupposti per l'imputazione solitaria del controllo analogo: a tal fine, nessun socio dovrebbe disporre della maggioranza dei voti in assemblea, almeno rispetto alle materie oggetto dell'influenza determinante che costituisce il controllo analogo (obiettivi strategici e decisioni più importanti). Di conseguenza, ogniqualvolta il capitale non sia equamente ripartito tra i partecipanti, si rende opportuno annullare eventuali differenze tra le singole capacità di influenza, in modo tale da rendere paritaria la partecipazione di ciascun socio all'esercizio del controllo analogo imputato al gruppo. Considerata la necessità di preconstituire tale parità, si ritiene che strumento adeguato al raggiungimento di tale fine potrebbe essere la creazione di categorie azionarie che alterino la proporzionalità tra le azioni possedute ed i voti esercitabili, ma si ritiene altrettanto idonea allo scopo la stipula di un sindacato di voto tra gli azionisti pubblici che preveda, ad esempio, che la

---

<sup>448</sup> Cfr. L. MACCHIARULO, *Il controllo analogo tramite patti parasociali ed altri accordi*, in *RDS*, 2018, 480, secondo la quale il controllo analogo è volto ad impedire che in un modello organizzativo in deroga ai principi di concorrenza possa acquisire eccessiva autonomia, emancipandosi integralmente dall'amministrazione aggiudicatrice di cui soddisfa gli interessi ed i bisogni.

maggioranza dei voti nel sindacato venga calcolata per teste<sup>449</sup>: una simile soluzione trova oggi espresso riconoscimento legislativo all'art. 16, co. 2, lett. c), TUSP, benchè convinca meno della precedente in ragione della sua intrinseca debolezza strutturale, derivante dal fatto che dall'inadempimento del patto non deriva alcuna conseguenza a carattere reale, rimanendo valida la delibera così assunta.

Un altro requisito è richiesto per realizzare il controllo analogo congiunto dall'art. 5, co. 5, lett. a), Codice Appalti è dato dal fatto che gli organi decisionali della persona giuridica controllata devono essere “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 congiunto, le amministrazioni pubbliche che partecipano al capitale della società non devono costituirne l'organo direttivo né, quindi, devono espletare direttamente funzioni amministrative – del resto, lo stesso concetto di “influenza” presuppone che il titolare del controllo analogo e l'organo competente a decidere (sia esso l'organo amministrativo o l'organo rappresentativo dei partecipanti al capitale) non coincidano<sup>450</sup>. Si conferma, pertanto, che il potere di nominare i componenti dell'organo direttivo non è necessario per il controllo analogo solitario, mentre può diventare rilevante per quello congiunto, atteso che l'attribuzione in sé di un simile potere ad un socio potrebbe, strutturalmente, rendere l'influenza esercitabile dagli altri meno che

---

<sup>449</sup> Ante riforma, si erano sul pronunciati sulla prassi venutasi a creare in relazione allo strumento del patto parasociale per la realizzazione del controllo analogo congiunto, in particolare: cfr. C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012, 261 ss. e S. MONZANI, *Controllo “analogo” e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009, 140 ss., 225 ss., 254 ss. Più di recente: cfr. F. MASSA FELSANI, *Società per azioni in house: controllo congiunto e strumenti di controllo analogo*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017, 130 ss.

<sup>450</sup> Cfr. F. GUERRERA, *Considerazioni in tema di controllo*, cit., 9; E. CODAZZI, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, cit., 47; V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 1040 ss; ID, *“Società a controllo pubblico” e società a partecipazione pubblica maggioritaria*, cit., 747 ss; F. MASSA FELSANI, *Società per azioni in house: controllo congiunto e strumenti di controllo analogo*, cit., 2017, 147 ss.

determinante. Uno solo, invero, pare essere il caso in cui il potere di nomina *ex art.* 2449 c.c. possa fungere da strumento per la realizzazione del controllo analogo congiunto, ovvero quando a questo sia associato un patto parasociale, stipulato tra i soci non titolari dello stesso potere ed inerente alla nomina della restante parte del consiglio di amministrazione<sup>451</sup>.

## **5. La rilevanza di altri specifici patti ed accordi per l'esercizio del controllo analogo, anche nel gruppo.**

La disposizione normativa di cui alla lettera c) dell'art. 16, co. 2, TUSP stabilisce che i requisiti del controllo analogo possono essere *in ogni caso* acquisiti "anche mediante [...] patti parasociali". Si lascia così intendere che clausole statutarie e parasociali siano strumenti tra loro fungibili al fine di realizzare un assetto organizzativo adeguato ad attribuire ai soci pubblici un potere di influenza sugli aspetti più rilevanti della gestione<sup>452</sup>.

Considerata la facoltà di deroga all'art. 2380-*bis* c.c., la specifica tipologia di patti parasociali che potrebbe venire in rilievo è rappresentata dai c.d. sindacati di gestione, ovvero gli accordi attraverso i quali i soci si impegnano convenzionalmente a delineare "un programma d'azione imprenditoriale, destinato ad indirizzare l'azione dell'organo amministrativo"<sup>453</sup> e si obbligano a influenzare gli amministratori, in modo tale che essi diano esecuzione alle scelte assunte in forza dell'accordo. La validità dei sindacati di gestione è stata

---

<sup>451</sup> Cfr. in particolare, L. MACCHIARULO, *Il controllo analogo tramite patti parasociali*, cit., 472.

<sup>452</sup> Più in generale, in argomento, L. FARENGA, *I contratti parasociali*, cit., 41 e 135 ss, in particolare, sottolinea come i patti parasociali "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".

<sup>453</sup> 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 P. ABBADESSA – G. B. 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 ritiene che questi gli accordi dotati della capacità di modificare l'organizzazione sociale attraverso un sistema organizzativo analogo a quello connaturato nei contratti associativi, perché il funzionamento del sindacato è basato su una formula procedimentale.

lungamente oggetto di dibattito in dottrina, che non si è sopito neanche a seguito dell'introduzione dell'art. 2341-*bis* c.c., tale che la valutazione circa la validità di questi patti passa ancora attraverso il vaglio dei loro contenuti, per comprendere se essi siano in contrasto con norme imperative<sup>454</sup>.

La validità dei sindacati di gestione è messa in dubbio a causa dalla presunta incompatibilità tra l'oggetto dell'accordo ed il principio di competenza esclusiva degli amministratori. Una parte della dottrina, infatti, ritiene tali patti nulli in virtù di quanto disposto dall'art. 2380-*bis*, co. 1, c.c.<sup>455</sup> e sostiene che i soci non possano in alcun modo esercitare ingerenza in decisioni che pertengono agli amministratori, atteso che ciò ne minerebbe quell'autonomia, che l'ordinamento pone a presidio del perseguimento dell'interesse sociale. Da tale assunto, la dottrina in parola deriva due corollari: da un lato, se il socio esercitasse pressioni sugli amministratori, il suo comportamento dovrebbe considerarsi in ogni caso indebito; dall'altro, se i soci si obbligassero in concreto ad esercitare predette pressioni attraverso la stipula di uno specifico accordo, quest'ultimo risulterebbe non solo illecito, ma anche inefficace<sup>456</sup>.

D'altro canto, altra parte della dottrina ha tentato di valorizzare il fatto che il sindacato di gestione sia un accordo tra soci, che si configura quale promessa del fatto del terzo (art. 1381 c.c.) e, proprio perché tale, produce tra di essi effetti solo obbligatori: gli Autori che sostengono tale ricostruzione derivano da che tali patti sarebbero astrattamente inidonei a limitare l'autonomia degli amministratori, atteso che, in accorso con la disciplina dettata dal codice, quest'ultimi restano liberi di non dare esecuzione alle direttive dei soci pattiscenti, quando l'interesse

---

<sup>454</sup> 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 F. BONELLI – P. G. JAEGER, Milano, 1993, 14.

<sup>455</sup> M. M. PRATELLI, *Problemi*, cit., 512 ss, in particolare, ritiene che i sindacati di gestione nelle società per azioni siano invalidi per contrasto con l'art. 2380-*bis* c.c.

<sup>456</sup> 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 F. BONELLI – P. G. JAEGER, Milano, 1993, 481 s.; P. SCHLESINGER, *Oggetto delle clausole dei sindacati di voto*, cit., 107 s.



sociale risulti incompatibile con quelle direttive<sup>457</sup>. Per tale tesi, in conclusione, i sindacati di gestione sono pertanto validi ed efficaci tra coloro che li hanno stipulati, gli atti di indirizzo rivolti agli amministratori non sono illeciti in sé, ma lo diventano soltanto qualora, deviando dall'interesse sociale, gli amministratori provvedano in ogni caso a dar loro esecuzione e ciò cagioni un danno alla società e/o ai suoi creditori. Con riguardo al controllo analogo, pare però che i sindacati di gestione non costituiscano uno strumento adeguato all'integrazione del requisito, in ragione del fatto che essi non incidono sulla struttura organizzativa della società – ovvero non riportano le competenze sull'assemblea in quanto tale – non pongono alcun limite giuridico-formale all'autonomia degli amministratori e, di conseguenza, l'influenza che i soci sono astrattamente in grado di esercitare si apprezza sul piano meramente fattuale, atteso che rimane loro solo lo strumento della revoca<sup>458</sup>.

D'altro canto, vi è chi ammette che i patti parasociali possano coinvolgere anche terzi (non soci), benché risulti controversa sia la necessità che partecipi all'accordo almeno un socio, sia la possibilità che parte dell'accordo sia la società stessa. Posto che, come si è già avuto modo di sottolineare, il controllo analogo non ammette che taluni soci rimangano estranei alla pattuizione atta a regolarlo<sup>459</sup>, deve inoltre riconoscersi che la società possa prendere parte al patto parasociale e può essere qualificato come patto parasociale l'accordo che sulla sua

---

<sup>457</sup> B. LIBONATI, *Il problema della validità dei sindacati di voto*, cit., 20 s.; Trib. Milano, 2 luglio 2001, in *Giur. it.*, 2002, 562, il quale ritiene i sindacati di gestione ammissibili, atteso 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 del 2003, si esprime in senso favorevole M. LIBERTINI, *I patti parasociali*, cit., 481.

<sup>458</sup> Recentemente, sul punto, L. MACCHIARULO, *Il controllo analogo tramite patti parasociali*, cit., 472.

<sup>459</sup> M. LIBERTINI, *I patti parasociali*, cit., 465 ss.; *contra*, 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.

organizzazione vorrebbe incidere<sup>460</sup>, dubbio che trae origine dal doppio ruolo che la società viene ad assumere<sup>461</sup>. In tema, deve rilevarsi inoltre rilevarsi che il legislatore del TUSP pare abbia riconosciuto la liceità di accordi che determinino l'eterodirezione del socio pubblico (artt. 2497 ss. c.c.).

Con riguardo alla regolamentazione del gruppo pubblico, le forme più adatte a disciplinare i rapporti tra amministrazione e controllate sono appunto i regolamenti, all'interno dei quali, oltre ad "appositi strumenti di decisione o concertazione", sarebbe possibile disciplinare nello specifico i flussi informativi necessari affinché si possa realizzare in concreto il controllo analogo, soprattutto quelli in direzione ascendente<sup>462</sup>.

---

<sup>460</sup> Talune definizioni 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 ogniqualvolta 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".

<sup>461</sup> Detta relazione causale viene individuata nel collegamento esistente 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 diversi e plurimi rapporti bilaterali esplicando un'autonoma funzione di scambio, rimanendo collegati al contratto di società (nella misura in cui 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, con la conseguenza che risultano meramente "integrativi" del contratto di società. L'ipotesi è esclusa dall'Autore che l'ha elaborata, sulla base del fatto che un'eventuale disciplina procedimentale, 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.

<sup>462</sup> F. GUERRERA, *Considerazioni sul controllo*, cit., 11, il quale ritiene lo strumento del regolamento idoneo alla realizzazione anche del controllo analogo congiunto: "anche in per le società pubbliche pluripartecipate, risulta utile l'inquadramento delle formule organizzative dell'in house providing nel fenomeno e nella disciplina dei "gruppi". Ci troveremmo, in particolare, dinanzi a una fattispecie di eterodirezione di società basata sul "controllo congiunto" degli enti soci-affidanti, che potrebbe giustificare una particolare autoregolamentazione attraverso patti parasociali, contratti di coordinamento o regolamenti, "rispecchiati" dallo statuto della società in house e atti a sancire il dovere degli organi sociali di "tener conto" di quanto deciso dai soci pubblici controllanti".

Terminata la disamina concernente il rapporto tra la deroga ai sensi dell'art. 16, co. 2, TUSP e le singole modalità di realizzazione del controllo analogo, non resta che affrontare il medesimo tema in prospettiva di gruppo. Com'è noto, infatti, il principio dell'esclusiva attribuzione delle funzioni gestorie in capo all'organo amministrativo – indagato sino a questo momento nella prospettiva della società monade – riveste un ruolo fondamentale anche e soprattutto nelle dinamiche organizzative di gruppo, dacchè l'attribuzione della funzione di direzione e coordinamento in capo alla società che la esercita va necessariamente ad incidere sulle modalità in cui il principio stesso si atteggia nelle società eterodirette. Come già sottolineato in sede di analisi del rapporto intercorrente tra la nozione di controllo analogo e quella di direzione e coordinamento, il TUSP amplia gli spazi concessi all'autonomia privata per permettere l'efficiente formazione di gruppi di società a controllo pubblico anche analogo, dando la possibilità di ripartire il potere gestorio “(non solo e non tanto) [in] orizzontale, quanto (piuttosto) [in] verticale”<sup>463</sup>. A fronte della formulazione degli artt. 2 e 16 TUSP, pare cioè che la facoltà di deroga all'art. 2380-*bis* c.c. – dacchè idonea a sottrarre all'organo amministrativo le “funzioni gestorie originarie” – rappresenti il mezzo attraverso il quale consentire alla capogruppo pubblica di ingerirsi nella gestione dell'impresa delle società eterodirette, senza più i limiti fissati dalla disciplina societaria comune.

Per poter svolgere alcune più approfondite considerazioni in merito è necessario tornare ad indagare la disciplina codicistica dell'attività di direzione e coordinamento, anzitutto per identificare le posizioni dottrinali raggiunte in merito al grado di incidenza sulla gestione altrui che è realizzabile in chiave di eterodirezione unitaria.

## **6. Il principio di esclusività del potere gestorio nella disciplina dei gruppi secondo il diritto societario comune.**

Come ricordato, il legislatore omette di fornire una definizione del fenomeno, rimando silente anche circa le modalità attraverso le quali l'attività

---

<sup>463</sup> I. KUTUFÀ, *Gestione strategica*, 431 s.

stessa può esercitarsi<sup>464</sup>. Ciò si è tradotto in forme di autoregolamentazione note come regolamenti di gruppo, ovvero atti di organizzazione che sono predisposti dalla capogruppo e che hanno quale obiettivo quello di individuare i “criteri procedurali di esercizio “a monte” – e di attuazione “a valle” – dell’attività di direzione e coordinamento”<sup>465</sup>, in modo tale da superare le carenze da cui la disciplina è affetta e regolare i profili giuridici inerenti ai poteri ed ai doveri degli organi delle società eterodirette, agli strumenti di programmazione e controllo, ai flussi informativi ed anche, se del caso, agli strumenti di risoluzione dei conflitti interni<sup>466</sup>. Si tratta, come detto, un punto di contatto tra la disciplina di diritto comune e quella di diritto speciale, dacchè, in particolar modo *ante* riforma, i gruppi pubblici hanno sovente fatto ricorso allo strumento del regolamento di gruppo per definire quali fossero gli ambiti di competenza degli organi delle società coinvolte ed, anche, per regolamentare le modalità di ingerenza del socio pubblico<sup>467</sup>.

All’interno della disciplina in commento, l’unità economica non mette in discussione la distinzione giuridica dei soggetti partecipanti, dacchè le società

---

<sup>464</sup> I. KUTUFÀ, *Gestione strategica*, cit., 431 s. Per una più puntuale ricostruzione della disciplina e delle sue criticità, cfr.: V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2006, 1097; PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. ABBADESSA - G.B. PORTALE, 3, Torino, 2007, 3; G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazioni delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 779; U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, 61; A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011, 27 ss.

<sup>465</sup> *Ivi*, 432.

<sup>466</sup> V., in particolare, G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazioni delle decisioni*, cit., 757 ss.

<sup>467</sup> Per quel che attiene il fenomeno più in generale, la sua liceità si deduce dalla regola riguardante lo svolgimento dell’attività di direzione e coordinamento, ovvero agire nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle controllate. L’art. 2497, co.1, c.c. riconosce, inoltre, implicitamente la legittimità del fenomeno “eterogestione”, dacchè afferma che l’attività di direzione unitaria non solo non è fonte di responsabilità quando sia condotta in conformità a detti principi, ma anche, in ogni caso, quando i danni subiti dai soci e/o dai creditori sociali delle controllate vengano “neutralizzati” da corrispondenti vantaggi compensativi. Cfr., *ex multis*, C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, 190, il quale descrive il gruppo come “una tecnica organizzativa dell’impresa, caratterizzata dalla sua articolazione in una pluralità di centri giuridicamente autonomi”; cfr. anche, V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 1246; U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, cit., 69; 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 - G.B. PORTALE, 3, Torino, 2007, 860 ss., il quale sottolinea l’emersione, a livello normativo, di uno statuto organizzativo di gruppo.

rimangono giuridicamente separate l'una dall'altra: il fatto che tanto l'esercizio del potere, quanto il conseguimento del fine condiviso debbano realizzarsi nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale di ciascuna di esse, assicura infatti che le società sottoposte a direzione operino come autonomi "centri di profitto"<sup>468</sup>. Con riferimento a tali profili, si è dunque discusso dell'esistenza di un interesse sociale nel gruppo, che – secondo parte della dottrina – si configura come interesse autonomo delle singole società che, "condizionato (...) dal "fil rouge" della "logica di gruppo", legittima nei limiti del criterio dei vantaggi compensativi"<sup>469</sup>. Le imprese imputate a singole società risultano, dunque, unite tra loro in ragione dell'esistenza di una strategia di gruppo, che a sua volta viene ad essere intesa come l'interesse di gruppo ed interesse comune a tutte le società partecipanti. Chi sostiene tale ricostruzione ritiene di conseguenza che "l'interesse sociale proprio di ogni singola controllata sia "a sovranità limitata", in quanto costretto nei binari delle linee direttrici in cui si articolano e si esprimono le indicazioni della *holding*, quale interprete della strategia (e, dunque, dell'interesse) di gruppo"<sup>470</sup>. La pluralità delle persone giuridiche e delle imprese coinvolte nel fenomeno sono dunque legate insieme da quel coordinamento unitario, che trova espressione nella "direzione unitaria impressa in una prospettiva strategicamente convergente".

In questa prospettiva, l'attività di direzione e coordinamento si configura come l'esercizio di una "pluralità sistematica di atti di indirizzo idonei ad incidere

---

<sup>468</sup> C. ANGELICI, *La riforma delle società*, cit., 204, che pone attenzione, sotto questo angolo visuale, all'aspettativa che i soci ed i creditori hanno rispetto al fatto che la società di gruppo, anche se con modalità differenti dalla società monade, operi come entità idonea a produrre profitto.

<sup>469</sup> P. MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 111, il quale parla di "unità dei distinti" riferendosi all'interesse di gruppo, da intendersi come interesse comune a tutte le società del gruppo, che esprime la strategia di gruppo, e che è distinto tanto dall'interesse della capogruppo, quanto dall'interesse delle singole controllate

<sup>470</sup> Così, I. KUTUFÀ, *Gestione strategica*, cit., 431 s. cfr. P. MONTALENTI, *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2015, 171, a cui appartiene l'espressione nel vircolato e che riprende A. MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, 1960, 189. Cfr., in tema, anche, M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *La dialettica degli interessi nella disciplina della società per azioni*, a cura di A. PACIELLO, Napoli, 2011, 258 ss.

sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali"<sup>471</sup>. In argomento, la giurisprudenza di merito ha avuto modo di affermare che vi è direzione unitaria in caso di "accentramento di funzioni gestorie in seno alla capogruppo o [di] elaborazione da parte della medesima di programmi finanziari e produttivi di gruppo, cosicché' (...) le società controllate vengono usate come strumento della politica aziendale di gruppo"<sup>472</sup>, con ciò manifestando "un potere di ingerenza che si esplica attraverso un flusso di istruzioni impartite alla società eterodiretta che si traspongono in decisioni dei suoi organi"<sup>473</sup>. Tuttavia, detta attività, nel diritto societario comune, sembra non potersi declinare in un assoluto ed illimitato governo delle singole imprese soprattutto in ragione dell'imperatività ed inderogabilità del principio di esclusività del potere gestorio in capo all'organo amministrativo della società di riferimento *ex art. 2380-bis c.c.*: la direzione unitaria non può derivare dall'integrale abdicazione delle prerogative gestorie delle società controllate.

### **6.1. I limiti all'attività di direzione e coordinamento della capogruppo e contenuto dei doveri (dell'organo gestorio) delle controllate.**

Appare dunque con ogni evidenza che occorre identificare i limiti dell'attività di direzione unitaria e perimetrare i doveri posti all'organo amministrativo delle società eterodirette, posto che è opinione pacifica che il potere della capogruppo vada necessariamente ad incidere sulla struttura formale delle competenze degli organi delle controllate, Ciò che desta perplessità è piuttosto in che misura il potere in parola debba essere in grado di limitare l'autonomia organizzativa delle società a valle del gruppo. Sul punto, dottrina maggioritaria qualifica la direzione della capogruppo come un vero e proprio potere giuridico, capace d'incidere in maniera significativa sull'assetto organizzativo, sulle modalità, sulle finalità e sulle responsabilità per le attività di

---

<sup>471</sup> P. MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento*, cit., 13

<sup>472</sup> Trib. Torino 21 dicembre 2012, reperibile al sito [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it).

<sup>473</sup> Trib. Milano 20 gennaio 2013, reperibile al sito [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it).

gestione della società sottoposta<sup>474</sup>. Posto che, dopo la riforma del diritto societario del 2003, la direzione e il coordinamento si considerano attività e non come una serie episodica di atti, la dottrina ha tentato di comprendere se la legittimazione di un potere siffatto comportasse il riconoscimento del diritto in capo alla società madre di impartire direttive vincolanti alle controllate.

In tema, si ritiene che il potere di direzione e coordinamento – ovvero quello che permette di tratteggiare la strategia di gruppo – sia posto in capo all'organo amministrativo della capogruppo, con la conseguenza che la società holding ha non solo il potere d'imporsi sulle società eterodiretta, ma ha anche il potere di impartire direttive “pregiudizievoli”, seppure a condizione che il danno da queste cagionato sia “integralmente eliminato a seguito di operazioni a ciò dirette” o comunque “risulti mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento” (cfr. art. 2497, co. 1, ult. pt., c.c.)<sup>475</sup>. In base a questa considerazione, si ricava che le società dipendenti subiscono l'attuazione di una volontà esterna, se e solo se i loro interessi patrimoniali vengono tutelati attraverso il meccanismo compensativo previsto dall'art. 2497 c.c.. Posto che il potere di direzione e coordinamento sintetizza sia il potere di assumere decisioni, sia quello di emanare le direttive che dalla decisione stessa discendono – anche arrecando un pregiudizio, ma con il limite dei vantaggi compensativi – deve comprendersi come ciò incida sui doveri degli amministratori delle controllate, ovvero se ed in che misura essi conservino un certo grado di autonomia.

Con riguardo, pertanto, al profilo della vincolatività di direttive dalla società madre, la dottrina è divisa tra chi sostiene che gli amministratori delle controllate non possano trasformarsi in meri esecutori passivi delle direttive della capogruppo e chi, per contro, ritiene che gli amministratori stessi siano obbligati

---

<sup>474</sup> Lo evidenzia, in particolare, A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento*, cit., 866, esaltando la portata “effettuale” dell'attività di direzione e coordinamento.

<sup>475</sup> Cfr. U. TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. soc.*, 2009, 126 s., che sottolinea come gli amministratori della capogruppo abbiano il dovere di esercizio di una corretta direzione e gli amministratori della controllata abbiano il correlato obbligo di osservanza delle direttive ricevute, purché legittime.

ad eseguire le direttive legittime, atteso che adempiendo all'obbligo realizzano in concreto la politica di gruppo che la *holding* vuole perseguire. Ogni assunto in tema deve allora necessariamente dialogare con il principio di competenza gestoria esclusiva: con riferimento a questo, secondo parte della dottrina – invero minoritaria – l'esistenza di siffatto principio all'interno dell'ordinamento conduce a ritenere che la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento si limiti a presupporre che sussista un rapporto fiduciario tra amministratori e gruppo di comando, che si estrinseca nelle direttive della capogruppo le quali, avendo carattere confidenziale, sarebbero inidonee a creare un vincolo finalizzato al recepimento<sup>476</sup>.

D'altro canto, secondo diverso orientamento accanto al “dovere di (esercizio di una corretta) direzione” si pone un “correlativo obbligo di osservanza delle (purché legittime) direttive”<sup>477</sup>. Parafrasando le considerazioni precedenti, può allora affermarsi che la legittimità delle direttive di gruppo incontra il suo limite laddove intercetta quello al dovere degli amministratori delle società eterodirette di rifiutarne l'esecuzione: ai sensi dell'art. 2497 c.c., tale linea di confine è determinata dal fatto che le direttive non incidano negativamente sul risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, mentre risulta inconferente che ad essere sacrificato sia l'interesse specifico della singola controllata.

A sostegno del primo orientamento, si cita l'art. 2497-ter c.c., che impone agli amministratori della società eterodiretta d'indicare analiticamente nelle motivazioni delle proprie decisioni le ragioni e gli interessi “la cui valutazione ha inciso sulla decisione” stessa: in altre parole, “l'organo amministrativo non è, cioè, chiamato ad attestare ed asseverare la congruenza dell'operazione imposta con l'interesse della controllata, ma soltanto a dare adeguato conto di chi e di cosa

---

<sup>476</sup> Cfr. GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in BBTC, 2005, 86 ss.

<sup>477</sup> P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in Riv. soc., 2007, 328; conformemente, U. TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo*, cit., 130, e A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento*, cit., 866, che assegnano agli amministratori delle società eterodirette una funzione che è sostanzialmente di filtro. Cfr. G. GUIZZI, *Riflessioni*, cit., 82, che rileva il “potere di apprezzamento libero e intelligente delle direttive ricevute”.



abbia influenzato la stessa e di come e quanto essa abbia inciso sull'attività della controllata medesima"<sup>478</sup>. Dal precetto appena citato si desume poi un obbligo di trasparenza e non un dovere di disattendere direttive che non risultino in linea con il fine della massima valorizzazione della controllata. In questa prospettiva, l'organo amministrativo della società eterodiretta funge da "filtro", nel senso che questo dovrà eseguire solo le direttive che possono qualificarsi come legittime dacchè non contrastano con i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale di cui all'art. 2497, co. 1, ult. pt., c.c.

Sempre con riferimento alle motivazioni di cui all'art. 2497-ter c.c., è opinione invalsa in dottrina quella per cui esse siano funzionali anche alla valutazione *ex post* della conformità dell'agire della capogruppo ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, con la conseguenza che si può e si deve dar conto in motivazione dell'esistenza di quei vantaggi compensativi che incidono sulla valutazione della direttiva. Tale impostazione viene seguita anche in giurisprudenza, la quale è giunta ad affermare che gli amministratori che non abbiano dato corso a direttive di gruppo legittime possono essere revocati per giusta causa o è possibile esercitare nei loro confronti l'azione sociale di responsabilità, se il loro inadempimento abbia cagionato un danno alla controllata. D'altro canto, si ritiene che l'estensione della responsabilità per esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento *ex art.* 2497, co. 1, c.c. non possa coinvolgere gli amministratori della controllata che siano stati meri esecutori di direttive legittimamente impartite dalla capogruppo, quando di tale circostanza abbiano fatto menzione nelle motivazioni di cui all'art. 2497-ter c.c.

In conclusione, le riflessioni appena svolte conducono a ritenere che la capogruppo abbia il potere di fare ricorso a strumenti programmatici ed emanare direttive e/o istruzioni vincolanti, con il limite che ciò deve avvenire nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società eterodirette, che possano giovare della tutela compensativa<sup>479</sup>. Il principio in

---

<sup>478</sup> I. KUTUFÀ, *Gestione strategica*, cit., 457.

<sup>479</sup> Cfr. anche G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio*, cit., p. 30 ss., il quale evidenzia che, in ambito di gruppi, il principio di disciplina contenuto nell'art. 2380-bis c.c. deve essere necessariamente interpretato e ridimensionato alla luce del principio della liceità

parola e i c.d. vantaggi compensativi permettono di distinguere le direttive legittime da quelle illegittime, in virtù delle considerazioni svolte in relazione all'interesse di gruppo, per cui le direttive saranno sempre legittime se non ledono in alcun modo l'interesse sociale della controllata, mentre sono illegittime se, nell'intaccare l'interesse della eterodiretta, arrecano un danno non compensato da un corrispondente vantaggio. Si ritiene, pertanto, che l'espressione normativa per cui "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" necessiti di una valutazione prognostica, ancorata a "canoni predittivi riconducibili a regole (aziendali, economiche, finanziarie)" e a valutazioni soggettive, sempre in prospettiva *ex ante*<sup>480</sup>. E questo perché, così facendo, gli amministratori della società eterodiretta possono confidare di andare esenti da responsabilità quando, con diligenza professionale e con valutazione ispirata ai principi di correttezza, abbiano valutato secondo criteri tecnici "la ragionevolezza del contro-bilanciamento del pregiudizio derivante dall'appartenenza al gruppo, in uno spazio temporale variabile in ragione dell'operazione posta in essere in attuazione della direttiva di gruppo"<sup>481</sup>.

### **7. (Rinvio) L'eterodirezione pubblica e del controllo societario.**

Le considerazioni appena svolte in reazione alla disciplina generale, ci permettono di ritornare sul rapporto tra la nozione di controllo analogo e quella di direzione e coordinamento, con gli strumenti per poter formulare alcune conclusioni. A differenza di quanto sostenuto da parte della dottrina, l'attività di direzione e coordinamento non si differenzia dal controllo analogo, anzitutto a fronte del fatto che questo si presenta come un potere di influenza a necessario esercizio. Esso deve esercitato ad un grado superiore rispetto alla gestione corrente ed è

---

dell'attività di direzione e coordinamento; così, pure, TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, p. 179 ss

<sup>480</sup> . KUTUFÀ, *Gestione strategica*, cit., 457.

<sup>481</sup> Così, P. MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, cit., 116 e cfr. Mucciarelli, *Il ruolo dei vantaggi compensativi nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 630 s

contraddistinto da una vincolatività, che interessa le sole attività di indirizzo e supervisione sull'organizzazione del servizio da rendere alla collettività o allo stesso socio<sup>482</sup>. Come espresso dalla sua stessa definizione, che richiede l'esercizio dell'influenza, esso, in ultima analisi, deve pertanto necessariamente tradursi nell'esercizio dell'attività di eterogestione o la società *in house* perderebbe tale qualifica.

Tali conclusioni sembrano essere corroborate dai risulti a cui ha condotto la trattazione svolta all'interno del presente capitolo, atteso che tale potere si estrinseca su un piano intersoggettivo e che la società *in house* rimane causalmente distinta rispetto all'ente pubblico partecipante. Il potere di influenza che caratterizza il controllo analogo non deve perciò essere tale da generare un rapporto di dominio pieno o di subordinazione gerarchica tra esso e l'ente pubblico socio, considerato che non solo sussistono ancora dei profili di autonomia, ma anche che l'amministratore può rifiutare l'adempimento di una direttiva se ciò cagiona un danno, in ragione della sua permanente competenza esecutiva.

D'altro canto, se pur rimane fermo quest'ultimo principio, deve considerarsi come la possibilità che, attraverso la deroga all'art. 2380-*bis* c.c., si verticalizzi sul socio pubblico la possibilità di influenzare la gestione, e non per via assembleare. Deve allora considerarsi un ulteriore profilo: se una simile conclusione fosse vera, non potrebbe che verticalizzarsi, insieme al potere, anche la responsabilità *ex art. 2497 c.c.*, conclusione che pare essere in linea anche con la *ratio* sottesa al TUSP, che vuole chiaramente responsabilizzare la parte pubblica del rapporto.

---

<sup>482</sup> C. PECORARO, *La società in house*, cit., 220. Sulla medesima posizione anche l'ANAC, con delibere 15 febbraio 2017 n. 235 e 20 settembre 2017 n. 951, recanti le Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, che operano attraverso affidamenti diretti nei confronti di società *in house* da loro partecipate. L'Autorità, infatti, illustra tre diverse modalità temporali di controllo, che, cumulativamente, sono idonee a fondare il controllo analogo richiesto dall'art. 2 TUSP: un "controllo *ex ante*"; un «controllo contestuale»; 3) un "controllo *ex post*". Su tali Linee Guida si era anche espresso: Cons. St., 9 gennaio 2017, parere Comm. Speciale, 1 febbraio 2017, n. 282, reperibile su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

È proprio in virtù di ciò che pare opportuno considerare anche un diverso titolo di responsabilità, ovvero quello di cui all'art. 2476, co. 7, c.c.: qualora si ritenesse opportuno accantonare l'idea che si tratti di un fenomeno di eterogestione o non si ritenesse ammissibile imputare questa stessa direttamente in capo all'ente pubblico, pare, infatti, essenziale individuare lo strumento che possa cogliere le conseguenze di quella supposta verticalizzazione e vincolare il socio alla tenuta di un comportamento virtuoso.

### **8. La responsabilità del socio ex art. 2476, co. 7, c.c.**

Prima che il TUSP entrasse in vigore, si riteneva che fosse possibile, per le s.r.l. a controllo analogo, rimettere in via diretta ai soci ogni decisione gestoria ex art. 2479, co. 1, c.c., o, in via indiretta, attribuire loro un diritto particolare ad essere preventivamente informato del compimento di determinate operazioni amministrative, ex art. 2468 c.c.<sup>483</sup>: tali alternative risultavano già allora percorribili in ragione dell'assenza nella disciplina del tipo in esame di un principio analogo a quello sancito all'interno dell'art. 2380-bis c.c.<sup>484</sup>.

Come è noto, alle previsioni che consentono ciò, la disciplina aggancia un regime di responsabilità dei soci per atti di *mala gestio*, a carattere accessorio rispetto a quello previsto per gli amministratori, ai sensi dell'art. 2476, co. 7°, c.c.. Attraverso tale norma – considerata di notevole importanza sia sul piano sistematico, sia su quello applicativo – si supera il “dogma” dell'irresponsabilità del socio, chiamandolo a rispondere dei danni cagionati dalla sua attività deliberativa e/o gestionale: secondo la dottrina, ciò rende l'art. 2476, co. 7, c.c. è “un ideale pendant della possibile apertura a competenze di tipo gestorio affidate ai soci, sia intesi collettivamente e così` in sede assembleare, sia in virtu`

---

<sup>483</sup> M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2008, 649 ss.

<sup>484</sup> Del resto, era la disciplina stessa ad essere notevolmente più confacente alle esigenze che il controllo analogo portava con sé, atteso che anche nel suo modello legale si consente di attribuire alla competenza inderogabile degli stessi decisioni di natura gestoria aventi rilevanza strategica. Cfr., ex multis, R. SANTAGATA, *I diritti particolari dei soci*, in *S.r.l. Commentario*, a cura di DOLMETTA- PRESTI, 290 ss.; DACCÒ, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. ABBADESSA – G. B. PORTALE., 403 ss.; M. PERRINO, *La «rilevanza del socio» nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, 2003, 828 s.

dell'attribuzione di diritti particolari *ex art. 2468*”, che può essere considerato anche “espressione normativa dell'esistenza di un dovere fiduciario del socio verso la società in tutti i casi in cui, di fatto, eserciti un'influenza sulla gestione”<sup>485</sup>.

Ciò su cui però preme qui riflettere è se la peculiare responsabilità di cui all'articolo in commento sia suscettibile di applicazione transtipica, ovvero se possa dirsi configurabile una responsabilità deliberativa del socio anche nelle s.p.a., nel caso in cui questo ingerisca nella gestione<sup>486</sup>. Benchè si tratti di un interrogativo non nuovo per la dottrina giuscommerciale, le peculiarità della disciplina delle società a partecipazione pubblica riportano in auge il tema, soprattutto a fronte delle possibili deroghe allo statuto organizzativo delle s.p.a. e del richiamo all'art. 12 TUSP alla “responsabilità degli enti partecipanti” accanto a quella “dei componenti degli organi delle società partecipate”<sup>487</sup>.

Benchè si tratti di una norma attinente ad uno specifico settore di disciplina, ciò che pare permettere un ulteriore sforzo interpretativo è proprio il riferimento al danno erariale che, *ex art. 12, co. 2, TUSP*, comprende anche il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei 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”. Come rilevato, il TUSP sembra implicitamente affermare che, se

---

<sup>485</sup> Testualmente, M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 332 s.

<sup>486</sup> In argomento, *amplius*, F. GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, Torino, 2004, 153 ss

<sup>487</sup> In generale, sull'art. citato, C. IBBA, *Crisi dell'impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il Testo Unico*, cit., 1233 ss.; ID., *Società in house: nozione e rilevanza applicativa prima e dopo il testo unico*, in *La società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, a cura di CINTOLI - MASSA FELSANI, Bologna, 2017, 96, secondo cui l'art. 12 è “la parte più oscura e contraddittoria dell'intero testo unico”; F. GUERRERA, *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, cit., 381 ss., il quale pone in luce i molteplici dubbi interpretativi sollevati da suddetta norma, che probabilmente finiranno per amplificarsi nei casi d'insolvenza delle società e di presunta responsabilità di amministratori e sindaci per la causazione e l'aggravamento del dissesto della partecipata; . GOISIS, *L'ente pubblico come investitore privato istituzionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in *Dir. econ.*, 2017, 23; MICHELI, *La responsabilità degli amministratori di società partecipate da un socio pubblico*, in *Giur. comm.*, 2018, 911 ss.; A. ANTONIOLI, *L'in house providing identifica un modello societario? Antinomie e dissonanze dell'istituto dopo il decreto n. 175/2016*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2018, 555 ss.

il danno scaturisce dall'esercizio dei diritti sociali, il rappresentante dell'ente pubblico possa essere chiamato a rispondere per l'attività deliberativa a carattere gestorio<sup>488</sup>. Invero, un simile approdo interpretativo potrebbe, da un lato, "responsabilizzare" il socio e scoraggiare l'attività commissiva degli enti partecipanti, dall'altro, permetterebbe di superare l'interpretazione giurisprudenziale, secondo cui il danno erariale può "legittimare un'azione di responsabilità della procura contabile nei confronti di chi, essendo incaricato di gestire tale partecipazione, non [avesse] esercitato i poteri ed i diritti sociali spettanti al socio pubblico al fine d'indirizzare correttamente l'azione degli organi sociali o di reagire correttamente agli illeciti da questi ultimi perpetrati"<sup>489</sup>.

La lettera della norma pare ad oggi fare riferimento anche all'esercizio delle diritti sociali, con la conseguenza che potrebbe implicitamente affermare la responsabilità deliberativa del socio<sup>490</sup>. Se è vero che anche nel diritto azionario comune potersi individuare una responsabilità da gestione in capo al socio – dacchè questa trova fondamento nella violazione di un dovere fiduciario assimilabile a quello dell'amministratore e che, proprio perché connaturato alle clausole della correttezza e della buona fede, può riconoscersi sia nella disciplina delle s.r.l., che in quella delle s.p.a. – allora una simile esigenza si avverte ancor di più in questo ambito disciplinare, ove il legislatore ha forzato il tipo per permettervi l'entrata di istanze proprie del socio pubblico, e ciò anche e soprattutto per evitare "usi alternativi dei modelli al solo scopo di eludere regimi che appaiono ingiustificatamente più severi"<sup>491</sup>.

---

<sup>488</sup> I. KUTUFÀ, *Gestione strategica*, cit., 455.

<sup>489</sup> Così, Cass., SS.UU., 12 ottobre 2011, n. 20941, reperibile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it)

<sup>490</sup> Come sottolinea I. KUTUFÀ, *Gestione strategica*, 457, potrebbe rinvenirsi nella versione originaria dell'art. 12 TUSP un ulteriore argomenti a sostegno della tesi, atteso che esso faceva riferimento al "danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che abbiano con dolo o colpa grave trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione".

<sup>491</sup> Così, S. ROSSI, *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2004, 1078. Conforme pare essere anche l'opinione dominante in dottrina: cfr. F. GUERRERA, "Compiti" e responsabilità del socio di controllo, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 509; MELI, *La responsabilità dei soci*, cit., 684 ss.; A. ZOPPINI, *Intestazione fiduciaria e responsabilità per atti di «eterogestione» (art. 2476, comma 7°, c.c.)*, in *BBTC*, 2006, 578.

## CONCLUSIONI

Al termine della disamina avente ad oggetto la fattispecie *in house*, le modalità della sua attuazione e la disciplina ad essa applicabile, pare appena il caso di esplicitare alcune conclusioni, recuperando le tappe del ragionamento svolto nelle pagine che precedono.

Formatasi sotto gli occhi attenti della giurisprudenza europea, la fattispecie *in house* ha pian piano preso forma grazie all'elaborazione concettuale del suo requisito caratterizzante, il controllo analogo. La disamina degli arresti della Corte di Giustizia ha, in particolare, permesso di individuare una prima embrionale nozione di controllo analogo, inteso come controllo strutturale, effettivo e vincolante, tale da lasciare ben pochi spazi di autonomia alla società controllata. A lungo qualificata per questo motivo come mera *longa manus* della pubblica amministrazione affidante, la società *in house* si presentava all'interprete nazionale come un modello organizzativo a metà tra il diritto pubblico ed il diritto privato, scisso tra la formale attribuzione della personalità giuridica e la sua sostanziale funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico, per la cui realizzazione sembrava doversi sacrificare ogni coerenza sistematica interna. La dibattito *ante* riforma ha, in particolare permesso di comprendere, quali fossero i principali snodi concettuali del problematico inquadramento della fattispecie, ovvero considerare la sua natura sostanziale di ente pubblico, e di conseguenza accettarne la sua riqualificazione, o valorizzare l'assunzione della veste societaria, anzitutto per garantire una maggiore tutela ai terzi che con la società *in house* fossero venuti a contatto e che, sulla sua forma, avevano fatto affidamento.

Alla luce delle risultanze a cui ha condotto la trattazione delle norme contenute all'interno del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, si può affermare che, traditi gli auspici iniziali circa una sua definitiva collocazione in ambito privatistico, il legislatore della riforma abbia consegnato all'interprete un testo, in cui la fattispecie è sì inserita in un quadro normativo sistematico retto dal principio di proporzionalità delle deroghe, ma che risulta ancora una volta sfuggente, se non adeguatamente ponderata. Al termine della

trattazione svolta nel primo capitolo, si è infatti avuto modo di sottolineare come la società *in house* sia descritta da una fattispecie unitaria, che è tale in virtù del suo essere retta, in tutte le sue forme, dal requisito del controllo analogo, a cui gli altri due elementi definatori – la partecipazione pubblica totalitaria e la destinazione prevalente dell'attività nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice – devono essere astrattamente e concretamente asserviti.

Resa una *species* del *genus* società a controllo pubblico, la società *in house* sembra definitivamente cedere il passo alla sua qualificazione nel momento in cui, in funzione della necessaria realizzazione *ex ante* del controllo analogo, la legge ammette che lo statuto della società *in house* s.p.a. deroghi al principio di competenza gestoria esclusiva di cui all'art. 2380-*bis* e 2409-*novies* c.c., che insieme agli strumenti di natura parasociale costituiscono il mezzo prescelto dal legislatore per attingere la tipicità societaria all'interesse pubblico. E se le peculiarità strutturali e quelle attinenti all'essere una società ad oggetto sociale pubblico esclusivo facevano ritornare alla mente la categoria dottrinale delle società a causa pubblica, la disamina della disciplina applicabile sembrava consegnare un quadro ancora una volta (e forse più del passato) ibrido: più nello specifico, se da un parte ai sensi dell'art. 14 TUSP sembrava confermare il fatto che su questa convergano interessi di terzi estranei al rapporto *in house*, dall'altra le norme contenute nell'art. 12 TUSP parevano negare tale assunto, atteso che ogni danno inferto alla società è considerato *sic et simpliciter* danno erariale, sulla base del rapporto di servizio che si ritiene – per la sola ricorrenza del controllo analogo – legare società ed amministrazione. Le due norme, dunque, ripropongono gli stessi interrogativi del passato, questa volta, però, aggravati da un indice sistematico di indubbia rilevanza, ovvero la possibilità di derogare all'art. 2380-*bis* c.c., che forse più di altre norme

Al fine di comprendere se fosse percorribile una diversa via interpretativa, che non appiattisse il controllo analogo in una situazione di dominio pieno e determinasse, pertanto, la riqualificazione della società in ente-organo, ci si è allora soffermati su nozione di controllo analogo. Una volta valorizzato il legame di *genus* a *species* che quest'ultimo vive con il controllo pubblico, si è dunque



ricondotto anche quest'ultimo all'interno dell'alveo della definizione di cui all'art. 2359, in virtù dell'espresso rinvio che a questa viene operato dall'art. 2 TUSP, che conferma il valore generale della nozione di controllo societario e lo rende criterio di interpretazione di ogni altra definizione di controllo ivi espressa.

Di seguito, la comparazione tra la nozione generale e quella di controllo analogo ha condotto ad individuarne i parametri definatori chiave, ovvero l'analogia e l'influenza determinante sugli obiettivi strategici e le decisioni più rilevanti per la società: in merito al primo, si è dimostrato che essa non implica necessariamente che la relazione di controllo si traduca in una situazione di pieno dominio, dal momento che la stessa organizzazione pubblica pura conosce differenti declinazioni del controllo stesso; in merito al secondo, ed in accoglimento delle tesi sviluppatesi in ambito antitrust, si è qualificato il potere di influenza determinante, come un potere a contenuto sia positivo, sia negativo, caratterizzato sotto il profilo della vincolatività, ma limitato nel suo oggetto a competenze di tipo strategico e di indirizzo. Qualificato dunque il controllo analogo come un controllo strutturale, funzionale ed effettivo, la cui intensità ed oggetto hanno condotto a costruire un parallelo con l'attività di direzione e coordinamento, che a cui il controllo analogo pareva assimilabile proprio in virtù delle peculiarità della nozione. L'analisi del rapporto intercorrente tra nozione di controllo potenziale di cui all'art. 2359 c.c. ed il *fatto* attività di direzione e coordinamento ha però evidenziato la presenza delle distonie, il cui superamento si è considerava possibile solo una volta accertato che per la realizzazione del controllo analogo non fosse necessario procedere ad una deroga dell' art. 2380-*bis* e 2409-*novies*.

Dopo aver motivato astrattamente le ragioni che portano a ritenere l'azione di responsabilità *ex art. 2497 c.c.* astrattamente applicabile al socio pubblico, si è passati alla trattazione delle modalità di realizzazione del controllo analogo, affermando *ab inizio* che, per tale scopo, il potere di nomina diretta 2449 è essenzialmente irrilevante di per sé considerato, dal momento che non assicura alcun controllo diretto o vincolante sulla gestione. Posto che un rilevanza potrebbe assumerla se associato ad un a pattuizione parasociale in caso di controllo analogo

congiunto, si è passati a considerare la possibilità di deroga allo statuto organizzativo della s.p.a., sottolineando anzitutto come sia la stessa norma di cui all'art. 16, co. 3, TUSP a far desumere che essa non sia essenziale per la realizzazione del requisito. Si è dunque cercato di ricostruire i limiti a cui tale deroga poteva dirsi sottoposta. Fatti dovuti cenni introduttivi alla tipicità organizzativa della società per azioni e compresa la portata dell'art. 2380-*bis* e, dunque, dell'2409-*novies* c.c. si è anzitutto desunto che la possibilità di deroga sia limitata alle sole competenze c.d. di alta amministrazione, residuando in ogni caso in capo agli amministratori la gestione corrente.

D'altro canto, l'insieme delle norme non derogate, tra cui l'art. 2364 n. 5, ad oggi necessariamente attenuato per garantire una vincolatività al volere espressosi in assemblea, ha condotto a ritenere che agli amministratori permanga un potere di iniziativa, necessario al funzionamento della società, ed una competenza esecutiva, che permette di recuperare la loro responsabilità. Vagliate allora le singole clausole idonee a determinare la realizzazione del controllo si è passati ai patti parasociali, riaffermandone la rilevanza per il controllo analogo congiunto, ed giungendo alla conclusione che il TUSP ammetta quali ulteriori strumenti idonei alla realizzazione del controllo analogo anche i regolamenti di gruppo ed i contratti di servizio.

Si è, pertanto, passati alla disciplina dei gruppo, ove l'approfondimento in merito all'atteggiarsi del potere gestorio in questi ha permesso di concludere sul rapporto tra nozione e fatto, sostenendo che il controllo analogo è assimilabile all'eterodirezione, atteso che il primo si atteggia a potere di influenza a necessario esercizio continuativo sulle competenze di indirizzo e strategiche della società *in house* e che permane una distinzione soggettiva tra la società stessa e l'ente partecipante. Ritenendo necessario trovare un titolo di responsabilità per il socio pubblico, anche qualora si negassero le precedenti conclusioni, si è affermata l'applicabilità dell'art. 2476, co 7, c.c., ritenendo possibile valorizzare il dettato di cui all'art. 12 TUSP, che pare sottolineare e riaffermare il legame necessariamente esistente tra potere e responsabilità.

In estrema sintesi, la trattazione conduce ad riaffermare che la società *in house* non è un tipo societario a causa pubblica, ma come modello societario, connotato da una statuto speciale, la cui ragion d'essere si ritrova tanto nella natura del socio, quanto dall'attività svolta dalle società in esame, qualificabile come pubblica o di pubblico interesse.

## **GIURISPRUDENZA E DOCUMENTI**

CNEL, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche. Aspetti giuridico-normativi ed economico-finanziari*, 1997, disponibile su [www.cnel.it](http://www.cnel.it).

Dossier del Servizio Studi del Senato, n. 382 del luglio 2012, n. 39.

AGCOM, delibera del 23 marzo 2017, n. AS1388.

AGCOM, delibere nn. AS1346, AS1347 e AS1348, bollettino n. 5 del 2017.

ANAC, Delibera del 16 ottobre 2019, n. 921.

ANAC, Delibera del 26 settembre 2018 n. 811.

ANAC, Delibera del 27 settembre 2017, n. 976.

MEF, Atto di orientamento della Struttura di controllo e monitoraggio, 15 febbraio 2018.

ANAC, delibere 15 febbraio 2017 n. 235 e 20 settembre 2017 n. 951, Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori.

C. Conti Sez. giur. Reg. Lazio, 24 febbraio 2011, n. 339, reperibile su [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

C. Conti, 19 luglio 2011, n. 582, reperibile su [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it);

C. Conti, 22 luglio 2013, n. 568, reperibile su [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it),

C. Conti, sez. aut., Delib. n. 27/SEZAUT/2017/FRG, *Gli organismi partecipati dagli Enti territoriali*, Relazione 2017, reperibile su [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it).

C. Conti, sez. autonomie, Delib. n. 11/2019/INPR, reperibile su [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it);

C. Conti, sez. autonomie, Delib. n. 14/2018/INPR, reperibile su [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)

C. Conti, Sez. cont. Lombardia, n. 358/2013, reperibile su [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it).

C. Conti, sez. contr. Campania, 18 aprile 2018, n. 57, in *Azienditalia*, 2018, 1065 ss.

C. Conti, Sez. contr. Emilia Romagna, Delib. n. 54 del 28 marzo 2017, reperibile su [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)

C. Conti, sez. contr. Lazio, 27 giugno 2012, n. 37, reperibile su [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it).

C. Conti, sez. contr. Liguria, Delib. 3/2018/PAR, reperibile su [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it);

C. Conti, sez. contr. Lombardia, 13 maggio 2015, n. 195, reperibile su [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it).

C. Conti, sez. contr. Lombardia, 89/2019/PAR, reperibile su [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it);

C. Conti, sez. contr. Lombardia, Delib. n. 3/2019/VSG, reperibile su [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

C. Conti, Sez. contr. Lombardia, parere 27 dicembre 2012 n. 535, reperibile su [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it).

C. Conti, sez. contr. Piemonte, Delib. n. 42/2018/PAR reperibile su [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it);

C. Conti, sez. contr. Trentino-Alto Adige/Südtirol, Delib. n. 8/2018/PAR;

C. Conti, Sez. giur. Reg. Campania, 19 ottobre 2012, n. 1626, reperibile su [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it).

C. Conti, Sez. giur. Reg. Lazio, 23 febbraio 2011, n. 327, reperibile su [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

C. Conti, Sez. giur. Reg. Marche, 15 luglio 2013, n. 80, reperibile su [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

C. Conti, sez. riunite in sede di controllo, 20 giugno 2019, n. 11/SSRRCO/QMIG/19, reperibile su [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it).

C. Conti, sez. riunite in sede di controllo, Audizione su Atto di Governo 297 riguardante gli Organismi partecipati, giugno 2016, 6.

C. Conti, sez. riunite in sede di giurisdizione, 22 maggio 2019, n. 16, reperibile su [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it);

C. Cost. 28 dicembre 1993, n. 466, in *Foro it.*, 1994, 325,

C. Cost., 20 dicembre 2017, n. 261, reperibile su [www.dejure.it](http://www.dejure.it)

C. Cost., 20 giugno 2012, n. 199, in *Foro it.*, 2013, 2758 e ss..

Cass, 27 settembre 2013, n. 22209 in *Società*, 2014, 1241.

Cass. 7 febbraio 2017, n. 3196, in *Foro it.*, 2017, 175

Cass. SS.UU., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Giur. Comm.*, 2011, 315 ss.

Cass., 13 maggio 2013, n. 11417, in *Giur. it.*, 2013, 124.  
Cass., 19 giugno 1967, n. 1451, in *Foro it.*, 1967.  
Cass., 27 settembre 2013, n. 22209, in *Foro it.*, 2014, 113.  
Cass., 6 dicembre 2012, n. 21991, reperibile su [www.dejure.it](http://www.dejure.it).  
Cass., 7 febbraio 2017, n. 3196, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 333 ss.,  
Cass., Sez. lav., 30 ottobre 2013, n. 24524, reperibile su [www.cassazione.it](http://www.cassazione.it).  
Cass., Sez. lav., 6 febbraio 2014, n. 2762, reperibile su [www.dejure.it](http://www.dejure.it)  
Cass., SS. UU, ord., 27 dicembre 2019, n. 34471, in *Foro it.*, 2020,  
Cass., SS.UU, 1 dicembre 2016, n. 24591, in *Foro it.*, 2017, 154  
Cass., SS.UU, 11 novembre 2019, n. 29078, reperibile su [www.dejure.it](http://www.dejure.it)  
Cass., SS.UU, 12 ottobre 2011, n. 20941, in *Foro it.*, 2012, I, 831  
Cass., SS.UU, 27 marzo 2017, n. 7759, in *Foro it.*, 2017, 1526 ss.  
Cass., SS.UU. 1 dicembre 2016, n. 24591, in *Giur. Comm.*, 2017, 817 ss.  
Cass., SS.UU., 10 aprile 2019, n. 10019, reperibile su [www.dejure.it](http://www.dejure.it).  
Cass., SS.UU., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Mass. Giust. civ.*, 2014,  
Cass., SS.UU., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Società*, 2014, 953.  
Cass., SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406, in [Ilsocietario.it](http://Ilsocietario.it), 14 dicembre 2018  
Cass., SS.UU., 2 dicembre 2013, n. 26936, in *Giur. Comm.*, 2013.  
Cass., SS.UU., 22 dicembre 2009, n. 27092, in *Foro it.*, 2010, 1472.  
Cass., SS.UU., 23 febbraio 2010, n. 4309, in *Società*, 2010, 1361.  
Cass., SS.UU., 23 gennaio 2015, n. 1237, in *Giur. Comm.*, 2016, 1041 ss.  
Cass., SS.UU., 24 marzo 2015, n. 5848, in *Giur. comm.*, 2016, 789 ss.  
Cass., SS.UU., 24 ottobre 2014, n. 22609, in *Riv. Corte conti*, 2014, 370.  
Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. It.*, 2014, 1990.  
Cass., SS.UU., 26 marzo 2014, 7177, in *Dir. giust.*, 27 marzo 2014;  
Cass., SS.UU., 3 maggio 2013, n. 10299, in *Società*, 2014, 974 ss.;  
Cass., SS.UU., 31 maggio 2016, n. 11385, reperibile su [www.dejure.it](http://www.dejure.it)  
Cass., SS.UU., 5 aprile 2013, n. 8352, in *Mass. Giust. civ.*, 2013;  
Cass., SS.UU., 9 maggio 2011, n. 10063, in *Foro it.*, 832.  
Cass., SS.UU., 9 marzo 2012, n. 3692, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2016, 6, 1498;.

CGCE, 1 febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione contro Repubblica francese, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

CGCE, 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica Federale di Germania e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

CGCE, 10 novembre 1998, causa C-360/96, Geemente Arnhem e Geemente Rheden contro BFI Holding BV, in *Foro it.*, 1999, 139

CGCE, 10 novembre 2005, causa C- 29/04, Commissione contro Repubblica d'Austria, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

CGCE, 10 settembre 2009, causa C-573/07, Sea S.r.l. c. Comune di Ponte Nossia, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

CGCE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau GmbH contro TREA Leuna, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). In senso analogo si veda anche: CGCE, 21 luglio 2005, causa C-231/03, CO. NA. ME, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

CGCE, 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo s.p.a. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP s.p.a, reperibili su [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

CGCE, 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau AG contro Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

CGCE, 13 ottobre 2005, causa C- 458/03, Parking Brixen GmbH contro Gemeinde Brixen e Stadwerke Brixen AG, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). Per un commento, v.: M. BALDINATO, *Nota alla Sentenza Parking Brixen: la Corte di Giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2006, 227.

CGCE, 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesman Anlagenbau Austria AG contro Strobal Rotationsdruck GemsmbH., in *Foro it.*, 1998, 133.

CGCE, 17 luglio 2008, causa C-371/05, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica Italiana, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

CGCE, 19 aprile 2007, causa C-295/05, Asociación de Empresas Forestales (ASEMFO) contro Transformación Agraria SA (TRASGA).

CGCE, 21 luglio 2005, C- 231/03, CO.NA.ME, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

CGCE, 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley GmbH contro Bestattung Wien GmbH, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

CGCE, 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11, Econord S.p.a. c. Comuni di Cagno, Varese e Solbiate; CGCE, 10 settembre 2009, causa C-573/07, Sea S.r.l. c. Comune di Ponte Nossola, ambedue in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

CGCE, 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV contro Comune di Bari e AMTAB Servizio s.p.a.

CGCE, 9 giugno 2009, causa C-480/06, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania; CGCE, 8 maggio 2014, causa C-15/13, Technische Universität Hamburg-Hamburg, HochschulInformations-System GmbH c. Datenlotsen Informationssysteme GmbH (ambedue reperibili su [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)).

CGCE, 9 settembre 1999, causa C-108/98, R.I.SAN. s.r.l. contro Comune di Ischia e Ischia Ambiente s.p.a, in *Fin. Loc.*, 2001, 1069. CGCE, causa C-373/00.

CGUE 13 gennaio 2005, causa C-84/03, Commissione contro Spagna, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

CGUE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal s.r.l. contro Comune di Viano e AGAC*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1399.

CGUE, Grande sezione, 23 ottobre 2007, C-112/05, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 383.

CGUE, ord. 6 febbraio 2020, cause riunite C-89-90-91-2019, n. 31, reperibile su [www.curia.it](http://www.curia.it).

COM (2004) 327, Libro Verde relativo ai PPP ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, presentato dalla Commissione il 30 aprile 2004, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu); ancora, COM (2007) 6661, pubblicata il 5 febbraio 2008.

Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni per il diritto comunitario, pubblicata in Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee il 29 aprile 2000.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, presentate il 15 giugno 2006, causa C-220/05, Jean Auroux e Comune de Roane, reperibile su [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).



Conclusioni dell'avvocato generale Léger, presentate il 15 giugno 2000, causa C-94/99, ARGE Gewasserschutz contra Bundesministerium fur Land und Forstwirtschaft, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

Conclusioni dell'avvocato generale Stix-Hackl, presentate il 12 gennaio 2006, causa C-340/04.

Cons. Stato, 24 settembre 2010, n. 7092, reperibile su [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)

Cons. giust. Amm. per la Regione Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Cons. giust. amm. reg. sic., 4 settembre 2007, n. 719, reperibile su [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 1 febbraio 2017, n. 282, reperibile su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Cons. Stato, 10 settembre 2014, n. 4599, reperibile su [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)

Cons. Stato, 11 febbraio 2013, n. 762, reperibile su [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)

Cons. Stato, 11 maggio 2007, n. 2334, reperibile su [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)

Cons. Stato, 16 aprile 2016, parere n. 968, reperibile su [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)

Cons. Stato, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Foro it.*, 2003, III, 205;

Cons. Stato, 18 febbraio 2004, n. 679, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Cons. Stato, 18 luglio 2017, n. 3554 in *Giur. comm.*, 2018

Cons. Stato, 18 luglio 2017, n. 4030, reperibile su [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)

Cons. Stato, 18 settembre 2003, n. 5316, reperibile su [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

Cons. Stato, 18 settembre 2007, n. 4862, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it).

Cons. Stato, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Foro it.*, 2002, 425 ss,

Cons. Stato, 20 maggio 2002, n. 1574, reperibile su [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)

Cons. Stato, 23 gennaio 2008, n. 136, reperibile su [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)

Cons. Stato, 24 ottobre 2017, n. 4902, reperibile su [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

Cons. Stato, 26 maggio 2015, n. 2602, reperibile su [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)

Cons. Stato, 26 maggio 2015, n. 2660, in *Giur. it.*, 2015, 1977 ss.

Cons. Stato, 27 aprile 2015, n. 2154, reperibile su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. Stato, 3 febbraio 2009, n. 591, reperibile su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. Stato, 30 aprile 2018, n. 2599, reperibile su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. Stato, 30 gennaio 2006, n. 308, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 623.

Cons. Stato, 30 giugno 2003, n. 3864, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. Stato, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Foro it.*, 2003, III, 238;

Cons. Stato, 8 marzo 2011, n. 1447, reperibile su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. Stato, 9 gennaio 2017, parere Comm. Speciale, 1 febbraio 2017, n. 282, reperibile su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro it.*, 2011, 365,

Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1119;

Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 21 aprile 2016, n. 968, reperibile su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. Stato, ordinanze nn. 138, 293 e 296/2019, reperibili su [www.deiure.it](http://www.deiure.it).

Cons. Stato, parere del 7 maggio 2019, n. 1389, reperibile su [www.dejure.it](http://www.dejure.it),

Cons. Stato, parere n. 638 del 2017, reperibile su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Cons. Stato, parere n. 968 del 2016, reperibile su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Corte App. Napoli, 15 luglio 2009, reperibile su [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Corte App. Napoli, 24 aprile 2013, in *Fall.*, 2013, 767.

Corte App. Napoli, 27 maggio 2013, n. 346, reperibile su [www.dejure.it](http://www.dejure.it)

Corte App. Torino, 15 febbraio 2010, reperibile su [www.dejure.it](http://www.dejure.it)

Corte Appello Napoli, 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, 690,

Corte Cost. 28 marzo 2013, n. 50, in *Foro it.*, 2013, 5, 1377 ss

Libro Bianco COM (1998) n. 143, *Public Procurement in the European Union*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998.

Libro Verde COM (1996) n. 583, *Public Procurement in the European Union, exploring the way forward*, presentato a Bruxelles il 27 novembre 1996.

Linee guida ANAC [delib. 15 febbraio 2017 n. 235 e 20 settembre 2017 n. 951.

MEF, Atto di indirizzo ex art. 154, comma 2, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 – Società in house e requisito dell'attività prevalente nei confronti degli enti pubblici soci, 28 marzo 2019.

TAR Friuli-Venezia Giulia 4 dicembre 2014, n. 629. cfr. anche  
TAR Abruzzo, 10 luglio 2014, n. 596.

TAR Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, n. 986, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

TAR Friuli Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

TAR Friuli-Venezia Giulia, 10 gennaio 2007, n. 13, reperibile su [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

TAR Lazio, 16 ottobre 2007, n. 9988, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

TAR Liguria, 8 febbraio 2016, n. 120.

TAR Lombardia, 2 maggio 2006, n. 433, reperibile su [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)

TAR Lombardia, 17 luglio 2006, n. 1837.

TAR Lombardia, 22 marzo 2012, n. 892, in *Foro amm.TAR*, 2012, 693.

TAR Lombardia, 23 dicembre 2016, n. 2474,

TAR Lombardia, 23 settembre 2013, n. 780, in *Foro amm.TAR*, 2013, 2695

TAR Lombardia-Brescia, 23 settembre 2013, n. 780.

TAR Puglia, 2 aprile 2013, n. 458, reperibile su [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

TAR Puglia-Lecce, 11 febbraio 2008, n. 432, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it).

Trib. Avezzano, 26 luglio 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); App. Napoli, 24 aprile 2013, n. 57, in *Fall.*, 2013, 1290 ss.

Trib. Catania, 26 marzo 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it);

Trib. Milano 20 gennaio 2013, reperibile al sito [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it).

Trib. Milano, 2 luglio 2001, in *Giur. it.*, 2002, 562,

Trib. Napoli, 31 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, 869.

Trib. Napoli, Sez. Impr., 7 novembre 2019, in *Società*, 2020, con nota di FIMMANÒ.

Trib. Palermo, decreto 8 gennaio 2013, in [www.italiaoggi.it](http://www.italiaoggi.it),

Trib. Patti, 6 marzo 2009, in [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org);

Trib. Roma, 2 Luglio 2018, in *Giur. Comm.*, 2019, 914.

Trib. S. M. Capua Vetere, 22 luglio 2009, n. 52, in *Fall.*, 2010, 690.

Trib. S. M. Capua Vetere, 24 maggio 2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Trib. S. M. Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fall.*, 2009, 713.

Trib. Torino 21 dicembre 2012, reperibile al sito [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it).

Trib. Velletri, 8 marzo 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

### **DOTTRINA**

AA.VV., *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*, in *AGE*, a cura di M. CERA - G. PRESTI, 2007.

AA.VV., *Diritto del governo del territorio*, a cura di M.A. CABIDDU, Torino, 2010.

ABBADESSA P, *I gruppi di società I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società: ricerche per uno studio critico*, a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 87-120.

ABBADESSA P, *Il sistema dualistico in Italia: l'evoluzione del modello*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA- F. CESARINI, Torino, 2009, 1 ss.

ABBADESSA P, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO – G. B. PORTALE, 3, Torino, 1994, 36 s..

ABBADESSA P. - MIRONE A., *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, 259-281.

ABBADESSA P.- MIRONE A., *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, 269 ss.;

ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni*, Milano, 1975.

ABBADESSA P., *La nomina diretta di amministratore di società da parte dello Stato o di enti pubblici*, in *Imp., ambiente, p.a.*, 1975, 371.

ABBADESSA P., *Rapporto di dominio e autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *BBTC*, 1999, 545 ss;

ABRIANI N. – ROSSI A., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 400.

ANGELICI C., *Conclusioni*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. IBBA, 317 ss

ANGELICI C., *In tema di «socio pubblico»*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017, 81,

ANGELICI C., *Interessi pubblici e potere societario*, in *Nuovi poteri e dialettica degli interessi*, Atti Varenna, Milano, 2010

ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006.

ANGELICI C., *Principi e problemi*, in *Trattato dir. civ. comm.* Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 2012.

- ANGELICI C., *In tema di «socio pubblico»*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, 175 ss.
- ANTONIAZZI A., *Società miste e servizi pubblici locali. Esperienze nazionali e modello europeo*, Napoli, 2017.
- ANTONIOLI A., *L'in house providing identifica un modello societario? Antinomie e dissonanze dell'istituto dopo il decreto n. 175/2016*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2018, 555 ss.
- ARENA A., *Contributo alla sistemazione giuridica degli enti pubblici che esercitano attività economica*, in *Imprese e società*, in *Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, I, Napoli, 1968, 29 ss.
- ASTEGIANO G., *Società partecipata da ente locale e affidamento del servizio pubblico*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, 2005, 2, 231 ss;
- ASTEGIANO, *Società partecipata da ente locale e affidamento del servizio pubblico*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, 2005, 231 ss.
- BALLARINO T. – BELLODI L., *La Golden Share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Riv. soc.*, 2004, 2 ss..
- BALP G., *Sub art. 2409-octies, c.c.*, in *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo - Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, Milano, 2005, 3 ss.
- BARCELLONA P., *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Napoli 1969.
- BARDUSCO A., *Azienda municipalizzata*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, II, Torino, 1987, 129 ss
- BELTRAMI, *L'invalidità della delibera del consiglio di sorveglianza*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 778 s.

BENAZZO P., *Il Codice della crisi d'impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2019, 274 ss.

BERTUZZI M., *Sub artt. 2449-2450*, in *Commentario Lo Cascio*, VII, 2003, 213.

BIANCHI L.A., *L'«area di consolidamento» nella VII Direttiva CEE nella prospettiva della sua attuazione in Italia*, in *Riv. soc.*, 1987, 1250-1276.

BIANCHI L.A., *La nuova definizione di società controllate e collegate*, in *La nuova disciplina dei bilanci di società*, diretto da M. BUSSOLETTI, Torino, 1993, 3-61.

BLANDINI A., *Riflessioni in tema di governance di società pubblica*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017, 48-89.

BONELLI F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985.

BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO - G. B. PORTALE, 4, Torino, 1991, 425-476.

BONELLI F., *Sintesi dei risultati del convegno*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI – P. G. JAEGER, Milano, 1993, 481 -521.

BORDIGA F., *La funzione del consiglio di sorveglianza. Tra controllo e indirizzo dell'impresa*, Milano, 2016.

BORDIGA F., *sub art. 2409-terdecies*, in *Le società per azioni. Codice civile e leggi complementari*, diretto da P. ABBADESSA - G.B. PORTALE, Milano, 2016, 1936.

BORGIOLO A. , *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, 281 s.

BOVE A., *La disciplina delle società in house tra le norme del testo unico e quelle del codice dei contratti pubblici*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018., 241 ss.

BUONOCORE V., *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, 33-48,

BUONOCORE V., *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, 92-117.

BUTA M., *Deroghe al diritto societario comune in materia di amministrazione e controllo delle società partecipate*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, 496 ss;

CAGNASSO O., *Diritto societario e mercati finanziari*, in *Il nuovo diritto societario*, 2018, 852 ss.

CAGNASSO O., *La disciplina codicistica delle società in mano pubblica*, in *N.D.S.*, 2011, 11; O. CAGNASSO, *Le s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *N.D.S.*, 2010, 31-45.

CAGNASSO O., *Una «brusca frenata» da parte delle Sezioni unite della Cassazione alla vis espansiva della responsabilità amministrativa-contabile*, in *Giur. it.*, 2010, 58-79.

CAIA G., *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 1231 ss

CAIA G., *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur. Comm.*, 2020, 468.

CALANDRA BUONAURA V., *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985.

CALANDRA BUONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, 547-561.

CALANDRA BUONAURA V., *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO – G. B. PORTALE, 4, Torino, 1991, 102-138.



CALVOSA L., *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, in *Società*, 2019, 800,

CAMARIERO L., *Gli affidamenti in house, il valzer normativo e giurisprudenziale nella mauvaise époque*, in *Urb. App.*, 2007, 590-621.

CAMERIERO L., *Storia e funzione dell'impresa pubblica: dall'Iri alle società pubbliche*, in *Le società pubbliche in house e miste*, a cura di R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, 1-37.

CAMMELLI M - DUGATO M., *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art.13 del D.L. 223/2006*, in *ID, Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, TORINO, 2008, 347 - 376

CAMMELLI M., *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in *Munus*, 2016, 13-43.

CAMMELLI M. – DUGATO M., *Le società degli enti territoriali alla luce dell'articolo 13 del d. l. n. 223/2006*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMMELLI – M. DUGATO, Torino, 2008, 349-371.

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*, Milano, 2008, 34.

CAMPOFILONI F., *Interesse pubblico e causa lucrativa: la difficile riconciliazione tra finalità lucrative e provenienza pubblica delle risorse*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018, 411-432;

CAPRARA A., *“In house providing” e mercato: rette parallele e incroci pericolosi*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, 496 -524.

CAPRARA A., *Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell'ente pubblico*, in *Società*, 2008, 557-587.

CARANTA R., *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?*, in *Urb. App.*, 2007, 1487-1500.

CARIELLO V., *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, I comma, cod. civ. (art. 19, 6° comma, d.l. n. 78/2009)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 343-361;

CARIELLO V., *Controllo congiunto e accordi parasociali*, Milano 1997.

CARIELLO V., *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, 4-21.

CARIELLO V., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2006, 1097-1123;

CARIELLO V., *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, Milano, 2009.

CARIELLO V., *La disciplina per derivazione del sistema di amministrazione e controllo dualistico (disposizioni di richiamo e di rinvio nel nuovo diritto delle società per azioni non quotate)*, in *Riv. soc.*, 2005, 36-49;

CARIELLO V., *Sub art. 2497*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI - A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, 687-713.

CARLIZZI M., *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs.n.175/2016*, Milano, 2017, 341 ss;

CARLIZZI M., *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, Molfetta, 2018, 131-154.

CARLIZZI M., *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 1177 ss.;

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019.

CASSESE S., *Azionariato di Stato*, in *Enc. Dir.*, 2007, 4-37.

- CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2005.
- CASSESE S., *Stato e mercato: così partecipate e multiutility sfuggono alle regole*, in *L'Economia del Corriere della sera*, 9 aprile 2018, 6,
- CASTELLANO M., *Società in house: controllo analogo e strumenti di attuazione*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di S. FORTUNATO – F. VESSIA, Milano, 2017, 77 ss.
- CAVALLO PERIN R. – D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 77-90.
- CAVAZZA C., *Sub artt. 2449-2450*, in *Commentario Maffei Alberti*, 1708.
- CAVAZZUTI F., *Forme societarie, intervento pubblico locale e 'privatizzazione' dei servizi: prime considerazioni sulla nuova disciplina delle autonomie locali*, in *Giur. it.*, 1991, 248-259.
- CERRAI A., *Le imprese editoriali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO – G. B. PORTALE, 8, Torino, 1992, 451;
- CERULLI IRELLI I., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011.
- CERULLI IRELLI I., *L'amministrazione «costituzionalizzata» e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019.
- CERULLI IRELLI I., *Lineamenti, di diritto amministrativo*, Torino, 2016.
- CHIEPPA R. – GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019.
- CHITI M.P., *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 1115 ss.
- CIAN M., *Lo statuto di una società in house. Spunti per una ricostruzione della figura dopo il T.U. sulle società a partecipazione pubblica*, in *Studium Iuris*, 2017, 409.

CIAN M., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2019.

CIAN M., *I requisiti qualificatori della società in house*, in *Giur. Comm.*, 2019, 196,

CINTOLI F., *Società in mano pubblica: interesse sociale e nuove qualificazioni nella giurisprudenza e nella riforma del d.lgs. n. 175 del 2016*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017, 232 -247.

CIRENEI M.T., *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO - G. B. PORTALE, Torino, 1992, 165 ss.

CIRENEI M.T., *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir. comm. internaz.*, 2005, 52 s.

CIRENEI M.T., *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società a partecipazione pubblica*, in *Liber amicorum Guy Horsmans*. Bruxelles, 2004, 98;

CIRILLO, G.P. *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *Riv. Not.*, 2015, 873

CLARICH M.- B.G. MATTARELLA, *Prefazione*, in *Il Testo unico sulle società pubbliche*, diretto da G. MEO - A. NUZZO, Bari, 2016, 9-40.

CLARICH M., *La specialità: interesse sociale vs. interesse pubblico*, in *Le società a controllo pubblico*, a cura di R. URSI – M. PERRINO, Torino, 2020, 23-37.

CLARICH M., *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, Torino, 2010.

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2019.

CLARIZIA A., *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

CODAZZI E., *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazioni alla luce dell'art. 2497 comma 1 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2015, 1045-1061.

CODAZZI E., *Esercizio del controllo analogo sulle s.p.a. in house e clausole di deroga all'art. 2380-bis, c.c.*, in *Giur. Comm.*, 2019, 1494-1523.

CODAZZI E., *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali: tra atti e attività. Profili in tema di responsabilità*, Milano, 2012.

CODAZZI E., *La giurisdizione sulle società cd. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2015, 240.

CODAZZI E., *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018

CODAZZI E., *La società in mano pubblica e fallimento: alcune considerazioni sulla disciplina applicabile tra diritto dell'impresa e diritto delle società*, relazione presentata in occasione del V Convegno annuale dell'associazione Orizzonti del diritto commerciale – L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi, Roma, 21-22 febbraio 2014 1 ss;

CODAZZI E., *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.

CODAZZI E., *Le società in house providing*, in *Giur. comm.*, 2016, 953 – 976.

CODAZZI E., *Le società miste*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d. lgs 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. IBBA – I. DEMURO, Bologna, 2018, 287- 301.

CODAZZI E., *Nomina pubblica alle cariche sociali ex art. 2449 c.c. e giurisdizione applicabile: l'orientamento delle Sezioni unite alla luce del testo unico sulle società partecipate*, in *Giur. Comm.*, 2017, 817-846.

CODAZZI E., *Note in tema di controllo analogo “congiunto” su società in house pluripartecipata*, in *Giur. comm.*, 2018, 640 -678.764;

CODAZZI E., *Società in house e scopo di lucro una rivisitazione del tema alla luce del dlgs 175/2016*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2018, 750 -781.

CODAZZI E., *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione “virtuale” alla compensazione “reale”): alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2004, 608 -634.

COLOMBARI S., *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urb. app.*, 2008, 211;

COMBA, *L'affidamento ad organismo in house in caso di pluralità di soci: i vantaggi dell'ipotesi consortile per il controllo analogo*, in *Azienditale*, 2008, 549-568.

CONTESSA C., *Il nuovo in house providing*, in G. FERRARI - R. GAROFOLI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Roma-Molfetta, 2017, 325-339.

CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020.

COSSU M., *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2008, 637-658.

COSSU M., *Le Sezioni Unite non compongono il contrasto di giurisdizione in materia di società a partecipazione pubblica totalitaria*; Cass, SS.UU., 9 luglio 2014, n. 15594, reperibile su [www.italggiure.giustizia.it](http://www.italggiure.giustizia.it).

COSTI R. – MINERVINI G., *Due pareri su come vada inteso il “rapporto di controllo” in presenza di sindacati di voto (art. 4, comma 3, legge n. 1/1991)*, in *Contratto e impr.*, 1991, 1020-1032.

COSTI R., *I sindacati di voto nelle leggi più recenti*, in *Giur. Comm.*, 1992, 32-47.

COTTINO G., *Partecipazione pubblica all’impresa privata ed interesse sociale*, in *Imprese e società*, in *Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, I, Napoli, 1968, 367 ss.

COTTINO G., voce *Società*, III, *Gruppi di società.*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, Roma 1993, 7, il

CUCCU F. – MASSA FELSANI F., *Sub art. 2*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 70 -97.

CUCCU F., *Partecipazioni pubbliche e governo societario*, Torino, 2019.

CUCCURULLO O., *Sub art. 11*, in *Il testo unico delle società pubbliche*, diretto da G. MEO - A. NUZZO, Bari, 2016, 149-174.

CUOCOLO L., *La Corte costituzionale “salva” la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Azienditalia*, 2009, 485-497.

CUOMO P., *Il controllo societario da credito*, Milano, 2013.

D. CAROSI, *Crisi ed insolvenza delle partecipate pubbliche ed i riflessi sul bilancio dello Stato e degli altri enti proprietari*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANÒ, Milano, 2011, 577-594.

D. CASALINI, *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house*, Napoli, 2003.

D. CORAPI, *I sistemi di amministrazione e controllo nella riforma delle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 195-234.

D'ANGELO F., *La società "in house" quale "elemento normativo della fattispecie" nell'"interpositio legislatoris" sulla giurisdizione contabile recata dal T.U. società partecipate*, in *Gazzetta forense*, 2018, 968-976,

D'ATTORRE G., *La crisi d'impresa nelle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018, 757-785.

D'ATTORRE G., *La governance delle società pubbliche*, in *Giur. Comm.*, 2020, 262-298.

D'ATTORRE G., *Società in mano pubblica e fallimento: una terza via è possibile*, in *Fall.*, 2010, 6, 679-691;

D'AURIA G., *I controlli*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, 377-389;

DACCÒ A., *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA – G. B. PORTALE, 403-478.

DE ANGELIS L., *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.* 2003, 476-495.

DE NARDIS, *Le privatizzazioni italiane*, Bologna, 2000.

DE NICTOLIS R., *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società mista*, in *Urb. app.*, 2005, 288.

DE NICTOLIS, *Gli elementi connotanti le società miste*, in *Le società pubbliche miste e in house*, a cura di DE NICTOLIS – CAMIERO, Milano, 2008.

DE NITTO S., *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1035-1057..



- DELLA SCALA M.G., *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012.
- DEMURO I., *L'Incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449*, in *Giur. Comm.*, 2008, 581 ss.
- DEMURO I., *La compatibilità del diritto societario con il cd. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. Comm.*, 2006, 790 ss.
- DEMURO I., *La governance*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d. lgs 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. IBBA – I. DEMURO, Bologna, 2018, 133-176.
- DEMURO I., *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario Cottino*, Bologna, 2009, 873-898
- DENOZZA F., *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"*, in *Giur. Comm.*, 2000, 327-345.
- DEVOTO . – OLI G.C., *Vocabolario della lingua italiana*, Milano, 2014.
- DI CATALDO V. – ROSSI S., *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. dir. soc.*, 2019, 759 - 771.
- DI GIACOMO RUSSO B., *Una pronuncia del TAR Lombardia per un più stringente controllo analogo in materia di servizi pubblici locali*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2009, 54-78..
- DI SABATO F., *Società in generale, Società di persone*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2004, 7-38.
- DI SANTE – SEBASTIANELLI, *Direzione e coordinamento di società pubbliche nel «decreto anti-crisi»*, in *Azienditalia*, 2009, 819-837.
- DOMENICHELLI V., *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato (a proposito del nuovo art. 113 del T.U.E.L.)*, in *Dir. Amm.*, 2002, 211;

DONATIVI V., “*Società a controllo pubblico*” e società a partecipazione pubblica maggioritaria, in *Giur. comm.*, 2018, 747-790.

DONATIVI V., *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica “diretta” alle cariche sociali (artt. 2458-2459)*, in *Riv. soc.*, 1998, 1258-1276.

DONATIVI V., I “*confini*” ancora incerti del controllo analogo congiunto in materia di in house providing, in *Giur. comm.*, 2014, 765 ss.

DONATIVI V., *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, Torino, 2010.

DONATIVI V., *Le società a partecipazione pubblica. Raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza*, Milanofiori-Assago, 2016.

DONATIVI V., *Rassegna legislativa e statutaria in tema di nomina pubblica alle cariche sociali ex artt. 2458-2459 c.c. nelle società a partecipazione regionale e nel nuovo assetto dell’azionariato provinciale e comunale*, in *Riv. dir. impr.*, 1999, 309 ss.

DONVITO B.G., *Sub art. 2359: società controllate e società collegate*, in *Commentario delle società*, a cura di G. GRIPPO, Torino, 2009, 364-387.

DUGATO M., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*. Milano, 2001.

EAD., *Bancarotta fraudolenta e vantaggi compensativi: alcune riflessioni sul concetto di distrazione nei gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2008, 753-774.

EBALLI I., *Direzione e coordinamento nelle società a partecipazione pubblica alla luce dell’intervento interpretativo fornito dal «decreto anticrisi»*, in *Nuovo dir. soc.*, 2010, 44.

- FABBIANI E., *Società pubbliche non necessarie: obblighi di dismissione e diritto di recesso*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018, 469.
- FANTINI M., *Sub art. 2 - Società in house*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 89;
- FARENGA L., *I contratti parasociali*, Milano, 1987, 185.
- FERRI JR., *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 637-654;
- FERRO LUZZI P., *I contratti associativi*, Milano, 1971.
- FERRO-LUZZI P., *L'esercizio dell'impresa tra amministrazione e controllo*, in *AGE*, 2007, 309-321.
- FIMMANÒ F. – OCCURSIO V., *Atti e statuti delle società pubbliche alla luce della riforma "corretta"*, in *Notariato*, 2017, 745-763.
- FIMMANÒ F., *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.*, 2012, 267;
- FIMMANÒ F., *L'insolvenza delle società pubbliche, strumenti di allerta, piani di risanamento*, in *Le società pubbliche, Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANÒ, Milano, 2011, 771 ss.
- FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, in *Società*, 2014, 61 ss.
- FIMMANO F., *La giurisdizione sulle "società pubbliche"*, in *Società*, 2013, 980 ss.
- FIMMANÒ F., *La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2013, 1290-1303-.

FIMMANÒ F., *Le Sezioni Unite aprono alla giurisdizione concorrente, “ a tutto campo della Corte dei Conti sulle azioni di responsabilità*, in *Società*, 2019,70-84.

FIMMANÒ F., *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 8 aprile 2012, 44-67.

FIORANI L.E., *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*. in *Giur. comm.*, 2011, 316-335.

FOIS G.A. – RICCARDI A., *La società mista con contratto di partenariato pubblico privato nel Testo Unico e nel nuovo Codice degli Appalti*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018, 829.

FONDAZIONE ROSSELLI, *Affidamento diretto e in house contracts negli appalti pubblici di servizi delle amministrazioni centrali*, Rapporto al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, ottobre 2005.

FRACCHIA F., *La costituzione di società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. ec.*, 2004, 601.

FRANCHINI C., *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, II, Padova, 2007, 347-369..

GAGLIARDI B., *Le sociétés publiques locales e l'in house providing alla francese*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 691-712.

GALESI M., *In house providing: verso una concreta definizione del controllo analogo?*, in *Urb. app.*, 2004, 935-942.

GALGANO F., *Commento agli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, II, *Rapporti economici*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1982, 13.

GALGANO F., *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO - R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, I, Padova, 2004, 449;

GALGANO F., *Le società per azioni*, in *Trattato Galgano*, 2003, 439,

GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna, 2005.

GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in BBTC, 2005, 86 ss.

GALGANO, *sub art. 1*, in *Commentario. Legge Fallimentare*, a cura di F. BRICOLA - F. GALGANO - G. SANTINI, Bologna-Roma, 1974, 90;

GALIMBERTI B. – MACRÌ L., *Rapporto di servizio e danno diretto nella giurisdizione erariale in materia di società pubbliche*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2017, 677.

GANGEMI, *Le società anonime miste*, Firenze, 1932.

GARCEA M., *Controllo di società e situazioni giuridiche non proprietarie della partecipazione sociale*, in Studio n.63-2020/I, Consiglio Nazionale del Notariato.

GHEZZI F. - VENTORUZZO M., *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, 665-699.

GHEZZI F. – DE NADAIN M., *Sub art. 2449*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI - M. NOTARI, L. A. BIANCHI, F. GHEZZI, 897-1056.

GHEZZI F., *La disciplina delle concentrazioni e la promozione dei campioni nazionali tra diritto comunitario e normative nazionali antitrust*, in *Riv. soc.*, 2003, 1098 ss..

GHEZZI F., *Sub art. 2409-novies.*, in *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo - Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L. A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, Milano, 2005, 3-39.

GIANNELLI G., *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Le società a controllo pubblico*, a cura di R. URSI – M. PERRINO, Torino, 2020, 155 ss.

GIANNINI M.S., *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in *Tr. Dir. Amm.*, diretto da G. SANTANIELLO, Milano, 2003, 764.

ARENA A., *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.

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

GIANNINI M.S., *Profili giuridici della municipalizzazione*, Roma, 1953, 60.

GIORGIO M., *L'affidamento in house è sempre l'eccezione? Il caso Catania Multiservizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 546 ss.

GOISIS F., *L'ente pubblico come investitore privato istituzionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in *Dir. econ.*, 2017, 23.

GOISIS F., *La giurisdizione contabile sulle società in mano pubblica: un presidio per la necessaria redditività dell'investimento pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, 48,

GOISIS F., *La natura della società in mano pubblica tra interventi della Corte europea di Giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 383.

GOISIS F., *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, reperibile su [www.rivistacorteconti.it](http://www.rivistacorteconti.it)

GOISIS F., *Le società in mano pubblica nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: quale autonomia statutaria sul piano teleologico?*, in *Le società a controllo pubblico*, a cura di R. URSI – M. PERRINO, Torino, 2020, 31 ss

GOISIS F., *Società a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di M. CLARICH - G. FONDERICO, 2007, 729

GOISIS F., *Società a partecipazione pubblica*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di M. CLARICH - G. FONDERICO, Milano, 2007, 687-729.

GOISIS F., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 113 ss. e ID., *Il problema della natura e della lucratività della società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. econ.*, 2013, 41 ss.

GRUNER G., *Enti pubblici a struttura di S.p.A., Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009, 43 s.; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1992, 262.

GUARINO G., *Stato ed energia nucleare*, in *Riv. soc.*, 1959, 30

GUCCIONE C., *L'affidamento diretto di servizi a società mista*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2005, 271;

GUERRA F., *Il "controllo analogo"*, in *Giur. Comm.*, 2011, 774-797.

GUERRERA F., *"Compiti" e responsabilità del socio di controllo*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 509.521.

GUERRERA F., *Autonomia statutaria e tipologia della società in house*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto*

*dell'amministrazione*, a cura di F. CIONTOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017, 135-75 ss.

GUERRERA F., *Autonomia statutaria e tipologia delle società in house*, in *Giust. civ.*, 2015, 778 ss.;

GUERRERA F., *Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 589-610.

GUERRERA F., *Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP*, in Studio n. 228-2017/I, Consiglio Nazionale del Notariato.

GUERRERA F., *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. Comm.*, 2017, 376 parla efficacemente di “società in perdita sistematica”;

GUERRERA F., *I regolamenti di gruppo*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. CAMPOBASSO – V. CARIELLO – V. DI CATALDO – F. GUERRERA – SCIARRONE ALIBRANDI, 2, 1517-1551

GUERRERA F., *L'amministrazione*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. IBBA, 135-153.

GUERRERA F., *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, Torino, 2004.

GUERRERA F., *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico-privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 573 ss..

GUERRERA F., *Strumenti di governo e assetti organizzativi delle società pubbliche*, in *Le società a controllo pubblico*, a cura di R. URSI – M. PERRINO, Torino, 2020, 199 ss

GUERRERA F., *Sub art. 6*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 70 ss.



GUERRERI V., *È possibile il concorso tra responsabilità civile e contabile degli amministratori di società in house?*, in *Il societario.it*, 14 dicembre 2018.

GUIZZI G.– ROSSI M., *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. GUIZZI, Milano, 2017, 271 ss.

GUIZZI G., *Riflessioni intorno all'art. 2380-bis c.c.*, in *Società, banche e crisi di impresa. Liber Amicorum Pietro Abbadessa*, a cura di M. CAMPOBASSO - V. CARIELLO - V. DI CATALDO - F. GUERRERA - A. SCIARRONE ALIBRANDI, 2014, 1043-1067.

GUIZZI G., *Società in house e diritto d'impresa*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017, 194,

GUIZZI G., *Sub art. 2380-bis*, in *Delle società, dell'azienda, della concorrenza, Commentario del codice civile*, a cura di D. U. SANTOSUOSSO, diretto da GABRIELLI, Torino, 2016, 72 ss.

IAIONE C., *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012, 261 ss.

IBBA C., *Crisi dell'impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il Testo Unico*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2016, 1233-1247.

IBBA C., *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), gennaio 2011;

IBBA C., *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, cit, 2018, 472;

IBBA C., *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. Comm.*, 2018, 960 s,

IBBA C., *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. IBBA, 32.

IBBA C., *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, cit, 2020, 472.

IBBA C., *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 371 s.;

IBBA C., *Introduzione*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d. lgs 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. IBBA – I. DEMURO, Bologna, 2018, 9;

IBBA C., *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e discipline*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. IBBA – M.C. MALAGUTI – M. MAZZONI, Torino, 2011, 25; S.

IBBA C., *Le società legali*, Torino, 1992.

IBBA C., *L'impresa pubblica in forma societaria tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Analisi giur. econ.*, 2015, 409 ss.;

IBBA C., *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur. Comm.*, 2012, 639-651.

IBBA C., *Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo unico*, in *Dir. ec.*, 2017.

IBBA C., *Società in house: nozione e rilevanza applicativa prima e dopo il Testo unico*, in *Munus*, 2015, I, 6 ss.

IBBA C., *Società in house: nozione e rilevanza applicativa, prima e dopo il Testo unico*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto*

*dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017.

IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1-13.

MAFFEZZONI I, *Sub art. 2364*, in *Assemblea*, a cura di C. PICCIAU, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI-F. GHEZZI- M. NOTARI, Milano, 2008, 9-45.

IMPARATO L., *Il modello della società in house secondo l'art. 16 del testo unico sulle società partecipate: lettura coordinata con altre disposizioni dell'ordinamento*, in *Le società pubbliche*, a cura di A. CATRICALÀ - F. FIMMANÒ, 67-79.

IRACE A., *Sub art. 2497-sexies*, in *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI–V. SANTORO, Torino, 2003, 348-357.

IRTI N., *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico giuridico)*, in *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di P. MARCHETTI, Milano, 1995, 36,

JAEGER P.G., *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, 990.

KUTUFÀ I., *Gestione strategica e responsabilità deliberativa nelle società "pubbliche": statuto singolare o portata espansiva della disciplina speciale?*, in *NLC*, 2019, 457-498.

LACAVA G., *L'impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, IV, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003.

LAMANDINI M., *Appunti in tema di controllo congiunto*, in *Giur. Comm.*, 1993, 224-243,

LAMANDINI M., Il “controllo”. *Nozioni e “tipo” nella legislazione economica*, Milano, 1995.

LAMANDINI M., *sub artt. 2359-2359-quinquies*, in *Società di capitali, Commentario*, a cura di G. NICCOLINI - A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, 397-417.

LAMANDINI M., *Sub. art. 2359 c.c.*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. ABBADESSA – G. B. PORTALE, Milano, 2016, 747 ss.

LAMBERTI C., *Società in house - il partner privato nell' in house: un'apertura sin troppo prudente*, in *Giur. It.*, 2019, 1187-1203..

LAMORGESE A., *Società a partecipazione pubblica, responsabilità, giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2010, 853- 876.

LANDI N. - PAPI ROSSI A., *L'affidamento in house nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, 2008, 147-165.

LIBERTINI M., *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 P. ABBADESSA – G. B. PORTALE, Torino, 2007, IV, 463 – 496.

LIBERTINI M., *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni, con particolare riguardo ai c.d. sistemi alternativi*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. CAMPOBASSO – V. CARIELLO – V. DI CATALDO – F. GUERRERA – A. SCIARRONE ALIBRANDI, 2, Torino, 2014, 1087 ss.

LIBERTINI M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, cit, 217 ss.;

LIBERTINI M., *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in RDS, 2008, 137 ss.

LIBONATI B., *Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA – G.B. PORTALE, Torino, 2007, III, 623 ss.

LIBONATI B., *I rapporti tra azionista pubblico e società partecipata*, Relazione al Convegno Assonime-LUISS —Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina, Roma, 13 maggio 2009, reperibile su [www.assonime.it](http://www.assonime.it).

LIBONATI B., *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981.

LIBONATI B., *Il paradosso del consiglio di sorveglianza dopo la legge n. 262/2005*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 655 ss.

LIBONATI B., *Il problema della validità dei sindacati di voto: situazione attuale e prospettive*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI – P. G. JAEGER, Milano, 1993, 14.

LIBONATI B., *L'intervento dello Stato nell'attività di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, 759.

LIBONATI B., *Noterelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2008, 281 ss.

LO CASCIO G., *Sub art. 2359*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, Milano, 2003, 202 ss.;

LOGIUDICE F., *Sul controllo analogo nel caso di affidamento in house*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it).

LORIA E., *In tema di in house providing*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017.

MACCHIA M. – MARCONI F., *Incertezze sulla nozione di controllo pubblico*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2019, 651 ss.

MACCHIARULO L., *Il controllo analogo tramite patti parasociali ed altri accordi*, in *RDS*, 2018, 472 ss.

MAFFEI ALBERTI A., *Sub art. 2359*, nel *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2017, 480 ss.

MAGLIANO R., *Sub art. 2449*, in *Codice Commentato Ipsosa*, 2004, 938 ss.

MALAGUTI M.C., *Assetti societari e diritto della concorrenza. Percorsi accidentali del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica e impresa privata*, in *Le società pubbliche*, Torino, a cura di C. IBBA - M. C. MALAGUTI - A. MAZZONI, Torino, 2011, 51 ss.

MALTONI A., *Gli atti "prodromici" delle P.A. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate. Una categoria da definire. Considerazioni in tema di limiti dell'autonomia negoziale delle P.A.*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comm.*, 2013, 176 ss.

MALTONI A., *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb. App.*, 2017, 14. In particolare, ;

MAMELI B., *Il principio di autorganizzazione tra eccezione residuale e opzione di base*, in *Giur. it.*, 2020, 1731 ss.

MAMELI B., *L'in house tra regola ed eccezione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1949 ss.

MANGANI R., *La Corte di giustizia europea boccia l'affidamento interno anche negli appalti di servizi: niente in house se s.p.a. è mista*, 22 gennaio 2005, in [www.ediliziaterritorio.ilsole24ore.com](http://www.ediliziaterritorio.ilsole24ore.com).

MARASÀ G., *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984.

MARCHETTI C., *Il sistema dualistico: questioni e clausole statutarie (prima parte)*, in Studio n. 162-2006/I, Consiglio nazionale del notariato.

MARCHETTI P., *La nozione di controllo nell'art. 10 l. n. 20/1991: la posizione dell'Isvap*, in *Riv. soc.*, 1992, 1478 s.;

MARCHETTI P., *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. Soc.*, 1992, 16-42.

MARCHETTI P., *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in *I gruppi di società - Atti del Convegno internazionale di studi*, Milano, 1996, 1559 ss

MARCHISIO E., *L'“eterodirezione pubblicistica”*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 447 ss.

MARCHISIO E., *Usi alternativi del gruppo di società. La regolazione dei gruppi tra disciplina del «governo» delle società e diritto settoriale delle imprese*, Napoli, 2009.

MARTUCCI K., *Impresa pubblica e forma societaria: quale responsabilità per gli amministratori di società in house?*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 259 ss.;

MARTUCCI K., *Profili di diritto singolare dell' “impresa”*, Milano, 2013.

MARTUCCI K., *Revoca degli amministratori nominati dall'ente pubblico azionista e giurisdizione*;

MASSA FELSANI F., *Partecipazioni pubbliche e tipi sociali*, in R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma, 2018, 194-195:

MASSA FELSANI F., *Società per azioni in house: controllo congiunto e strumenti di controllo analogo*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, a cura di F. CIONTOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017, 130-197.

MAUGERI M., *Considerazioni sul sistema di competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, 336 ss..

MAUGERI M., *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *La dialettica degli interessi nella disciplina della società per azioni*, a cura di A. PACIELLO, Napoli, 2011, 258 ss.

MAUGERI M., *Le deliberazioni assembleari "consultive" nella società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, 143-169.

MAURO, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. pubblica*, in *Le società pubbliche*, a cura di C. IBBA - M.C. MALAGUTI - A. MAZZONI, Torino, 2011, 309 ss.

MAZZARELLI M., *Le società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987.

MAZZARELLI V., *La società per azioni con partecipazione pubblica*, Milano 1987.

MAZZONI M., *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. IBBA – M.C. MALAGUTI – M. MAZZONI, Torino, 2011, 57-79.

MELE E., *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, 2003.

MELI V., *La responsabilità dei soci dei soci nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA - G.B. PORTALE, 3, Torino, 2007 684 ss.;



- MENGONI L., *Sul concetto di società a partecipazione statale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 177.
- MENTO S., *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 495.
- MERUSI F. – IARIA D., *Partecipazioni Pubbliche*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990, 4 ss.
- MICHELI R., *La responsabilità degli amministratori di società partecipate da un socio pubblico*, in *Giur. comm.*, 2018, 911 ss.
- MIELE T., *La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società a partecipazione pubblica*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018, 595.
- MIGNOLI A., *Le assemblee speciali*, Milano, 1960.
- MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956.
- MINERVINI G., *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *BBTC*, 1954, 712.
- MINERVINI G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 40 ss
- MINERVINI G., *I sindacati di blocco e di voto nella legge sull'OPA*, in *BBTC*, 1992, 479;
- MINERVINI G., *Il problema della validità dei sindacati di voto alla luce della legislazione più recente*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI – P. G. JAEGER, Milano, 1993, 35;
- MINERVINI G., *Società a partecipazione pubblica*, in *GCO*, 1982, 182;
- MIOLA M., *Le garanzie infragruppo*, Napoli, 1993.

- MIOLA M., *Società quotate, controlli esterni e gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 31-48.
- MIRONE A., *Il sistema tradizionale: l'assemblea*, in *Diritto commerciale*, Vol. II, a cura di M. CIAN, 352-367.
- MIRONE A., *Sub art. 2364*, in *L'assemblea di società per azioni*, a cura di M. LIBERTINI – A. MIRONE, Milano, 2016, 10-47.
- MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 321-346.
- MONTALENTI P., *I gruppi di società*, in N. ABRIANI – M. AMBROSINI – O. CAGNASSO – P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Tratt. d. comm.*, a cura di COTTINO, 2010, 1023-1059.
- MONTALENTI P., *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, in *BBTC*, 2008, 689-704.
- MONTALENTI P., *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Comm.*, 1995, 710-741.
- MONTALENTI P., *Il sistema dualistico*, in *Tratt. Cottino*, Padova, 2010, 840-867.
- MONTALENTI P., *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2015, 171.
- MONTALENTI P., *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2016, 111-137.
- MONTALENTI P., *Le società a partecipazione pubblica: spunti di riflessione*, in *Nuovo dir. Soc.*, 2010, 3-29;
- MONZANI S., *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009.

MORBIDELLI G., *Sub art. 1*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 70 ss.

MORZENTI PELLEGRINI R., *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo 'analogo' esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali 'extra-codicistiche'*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2009, 2246.

MUCCIARELLI, *Il ruolo dei vantaggi compensativi nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 630 s

NAPOLITANO G., *I servizi pubblici*, in *La nuova costituzione economica*, a cura di S. CASSESE, Roma-Bari, 2012, 131 e ss.;

NAPOLITANO G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999 ss.;

NAPOLITANO G., *Soggetti privati «enti pubblici»?* , in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss.

NERI V., *La società mista pubblico privata*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, Molfetta, 2018, 131-147..

NIGRO A., *Imprese commerciali e imprese soggette a registrazione: fattispecie e statuti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 2001, 568-610.

NIGRO A., *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese: lineamenti generali*, Torino, 2012, 179 ss.

NIUTTA A., *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies c.c. Brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, 979 – 993.

NOBILI R. – VITALE M. , *La riforma delle società per azioni. Commento alla l. 7 giugno 1974, n. 216 e ai Decreti delegati*, Milano, 1975, 151.167

NOTARI M. - J. BERTONE J., *Sub art. 2359 - Società controllate e società collegate*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI – L.A. BIANCHI – F. GHEZZI – M. NOTARI, 645-669.

NOTARI M., *La nozione di “controllo” nella disciplina antitrust*, Milano, 1996.

OLIVIERI G., *Il bilancio consolidato*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. COLOMBO – G.B. PORTALE, 7, 680.

OPPO G., *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 517,

OPPO G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 163 s.

OPPO G., *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 595 ss.

ABBADESSA P., *Le società miste per i servizi locali: profili organizzativi speciali*, in *Studi in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*, I, Padova, 1997, 3 e ss.;

PANZANI L., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, I, Torino, 2012, 73.

PASQUINI A., *Le nuove prospettive degli appalti pubblici in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 1332-1347.

PASTERIS C., *Il “controllo” nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Milano, 1957.

PAVONE LA ROSA A., *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2004, 4-23

PAVONE LA ROSA A., *Le società controllate - I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO - G.B. PORTALE, Torino, 1991, 582-619.

PECORARO C., *Il controllo analogo nelle società in house providing*, 2018, Brunolibri.

PECORARO C., *La costituzione della società*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d. lgs 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. IBBA – I. DEMURO, 67-80.

PECORARO C., *Le società in house: profili societari*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d. lgs 175/2016 e 100/2017*, diretto da C. IBBA – I. DEMURO, 174-191;

PECORARO C., *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, 947-969.

PECORARO C., *Pubblico e privato nella governance delle società partecipate: fermenti ed incertezze nel quadro di riferimento*, in *Dir. fall.*, 2014, 693-707.

PELEGRINO G., *Fallimento delle società: riforma del diritto societario e della legge fallimentare*, Milano, 2007, 152 ss.

PELEGRINO G., *La responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica esercenti i servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 409 ss.;

PENNISI R., *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA - G.B. PORTALE, 3, Torino, 2007.

PENTA A., *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, a cura di P. CELENTANO - E. FORGILLO, Torino, 2008, 31-44.

PERICU A., *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in *Privatizzazione e regioni*, a cura di V. BUONOCORE - G. RACUGNO, Milano, 2003, 134 - 151 ss.;

PERICU A., *La giurisdizione sulle controversie in materia di nomina e revoca di amministratori o sindaci ex artt. 2449 e 2450, cod. civ. Brevi note*, in *Riv. Giur. Sarda*, 2007, 781 - 796.

PERICU A., *Sub art. 2449*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, 1270-1301.

PERRINO M., *La «rilevanza del socio» nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusione*, in *Giur. comm.*, 2003, 808-830.

PERRINO M., *Responsabilità degli organi di amministrazione e controllo di società a partecipazione pubblica (anche in house) e riparto di giurisdizione*, in *RDS*, 2019, 15-31.

PERRINO M., *Responsabilità degli organi di amministrazione e controllo di società a partecipazione pubblica (anche in house) e riparto di giurisdizione*, in *Le società a controllo pubblico*, a cura di R. URSI – M. PERRINO, Torino, 2020, 171-181.

PETTITI P., *Sub art. 16*, in *Commentario*, diretto da MEO-NUZZO, Milano, 2019, 345-365.

PETRAZZINI B., *Sub artt. 2449-2450*, in *Commentario Cottino*, II, 1696;

PETTINARI C., *Le questioni di legittimità costituzionale pendenti sull'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 e successive modificazioni*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, Torino, 2011, 385 ss; ;

PETTITI P., *Soggettività e fallimento della società in house*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, 340-358.

PICARDI L., *Il ruolo dei creditori fra monitoraggio e orientamento della gestione nella società per azioni*, Milano, 2013, MOLLO G. – MONTESANTO D., *Il controllo societario ne Testo unico della finanza. Problemi e prospettive di riforma*, in

*Quaderni giuridici Consob*, 8, 2015, 23 e, per un approfondimento in tema, si rinvia, in particolare, a

PICARDI L., *Strutture e principi di governance*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs.n.175/2016*, Milano, 2017, 17 ss.

PICCIAU C., *Art. 2497-sexies*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI - L.A. BIANCHI - F. GHEZZI - M. NOTARI, 2012.

PINTO V., *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA - G.B. PORTALE, 2, Torino, 2007, 900-949.

PINTO V., *Sub. art. 2380-bis*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. ABBADESSA - G.B. PORTALE, Milano, 2016, 1170-1191.

PIPERATA G., *La società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMMELLI - M. DUGATO Torino, 2008.

PIZZA P., *Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 d.l. n. 223/2006*, in *Le società "pubbliche"*, a cura di C. IBBA - M. C. MALAGUTI - A. MAZZONI, Torino, 2011, 137.

PIZZA P., *Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 3 del d.l. n. 223/2006 (c.d. Decreto Bersani)*, in *Le società pubbliche*, a cura di C. IBBA, M. C. MALAGUTI, A. MAZZONI, Giappichelli, Torino, 2011, 139 ss.

POLICE A., *Sub art. 12*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 70 ss

POLITO M.T., *Il controllo e la giurisdizione della Corte dei conti*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ, Roma, 2018, 535.

PORTALE G.B.– DE LUCA N., *Il sovrano non ha abdicato. Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell'assemblea*, in *BBTC*, 2019, 765 ss

PORTALE G.B., *Il sistema dualistico: dall'Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (1861) alla riforma italiana della società per azioni (Appunti per una comparazione della nuova governance delle banche italiane)*, in *BBTC*, 2008, 673 ss.

PORTALE G.B., *La società quotata nelle recenti riforme (note introduttive)*, in *RDS*, 1, 2007, 6 ss.;

PORTALE G.B., *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA - G.B. PORTALE, Torino, 2006, 27

POSITANO, *Il fallimento delle società "private" a partecipazione pubblica*, in *Dir. Fall.*, 2013, 563.

PRATELLI M.M. *Problemi in tema di "sindacati di gestione"*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 112.

PRESTI P, *Il modello dualistico applicato alle banche*, in *Il sistema dualistico: prospettive e potenzialità applicative*, a cura di G. NARDONE - U. TOMBARI, Torino, 2009, 143 ss.

PRIOLO E., *Profili delle aziende municipalizzate*, Rimini, 1992.

RACUGNO G., *Crisi d'impresa e doveri degli organi sociali, in le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. IBBA, 173 ss.

RACUGNO G., *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2016, 1149 ss.



RANCI G., *Servizi pubblici: affidamento in house ed a società miste fra normativa nazionale e principi comunitari (nascita ed evoluzione delle problematiche – esperienze recenti)*.

RANCI P., *Concorrenza e servizi pubblici nella Costituzione*, in G. DELLA CANANEA - G. NAPOLITANO, *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998, 33.

RAVÀ A., *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 324-339.

RAVÀ T., *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, 324.

RESCIGNO M., *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 332 s.

RESCIO G.A., *I sindacati di voto*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E COLOMBO – G. B. PORTALE, 3, Torino, 1994, 681;

RESTUCCIA A., *I patti parasociali*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, Roma, 2018, 432 s.

RIMINI E., *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002.

RIOLFO G., *Attività «in-house» e modello organizzativo delle società` di capitali: dalle forme di governance interne alla disciplina della direzione e coordinamento per la configurazione del «controllo analogo»*, in *An. giur. econ.*, 2015, 537 ss.;

RIZZI F. E., *La società in house: dalla natura giuridica al riparto di giurisdizione*, in *Società*, 2018, 71-86.

ROMAGNOLI G., *Le società degli enti pubblici; problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, 478;

ROMAGNOLI G., *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 214 ss.

ROMAGNOLI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, a cura di V. DOMENICHELLI, Padova, 2008, 151 ss.

ROMAGNOLI, *La società degli enti pubblici: problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. Comm.*, 2006, 473 ss.;

ROMANO TASSONE A., *Gli statuti delle società per la gestione "in house" dei pubblici servizi*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, Torino, 2010, 59 ss.

RONDINONE G., *Società (Gruppi di)*, in *Dig. disc. priv. - sez. comm.*, Torino, 2009, 638 ss.

RORDORF R., *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Soc.*, 2005, 427;

RORDORF R., *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Società*, 2005, 418-423..

ROSSI A., *Le società partecipate tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2015 spec. 36 ss.

ROSSI A., *Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1993, XXIX;

ROSSI G., *Le diverse prospettive dei sindacati azionari nelle società quotate e in quelle non quotate*, in *Riv. soc.*, 1991, 1370 ss.

ROSSI P., *Le "nuove" società in house nella riforma Madia, tra perdurante specialità e transizione al diritto comune*, 23 febbraio 2018, disponibile su [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it).

ROSSI S., *Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2004, 1078.

ROVERSI MONACO F., *Indirizzo delle partecipazioni statali e prospettive di riforma*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, III, 1987, 458-479.

ROVERSI MONACO F., *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 258 ss..

SABBIONI P., *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 6

SACCHI R., *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, a cura di U. TOMBARI, Torino, 2014, 107 ss.;

SACCHI R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, 664-681.;

SALA G., *Nozione "cangiante" di ente pubblico e giurisdizione: in tema di società in house*, in *Giur. It.*, 2020, 1

SALAFIA V., *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli Enti pubblici*, in *Soc.* 2001, 724-730.

SALERNO L., *La nomina di amministratori e sindaci da parte dello stato e degli enti pubblici: l'art. 2449 cod. civ. ai tempi della riforma*, in *Dir. fall.*, 2004, 466;

SALVATO I., *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, in *Fall.*, 2014, 38 ss.;

SALVATO L., *Le società pubbliche alla prova delle procedure concorsuali*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, 60 ss.;

SAN MAURO C., *Golden Shares, poteri speciali e tutela di interessi essenziali*, Roma, 2004.

SANDULLI M., *Sub. art. 2380-bis*, in *La riforma delle società. Commentario del d. lg. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di M. SANDULLI - V. SANTORO, Torino, 398.

SANTAGATA R., *I diritti particolari dei soci*, in *S.r.l. Commentario*, a cura di DOLMETTA- PRESTI., 290 ss.;

SANTAGATA R., *Il gruppo cooperativo paritetico (una prima lettura dell'art. 2545-septies)*, in *Giur. Comm.*, 2005, 539 ss;

SANTONASTASO F., *Le società di interesse nazionale*, Milano 2003.

SANTONASTASO F., *Società di diritto speciale*, Torino, 2009.

SANTONASTASO F., *Sub. art. 2449*, in *Commentario Romano al nuovo diritto delle società*, Vol. II, t. 2, diretto da F. D'ALESSANDRO, 2010, 654,

SANTOSUOSSO F., *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli amministratori (contributo in materia di privatizzazioni e giurisdizione)*, in *Riv. soc.*, 2009, 47 ss.

SBISA G., *Società e imprese controllate nel d.l. 9 aprile 1991, n. 127*, in *Riv. soc.*, 1992, 908;

SBISÀ G., *Sub art. 2497*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI - L.A. BIANCHI - F. GHEZZI - M. NOTARI, 2012, 35 ss.

SBISÀ G., *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contr. imp.*, 2011, 390.

SCARFONI S., *Il fallimento delle società in mano pubblica nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANÒ, Milano, 2011, 307 ss.

SCHIUMA L., *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di P. ABBADESSA – G. B. PORTALE, II, Torino, 2007, 687 -704.

SCHIUMA L., *Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo della s.p.a. nei diversi sistemi di governance*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 75 ss.

SCHLESINGER P., *Oggetto delle clausole dei sindacati di voto*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI-P.G. JAEGER, Giuffrè, Milano, 1993, 115-137.

SCHLESINGER P., *I poteri extra-assembleari dell'azionista di controllo*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, 445 ss.

SCOCA G., *Il punto sulle società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 241.

SCOGNAMIGLIO G., *"Clausole generali", principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 603 ss.;

SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996.

SCOGNAMIGLIO G., *Gruppi di imprese e diritto delle società*, Roma, 1989.

SCOGNAMIGLIO G., *Motivazioni delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 779-805.

SCOGNAMIGLIO G., *Sulla revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici ex art. 2458 c.c.*, in *Foro Amm.*, 1984, 565-575.

SERAFINI S., *L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. GUIZZI, Milano, 2017, 89.

SILVESTRINI A., *La legittimazione attiva e passiva nell'azione di responsabilità per scorretto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Società*, 2013, 938-951.

SIMONE C., *Sub artt. 2449-2451*, in *Commentario delle società*, a cura di G. GRIPPO, 2, Torino, 2009, 927-952.

SPADA P.– SCIUTO M., *Il tipo società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO -G.B. PORTALE, 1\*, Torino, 63-104.

SPADONI P., *L'evoluzione istituzionale e organizzativa dei servizi pubblici locali dalla municipalizzazione alla liberalizzazione*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it).

SPOLIDORO M.S., *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 458-478.

SPOLIDORO M.S., *Note minime sulla “gestione dell'impresa” nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 270-301.

STANGHELLINI L., *Sub art. 14*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 70-98.

STANIZZI E., *Le società in house*, in *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, a cura di R. GAROFOLI – A. ZOPPINI, Molfetta, 2018, 73-95.

STELLA RICHTER JR M., *Sub art. 3*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 70-98..

STELLA RICHTER M., *I “controlli” nelle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Soc.*, 2018, 1367-1380.

STROCCHIA F., *Le disposizioni relative alle società pubbliche alla luce del d.l. n. 78/2009*, in *Nuova rass.*, 2009, 1924-1937.

SUCAMELI F., *La tormentata nozione di “controllo pubblico” nel TUSP*, disponibile su [www.dirittoeconti.it](http://www.dirittoeconti.it),

TEDESCHI E., *La responsabilità degli amministratori delle società in house e la tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 405-423;

TENORE V., *Ancora sulla (auspicabile) giurisdizione contabile per i danni arrecati dagli amministratori delle società a partecipazione pubblica alla luce dell'art. 12, d.lgs. n. 175 del 2016*, in *Le società a partecipazione pubblica tra*

*diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione. Incontri di studio della Scuola Nazionale dell'Amministrazione*, a cura di F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI, Bologna, 2017.

TESSAROLO C., *L'Azienda speciale e le altre forme di gestione dei servizi pubblici locali*, Roma-Brescia, 1994.

TISCINI - LISI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico*, in *Le società pubbliche*, a cura di FIMMANÒ - CATRICALÀ, II, Napoli 2016, 793;

TOMBARI U., *Sistema dualistico e potere di alta amministrazione del consiglio di sorveglianza*, in *L'attività gestoria nelle società di capitali. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, a cura di A. SARCINA - J.A. GARCÍA CRUCES, Bari, 2010, 38-57.

TOMBARI U., *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010.

TOMBARI U., *Il gruppo di società*, Torino, 1997.

TOMBARI U., *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. soc.*, 2009, 126 -140.

TOMBARI U., *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. “di gruppo” tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di corporate governance e gruppi di società)*, in *Riv. soc.*, 2009, 122-135.

TOMBARI U., *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, 51-70.

TORCHIA L., *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, relazione al Convegno “Le società pubbliche tra Stato e Mercato, alcune proposte di razionalizzazione della disciplina”, Roma, 13 maggio 2009.

TORCHIA L., *Socio e società di fronte alla responsabilità per danno erariale dopo il Testo Unico*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, a cura di C. IBBA, 211 ss.

TORINO R., *Sub art. 11*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, 70 ss

TREVES G., *Le imprese pubbliche*, Torino, 1950.

TRICOLI A., *I patti parasociali*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs.n.175/2016*, a cura di G. GUIZZI, Milano, 2017.

URBANO G., *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, consultabile su [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it).

URSI R., *L'ultima frontiera della privatizzazione: la giurisdizione del giudice ordinario in materia degli amministratori di nomina pubblica*, in *Foro it.*, 2005, 2728-2743.

URSI R., *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è casa per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, 2005, 136 ss.

VALAGUZZA S., *Società miste a partecipazione comunale, Ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012, 194 ss.

VALENTINI S., *Figure, rapporti, modelli organizzatori. Lineamenti di teoria dell'Organizzazione*, in *Tr. Dir. Amm.*, Bologna, 1996, 566 ss.

VALZER A., *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 – G.B. PORTALE, 3, Torino, 2007, 831-869.

VALZER A., *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011.



VALZER A., *La revoca degli amministratori delle società azionarie di providing in house*, in *Giur. Comm.*, 527-542.

VANZETTI A. – DI CATALDO V., *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2018.

VENTORUZZO M., *L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1050 s.

VESPIA R., *Brevi note sugli affidamenti in house in senso lato a parte delle amministrazioni centrali alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2005, 376-4.01.

VESSIA F., *Società in house providing e miste e responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 662 ss..

VISENTINI G., *La rilevanza della partecipazione a sindacati di voto nella configurazione del gruppo SIM*, in *Riv. soc.*, 1991, 245;

VISENTINI G., *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979.

VISENTINI G., *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979.

VOLPE PUTZOLU G., *Forme di integrazione fra imprese e gruppi di società*, in *Diritto commerciale*, Bologna, 1993.

WEIGMANN R., *Verso una definizione di s.r.l. controllata*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, 30,

ZACCARIA G., *Note minime sui caratteri del controllo analogo congiunto*, disponibile su [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it)

ZANARONE G., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO – G. B. PORTALE, 3, Torino, 1993, 260 ss.

ZATTI F., *Il ruolo del collegio sindacale nella società a partecipazione pubblica tra disciplina di diritto comune e diritto pubblico*, in AA.VV., *Il collegio sindacale*, a cura di R. ALESSI - N. ABRIANI - U. MORERA, Milano, 2007, 600.

ZOPPINI A., *Intestazione fiduciaria e responsabilità per atti di «eterogestione» (art. 2476, comma 7°, c.c.)*, in *BBTC*, 2006, 578.

ZOPPINI A., *La società (a partecipazione) pubblica: verso una public corporate governance*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 19 ss.

## **RINGRAZIAMENTI**

In qualità di borsista, ringrazio sentitamente la Fondazione Fratelli Confalonieri, senza il cui supporto il presente lavoro non sarebbe stato possibile.